

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17483 Pleno. Sentencia 102/2024, de 17 de julio de 2024. Recurso de amparo 2411-2023. Promovido por don Gaspar Zarrías Arévalo respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.

ECLI:ES:TC:2024:102

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. 2411-2023, promovido por don Gaspar Zarrías Arévalo, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección letrada de don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano, 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) los autos de 14 de diciembre de 2022 y 16 de febrero de 2023 dictados 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 José Antonio Griñán Martínez y don Antonio Vicente Lozano Peña, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez; doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección técnica del letrado de don Víctor Moreno Catena; 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; y don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña Encarnación Molino Barrero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. El 11 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora doña Virginia Aragón Segura, actuando en nombre

y representación de don Gaspar Zarrías Arévalo bajo la dirección letrada del abogado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

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

a) Las resoluciones impugnadas en el presente proceso de amparo han sido dictadas en el marco de la denominada «pieza específica» del caso «ERE», en la que fueron condenados diversos miembros del Consejo de Gobierno y 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 y/o ejecución de un sistema de concesión de ayudas sociolaborales.

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

«l) Primera etapa.

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

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

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

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

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

El órgano competente para la concesión de las subvenciones era el titular de la Consejería en cuyo ámbito se concedían, siendo necesario el acuerdo del Consejo de Gobierno en subvenciones cuando el gasto fuera superior a 500 millones de pesetas (art. 104 de la Ley 5/1983).

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

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

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

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

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

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

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

Resulta necesario destacar, por último, que de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículos 77, 81 y concordantes) la concesión de subvenciones estaba sujeta a

control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y estaban también sometida a seguimiento y control posterior, conforme a lo previsto en el artículo 85 bis de la citada ley.

II) Segunda etapa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia;
- (ii) El calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería;
- (iii) Los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el “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, 5.573, 1.225, 660 y 6.355 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 procedió a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida “Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales” en el nuevo programa 31L, que sustituía al 22E.

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

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

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

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

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

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

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

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

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

- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el “Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”, ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
 - La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
 - No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
 - No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
 - No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
 - No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).
 - No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
 - No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
 - No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
 - No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.
- La sentencia concluye afirmando que no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas y se omitió la fiscalización previa y, siendo las deficiencias tan notables no era factible la convalidación del gasto (Todo ello sin incluir el sin fin de ilegalidades detectadas en cada uno de los expedientes singulares que son objeto de investigación y enjuiciamiento en las distintas piezas separadas).

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

III) Tercera etapa.

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

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

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

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

b) El demandante de amparo fue condenado en 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, por haber participado en los hechos anteriores, en su condición de consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía, cargo que ocupó entre abril de 1996 y abril de 2009, como autor de un delito continuado de prevaricación a la pena de nueve años de inhabilitación especial, con la consiguiente privación definitiva de todo cargo público de carácter electivo o de designación, en cualquier administración Pública y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena. Se le impuso asimismo el pago de 1/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

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

d) Por auto del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2022 se estimó parcialmente la petición de aclaración de la citada sentencia.

e) Por auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el recurrente frente a la sentencia del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación.

3. La demanda se articula formalmente en torno a dos motivos, en los que se denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si bien este segundo motivo aglutina quejas diversas en las que asimismo se alega la lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

a) Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

La demanda atribuye la lesión a la atribución al juez de refuerzo del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla de la instrucción de las diligencias que concluyeron en la condena.

Se aduce que dicho juez de refuerzo, Sr. Martín, es nombrado por acuerdo de 24 de julio de 2013 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) «al objeto de que su titular pueda dedicarse a las macrocausas que viene investigando desde hace tiempo», entre las que se encontraba el llamado «asunto de los ERE» (Diligencias Previas 174-11). La titular del juzgado acordó por auto de 9 de noviembre de 2015 la apertura de seis piezas separadas, una de las cuales se incoó como diligencias previas 6645-2015 y concluyó con la sentencia recurrida. Sigue narrándose que, días después (el 9 de diciembre de 2015) y tras haber ordenado algunas diligencias, la juez titular acordó con el juez de refuerzo que desde entonces fuera este el instructor del procedimiento, como así ocurrió. Ese acuerdo privado, que el demandante tilda de atribución y no de distribución de asuntos, fue respaldado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 14 de diciembre de 2015 y por la Comisión Permanente del CGPJ el 21 de enero de 2016.

A juicio del recurrente, el nombramiento del juez de refuerzo mediante un acuerdo donde se le atribuía directa, específica y nominativamente la instrucción de la causa, quitándosela al anterior instructor, vulnera el art. 216 *bis*.2.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en tanto se atribuye al juez de refuerzo una casusa ya abierta y en trámite, por lo que supone un encargo determinado y, en tal medida, el nombramiento de un juez *ad hoc* contrario al art. 24.2 CE, que exige que el juez esté predeterminado por la ley. Así se seguiría, entre otras, de la STC 101/1984, que señala que «el juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos».

Añade que ese «juez extraordinario» acometió actuaciones incomprensibles en perjuicio de los acusados, lo que aporta razones adicionales de indefensión para la anulación de su nombramiento y de la instrucción que practicó. Alude aquí al dictado el 31 de mayo de 2016 de un auto de transformación en un momento procesal indebido y con la instrucción no concluida, al menor plazo concedido a las defensas para presentar el escrito de defensa (treinta días) respecto al que concedió a las acusaciones (setenta y ocho días) y a la inclusión del delito de asociación ilícita en el auto de apertura del juicio oral de forma sorprendente, que fue anulada por la Audiencia Provincial.

El recurrente subraya que tanto en sus escritos de conclusiones como en el recurso de casación incluyó la denuncia de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pero la sentencia del Tribunal Supremo desestimó la queja desenfocando su contenido, por lo que ni son de recibo los argumentos que en ella se esgrimen ni existe una verdadera respuesta material a lo alegado.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

El segundo motivo del recurso se desarrolla bajo la denuncia en el título de la lesión del derecho a la presunción de inocencia, pero su desarrollo identifica de forma expresa el origen de la lesión con la subsunción irrazonable y contraria al art. 25.1 CE de la elevación de un proyecto de ley al Parlamento o de la aprobación de una modificación presupuestaria en el tipo objetivo del delito de prevaricación.

(1) Desde la óptica del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) se cuestiona la consideración de esa actuación atribuida en los hechos probados como resoluciones dictadas en asuntos administrativos arbitrarias, esto es, la concurrencia de los elementos característicos del tipo objetivo de prevaricación. El demandante defiende que tanto los proyectos de ley como las normas aprobatorias de las modificaciones presupuestarias son normas con rango de ley, inmunes a todo control jurisdiccional; que la aprobación previa por parte del Gobierno es un acto político sin eficacia decisoria, también inmune, y que tiene lugar en el contexto de un proceso legislativo, por lo que no concurre el presupuesto típico de «resolución dictada en asuntos administrativo». A su juicio, tampoco existe una resolución flagrante o clamorosamente ilegal, dado que para afirmar la incorrecta presupuestación de las transferencias de financiación se ha tenido que acudir al informe de la Intervención General del Estado para establecer un criterio, lo que sería innecesario si realmente fuera patente la irregularidad, del mismo modo que no se explica que fuera aprobada por el Parlamento durante varios ejercicios. Subraya que la propia sentencia de la Audiencia Provincial señaló que cualquier tribunal del orden penal carece de conocimientos específicos para analizar esta cuestión compleja, por lo que difícilmente se puede afirmar que un consejero de Presidencia tuviera conocimientos financieros para tener un criterio jurídico sobre estos temas, de ahí que todas sus decisiones contaron con el aval de la Intervención General y que no pueda afirmarse que en su conducta concurriera el elemento subjetivo del injusto del delito de prevaricación.

(2) Junto a los razonamientos anteriores y ya desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en el punto cuarto de este segundo motivo la demanda desarrolla un amplio razonamiento sobre la falta de prueba del elemento subjetivo de la prevaricación (conocimiento de la ilegalidad del sistema de presupuestación), ya que, a su entender, los hechos base de los que se infiere no han quedado acreditados y no existe engarce lógico entre ellos y las consecuencias que se siguen en contra del demandante. En concreto, se refiere a cuatro cuestiones sobre los hechos base:

(i) Conexión del nuevo sistema de concesión de ayudas con la crisis de la empresa HAMSA, en cuya gestión había intervenido personalmente, y los reparos del informe del interventor de 19 de junio de 2000 a las ayudas a dicha empresa. Rechaza, de un lado, la «premisa mayor», el nexos causal entre los problemas con las ayudas a HAMSA y las modificaciones presupuestarias. Descarta que pueda inferirse de ahí, como hizo la sentencia de instancia, que actuó con conciencia de la ilegalidad del sistema, porque la primera modificación cuestionada se acordó el 18 de abril de 2000, por lo tanto, antes del informe de disconformidad. Asimismo, rechaza como base de la inferencia un informe previo de 9 de febrero de 2000 del letrado de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Empleo en que se habría dejado constancia de las irregularidades advertidas en el expediente al que alude la sentencia de casación (pág. 721), porque tal informe no existió, según rectifica el Tribunal Supremo en el auto de 14 de diciembre de 2022. De otro lado rebate la «premisa menor», que él había intervenido en la gestión de la subvención a HAMSA. Esta afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo (pág. 725) desconoce que solo realizó gestiones después del cierre de la empresa que alguna empresa del sector alimentario se instalara en Jaén y contratara a los antiguos empleados, sin participar en la concesión de ayudas.

(ii) Conocimiento del convenio marco que el IFA y la Consejería de Empleo firmaron el 17 de julio de 2001 para pactar el sistema de presupuestación. Subraya que el Tribunal Supremo (págs. 446 y 447, 453 y 718) vincula de forma ilógica ese conocimiento del convenio de 2001 con la supuesta referencia a él en una modificación presupuestaria de fecha anterior (28 de julio de 2000), en cuyo extracto se justificaba la modificación propuesta con el fin de dotar de crédito a la aplicación 440.01 para desarrollar el convenio marco de colaboración, que no podía ser el de 2001. Frente a lo que afirma el auto de 16 de febrero de 2023 que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones (pág. 57), en las modificaciones posteriores de 2001 no se hizo alusión al convenio marco. Adicionalmente denuncia que se trataría de un hecho nuevo añadido por el Tribunal Supremo para sostener el fallo.

(iii) Paso por la Comisión general de viceconsejeros del proyecto de orden de la Consejería de Empleo para regular las ayudas de 2004 (STS 749/2022, pág. 276). En el auto de 14 de diciembre de 2022 el Tribunal Supremo confirmó que se trataba de un error material, ya que el proyecto no había pasado por dicha comisión. Sin embargo, no extrajo las debidas consecuencias de tal rectificación, porque la sentencia de instancia concluye con tal base que conocía el modo en que la Consejería de Empleo pretendía dar las ayudas (sentencia de la Audiencia Provincial, pág. 1527) y la sentencia de casación que no es verosímil que fuera a reuniones sin un mínimo conocimiento de cómo se estaban dando las ayudas por la Consejería de Empleo (STS 749/2022, pág. 713).

(iv) Conocimiento del contenido de los informes dictados por la Intervención General de la Junta de Andalucía «donde se informaba de ciertas deficiencias (en realidad, meras divergencias de criterio) en relación con la contabilización de las “transferencias de financiación”». Aduce que no fue destinatario de ninguno de estos informes, como se sigue de los hechos probados (sentencia de la Audiencia Provincial, págs. 62 y 66). Insiste en que «en su condición de consejero de la Presidencia, no fue destinatario de ninguno de estos informes [...] ni informe de fiscalización, ni informe de actuación, ni informe de cumplimiento, ni provisional ni definitivo». Sentado lo anterior, alega que no es admisible sostener, como hace la sentencia del Tribunal Supremo, que «[t]enía un papel central en la acción política del Gobierno, como consejero de Presidencia, y no es irracional ni contrario a las máximas de la experiencia inferir que conociera las razones por las que se produjo el cambio de presupuestación» (pág. 725), porque sigue sin señalarse las pruebas de que conociera tales razones. Entiende que este aspecto debe ponerse en conexión con la existencia de prueba sobre un supuesto concierto colectivo, del que, sin embargo, ni siquiera se aclara si existió o no (STS 749/2022, págs. 366, 389), a pesar de lo cual se considera que no es irracional que participase en ese concierto del que nada se sabe. No hay pruebas de tal conocimiento ni engarce lógico, sino una remisión a un supuesto concierto delictivo entre los condenados sobre el que no existe prueba y que la sentencia ni siquiera deja claro si existió o no.

El motivo concluye con el reproche de falta de engarce lógico entre hechos demostrados y el recurso a meras opiniones sobre hechos supuestos como base de la afirmación de la concurrencia del elemento subjetivo. Se sostiene en la sentencia de casación que «es razonable inferir que cuando se produjo el cambio de presupuestación sabía que se iban a pagar las ayudas sociolaborales con un instrumento financiero inadecuado» (pág. 724) y que «era razonable suponer que se informara de las deficiencias advertidas en la Memoria [incluida en el expediente que se elevaba al Consejo de Gobierno para la aprobación de los planes de control financiero permanente]» (pág. 717) con el solo apoyo en las máximas de la experiencia, de modo que «se desconoce lo que sucedió, pero se condena porque parece razonable que sucediera».

Concluye el escrito de demanda interesando el otorgamiento del amparo solicitado.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 290/2023, de 5 de junio, en el que se adoptaron los siguientes pronunciamientos:

(i) Previa avocación a la Sala de la decisión, se 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)], [...] porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto debido a que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

(ii) En aplicación del art. 51 LOTC, se acordó 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 desearan, en el presente recurso. También se 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. Mediante diligencia de ordenación de 24 de julio de 2023 se tuvieron por recibidas en este tribunal las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017.

(iii) 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) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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 2411-2023, interpuesto por don Gaspar Zarrías Arévalo».

5. Las partes personadas en el presente proceso de amparo han presentado las siguientes alegaciones:

a) El recurrente de amparo ha ratificado las alegaciones ya formuladas en la demanda en escrito registrado en este tribunal el 25 de septiembre de 2023. En respaldo de la solicitud de amparo, hace mención expresa a varios particulares incluidos en las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, remitidas en formato digital.

b) El Partido Popular, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 27 de julio de 2023, ha interesado, en escrito registrado en este tribunal el 26 de septiembre de 2023, la desestimación del recurso de amparo.

El escrito de alegaciones del Partido Popular comienza efectuando diversas consideraciones generales sobre los recursos de amparo planteados contra las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo que incluyen un amplio resumen de los hechos probados, con particular mención a las referencias expresas en ellos al recurrente. Aborda a continuación el primer motivo de la demanda de amparo, que rechaza con base en la doctrina constitucional y con apoyo en los razonamientos del Tribunal Supremo al respecto, que expresamente «hace suyos». Concluye así que «la magistrada titular solicitó la medida de refuerzo y determinó, en función de las concretas circunstancias, el criterio de distribución más adecuado para una mejor gestión de los asuntos atribuidos al órgano judicial, por lo que no hubo un nombramiento contrario a las normas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni nombramiento de un juez *ad hoc*, ni se le privó del conocimiento de asunto alguno de su competencia, de la magistrada titular, y, por lo mismo, tampoco ha habido lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley».

En relación con el segundo motivo, aclara de inicio que bajo la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia se entremezclan censuras por tal derecho (art. 24.2 CE) y por el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por lo que articula la respuesta conforme a esa dualidad.

Por lo que atañe a la crítica a la interpretación y aplicación en las sentencias impugnadas del elemento «resoluciones en asunto administrativo» desde la perspectiva del art. 25.1 CE, considera que el recurso de amparo incurre en la «indebida simplificación de que la condena por prevaricación se basa en los actos prelegislativos (proyectos o anteproyectos de leyes)», que obvia «el hecho de que las 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». Desde tal premisa sostiene que los razonamientos que fundan la condena por prevaricación en la sentencia de instancia constituyen «una motivación racional, en absoluto irracional ni ilógica, arbitraria o imprevisible [...] con indudable apoyo en nuestra tradición legal y en criterios hermenéuticos plenamente acordes con nuestro sistema normativo, en particular, con el orden constitucional»; y que la sentencia de casación «contribuye, sin duda, a perfeccionar el cumplimiento de esos requisitos de motivación y aplicación acordes con el principio de legalidad». Funda esa valoración con la abundante reproducción de extractos de ambas resoluciones, deteniéndose en especial en la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de «asunto administrativo» (fundamento de Derecho 20) y de «resolución en asunto administrativo» (fundamento 22), en el análisis de tipicidad que efectúa de las distintas resoluciones calificadas como prevaricadoras, tanto de los actos de elaboración de disposiciones de carácter general como de las modificaciones presupuestarias (fundamentos 22, 23 y 24), en el rechazo a que los actos enjuiciados fueran actos políticos (fundamento 21) y en que no obsta al carácter arbitrario o manifiestamente ilegal de esos actos que los textos prelegislativos se hayan convertido en ley por la aprobación parlamentaria (fundamento 23).

El escrito aborda por último la parte del motivo segundo del recurso que entiende relativa al derecho a la presunción de inocencia para concluir que «hay prueba de cargo para un pronunciamiento de culpabilidad [...] y que el discurso valorativo de la prueba nada tiene de arbitrario o irrazonable». Se mantiene que «el tribunal de instancia contó con prueba de cargo como la abundante prueba documental, la declaración del propio Sr. Zarrías y la existencia de un conjunto de indicios que, valorados conjuntamente, permiten sostener desde criterios de racionalidad que conocía la ilegalidad en el cambio de presupuestación para el pago de las ayudas sociolaborales, utilizando un instrumento financiero manifiestamente ilegal, las transferencias de financiación, y conocía también que la finalidad de ese cambio era evitar la aplicación de la normativa de las subvenciones, que estaban sujetas al control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y a otros requisitos que se pretendían incumplir para la consecución de los objetivos políticos marcados en este ámbito por el Gobierno de la Junta de Andalucía». A juicio del Partido Popular, la razonabilidad del juicio de inferencia se sigue asimismo de los datos incriminatorios sintetizados en el fundamento de Derecho 95.3 de la sentencia de casación relativos a la especial relevancia del puesto desempeñado por el recurrente, las funciones inherentes al mismo y las concretas actuaciones realizadas como consejero de Presidencia así como a su intervención en gestiones relativas a empresas de Jaén en crisis. Las alegaciones rechazan en particular los cinco extremos en que se centra la crítica en la demanda (conocimiento de un informe de 9 de febrero de 2000 en el expediente de la empresa HAMSA, intervención en la gestión de las ayudas a dicha empresa, conocimiento del convenio marco de 2001, conocimiento de la Comisión General de Viceconsejeros de un proyecto de orden de la Consejería de Empleo de 2004 sobre las ayudas y conocimiento de informes de la Intervención de la Junta de Andalucía) de la mano de la remisión y cita de los pasajes de las sentencias impugnadas y los posteriores autos de aclaración y de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones que se consideran más relevantes.

c) Don José Antonio Griñán Martínez, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, evacuó el trámite de vista en escrito registrado en este tribunal el 2 de noviembre de 2023, dándose por instruido.

d) Don Antonio Vicente Lozano Peña, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, evacuó el trámite de vista en escrito registrado en este tribunal el 2 de noviembre de 2023, dándose por instruido.

e) Doña Carmen Martínez Aguayo, a la que se tuvo por personada en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, en escrito registrado en este tribunal el 20 de noviembre de 2023, se ha adherido al recurso de amparo en todo lo que pueda favorecerla, por entender que las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas le son plenamente aplicables, debiendo, en su caso, extenderse los efectos de su estimación.

f) Don Jesús María Rodríguez Román, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 20 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las diferentes vertientes desarrolladas en el recurso.

El escrito de alegaciones incluye «argumentos de apoyo» en relación con la alegada interpretación extensiva *in malam partem* del delito de prevaricación del art. 404 del Código penal (concepto de «resolución» y de «asunto administrativo»). Se subraya en primer lugar que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos o de gobierno, no un asunto administrativo susceptible de revisión en vía jurisdiccional. Se insiste en este punto en la inconsistencia lógica que supone entender que existen «leyes ilegales» o que «cobijan dentro de sí alguna o algunas normas ilegales derivadas de un supuesto quebranto normativo sufrido durante la fase prelegislativa». Se toma, asimismo, como referencia fundamental el informe de dos catedráticos de Derecho Financiero y Tributario, aportado y sometido a contradicción en el proceso, que consideraron que el conflicto normativo que se produce entre el art. 18.1 de la Ley 15/2001, que restringe las finalidades de las transferencias de financiación, y las sucesivas leyes de presupuestos, que «usan expresamente transferencias de financiación para fines no previstos en el citado art. 18», tiene que resolverse de acuerdo con la máxima según la cual «la ley especial se aplica con preferencia a la ley general, ley especial deroga ley general, o ley posterior deroga ley anterior». De ello se derivaría «la validez y efectos de las sucesivas leyes de presupuestos en las que se recogen las transferencias de financiación con finalidad distinta a la de la cobertura de pérdidas de las empresas públicas, por la sencilla razón de que derogaron tácitamente la previsión del art. 18 de la Ley 15/2001». Además, de acuerdo con la citada pericial, la partida presupuestaria aprobada en una ley de presupuestos sería «absolutamente vinculante *erga omnes*» por lo que no habría «resolución administrativa» susceptible de ser subsumida en el tipo de prevaricación. Por último, considera absurdo que tanto al recurrente como a él se les condene mientras se absuelve al interventor general de la Junta de Andalucía que informó favorablemente las modificaciones presupuestarias, con el añadido de que su informe favorable así como el del interventor adjunto de la agencia IDEA –ambos, garantes de la legalidad presupuestaria– evidencian que no se está ante una ilegalidad palmaria, manifiesta y evidente.

g) Don Francisco Vallejo Serrano, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 22 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y, subsidiariamente, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

En relación con la denuncia de vulneración del art. 24.2 CE y en apoyo de los argumentos expuestos en el recurso de amparo, afirma que el juez de refuerzo no asumió la instrucción en atención a la medida de refuerzo aprobada por el acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de mayo de 2015, sino en virtud de un acuerdo de dicha Comisión posterior al inicio de las diligencias, el de 21 de enero de 2016, que ratificaba el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de diciembre de 2015, en el que se valoraba y aprobaba la propuesta realizada

conjuntamente por los magistrados destinados en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla. Insiste en que se trató de un cambio del magistrado encargado de instruir un asunto en pleno estado de tramitación, del que se conocían los hechos y la identidad de las personas contra las que se iba a dirigir el procedimiento, de forma manifiestamente contraria a las previsiones del art. 216 bis.2.4 LOPJ.

En lo que se refiere a la vulneración del art. 25.1 CE fruto de la aplicación del tipo de prevaricación (art. 404 del Código penal: CP), aduce que las resoluciones impugnadas confunden el procedimiento de elaboración y tramitación del anteproyecto de ley de presupuestos, la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, el procedimiento de aprobación de la ley de presupuestos, el procedimiento de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, el pago de las ayudas y las modificaciones presupuestarias. Pese a que estos procedimientos son distintos y están encomendados a órganos diversos, con responsabilidades diferentes, las resoluciones impugnadas construyen artificiosamente un único «procedimiento específico» del que extraen ilegítimamente una suerte de responsabilidad penal «solidaria» inadmisibles. En todo caso, concluye, la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, en cuanto acto de iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno, es una actuación en asunto político que no puede subsumirse legítimamente en el concepto de «asunto administrativo» del art. 404 CP.

Insiste, asimismo, en que la noción de «ley ilegal» o de «ilegalidades dentro de la ley» es una «aporía», pues «no puede considerar[se] ilegal una parte de la norma aprobada válidamente por el Parlamento de Andalucía», como ocurrió con todas las leyes de presupuestos de Andalucía desde el año 2002. Del mismo modo, vistas «las leyes de presupuestos en sus estados de gastos (actividades y objetivos de la partida 31L) y en sus memorias [...], no puede afirmarse que el Parlamento [...] no sabía lo que aprobaba, o que el Parlamento fuera inducido a error, que es la base del razonamiento que sostiene el castigo por prevaricación».

A juicio de la parte, del procedimiento de elaboración del anteproyecto no se puede derivar una ilegalidad constitutiva de prevaricación, pues sería en la fase de elaboración del anteproyecto de ley, en la que ni él ni el recurrente intervinieron, donde se habría producido la pretendida ilegalidad que luego «se arrastra a la ley aprobada por el Parlamento». Por último, considera absurdo que se les condene mientras se absuelve al interventor general de la Junta de Andalucía que informó favorablemente las modificaciones presupuestarias, con el añadido de que su informe favorable, así como el del interventor adjunto de la agencia IDEA –ambos, garantes de la legalidad presupuestaria– evidencian que no se está ante una ilegalidad palmaria, manifiesta y evidente.

6. El Ministerio Fiscal ha presentado alegaciones, registradas en este tribunal en fecha 8 de enero de 2023, previa prórroga del plazo conferido al efecto acordada en diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023, en las que solicita la estimación parcial del recurso de amparo.

En ellas, tras una sucinta exposición de los antecedentes de hecho y del contenido del recurso, efectúa unas consideraciones previas sobre su alcance que le llevan a concluir que, aunque la demanda se articula formalmente en torno a dos motivos, «realmente existen tres motivos»: por infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE); por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), «limitado al contenido argumentativo efectuado [...] a propósito de la falta de prueba del elemento subjetivo del injusto típico»; y por vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), «que es lo que realmente se está invocando cuando la demanda denuncia la falta de pruebas sobre la existencia» de «resoluciones» dictadas por el Sr. Zarrías Arévalo «en asunto administrativo» con «arbitrariedad».

A) En aplicación del criterio de la mayor retroacción de actuaciones, el fiscal inicia su análisis con la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

(art. 24.2 CE), que rechaza con apoyo en la doctrina constitucional, con cita amplia de las SSTC 45/2022, de 23 de marzo, FJ 4.3, y 83/2022, de 27 de junio, FJ 8 b). A su juicio, «el juez de refuerzo instructor de las diligencias previas número 6646-2015 del Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla actuó con plena jurisdicción y competencia, al haber sido designado conforme a la normativa legal, no resultando su actuación lesiva para con el derecho fundamental al juez legal».

Parte el fiscal de que «las medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales son tan legales que están contempladas expresamente en los artículos 216 bis, 216 bis.2, 216 bis.3 y 216 bis.4 LOPJ» en caso de un retraso excepcional o una acumulación de asuntos en un determinado juzgado o tribunal. Frente al argumento del demandante de que se ha incumplido el art. 216 bis.2 LOPJ opone el fiscal que el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla era el órgano competente y procedió a incoar las diligencias previas número 174-2011. Posteriormente acordó por auto de 9 de noviembre de 2015 el desglose y distribución de la causa en distintas piezas separadas (hasta seis), una de la cuales es la que se incoó como diligencias previas número 6645-2015 por auto de 17 de noviembre de 2015. La incorporación del juez de refuerzo, sin embargo, se había efectuado mucho antes, dado que se realizó por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 24 de julio de 2013, para refuerzo de la instrucción de las macrocausas en tramitación (ERE). Por tanto, antes de haberse dispuesto aquel desglose y antes de la incoación de las diligencias previas número 6645-2015. En tal medida, descarta que pueda acogerse el argumento de la parte recurrente de que esas diligencias no podían ser instruidas y concluidas por el juez de refuerzo por haberse materializado la asunción en virtud del acuerdo posterior de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2015. La razón del refuerzo era el apoyo a la instrucción de las causas en tramitación y, en tal medida, es correcto que luego se incluyeran las diligencias cuestionadas en la propuesta conjunta de distribución del trabajo que realizaron la juez titular y el juez de refuerzo.

B) Se abordan a continuación las quejas atinentes al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), que rechazan la presencia de «resoluciones arbitrarias dictadas en asunto administrativo». Desde el recordatorio de la doctrina constitucional concernida con la reproducción de pasajes de las SSTC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1.1, y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3, el fiscal considera que (i) se ha vulnerado el art. 25.1 CE «al atribuir las sentencias recurridas, al objeto de pronunciar una condena por delito de prevaricación, la naturaleza de “resolución en asunto administrativo” a los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que aprobaron los anteproyectos de ley de presupuestos de la comunidad autónoma y acordaron su remisión al Parlamento de Andalucía como proyectos de ley»; (ii) pero no al considerar como tal «los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía relativos a la aprobación de determinadas modificaciones presupuestarias de los programas 22E y 31L».

Esa conclusión se sigue del análisis que efectúa del soporte metodológico y axiológico de la calificación de la conducta del recurrente como un delito de prevaricación. Parte de que «[e]l presupuesto y el eje esencial de la tesis judicial no es otro que la identificación, descripción y caracterización de lo que la sentencia del Tribunal Supremo denomina “procedimiento prelegislativo”, que permitiría distinguir una especie de doble dimensión de un mismo acto, de manera que la actuación del recurrente presentaría una faz política, no susceptible de control judicial, que incluiría la decisión sobre “el destino o distribución de los créditos presupuestarios entre los distintos programas y partidas presupuestarias”, y otra faz de “componente técnico muy relevante”, regida por un “procedimiento administrativo minuciosamente reglado”, conforme a una serie de normas de rango legal y reglamentario que la sentencia de instancia reseña, cita y reproduce repetidamente, y que habrían sido repetida y profusamente infringidas a lo largo de todo el proceso de tramitación del referido procedimiento». El recurrente habría sido condenado como autor del delito de prevaricación administrativa porque participó «en el ejercicio de sus funciones y

competencias como consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía, en la tramitación y aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002 a 2009» y por «haber intervenido en la aprobación de numerosas modificaciones presupuestarias».

a) Sentado lo anterior, el fiscal pasa a revisar el soporte metodológico de la imputación, «que habrá de girar sustancialmente en torno a la posibilidad de calificar aquella aprobación de los anteproyectos de ley como “resoluciones dictadas en asunto administrativo” (artículo 404 CP), en términos ajustados a la lógica y exentos de extravagancia, entendiéndose por extravagante, con arreglo a su definición en el DRAE, lo “[q]ue se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar” o resulta “[r]aro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original”». Considera sintomático en tal sentido la inexistencia de precedentes conocidos de «condena por prevaricación administrativa que tenga por objeto la decisión de un gobierno de presentar al Parlamento un proyecto de ley», aunque puntualiza que lo determinante, conforme al canon constitucional, es si la decisión judicial objetivamente desacostumbrada se sitúa «fuera del común modo de obrar de los Tribunales –y, en particular, de la línea común de razonamiento que conforma la jurisprudencia del Tribunal Supremo–». Al respecto analiza los dos grandes bloques argumentativos que, a su juicio, facilitan las sentencias impugnadas para defender su apartamiento del trato dispensado por las jurisdicciones contencioso-administrativa y constitucional al tipo de acto enjuiciado.

(i) Para justificar que se aparta de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de revisar la iniciativa legislativa del gobierno, la Sala Segunda comienza vinculando la extensión de la jurisdicción penal en el ámbito propiamente parlamentario con ejemplos que descarta que ofrezcan apoyo a ese razonamiento, pues aluden al deber de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional (STC 58/2022, de 7 de abril).

En realidad, según aclara, la sentencia de casación deja esa vía y opta por diferenciar entre la actividad parlamentaria y las actuaciones gubernativas para colegir que «los actos parlamentarios no pueden dirigirse nunca al incumplimiento de la ley». Pero con ello incurre, según el fiscal, en «una patente quiebra lógica [...] en cuanto se pretende combatir la idea de que la actividad legislativa está exenta de control jurisdiccional penal con una demostración de que la actividad parlamentaria gubernativa no lo está», obviando la distinción entre actividad legislativa y decisiones o actos sin valor de ley, que el Tribunal Constitucional desarrolla, por ejemplo, en relación con el ámbito material de aplicación del artículo 42 LOTC. Concluye que «[d]espejada así cualquier posible confusión, a efectos de control jurisdiccional, entre la eventual naturaleza legislativa de los actos enjuiciados y el origen parlamentario de otros actos que no gozan de tal naturaleza, pierde por tanto sustento lógico-jurídico la afirmación de que “[s]i no puede predicarse la naturaleza estrictamente parlamentaria de un acto gubernativo de la Mesa de una cámara legislativa, difícilmente puede incluirse en esa categoría al trámite prelegislativo de un proyecto de ley”. Nada tiene que ver, como se desprende de cuanto se ha expuesto, lo uno con lo otro».

En este bloque de argumentos aprecia el fiscal de nuevo una «falla lógica» en el razonamiento que niega naturaleza legislativa al acto de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento. Sostiene que las razones que sustentan esa afirmación: que lo realiza el Gobierno, que el procedimiento de tramitación no tiene naturaleza política y está sujeto a derecho administrativo y que el momento inicial del proceso legislativo según el Reglamento del Parlamento de Andalucía (arts. 108 y ss.) es la recepción de un proyecto de ley, «hacen presupuesto de la cuestión», ya que lo discutido es justamente cuál es la naturaleza de lo que el Tribunal Supremo denomina «procedimiento prelegislativo». Aduce que no sustenta su carácter administrativo la atribución de competencia al Gobierno, que no predetermina la naturaleza gubernativa, de la misma manera que no toda actividad parlamentaria es legislativa. Tampoco que esa actividad prelegislativa esté sometida a normas de procedimiento, porque también lo

están los procedimientos legislativos netamente parlamentarios y, sin embargo, quedan extramuros de la jurisdicción ordinaria. Y excluye asimismo que sirva de sustento a la tesis de la Sala Segunda el Reglamento del Parlamento andaluz, «que permite, cuando menos, sostener que el desarrollo y el contenido de dicha iniciativa legislativa, en cuanto concierne a su ejercicio, es una materia propia del (mismo) procedimiento legislativo que regula el citado Reglamento».

Por último, descarta el fiscal la pertinencia de la referencia a la definición del elemento «resolución» del art. 404 CP establecida en la STS 163/2019, de 26 de marzo. Manifiesta sus dudas sobre la afectación fruto de la iniciativa legislativa de los derechos de los administrados o de la colectividad en general que exige esa definición, y con ello, sobre la concurrencia del elemento típico de consumación del delito de prevaricación, que exige, según el Tribunal Supremo, «un daño específico a personas o servicios públicos». Añade que, en todo caso, «la exigencia de que sea “recayente sobre un asunto administrativo” devuelve el razonamiento a su origen», pues es esa naturaleza administrativa de la actividad del recurrente de aprobar una serie de anteproyectos de ley la controvertida.

A la luz de las anteriores consideraciones concluye que «los razonamientos judiciales que conforman este primer bloque argumental sobre la naturaleza administrativa del supuesto procedimiento prelegislativo y la naturaleza decisoria del acto específicamente atribuido al recurrente no responden a una traslación debidamente justificada de la doctrina jurisprudencial –incluida la de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo– que invocan, ni resultan por tanto concluyentes a la hora de calificar como resolución dictada en asunto administrativo, por más que, como es obvio, su tramitación se conduzca a través de un procedimiento normativamente regulado y termine con un acto formal, el ejercicio de la iniciativa legislativa.

Por tanto, con el solo apoyo de los mencionados razonamientos, cuya consistencia metodológica ha sido cuestionada, y a la vista de los antecedentes y de la propia doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que invoca y cita la sentencia impugnada, no es posible sostener que la extravagante –en el sentido ya expuesto de desacostumbrada u original (por novedosa)– identificación como resolución dictada en asunto administrativo del acto de aprobación de un anteproyecto de ley y su remisión como proyecto al Parlamento encaje dentro del margen de previsibilidad de la interpretación y aplicación de la norma penal que, como se ha expuesto, constituye una exigencia inherente a la tutela constitucional del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE)».

(ii) Según el criterio del fiscal, en un segundo bloque argumentativo, los órganos judiciales establecen una distinción entre el control de legalidad del acto, de imposible fiscalización, y el enjuiciamiento de sus autores, que corresponde a la jurisdicción penal para evitar una impunidad contraria al principio de igualdad, cuya consistencia lógica resulta cuestionable.

Entiende que ambas dimensiones (control de legalidad de los actos dictados y enjuiciamiento penal de la conducta de sus autores) no son, en el caso que nos ocupa, conceptualmente separables, pues el delito de prevaricación contiene «elementos objetivos sustanciales», como «la injusticia y la arbitrariedad», que exigen un control de la legalidad de los actos dictados. Recuerda, asimismo, que el Derecho penal rige, en nuestro ordenamiento jurídico, como *ultima ratio*, por lo que no es lógico pensar que el ordenamiento jurídico ha atribuido a la jurisdicción penal una función de control jurisdiccional de ciertos actos y que, al tiempo, ha excluido terminantemente que puedan ejercer esa función otras jurisdicciones que actúan normalmente como barreras de protección previas (y que solo en el caso de no resultar suficientes pueden dejar paso a una intervención penal legítima). Afirma, por ello, que la manera de razonar de la sentencia casacional conduce a la «inasumible conclusión» de que «el Derecho penal opera como primera y única barrera jurisdiccional de control de la “legalidad” de una iniciativa legislativa». Añade que, en un contexto marcado por la especial imprevisibilidad de una eventual condena por prevaricación (contexto determinado por la clara exclusión,

en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en la doctrina del Tribunal Constitucional, de la posibilidad de todo control jurisdiccional de las iniciativas legislativas del Gobierno, así como por la inexistencia, en el orden penal, de «precedentes de persecución y condena en supuestos similares»), el razonamiento del Tribunal Supremo adolece «de un déficit de coherencia y completitud lógico-jurídica, que impide considerarlo ajustado al canon de idoneidad metodológica que impone la aplicación del art. 25.1 CE».

Sin abandonar todavía el plano de análisis puramente formal, el fiscal reprocha también a la sentencia casacional que sustente su criterio favorable a la subsunción de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno en el art. 404 CP en el peligro de impunidad y que no analice previamente si esa impunidad es el producto necesario de una adecuada ponderación de los intereses y principios constitucionales en juego. Asimismo, censura que llegue a afirmar que tiene el cometido de analizar la legitimidad constitucional del resultado perseguido con el ejercicio de la iniciativa legislativa presupuestaria, lo que entiende el fiscal que desbordaría el ámbito de la jurisdicción ordinaria (con cita aquí del art. 4 LOTC).

b) Ya en el plano de la «vertiente axiológica», explica que debe determinarse si la subsunción penal de los hechos se asienta en una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional. Reitera aquí que el Tribunal Supremo no examina los principios e intereses constitucionales en los que descansa la exclusión del control jurisdiccional de los actos de aprobación de las iniciativas legislativas del Gobierno, pues el alto tribunal se limita a conjurar la situación de impunidad que en este concreto ámbito generaría la exclusión de la intervención penal, dando por supuesto su prevalencia en un hipotético conflicto.

Entiende el fiscal que el fundamento de la exclusión de control jurisdiccional, asumida tanto en el orden contencioso-administrativo como en la jurisdicción constitucional, es «preservar el principio constitucional de separación de poderes y, en concreto, la autonomía del Poder Legislativo, al menos respecto de[] ejercicio de la potestad legislativa que el art. 66.2 CE atribuye incondicionalmente a las Cortes Generales». Cita el fiscal, en este punto, los AATC 85/2006, de 14 de marzo, y 131/2022, de 11 de octubre, y considera que la protección de la autonomía parlamentaria, que «solo consiente» el control de las leyes una vez aprobadas, no puede convivir con la atribución a la jurisdicción penal de un juicio *ex ante* sobre la «“legalidad” formal y material del contenido de la iniciativa legislativa».

Al basar exclusivamente la intervención de la jurisdicción penal en la evitación de situaciones de impunidad, el Tribunal Supremo omite cualquier valoración sobre la importancia que la autonomía del Parlamento y la división de poderes tienen en nuestro orden constitucional. A juicio del fiscal, una correcta ponderación de ese conflicto potencial «entre la aplicación de la norma penal y la tutela de la autonomía del Parlamento para legislar, en concreto a partir de la iniciativa del Ejecutivo, forzosamente ha de resolverse a favor de la exclusión de un control penal de la legalidad de esa iniciativa». Considera que «la idea misma de que un acto exento de control jurisdiccional contencioso-administrativo e incluso constitucional, pueda verse sujeto a un – inescindible por mucho esfuerzo que se haga para justificar lo contrario– control autónomo de legalidad administrativa –e incluso constitucional– por un tribunal penal, choca con cualquier posible lectura conjunta de las normas constitucionales [...] expresivas de la separación de poderes en el modelo de democracia parlamentaria que diseña la Constitución de 1978».

Concluye, por ello, que «el razonamiento de las sentencias impugnadas carece de un soporte axiológico verdaderamente conforme a los valores de la Constitución, al no abordar en absoluto un tratamiento constitucional de este conflicto de legitimidades y al anteponer cualquier otra consideración al ejercicio eficaz de la jurisdicción penal».

Considera, por todo lo anterior, que ha resultado vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE) al haber atribuido las sentencias impugnadas la naturaleza de «resolución en asunto administrativo», a efectos de

condenar por delito prevaricación, a los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que aprobaron los anteproyectos de ley de presupuestos de la comunidad autónoma y acordaron su remisión al Parlamento de Andalucía como proyectos de ley.

c) Para concluir el bloque relativo a la prevaricación, analiza el fiscal si la vulneración del art. 25.1 CE, que entiende materializada en relación con los anteproyectos de ley de presupuestos, ha de extenderse también a la aprobación de las llamadas «modificaciones presupuestarias» de las partidas 22E y 31L. Nuevamente distingue, para ello, entre el plano de análisis formal y el axiológico:

(i) En el plano metodológico, entiende el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia y la casacional asumen la naturaleza administrativa de las modificaciones presupuestarias con argumentos «atinados y perfectamente asumibles».

Reproduce, en este punto, los arts. 38, 42, 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Resalta, a su vez, la falta de regulación de esas modificaciones en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Andalucía y en el Reglamento del Parlamento de Andalucía. De ese régimen normativo deduce el fiscal que, por disposición expresa de la Ley 5/1983, una vez aprobada la ley de presupuestos, la competencia para modificar los créditos en los estados de gastos autorizados corresponde «al Consejo de Gobierno o, en su caso, a la Consejería de Hacienda», siempre que la modificación no afecte al crédito global consignado en los presupuestos, «en cuyo caso el Ejecutivo ha de someter al Parlamento un proyecto de ley» por efecto del art. 134.5 CE y del art. 43 de la Ley 5/1983.

Entiende el Ministerio Fiscal que la atribución de esa competencia no convierte las decisiones que adopta, al efecto, el Consejo de Gobierno o la Consejería de Hacienda en actos con fuerza de ley, pues nos encontramos ante «un procedimiento reglado que se inicia, se desenvuelve y se resuelve, con pleno efecto ejecutivo, en el seno de los órganos del Gobierno». Solo la afectación del crédito global autorizado por el Parlamento requeriría acudir a un verdadero procedimiento legislativo.

(ii) En el plano «axiológico», aduce el fiscal que, una vez «negada la premisa» de que las modificaciones presupuestarias puedan ser consideradas actos con «rango, fuerza o valor de ley», fruto de la «reserva de ley que impone el art. 134 CE en materia presupuestaria», no hay razón alguna para «temer por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego». Tampoco existiría peligro para «el principio consustancial de separación de poderes».

Concluye, por todo ello, que la consideración como «resolución en asunto administrativo», a efectos de condenar por delito de prevaricación, de los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía relativos a la aprobación de determinadas modificaciones presupuestarias de los programas 22E y 31L, no vulnera el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

C) El fiscal aborda en último lugar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) conforme a la delimitación expuesta al inicio de sus alegaciones, queja que circunscribe al cuestionamiento de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto típico. El repaso de la tesis de la demanda, de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo y de la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia, singularmente en lo relativo a la admisibilidad y exigencia de la prueba indiciaria, la prueba de los elementos subjetivos y el control que corresponde a este tribunal, llevan al fiscal a descartar la queja, «dada la pluralidad de datos ofrecidos por [las sentencias impugnadas] para acreditar el conocimiento íntimo del recurrente tanto sobre el sistema ideado para la concesión de ayudas sociolaborales como sobre su carácter injusto». Entiende que ni la argumentación empleada por la Audiencia Provincial sobre la valoración de las pruebas puede reputarse ilógica o excesivamente abierta; ni el Tribunal Supremo, en su control, extrajo conclusiones extravagantes.

Destaca en su exposición que un primer nivel de concreción del conocimiento que tenía el recurrente viene dado por su condición de consejero de Presidencia desde el mes de abril de 1996 hasta el día 24 de abril de 2009. Durante trece años ocupó «una Consejería del más alto contenido político», sin que «[d]educir de ahí que en el recurrente había de existir un elevado “conocimiento general” de “toda” la actuación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía durante “todos” esos años» pueda quebrantar ninguna regla de la lógica. El fiscal señala que hay un siguiente nivel de «concreción del conocimiento», que viene dado por el que se afirma en las sentencias impugnadas «tanto del nuevo sistema para la concesión de ayudas sociolaborales como de su carácter injusto». Para establecerlo, explica el fiscal, las resoluciones siguen la vía indiciaria, atendiendo a dos tipos de indicios.

Un primer grupo permitiría inferir «que cuando se produjo el cambio de presupuestación, el Sr. Zarrías Arévalo sabía que se iban a pagar las ayudas sociolaborales con un instrumento financiero inadecuado», ya que conocía que «debían articularse a través de la normativa de subvenciones, tal y como se venía haciendo hasta el año 2000». Como indicios pertenecientes a este grupo sitúa: (i) la adscripción de la asesoría jurídica de la Junta de Andalucía, correspondiéndole también la asistencia política, técnica y el asesoramiento general al presidente de la Junta de Andalucía, razón por la que cabe presumir que estaba al tanto de todos los problemas conflictivos, y singularmente de los problemas de la empresa HAMSA; (ii) su participación como miembro del Consejo de Gobierno en la aprobación de los presupuestos correspondientes a los ejercicios económicos de 2000 a 2008 y de la mayoría de las modificaciones presupuestarias que afectaron a los programas 22E y 31L; (iii) la presidencia de la Comisión general de viceconsejeros, «órgano encargado de filtrar los asuntos que podían llegar al Consejo de Gobierno y por la que pasaban todos los expedientes de modificación presupuestaria, así como el anteproyecto de ley de presupuestos de cada año», por lo que «hubo de poseer un grado singular de conocimiento de los proyectos normativos, no ya general, sino de detalle», donde destacan las sesiones que presidió de 12 de septiembre de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, en las que se acordó elevar al Consejo de Gobierno sendas modificaciones presupuestarias que serían aprobadas por este el 18 de septiembre de 2001 y el 13 de noviembre de 2001, o las sesiones al inicio de los hechos (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) en las que se discutió el proyecto de decreto para regular las ayudas sociolaborales finalmente no aprobado; (iv) su declaración de que conocía el contenido de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía y sabía que las subvenciones tenían un marco legal claro; (v) «la documentación y memorias que se acompañaban a las distintas modificaciones presupuestarias, a los anteproyectos de ley de presupuestos de cada año y a los expedientes del Plan de control financiero permanente de las empresas públicas que durante varios ejercicios aprobó el Consejo de Gobierno» le proporcionó conocimiento del pago de subvenciones mediante transferencias de financiación.

Un segundo grupo permite inferir «el verdadero conocimiento del Sr. Zarrías Arévalo desde la perspectiva ofrecida por su participación activa en el ámbito de las gestiones preliminares efectuadas para la concesión de determinadas ayudas a ciertas empresas radicadas en la provincia de Jaén, de cuya dificultosa situación era conocedor porque era en esa provincia donde de forma especial desarrollaba su acción política». Como indicios de tal inferencia recoge el fiscal: (i) el papel central del recurrente en la acción política del Gobierno, de donde se infiere que conocía las razones por las que se produjo el cambio de presupuestación (los problemas habidos con la concesión de ayudas con reparos de la Intervención); (ii) que esos problemas afloraron en la subvención a la empresa HAMSA, en cuya gestión había intervenido personalmente; (iii) que también participó en la gestión de las ayudas a otras empresas como Santana Motor o Primayor, lo que permite suponer que conocía todo lo concerniente a la forma en que se estaban gestionando las ayudas.

Frente a ese panorama opone el recurrente consideraciones que, según el criterio del fiscal, aun dándoseles el valor que pretende, no alcanzan a privar de eficacia a las conclusiones establecidas en las sentencias impugnadas con base en una pluralidad de datos que conducen a inferencias sólidas y consistentes.

D) El fiscal dedica el apartado final de sus alegaciones a clarificar los efectos que conllevaría la estimación de la vulneración del derecho a la legalidad penal que aprecia, derivada de la indebida subsunción en el tipo objetivo del delito de prevaricación de la intervención del demandante en la aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos. Recuerda a tales efectos que se le condenó como autor de un delito continuado que incluye tanto su participación en los actos de aprobación de los proyectos de presupuestos como en los acuerdos de modificación presupuestaria, cuyo enjuiciamiento con resultado condenatorio no incurre en lesión constitucional. En tal medida, «la eventual persistencia de una condena constitucionalmente homologable por delito de prevaricación, por los hechos consistentes en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, ni puede traducirse en la anulación completa del fallo, como es obvio, ni tampoco en una reformulación de la condena que, evidentemente, queda extramuros de la jurisdicción y competencia del Tribunal Constitucional». Considera por ello que corresponde al Tribunal *a quo* determinar la pena conforme a los factores que tuvo en cuenta en su sentencia, pero con exclusión de la conducta de aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos, lo que exige acompañar el fallo anulatorio con la retroacción del procedimiento al momento de dictarse la sentencia de instancia.

7. Por providencia de 16 de julio de 2024 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

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

1.1 Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que le condenó como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP a la pena de nueve años de inhabilitación especial, con la consiguiente privación definitiva de todo cargo público de carácter electivo o de designación, en cualquier administración pública y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestima el recurso de casación formulado por el demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-20); (iii) el auto de aclaración de 14 de diciembre de 2022, y (iv) el auto de 16 de febrero de 2023 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

La demanda de amparo se articula formalmente en dos motivos, en los que, sin embargo, se denuncia una triple lesión de derechos fundamentales: (i) vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), en tanto la atribución al juez de refuerzo de la instrucción de la causa y no a la titular es contraria al art. 216 bis.2.4 LOPJ y supone la designación de un juez *ad hoc*; (ii) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la subsunción irrazonable de la aprobación y elevación de un proyecto de ley al Parlamento o de la aprobación de una modificación presupuestaria en el tipo objetivo del delito de prevaricación (resolución arbitraria dictada en asunto administrativo); y (iii) vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por la falta de prueba del elemento subjetivo de la prevaricación (conocimiento de la ilegalidad del sistema de presupuestación).

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

Tal y como se ha reflejado con mayor detalle en los antecedentes 5 c) a 5 g), las representaciones procesales de don José Antonio Griñán Martínez y don Antonio Vicente Lozano Peña evacuaron vista dándose por instruidas; la de doña Carmen Martínez Aguayo se ha adherido al recurso de amparo en todo lo que pueda favorecerla; la de don Jesús María Rodríguez Román ha interesado que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las diferentes vertientes desarrolladas en el recurso; y la de don Francisco Vallejo Serrano ha solicitado que se declare la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y, subsidiariamente, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha interesado en su escrito de alegaciones la estimación parcial del recurso de amparo por infracción del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) con los argumentos que han sido expuestos en el antecedente de hecho 6.

1.2 Orden de análisis de las quejas.

Dado el contenido de las alegaciones aducidas en los motivos en los que el recurrente fundamenta la demanda de amparo y por razones de ordenación sistemática de las materias a tratar, su análisis se va a efectuar conforme al siguiente orden: vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, vulneración del derecho a la legalidad penal y vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

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

En los antecedentes de esta sentencia se ha reproducido el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (fundamento de Derecho 1, págs. 97 y siguientes) del relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, concerniente al sistema de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis objeto del denominado proceso «ERE». Dado el contenido de la demanda de amparo y la extensión del relato fáctico de la sentencia de instancia, resulta conveniente, antes de proceder al examen individualizado de cada una de las quejas formuladas, hacer unas consideraciones previas con la finalidad de facilitar la comprensión de los hechos objeto del proceso *a quo* y del enjuiciamiento que en esta sentencia se va a llevar a cabo de la demanda de amparo. Consideraciones referidas, la primera, a una sucinta exposición de los hechos que dieron lugar al proceso penal del que trae causa este recurso de amparo; la segunda, al objeto de la denominada «pieza específica» y su superposición con las restantes piezas desgajadas de la matriz del caso «ERE»; la tercera, a los concretos hechos enjuiciados en el proceso penal; y, en fin, la última, a los hechos que han determinado la condena de la demandante de amparo.

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

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

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

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

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

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

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

Hasta el mes de julio del año 2001, los fondos recibidos por el IFA fueron entregados a los destinatarios de las ayudas mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA. El 17 de julio de 2001, el consejero de Empleo y el presidente del IFA suscribieron el «Convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social» (el convenio marco). En virtud de dicho convenio, el IFA se comprometía a prestar asistencia técnica permanente a la Dirección General de Trabajo y Seguridad

Social (DGTSS), materializando las ayudas que, en su caso, otorgase la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la citada dirección general, a las empresas u otros entes públicos o privados. Se contemplaba la suscripción de convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA, en los que habían de concretarse las previsiones del convenio marco, debiendo contener, al menos, las siguientes especificaciones: (i) objeto y alcance del convenio particular; (ii) estimación económica de la asistencia o cuantía de las ayudas a materializar, empresas u otros entes públicos o privados, así como consignación presupuestaria a cuyo cargo habían de realizarse la transferencia de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía 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 euros. Las ayudas que superasen la cuantía de 1 200 000 euros debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) En el año 2010 se abandonaron las transferencias de financiación al IDEA y se presupuestaron en los correspondientes programas las partidas destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, publicándose las bases reguladoras de las convocatorias para su concesión mediante Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 y de 13 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por el Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras 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 ejercicios 2000 y 2001, mediante modificaciones presupuestarias y, después, estableciendo en las leyes de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009 unas partidas presupuestarias específicas, en el programa 31L, para que abonase dichas ayudas, cuyo importe inicial se incrementó a través de la aprobación de modificaciones presupuestarias.

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

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

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

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

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

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

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

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

Entre la «pieza específica» y las piezas individuales existe, afirma la sentencia de casación, una posible zona de coincidencia, «la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos». Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que «[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no solo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas [...]. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz [“pieza específica”] el proceso de “diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes” y en las distintas piezas separadas la concesión y pago de las distintas ayudas». Esta división –reconoce el Tribunal Supremo– «podría dar lugar a que hubiera coincidencia entre la pieza matriz [“pieza específica”] y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en el “diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes”, dentro de este grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares», como los «Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social, [...] los directores generales del IFA/IDEA y, en general, [...] cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos» (fundamento de Derecho 3; págs. 122-133).

2.3 Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

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

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

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

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

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

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

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

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

– Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa Pickman, SA, 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 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo de 15 de julio de 2003 a 2 de marzo de 2004.

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

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

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

– Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, SA, FCC Medio Ambiente, SA, y CESPASA, SA, 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 CESPASA, SA, y FCC Medio Ambiente, SA, habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276 222,24 euros,

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

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

2.4 Hechos por los que ha sido condenado el recurrente.

Los hechos por los que ha sido condenado el Sr. Zarrías Arévalo están descritos en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 31 a 97), así como en los fundamentos de Derecho 40, apartado IV, en el que se detalla la prueba de cargo en la que se fundamenta su condena y 49, apartado 18.

El Sr. Zarrías Arévalo ha sido condenado como consecuencia de las actuaciones y omisiones que realizó en el ejercicio de su cargo como consejero de Presidencia de 1996 a 2009.

(i) Como consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía y miembro de su Consejo de Gobierno, el Sr. Zarrías participó en la elaboración de los anteproyectos de ley presupuestos para los ejercicios de los ejercicios de 2002 a 2009 y en su aprobación

como proyectos de ley. Los anteproyectos y proyectos de ley contenían la aplicación presupuestaria «transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» – concepto 440.00–, en el nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, hasta entonces vigente.

(ii) Como consejero de Presidencia participó, también, en la aprobación de las modificaciones presupuestarias efectuadas desde 2000 a 2008, en las que, haciendo un uso, según las sentencias impugnadas inadecuado de las trasferencias de financiación, se incrementaron los programas 22E, 31L y 32H en materia de relaciones laborales. Lo que se pretendía con dichas modificaciones presupuestarias era, según las resoluciones impugnadas, eludir la tramitación de los expedientes de concesión de subvenciones, con los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, así como la fiscalización previa por parte de la Intervención.

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

- 18 de abril de 2000, por la que se incrementó en 257 000 000 pesetas la aplicación presupuestaria 440.12.22E, dando de baja la aplicación 472.00.22E;
- 28 de julio de 2000, por la que se incrementó en 904 000 000 pesetas la aplicación 440.01.22E, dando de baja la aplicación 481.00.22E;
- 29 de mayo de 2001, por la que se incrementó en 5 573 000 pesetas la partida 440.00.22E, dando de baja otros conceptos;
- 18 de septiembre de 2001, por la que se incrementó en 1 250 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E;
- 13 de noviembre de 2001, por la que se incrementó en 660 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E;
- 15 de octubre de 2002, por la que se incrementó en 9 944 099 euros la partida 440.00.31L, dando de baja otras aplicaciones presupuestarias;
- 9 de diciembre de 2004, en la que se incrementó en 2 994 876 euros el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo». Según las resoluciones judiciales impugnadas, dicha modificación presupuestaria era ilegal al ser contraria a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos eran vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (art. 38 de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía).
- 7 de diciembre de 2005, en la que se incrementó en 799 895,97 euros 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 euros 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 euros la aplicación presupuestaria 440.51.31L dando de baja otras aplicaciones;
- el 22 de diciembre de 2008 se aprobaron tres modificaciones presupuestarias que incrementaron el programa 31L: una por importe de 1 253 853,89 euros, otra por importe de 6 011 836,20 euros y la tercera por importe de 8 000 000 euros [si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y al estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la intervención delegada de la Consejería de Empleo].

3. Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

3.1 Posiciones de las partes.

El primer motivo de la demanda denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley fruto de la atribución de las diligencias previas 6645-2015, que concluyeron en la sentencia recurrida y que hasta ese momento conducía la magistrada titular del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla, al magistrado de refuerzo de dicho

juzgado. El recurrente considera que se trata de un encargo determinado y, en tal medida, de un nombramiento *ad hoc* contrario al art. 24.2 CE que vulnera el art. 216 bis.2.4 LOPJ, al no limitarse la jurisdicción del juez de apoyo a los asuntos de nuevo ingreso o pendientes de señalamiento. Suma a ello que ese juez realizó actuaciones en perjuicio de los acusados que constituyen razones adicionales de indefensión.

De las partes personadas, han formulado alegaciones sobre la aducida vulneración el Partido Popular, que instó la desestimación del motivo con apoyo en los razonamientos del Tribunal Supremo, de los que expone una síntesis; y el Sr. Vallejo Serrano, que interesó la estimación del motivo por entender hubo un cambio del magistrado encargado de instruir en pleno estado de tramitación del asunto, lo que supuso un nombramiento *ad hoc* de forma manifiestamente contraria a las previsiones del art. 216 bis.2.4 LOPJ.

En su escrito, el fiscal rechazó asimismo la lesión del derecho en tanto la incorporación del juez de refuerzo se había efectuado mucho antes (en el año 2013) de que el órgano judicial competente (el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla) acordara por auto de 9 de noviembre de 2015 el desglose de la causa en distintas piezas separadas, una de la cuales se incoó el 17 de noviembre de 2015 como diligencias previas núm. 6645-2015, y la razón del refuerzo era el apoyo en la instrucción de las causas en tramitación, que lógicamente se incluyeron después en el acuerdo de distribución de asuntos.

3.2 Respuesta de los órganos judiciales.

La sentencia de la Audiencia Provincial transcribe en el fundamento de Derecho primero los razonamientos del auto de 9 de febrero de 2018 que resolvió las distintas cuestiones previas, entre las que se hallaba la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley imputada a la designación del juez de refuerzo como instructor de las diligencias previas correspondientes al procedimiento específico. La sala, a partir de un detallado relato sobre las vicisitudes del nombramiento del juez de refuerzo, concluye que «no se ha designado ningún juez *ad hoc* para tramitar una causa ya iniciada, sino que se ha procedido con arreglo a la estricta legalidad y atendiendo a las evidentes necesidades derivadas del retraso que se había originado por la acumulación de asuntos de una gran envergadura en un solo juzgado y en un solo juez».

También el Tribunal Supremo rechaza la vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley que se denuncia en los recursos de tres de los condenados, entre los que se cuenta el demandante de amparo (fundamento de Derecho 2). Esa respuesta conjunta se asienta en la doctrina constitucional, con cita de la STC 110/2017, de 5 de octubre, con las sucesivas actuaciones de refuerzo operadas en el juzgado, todas ellas realizadas a petición de la magistrada titular, y la constatación de que las quejas se dirigen contra el procedimiento de distribución de funciones, sin cuestionar ni la adopción de la medida de refuerzo ni el nombramiento del magistrado de apoyo en cuestión.

Al respecto puntualiza la Sala Segunda que «la atribución de competencia viene determinada, no por normas de reparto o por disposiciones normativas específicas, sino por el acuerdo gubernativo correspondiente, en función del plan de trabajo acordado entre el juez titular y el juez comisionado»; plan que «tiene por objeto evitar que al titular del órgano se le pueda privar del conocimiento de asunto alguno de su competencia por orden del órgano gubernativo y se justifica también porque son los magistrados que van a gestionar el órgano judicial quienes mejor conocen la forma en que debe llevarse a cabo la distribución de funciones jurisdiccionales». Sentado lo anterior, concluye que «la magistrada titular solicitó la medida de refuerzo y determinó, en función de las concretas circunstancias, el criterio de distribución más adecuado para una mejor gestión de los asuntos atribuidos al órgano judicial, por lo que ni hubo un nombramiento contrario a las normas establecidas en la LOPJ, ni nombramiento de un juez *ad hoc*, ni se le privó del conocimiento de asunto alguno de su competencia, de

la magistrada titular, y, por lo mismo, tampoco ha habido lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley».

Tampoco considera el Tribunal Supremo que la distribución de asuntos lesionara el art. 24.2 CE por haberse contravenido lo preceptuado en el art. 216 bis.2.4 LOPJ. Sin perjuicio de la falta de claridad que aprecia en la normativa orgánica que regula las comisiones de servicio en la carrera judicial, de ella infiere que pueden concederse por múltiples circunstancias. Distingue así entre supuestos varios de sustitución del titular y los de necesidad de afrontar situaciones excepcionales, que a su vez pueden precisar o no un plan de actuación del juzgado, sin que del art. 216 bis.2.4 LOPJ se siga que el juez de refuerzo solo pueda atender asuntos de nuevo ingreso, como habría puesto de manifiesto ya la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en una sentencia de 6 de noviembre de 2009. Por lo que respecta a la cuestión controvertida en el caso, considera que «la comisión de servicios se concedió por la concurrencia de una situación excepcional, la tramitación de una macro causa, lo que excluye la aplicación del artículo 216 bis.2.4 LOPJ, invocado por los recurrentes, que no parecía exigir un plan de actualización del juzgado, sino un criterio de distribución de la macrocausa que allí se instruía, y a tal fin se requirió a la magistrada titular y al magistrado comisionado para que presentaran un acuerdo de distribución de funciones que fue finalmente aprobado por el órgano gubernativo», con el añadido de que el magistrado designado ya había intervenido como refuerzo en la instrucción de la causa. Añade que así se consideró respecto de un acuerdo posterior similar en la misma macrocausa por otra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la núm. 1301/2021, de 2 de noviembre.

3.3 Doctrina constitucional.

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho alegado, últimamente expuesta con amplitud en las SSTC 34/2021, de 17 de febrero; 91/2021, de 22 de abril; 106/2021, de 11 de mayo; 121/2021 y 122/2021, de 2 de junio, o 184/2021, de 28 de octubre, y sintetizada en las SSTC 25/2022, de 23 de febrero, FJ 3, y 83/2022, de 27 de junio, FJ 8, ha considerado que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el art. 24.2 CE, es una consecuencia necesaria del principio de división de poderes que se proyecta tanto sobre el órgano judicial como sobre sus integrantes.

Este derecho exige, de un lado, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (SSTC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8). De otro lado, en relación con quienes integran el órgano judicial, el derecho alegado garantiza también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y, además, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4).

A través de las referidas exigencias de predeterminación, que son fuente objetiva de legitimación de la función judicial, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, lo que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, proclamado también expresamente, aunque con distinta dicción, en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 CEDH. No obstante, el Tribunal ha puntualizado que «no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a estos en su situación personal y la

exigencia, dimanante del interés público –las llamadas “necesidades del servicio”–, de que los distintos miembros del Poder Judicial colaboren dentro de la administración de justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema» (STC 152/2015, de 6 de julio, FJ 9, con cita de otras anteriores).

No debe olvidarse en tal sentido que la «garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio, no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia y la imparcialidad de los jueces que forman la Sala de Justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero se alteren arbitrariamente sus componentes» (SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 5; 162/2000, de 12 de junio, FJ 2, y 69/2001, de 17 de marzo, FJ 9). Por eso, «una posible irregularidad procesal en la determinación de los miembros de un tribunal solo constituye una violación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley si supone una alteración arbitraria de la composición del órgano judicial susceptible de afectar a su imagen de imparcialidad e independencia» (STC 152/2015, FJ 9). En este punto, el análisis que corresponde a este tribunal cuando se denuncia la defectuosa constitución personal del órgano judicial no se proyecta a las razones que la motivaron, sino solo, en el sentido de la protección constitucional que dispensa el derecho fundamental en juego, si existen datos para concluir que ha sido alterada arbitrariamente la composición del órgano judicial, creando un tribunal *ad casum*, con pérdida de la necesaria independencia e imparcialidad de la que debió estar revestido (STC 162/2000, FJ 2).

3.4 Enjuiciamiento de la queja.

3.4.1 Actuaciones de refuerzo en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla.

La denuncia de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley no cuestiona la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla ni la necesidad de refuerzo y, por tanto, la adopción de las medidas de apoyo; como tampoco pone en duda la legalidad del nombramiento del magistrado señor Martín Gómez como juez comisionado. El dato al que se vincula la vulneración del derecho alegado es el acuerdo de distribución de funciones que determinó que el magistrado de refuerzo asumiera en exclusiva la instrucción de las diligencias previas que concluyeron en la sentencia condenatoria. No obstante, para resolver esta queja resulta imprescindible tener presente la sucesión, objeto y justificación de las medidas de refuerzo.

La descripción en la sentencia de instancia de las actuaciones de refuerzo efectuadas, que toma del expediente de refuerzo núm. 103-2015 remitido por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, pone de relieve que:

(i) La incorporación del juez de refuerzo al Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla se había producido tiempo atrás, en septiembre de 2013, en virtud del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 24 de julio de 2013. A petición de la entonces magistrada titular, el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla acordó que el magistrado en comisión de servicio extendiera su función de apoyo, además de a las actuaciones que requiriera la marcha ordinaria del Juzgado, a la tramitación de las diligencias previas núm. 174-2011 (causa matriz del caso) y 2172-2008.

(ii) El señor Martín Gómez venía así desempeñando funciones jurisdiccionales en el juzgado competente cuando se aprobó el 21 mayo de 2015 por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial una medida de refuerzo con el fin de dar respuesta a los problemas de sobrecarga de trabajo generados por la acumulación de macrocausas. La medida de apoyo consistió en asignar dos comisiones de servicio para colaborar con la nueva titular del juzgado en todos los asuntos, siendo designados luego para desempeñar la medida de refuerzo el magistrado señor Martín Gómez y la anterior titular. En el plan de actuación presentado por la nueva magistrada titular se especificaba

que el magistrado de refuerzo asumiría los asuntos nuevos o pendientes de señalamiento sin perjuicio de colaborar con ella, lo que fue validado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla el 23 de junio de 2015 y luego por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial el 15 de octubre de 2015.

(iii) En la medida en que esa colaboración era posible, también en la tramitación de las macrocausas, la magistrada titular consideró que la medida de apoyo podía continuar solo con el magistrado señor Martín, sin perjuicio de concretar más adelante entre ellos la distribución de las piezas separadas desgajadas en la causa de los ERE, siendo renovada la comisión de servicio a favor de dicho magistrado por acuerdo de 24 de septiembre de 2015 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

(iv) El plan de actuación presentado conjuntamente por la magistrada titular y el magistrado en comisión de servicio se aprobó por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla el 14 de diciembre de 2015, con la finalidad de impulsar la tramitación de las diligencias previas incoadas como consecuencia del acuerdo de división de las diligencias previas del caso ERE núm. 174-2011, siendo avalado después por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de enero de 2016.

3.4.2 Desestimación de la queja.

Como se ha venido reiterando, el demandante no cuestiona la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla ni la incorporación como juez de refuerzo del señor Martín. La queja se circunscribe a que su actuación como tal se concretara en la instrucción de las diligencias previas núm. 6645-2015, de las que trae causa la condena, en virtud de un acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 9 de diciembre de 2015 que es posterior al auto de incoación de las citadas diligencias, dictado el 17 de noviembre de 2015. Ese acuerdo gubernativo le habría atribuido expresamente la causa a pesar de que estaba siendo instruida por la titular del Juzgado y de que, según el art. 216 bis.2.4 LOPJ, solo podía hacerse cargo de asuntos de nueva entrada o pendientes de señalamiento.

Es cierto que la división de las diligencias previas de origen núm. 174-2011 se efectuó por auto de 9 de noviembre de 2015 y que las diligencias previas núm. 6645-2015 correspondientes al procedimiento específico que dio origen de la condena se incoaron por auto de 17 de noviembre de 2015. También lo es que hasta después de ese desglose no se acordó por la magistrada titular y el magistrado comisionado la distribución de asuntos que luego aprobó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, de tales circunstancias en absoluto puede extraerse como conclusión que ha existido una designación *ad hoc* de la juez responsable contraria a las garantías de independencia e imparcialidad y, por tanto, que se haya producido una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. El recurrente obvia en su planteamiento una consideración de conjunto del devenir de la causa y las actuaciones de refuerzo que se articularon en el juzgado.

A la luz de lo referido en el punto anterior: (i) todas las medidas de apoyo se adoptaron a instancia de la titular del Juzgado de Instrucción competente; (ii) todas ellas vienen impulsadas por la sobrecarga de trabajo fruto de la investigación del caso ERE y la necesidad de impulsar su tramitación; (iii) el juez de refuerzo actúa desde septiembre de 2013 con unas atribuciones que incluyen actuaciones en la instrucción de la macrocausa de los ERE; (iv) incorporada la nueva titular, se mantiene la comisión de servicio del magistrado comisionado a petición de la misma, con previsión expresa de colaborar en la tramitación de las macrocausas y de distribución entre ambos magistrados cuando se fijen las piezas separadas; y (v) y el plan de actuación por el que el juez de refuerzo asume la instrucción de la pieza de procedimiento específico (diligencias previas núm. 6645-2015) es fruto del acuerdo de la magistrada titular y el

comisionado, que luego es avalado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

No puede hablarse, por tanto, ni de una alteración arbitraria del juez encargado de la instrucción ni de una privación de las funciones jurisdiccionales del juez competente por decisiones de los órganos gubernativos. La sucesión de medidas de refuerzo provocadas por la instrucción de la causa de los ERE pone de relieve que no se asume por el juez de refuerzo la instrucción de una causa asignada a la juez titular, privándola de su competencia en virtud de una decisión ajena a ella. Por el contrario, siendo preciso el plan de refuerzo precisamente para la gestión de las piezas separadas de la causa matriz, se opta por la decisión razonable de que la labor de instrucción se asuma por el juez comisionado que venía ejerciendo desde tiempo atrás funciones jurisdiccionales en el Juzgado y colaborando con la tramitación de las diligencias previas de origen.

Frente a ello no cabe entender, como sostiene el recurrente, que esta medida sea contraria al juez ordinario predeterminado por la ley por no respetar la previsión contenida en el art. 216 bis.2.4 LOPJ. Este precepto, por el que se regula cómo han de elevarse al Consejo General del Poder Judicial las propuestas de medidas de apoyo judicial, establece, entre otros requisitos, que estas propuestas deberán contener un «[p]lan de actualización del juzgado o tribunal con indicación de su extensión temporal y del proyecto de ordenación de la concreta función del juez o equipo de apoyo, cuyo cometido, con plena jurisdicción, se proyectará en el trámite y resolución de los asuntos de nuevo ingreso o pendientes de señalamiento, quedando reservados al titular o titulares del órgano los asuntos en tramitación que no hubieren alcanzado aquel estado procesal».

Ahora bien, esta regla, como aprecia la Sala Segunda, con apoyo en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8364) y de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4120), está prevista para los supuestos en los que el juez de apoyo se solicita como medida para llevar a cabo «un plan de actualización del juzgado», pero no en los demás casos en los que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, cabe adoptar medidas de refuerzo judicial (art. 216 bis.1). En el supuesto que ahora se analiza, la comisión de servicios al juez de refuerzo se otorgó no porque existiera un plan de actualización del juzgado, sino porque concurría una situación excepcional, la tramitación de una macrocausa, por lo que, al no concurrir el supuesto de hecho previsto en el art. 216 bis.2.4 LOPJ, no puede considerarse que la no aplicación de lo dispuesto en esta norma en este caso constituya, como sostiene el recurrente, una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

Este tribunal ha sido siempre consciente (ya en la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2) de la necesidad de armonizar la predeterminación y fijeza de los titulares del órgano competente con la organización de las labores jurisdiccionales para suplir las disfuncionalidades del sistema. Si, como es el caso, el juez de refuerzo ya venía desempeñando funciones jurisdiccionales en el órgano judicial competente y se encontraba familiarizado con esa instrucción, no lesiona el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que la distribución de funciones lo tenga en cuenta, aproveche dicho conocimiento y le atribuya la instrucción. Todo ello, hay que insistir, como decisión de la magistrada titular de acuerdo con el magistrado de apoyo y no como imposición o privación gubernativa de la competencia.

Por lo demás, carecen de consistencia las afirmaciones del recurrente de que la actuación del juez instructor generó indefensión. Al margen de que esa queja no se cohonesta o incide en la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, no se ofrecen por el recurrente razones acreditativas de la causación de una indefensión material relevante en la instrucción. En suma, el juez de refuerzo fue designado instructor de las diligencias previas núm. 6645-2015 conforme a la normativa legal y sin injerencia de los órganos gubernativos, por lo que debe desestimarse el motivo.

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 ya se ha expuesto, el demandante de amparo, en su condición de consejero de Presidencia del Gobierno de Andalucía, fue condenado por la comisión de un delito continuado de prevaricación por elaborar los anteproyectos de ley de presupuestos, por aprobarlos como proyectos de ley en el Consejo de Gobierno y por la realización de modificaciones presupuestarias. Fundamenta su recurso en que las resoluciones impugnadas han realizado una interpretación imprevisible y extensiva de los elementos del tipo del delito de prevaricación (art. 404 CP) que infringe el art. 25.1 CE. En concreto, aduce que las actuaciones realizadas con ocasión de la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y haber participado en su aprobación como proyectos de ley no pueden considerarse «resoluciones» a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo del Código penal. También alega que no cabe entender que tales actos hayan recaído en un «asunto administrativo» ni que puedan calificarse de «arbitrarios». Afirma que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en contra de lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, ha considerado que el ejercicio de la iniciativa legislativa no da lugar a un procedimiento legislativo que desemboca en la aprobación de una ley. Las sentencias impugnadas, en contra de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, consideran que los anteproyectos y proyectos de ley pueden ser objeto de control jurisdiccional. Se aduce también en la demanda que no puede exigirse tampoco que el contenido de un proyecto de ley se ajuste al ordenamiento jurídico, ya que su finalidad puede ser, precisamente, modificarlo. Afirma, además, que las sentencias impugnadas se extralimitan en las funciones que la Constitución atribuye al Poder Judicial al controlar el contenido material de los anteproyectos y proyectos de ley. Por lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias, el recurrente aduce que tampoco pueden ser consideradas actuaciones dictadas en asunto administrativo, pues no son más que modificaciones contables que no alteran el importe de los caudales públicos, sino que únicamente posibilitan una posterior ejecución de un gasto.

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

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

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

presupuestarias, ya que sí pueden ser consideradas decisiones de naturaleza administrativa.

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

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

(i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechaza las alegaciones del recurrente en las que, basándose en la jurisprudencia constitucional y en la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sostiene que no 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». Sostiene que «[e]l Gobierno y la administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de Derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación [concluye la Sala] posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable» (fundamento de Derecho 20.3, págs. 238-239).

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

(iii) También considera que «lo que se debe determinar en este caso no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 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 concluir que «las resoluciones dictadas relativas a este segundo contenido [las adoptadas en la elaboración del anteproyecto y proyecto de ley] no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino “resoluciones en asunto administrativo”, a los efectos del artículo 404 del Código penal» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 246).

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

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

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

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

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

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

empleo y ya hemos explicado que el cambio de clasificación presupuestaria hizo posible la distribución de subvenciones sin control alguno, con incumplimiento absoluto del procedimiento establecido para la concesión de subvenciones» (fundamento de Derecho 24.2, pág. 268).

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

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

4.3 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 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). En numerosas resoluciones (desde la STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, 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, de 22 de julio, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) 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, 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, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las

interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

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

f) Debe por último tenerse presente que la tarea de este tribunal de fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, labor aplicativa que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE), no atañe a «la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, [...] Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada» (STC 129/2008, FJ 3).

4.4 Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia y expuesta la doctrina acerca del derecho a la legalidad penal, antes de analizar si la interpretación que de la norma aplicada efectúan las resoluciones impugnadas es lesiva del art. 25.1 CE, es preciso recordar cuáles son los elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional, toda vez que el fundamento de la condena parte de una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento que trasciende del ámbito de la legalidad y se adentra en el plano de la constitucionalidad. Esta cuestión es de gran relevancia en este caso dado que el Tribunal apreció la especial trascendencia del recurso [art. 50.1 b) LOTC] por considerar que las cuestiones en él planteadas afectan a la esencia de las relaciones institucionales entre los poderes que conforman el Estado. En el ATC 285 /2023, de 5 de junio, FJ único, se afirma que, uno de los motivos por los que este recurso tiene especial trascendencia constitucional

es porque «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a)], concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo de las actuaciones prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias». Es a este tribunal al que corresponde en último término la interpretación de las cuestiones que se plantean en este recurso, al ser inherentes a la configuración propia del Estado constitucional.

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

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

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

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

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

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

f) Del carácter central que la Constitución otorga al Parlamento deriva la posición privilegiada de la ley que conlleva su presunción de legitimidad constitucional y que

determina que tanto los particulares como los poderes públicos estén sometidos a su imperio (art. 9.1 CE). Por ello, dejando aparte ahora la prelación de fuentes que impone el Derecho de la Unión Europea o el internacional, los órganos judiciales no pueden dejar de aplicarla, salvo en aquellos casos en los que la consideren inconstitucional y planteen cuestión de inconstitucionalidad ante este tribunal (art. 161.1 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas (art. 6 LOPJ) o, en su caso, declaradas nulas por los órganos judiciales para garantizar la supremacía constitucional, cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

B) Para la resolución de este recurso de amparo es importante también analizar la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley. El ahora recurrente ha sido condenado por incurrir en un delito de prevaricación por participar, entre otras actuaciones, en la tramitación, en su condición consejero de Presidencia, en la elaboración de anteproyectos de las leyes de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2009.

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

b) La iniciativa legislativa es el cauce institucionalizado para la modificación de las leyes y normas con rango de ley preexistentes. Por ello, como con detalle se expone en la STC 93/2024, FJ 4.3.4, «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 «el contenido del anteproyecto o del proyecto, en tanto tales, es fiscalizable 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, de 20 de abril, 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).

4.5 Enjuiciamiento de la queja.

Una vez expuestos los fundamentos de la condena del recurrente por el delito de prevaricación, así como los rasgos esenciales de nuestra democracia constitucional y parlamentaria, –sobre esta cuestión, como se acaba de indicar, se ha efectuado una mera síntesis de lo establecido por el Tribunal en la STC 93/2024, FJ 4.3– se van a

enjuiciar las quejas aducidas por el demandante en relación con su condena por el delito de prevaricación.

Para ello, han de distinguirse los diferentes hechos por los que ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación: (A) participar en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos para los ejercicios de los ejercicios 2002 a 2009, así como en su aprobación como proyectos de ley por el Consejo de Gobierno; (B) participar en la tramitación y elevación al Consejo de Gobierno de las modificaciones presupuestarias de 2000 a 2008 antes expuestas (FJ 2.4).

A) La elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2009 y 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 ley y su aprobación como proyecto de ley los convierte en actos reglados. De lo anterior se deduce «que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial. Excluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)» [FJ 4.4.1 a)].

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

Por lo expuesto, no cabe considerar que la participación del demandante en la aprobación de anteproyectos de ley de presupuestos y su aprobación como proyectos de ley pueda ser calificada como resoluciones recaídas en asunto administrativo. Al haberlo entendido así las sentencias impugnadas han incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» que vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

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

mismas es de constitucionalidad y no el realizado por los órganos judiciales sobre los anteproyectos y proyectos de ley.

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

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

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

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

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

B) Las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha señalado en este mismo fundamento jurídico, apartado 4.1, el recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación por haber tramitado y elevado al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias en los ejercicios 2000 a 2008. Las modificaciones llevadas a cabo en los ejercicios 2000 y 2001 afectaron al programa presupuestario 22E; la realizada en 2004 afectó al programa 32H, y el resto, esto es, las realizadas de 2002 a 2008 afectaron al programa 31L.

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

Del mismo modo que se acaba de hacer respecto de los anteproyectos y proyectos de ley, procede analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han realizado una interpretación imprevisible del delito de prevaricación (art. 404 CP) –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 asunto administrativo» del art. 404 CP calificar a las modificaciones presupuestarias como actos administrativos.

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

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

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

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

(i) cinco modificaciones presupuestarias realizadas en los ejercicios 2000 y 2001 por las que se incrementó la partida 22E. Dichas modificaciones fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno el 18 de abril de 2000, por las que se incrementó en 257 000 000 pesetas la aplicación presupuestaria 440.12.22E, dando de baja la aplicación 472.00.22E; el 28 de julio de 2000, por la que se incrementó en 904 000 000 pesetas la aplicación 440.01.22E, dando de baja la aplicación 481.00.223; el 29 de mayo de 2001, por la se incrementó en 5 573 000 pesetas la partida 440.00.22E, dando de baja otros conceptos; el 18 de septiembre de 2001, por la se incrementó en 1 250 000.000

pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E, y el 13 de noviembre de 2001, por la que se incrementó en 660 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E;

(ii) siete modificaciones presupuestarias por las que se incrementaba la partida 31L en la aplicación presupuestaria 440.51 o 740.51. Dichas modificaciones presupuestarias fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno el 15 de octubre de 2002 por cuantía de 9 944 099 euros; el 7 de diciembre de 2005 por cuantía de 799 895,97 euros; el 7 de noviembre de 2006, por cuantía de 9 300 000 euros; el 27 de noviembre de 2007, por cuantía de 7 448 503,44 euros y tres modificaciones presupuestarias el día 22 de diciembre de 2008 por cuantía de 1 253 853,89 euros, otra por importe de 6 011 836,20 euros y la tercera por importe de 8 000 000 euros (si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y al estar dotada de fondos procedentes de la Administración central, sí fue objeto de fiscalización por la Intervención delegada de la Consejería de Empleo).

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

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

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

5. 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 prevaricación por las actuaciones relacionadas con el programa 22E.

5.1 Posiciones de las partes.

a) Junto con la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que se ha acaba de examinar, en el segundo motivo de la demanda se denuncia la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la falta de prueba del elemento subjetivo de la prevaricación, que el recurrente identifica con el conocimiento de la ilegalidad del sistema de presupuestación. Considera que ese elemento se fija mediante prueba indiciaria que no satisface las exigencias constitucionales de racionalidad y solidez de la inferencia. Sostiene que los hechos base de los que se infiere no han quedado acreditados y que no existe engarce lógico entre ellos y las consecuencias que se siguen en su contra. Se detiene, en particular, en los siguientes hechos base e inferencias, como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes de hecho [3 b) (2)]:

(i) Vinculación del conocimiento del recurrente con el hecho de que el nuevo sistema se había diseñado para salvar escollos en la concesión de ayudas en el llamado caso HAMSA, en el que habría intervenido. El recurrente opone, de un lado, que el informe del interventor de 19 de junio de 2000 manifestando reservas al que se alude como impulso del cambio de presupuestación es posterior a la primera modificación

presupuestaria de 18 de abril de 2000; y, de otro, que no intervino en la gestión de la subvención, sino que después del cierre hizo gestiones para que alguna empresa contratara a los antiguos empleados de HAMSA.

(ii) Inferencia de su conocimiento del sistema de presupuestación del hecho de que conociera el convenio marco que el IFA y la Consejería de Empleo habían firmado el 17 de julio de 2001, por cuanto se aludía a él en el expediente de una modificación presupuestaria que pasó por la Comisión General de Viceconsejeros. De nuevo pone de manifiesto que la aludida modificación es del año 2000 y el convenio del año 2001, sin que sea cierto, como dice el auto del Tribunal Supremo resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, que en modificaciones posteriores a julio de 2001 se aludiera al convenio.

(iii) Conocimiento del sistema por cuanto el proyecto de orden de 2004 de la Consejería de Empleo para regular las ayudas sociolaborales pasó por la Comisión general de viceconsejeros. El demandante recuerda que el auto de aclaración del Tribunal Supremo admite que ese proyecto de orden no pasó por la citada comisión. La relevancia de la rectificación estribaría en que, sobre la base de este dato erróneo, la sentencia de instancia concluía que «conocía el modo en que la Consejería de Empleo pretendía dar las ayudas» (sentencia de la Audiencia Provincial, pág. 1527) y la sentencia de casación afirmaba que «no es verosímil que acudiera a las reuniones [para la instalación de una empresa en Jaén] sin un mínimo conocimiento de cómo se estaban dando las ayudas por la Consejería de Empleo» (STS 749/2022, pág. 713).

(iv) Conocimiento de varios informes de la Intervención General de la Junta que informaban de las deficiencias sobre la contabilización de las «transferencias de financiación». El actor replica que no fue destinatario de ninguno de estos informes, como se sigue de los hechos probados, sin que sea asumible la inferencia del Tribunal Supremo de que, a pesar de ello, su papel central en la acción política del Gobierno determina que «no es irracional ni contrario a las máximas de la experiencia inferir que conociera las razones por las que se produjo el cambio de presupuestación» (STS 749/2022, pág. 725). No hay pruebas de tal conocimiento ni engarce lógico, sino una remisión a un supuesto concierto delictivo entre los condenados sobre el que no existe prueba y que la sentencia ni siquiera deja claro si existió o no.

b) La representación procesal del Partido Popular considera que el tribunal de instancia contó con un conjunto de indicios cuya valoración conjunta permitió sostener de forma razonable que el recurrente conocía la ilegalidad en el cambio de presupuestación para el pago de las ayudas sociolaborales. Apela a los datos incriminatorios recogidos en el fundamento de Derecho 95.3 de la sentencia del Tribunal Supremo relativos a la especial relevancia del puesto desempeñado por el recurrente, las funciones inherentes al mismo y las concretas actuaciones realizadas como consejero de Presidencia así como a su intervención en gestiones relativas a empresas de Jaén en crisis; y rechaza las concretas alegaciones de la demanda con remisión y cita de diversos pasajes de las sentencias impugnadas.

c) El Ministerio Fiscal rebate la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que circunscribe a la concurrencia del elemento subjetivo, con base en los múltiples datos ofrecidos por las sentencias impugnadas para acreditar el conocimiento del recurrente tanto del sistema ideado para la concesión de ayudas sociolaborales como sobre su carácter injusto. Sostiene que no es ilógico deducir de su condición de consejero de Presidencia durante trece años que tenía un conocimiento general de toda la actuación del Consejo de Gobierno durante ese tiempo. Y que tampoco lo es apreciar más concretamente su conocimiento de que el cambio de presupuestación determinaba el pago de las ayudas sociolaborales con un instrumento financiero inadecuado, porque conocía que debía seguirse el sistema de subvenciones, que se infiere de una multitud de indicios relacionados con sus actuaciones institucionales y políticas.

5.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

5.2.1 Sentencia de la Audiencia Provincial.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de Derecho 40, apartado IV, explícita, a partir de la valoración de la prueba practicada, la conducta, y el grado de implicación en los hechos enjuiciados de don Gaspar Zarrías Arévalo, que fue consejero de Presidencia desde abril de 1996 al 24 de abril de 2009. Como tal «le correspondía la asistencia política, técnica y el asesoramiento general al presidente de la Junta de Andalucía» (pág. 1521).

En esa condición de consejero de Presidencia «presidía la Comisión general de viceconsejeros, por donde pasaban todos los expedientes de modificación presupuestaria, así como el anteproyecto de presupuestos de cada año» (pág. 1522).

Como miembro del Consejo de Gobierno, participó en la aprobación de los proyectos de presupuestos correspondientes y «estuvo presente en la aprobación de la mayoría de las modificaciones presupuestarias que afectaron, primero al programa 22E y luego al programa 31L» (pág. 1522). Se reseña en concreto que «participó en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, que supusieron la reducción de la partida 472.00, que era la adecuada para la concesión de subvenciones, y dotar de fondos a otra que no existía en el presupuesto inicial aprobado, y que no era legalmente apropiada para su otorgamiento, en concreto, la partida 440.01 “Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales”, también encuadrada en el programa 22E» (págs. 1522-1523). La sentencia alude así a la primera modificación típica de 18 de abril de 2000.

La sentencia pone en relación las actuaciones del recurrente en el sistema de presupuestación con la consideración general de que «son tantos y tan evidentes los incumplimientos producidos con las citadas modificaciones presupuestarias, que hace impensable que ello pasara desapercibido por todos los que intervinieron en su tramitación y aprobación. Las irregularidades e incumplimientos que expusimos, nos llevan como única conclusión razonable, que lo que se pretendió con las citadas modificaciones presupuestarias, y con las demás que se aprobaron el 7 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, fue 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. Y es igualmente la única conclusión razonable a la que podemos llegar, para que la citada partida presupuestaria se incluyera en el presupuesto de 2002 y se mantuviera en los siguientes, hasta el 2009» (pág. 1523).

La sentencia valora a continuación una serie de hechos, que conducen a la conclusión de que el Sr. Zarrías Arévalo conocía que, con el sistema de transferencias de financiación instaurado con la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, introducido y mantenido luego en los presupuestos de 2002 a 2009, «se estaba optando por un sistema de concesión de ayudas sociolaborales, que se apartaba radicalmente del que hasta entonces se venía usando» (pág. 1528):

(i) Su conocimiento y seguimiento desde los años noventa de las crisis de las empresas Hamsa y Santana, radicadas en Jaén, su ámbito territorial de actuación política, tal y como declaró en instrucción y ratificó en el acto del juicio, sin que sea verosímil que «este conocimiento desaparezca, precisamente, cuando se opta por establecer una nueva forma de conceder ayudas sociolaborales, usando transferencias de financiación» (pág. 1524).

(ii) La trascendencia social de las crisis empresariales a las que se pretendía dar una respuesta rápida, para la que los reparos de la Intervención constituían un obstáculo, y el hecho de que la decisión de dar esas ayudas fuera una decisión del gobierno en su conjunto, que partía del programa político presentado a las elecciones, como manifestó el recurrente ante el magistrado instructor del Tribunal Supremo, determinan, según la sentencia, que sea «contrario a la lógica y a las máximas de experiencia que los responsables de la Consejería de Empleo, cada uno a su respectivo

nivel, no informaran de tal cambio a los consejeros, o a los viceconsejeros, en las reuniones del Consejo de Gobierno, o en las de la Comisión general de viceconsejeros, respectivamente» (pág. 1524).

(iii) Su intervención en la resolución de la crisis de la empresa Primayor, que consta en atestado ratificado en el acto del juicio, haciendo gestiones en 2008 para mantener la actividad productiva, incluyó, según manifestó en instrucción, la información a los interesados «de que hay una serie de ayudas, en función de lo que ellos [empresa interesada] planteen se examinará por los servicios técnicos» (pág. 1526), por lo que no resulta verosímil «que acudiera a dichas reuniones sin un mínimo conocimiento de cómo se estaban dando las ayudas» (pág. 1527).

(iv) Presidió las tres sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) en las que se debatió sobre el proyecto de decreto regulador de este tipo de ayudas. Si bien no prosperó, por su existencia y contenido, confirma que el acusado conocía el modo en que la Consejería de Empleo pretendía dar las ayudas. Conocía también, como declaró en instrucción, cuál era la regulación legal de ellas, establecida en la Ley general de hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que «el sistema instaurado en la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, que se incluyó en el presupuesto de 2002, no es que se apartara del citado marco legal, sino que era contrario al mismo» (pág. 1527).

Sentado lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial refuerza sus inferencias sobre el conocimiento del recurrente de la patente ilegalidad de los actos en los que participó con otros datos, al tiempo que desmiente las alegaciones de falta de conocimiento respecto de ellos:

(i) Como miembro del Consejo de Gobierno, aprobó los planes anuales de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta para los años 2005, 2006 y 2007. Se destaca que la memoria de los trabajos de 2006, cuya propuesta presentó el demandante por ausencia del consejero de Economía y Hacienda, señalaba que «de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa» (pág. 1528), apreciando incumplimientos y defectos de contabilización. Por ello se rechaza la alegación de desconocimiento, que se considera también desmentida por lo declarado ante el magistrado instructor del Tribunal Supremo alusiva a que no se estudiaban las memorias ni en la Comisión general de viceconsejeros ni en el Consejo de Gobierno, sino que el conocimiento venía por la información recibida del consejero y la viceconsejera de Economía y Hacienda, que necesariamente tuvieron que contarle las irregularidades para presentar la propuesta en el Consejo de Gobierno en sustitución de aquel. Por otro lado, se afirma que el «plan de control financiero permanente venía en índice rojo, por tanto, se debatía en el Consejo de Gobierno» (pág. 1530).

(ii) Tampoco se acoge su afirmación de que no tuvo conocimiento del convenio marco, ya que, en el extracto del expediente para el Consejo de Gobierno de la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000, consta que «tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01 con el crédito suficiente para desarrollar el convenio marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas». Puntualiza la sala que, si bien ese convenio no es el de julio de 2001, sino el borrador del 2000, se menciona en la memoria su existencia, su objeto y la finalidad relacionada de la transferencia de financiación que introduce la modificación.

(iii) Asimismo se descarta la ausencia de conocimiento sobre el sistema de ayudas que el recurrente aduce en instrucción al afirmar que estaba convencido de que «tras el decreto de enero y posteriormente el decreto de noviembre, la Consejería de Empleo, al

igual que el resto de Consejerías habían regulado mediante una orden el régimen de concesión de ayudas. Estaba convencido porque lo hicieron todas las consejerías y creía, no tenía ningún dato para pensar de forma distinta» (pág. 1533). En primer lugar, porque «resulta extraño que supiera que todas las consejerías habían regulado mediante una orden el régimen de concesión de ayudas, adaptándose a lo dispuesto en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, Reglamento concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía, salvo la Consejería de Empleo, cuando precisamente, el acusado, se había involucrado en la resolución de crisis de empresas, que se solventaban precisamente en dicha Consejería» (pág. 1533). En cuanto a que no tuviera ningún dato para pensar de forma distinta, según la sentencia de instancia, queda desmentido por el extracto del expediente para el Consejo de Gobierno de la modificación presupuestaria de 15 de octubre de 2002 y de 21 de octubre de 2002, que reflejan que se seguía utilizando las transferencias de financiación para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas, en contra de lo dispuesto en el Decreto 254/2021, cuyo art. 1.2 «distingue claramente entre transferencias de carácter genérico para cubrir actividades no singularizadas, es decir, los déficits de las empresas públicas, de las subvenciones que posean carácter finalista, asignándoles procedimientos de tramitación distintos, dada su diferente naturaleza y finalidad» (pág. 1535).

(iv) Por último, se descarta el argumento de que las modificaciones presupuestarias que contaran con todos los documentos «era un tema de mero trámite que pasaba a índice verde y en índice verde lo elevaba a Consejo de gobierno para su aprobación» (pág. 1536). La Audiencia Provincial lo considera inverosímil en tanto «llevaría al absurdo de que el destino de la administración de la Junta, y las decisiones de mayor calado, estuvieran en manos [de] cargos intermedios, o funcionarios de rango inferior» (pág. 1537) y se contradice con las instrucciones para la tramitación de asuntos del Consejo de Gobierno y de la Comisión General de Viceconsejeros de 14 de junio de 2000 procedente precisamente de la Consejería de Presidencia. Según estas instrucciones, «las modificaciones presupuestarias que llegaban en “índice verde” al Consejo de Gobierno, eran aquellas en las que no solo el expediente estaba completo, sino que habían sido suficientemente debatidas en dicha Comisión General de Viceconsejeros».

5.2.2 Sentencia y autos del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo, tras hacer un repaso del conjunto de elementos probatorios en los que funda la sentencia de instancia la condena y contestar a los argumentos impugnativos del recurrente, desestima el motivo de casación de infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en el fundamento de Derecho 95. Aprecia que «el tribunal de instancia contó con prueba de cargo como la abundante prueba documental, la declaración del propio Sr. Zarrías y la existencia de un conjunto de indicios que, valorados conjuntamente, permiten sostener desde criterios de racionalidad que conocía la ilegalidad en el cambio de presupuestación para el pago de las ayudas sociolaborales, utilizando un instrumento financiero manifiestamente ilegal, las transferencias de financiación, y conocía también que la finalidad de ese cambio era evitar la aplicación de la normativa de las subvenciones» (fundamento 95.3, pág. 723).

La sentencia de casación subraya que, «al igual que con el resto de condenados, resulta de especial relevancia el puesto desempeñado y las funciones inherentes al mismo» y que «[c]ada autoridad es responsable de sus decisiones y debe ejercer el cargo con diligencia, dedicando a cada asunto el tiempo y la atención que precisa» (fundamento de Derecho 95.3, pág. 723). No obstante, aclara que «la sentencia de instancia no afirma el conocimiento de las ilegalidades simplemente porque estas se produjeran y tampoco establece la responsabilidad penal exclusivamente por el ejercicio del cargo desempeñado, sino que deduce la actuación arbitraria y “a sabiendas”, según exige el tipo penal del artículo 404 del Código penal, a partir de un conjunto de indicios que convergen todos en una misma conclusión y que se establecen a partir de hechos

objetivos y probados» (fundamento 95.3, págs. 723-724), sin que puedan valorarse de forma aislada, como pretende el recurrente. Sostiene esta conclusión con los siguientes razonamientos:

(i) La condición de consejero de Presidencia durante todo el tiempo en que se desarrollaron los hechos, con una función de asesoramiento general al presidente de la Junta de Andalucía, «permite presumir que estaba al tanto de todos los problemas conflictivos» (fundamento de Derecho 95.3, pág. 724). Y la presidencia de la Comisión general de viceconsejeros, que era el órgano encargado de filtrar los asuntos que podían llegar al Consejo de Gobierno, «permite inferir un grado singular de conocimiento, no ya general, sino de detalle de los proyectos normativos» (fundamento 95.3, pág. 724).

La sentencia de casación no acepta el argumento de descargo ya rechazado por la Audiencia Provincial de que el hecho de presidir la Comisión general de viceconsejeros no permite suponer el conocimiento de las ilegalidades de las modificaciones presupuestarias examinadas en sus sesiones. Opone que, además de las competencias de dicha comisión y las directrices de debate fijadas en la instrucción procedente de la Consejería de Presidencia de la que era titular, es lógico, «porque, de otro modo, la decisión de modificar los presupuestos sería adoptada por quienes no tienen legalmente atribuida tal competencia [...] serían los funcionarios de rango inferior quienes impondrían a los de rango superior la modificación presupuestaria» (fundamento de Derecho 95.2, pág. 720).

(ii) El conocimiento que declaró que tenía del contenido de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía y de que las subvenciones tenían un marco legal claro, la elevación hasta en tres ocasiones de un proyecto la Comisión general de consejeros un proyecto de decreto de la Consejería de Empleo para regular las ayudas sociolaborales, que finalmente no fue aprobado, y la aprobación por el Consejo de Gobierno, tras pasar el filtro de la Comisión general de viceconsejeros, del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, donde se regulaba el procedimiento de concesión de subvenciones y donde se prohibía el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones, son datos a partir de los cuales «es razonable inferir que cuando se produjo el cambio de presupuestación sabía que se iban a pagar las ayudas sociolaborales con un instrumento financiero inadecuado, porque sabía que las ayudas sociolaborales eran subvenciones y que debían articularse a través de la normativa de subvenciones, tal y como se venía haciendo hasta el año 2000» (pág. 724).

En relación con este grupo de indicios, no acoge la Sala de lo Penal la alegación de la defensa de que el proyecto de decreto simplemente no se elevó al Consejo de Gobierno porque no contaba con los informes jurídicos favorables. Considera indudable el valor probatorio de cargo de la discusión hasta en tres ocasiones de un proyecto normativo que tenía por objeto la regulación de las ayudas sociolaborales, en tanto «refuerza la idea de que era un asunto de interés sobre el que se estaba discutiendo y planteando alternativas [lo que] presupone que los que debían efectuar el filtro para que el asunto se discutiera o no en el Consejo de Gobierno conocía la situación que era objeto de regulación» (fundamento de Derecho 95.2, pág. 722).

(iii) La intervención activa en la negociación o gestiones previas para la concesión de determinadas ayudas y el conocimiento de la situación de las empresas de Jaén, provincia donde el recurrente desarrollaba de forma especial su acción política junto con su papel central en la acción política del Gobierno, como consejero de Presidencia, determina que no sea «irracional ni contrario a las máximas de experiencia inferir que conociera las razones por las que se produjo el cambio de presupuestación, esto es, los problemas habidos en la concesión de ayudas, que obligaron a realizar anticipos por parte del IFA y que dieron lugar a reparos de la Intervención. [que] se habían producido precisamente con la subvención concedida a la empresa Hamsa, en cuya gestión había intervenido personalmente» (pág. 725).

La sentencia del Tribunal Supremo tampoco comparte los argumentos del recurrente cuestionando el valor probatorio de la crisis de Hamsa como detonante del cambio del sistema de ayudas y de su intervención en dicha crisis. El informe de disconformidad del

interventor delegado de 19 de junio de 2000, aunque posterior a la primera modificación presupuestaria que introdujo las transferencias de financiación al IFA, de 18 de abril de 2000, es un indicio más del sentido del cambio de presupuestación, que, además, vino precedido de un informe del letrado de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Empleo que dejaba constancia de las irregularidades. Concluye que «los problemas habidos con los anticipos realizados por el IFA para el pago de esta subvención, y también la correspondiente a la empresa lamasa fueron anteriores a la primera modificación presupuestaria» (fundamento de Derecho 95.2, pág. 721). En el auto de aclaración de 14 de diciembre de 2022 se reconoce que ese informe de letrado de 9 de febrero de 2000 se efectuó en el expediente de la subvención concedida a lamasa al tiempo que puntualiza que el cambio de presupuestación no se debió exclusivamente a los problemas con la subvención de la empresa Hamsa, como circunscribe el recurrente, sino, a los surgidos con la ayuda a la empresa lamasa, apreciación que se reitera en el auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones de 16 de febrero de 2023.

(iv) La participación en la gestión de las ayudas a otras empresas como Santana Motor o Primayor, o la información contenida en la documentación y memorias que se acompañaban a las distintas modificaciones presupuestarias, a los anteproyectos de ley de presupuestos de cada año y a los expedientes del Plan de control financiero permanente de las empresa públicas, que aprobó durante varios ejercicios del Consejo de Gobierno son asimismo indicios que permiten «suponer que conocía todo lo concerniente a la forma en que se estaban gestionando las ayudas» y «del pago de subvenciones a través de transferencias de financiación derivado (pág. 725).

El demandante cuestionó en el recurso de casación tanto los anteriores hechos base como las inferencias. Sin embargo, el Tribunal Supremo recuerda que el recurrente «reconoció que conocía la problemática de la crisis empresarial de Jaén, por su condición de parlamentario electo por esa provincia, habiendo tenido algún tipo de relación o intervenido en la gestión de las crisis de las empresas Hijos de Andrés Molina y Santana, Campofrío, Primayor, Dhul y Nueva Rumasa» (fundamento de Derecho 94, pág. 706), sin que ello implique, como malinterpreta, que se afirme que dictó resoluciones administrativas en la concesión de las ayudas.

Tampoco comparte la lectura que hace el recurrente del valor probatorio de la modificación de 28 de julio de 2000, en cuya documentación se esbozaría el nuevo mecanismo de ayudas y el papel que tenía el convenio marco. La sentencia de casación puntualiza que lo determinante no es que participara en la Comisión General de Viceconsejeros en que se estudió y aprobó –lo que no se dice en la sentencia de instancia–, sino «el conocimiento que tenía sobre lo que era objeto de estudio» en esa reunión (fundamento de Derecho 94, pág. 707). El auto de aclaración añade que el conocimiento del convenio marco se deriva del contenido de las distintas modificaciones presupuestarias informadas favorablemente por la Comisión general de viceconsejeros, en el que se hacía referencia expresa a dicho convenio, citando los folios 16, 289, 447, 453, 454, 573, 575 y 718 de la sentencia de casación. También el auto que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones de 16 de febrero de 2023 apela a la referencia expresa al convenio marco en la documentación que acompaña a diversas modificaciones presupuestarias examinadas por la Comisión general de viceconsejeros con asistencia del Sr. Zarrías Arévalo, en concreto, en las sesiones de 12 de septiembre, de 18 de septiembre, 7 de noviembre y 13 de noviembre, todas ellas de 2001.

Considera que esas objeciones, o la relativa a que no fue destinatario de las de las memorias que acompañaban el Plan anual de control financiero permanente, cuestionan «la relevancia de cada indicio mediante su aislamiento, mediante su consideración individual, desconociendo que la fuerza probatoria de los distintos indicios debe ser valorada desde una perspectiva de conjunto» (fundamento de Derecho 95.2, pág. 722).

5.3 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, de 6 de junio, 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 de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

Es 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 carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

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

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3).

5.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una triple delimitación del objeto y contenido de la queja de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En primer lugar, debe atenderse a que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal ex art. 25.1 CE, por integrarse en el título de prevaricación del art. 404 CP la intervención del recurrente en la tramitación de los presupuestos de 2002 a 2009 que prevén el programa 31L y de las modificaciones presupuestarias con cobertura en dicho programa 31L (*vid. supra* FJ 4.5), reduce su participación en los hechos con relevancia penal a su intervención en las modificaciones presupuestarias del programa 22E en los ejercicios 2000 y 2001 y del programa 32H en 2004.

En segundo lugar, las alegaciones del actor se circunscriben a cuestionar la falta de prueba de la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, que identifica con el conocimiento de la ilegalidad del sistema de presupuestación. En momento alguno discute que participara en la tramitación y aprobación de las referidas modificaciones presupuestarias; lo que niega es que tuviera conocimiento de su contenido y, en todo caso, de su manifiesta ilegalidad. Considera, en concreto, que no se satisfacen las exigencias constitucionales de la prueba indiciaria de racionalidad y solidez de la inferencia para considerar probado ese conocimiento. A este concreto aspecto debe limitarse la revisión constitucional del motivo desde la perspectiva del art. 24.2 CE.

En tercer lugar y en estrecha conexión con lo anterior, es preciso tener también presente que la queja del recurrente sobre la falta de prueba del elemento subjetivo se refiere en exclusiva al conocimiento de la ilegalidad del sistema de presupuestación. No existe, sin embargo, alegación alguna respecto de la modificación presupuestaria del programa 32H de 9 de diciembre de 2004, cuya ilegalidad deriva de la dedicación de los fondos a fines por completo ajenos a dicho programa y no a la utilización de un instrumento financiero ilegal. Esa ausencia de carga alegatoria determina *ab initio* la imposibilidad de que se proyecte y, por ende, prospere el motivo en relación con la modificación presupuestaria del programa 32H.

Efectuadas estas precisiones, corresponde afrontar 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 la afirmación fáctica de que el recurrente actuó con conocimiento de la ilegalidad de las modificaciones presupuestarias del programa 22E. Sin olvidar para ello que no es misión de este tribunal «revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano

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

De acuerdo con este parámetro de control constitucional y la doctrina antes recordada, no puede acogerse la queja del actor de falta de prueba de que conociera la manifiesta ilegalidad de las modificaciones presupuestarias en las que participó, que ahora se contraen a las aprobadas en los ejercicios de 2000 y 2001, derivada del apartamiento de la normativa de subvenciones sin cobertura legal.

a) La sentencia de la Audiencia Provincial relaciona y valora en un apartado específico, el fundamento de Derecho 40, la prueba de cargo que sostiene la participación del recurrente en los hechos consignada en el relato fáctico, deteniéndose de forma singular en la prueba de que conocía el sentido y efectos de las modificaciones presupuestarias previas a la introducción de la aplicación presupuestaria «transferencias de financiación al IFA» en el programa 31L de las leyes de presupuestos a partir de 2002. Se trata de una exposición amplia y detallada, como evidencia la síntesis efectuada en el apartado 4.2.1 de este fundamento jurídico, a la que nos remitimos para evitar reiteraciones, que después trae la sentencia del Tribunal Supremo en el fundamento 95.1 para descartar la lesión del derecho a la presunción de inocencia en los términos resumidos en el apartado 4.2.2, al que asimismo hay que remitirse. La lectura de ambas exposiciones evidencia que las resoluciones impugnadas han exteriorizado las pruebas relevantes tomadas en consideración y razonado la existencia de una conexión fundada entre ellas y la afirmación en los hechos probados de que conocía las irregularidades determinantes de la arbitrariedad de las resoluciones que se le imputan como actos de prevaricación. El examen de los razonamientos judiciales revela la existencia de una conexión fruto de las reglas de la lógica y la experiencia entre la prueba practicada y la afirmación del elemento subjetivo del tipo así como la solidez de esa inferencia.

b) Así, la sentencia de instancia asienta el conocimiento del demandante de las irregularidades e incumplimientos de que adolecían las modificaciones presupuestarias en cuya aprobación intervino, señaladamente, las realizadas en 2000 y 2001 en dos datos: el conocimiento del Sr. Zarrías Arévalo del cambio al sistema de transferencias de financiación inaugurado con la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, con apartamiento del sistema subvencional hasta entonces seguido, y el conocimiento de la ilegalidad de ese nuevo sistema; datos, a su vez, acreditados por prueba indiciaria. De la misma forma, la sentencia de casación insiste en los indicios manejados por el tribunal de instancia para sostener que el actor conocía la ilegalidad del cambio de presupuestación para el pago de las ayudas sociolaborales, utilizando un instrumento financiero manifiestamente ilegal, las transferencias de financiación, y que su finalidad era evitar la aplicación de la normativa de subvenciones.

c) Sin perjuicio de remitir de nuevo a la relación detallada que contienen las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo a la que se viene aludiendo, cabe referir los siguientes indicios que manejan las resoluciones impugnadas:

(i) El conocimiento general de los problemas conflictivos propio de la labor de asesoramiento que corresponde al consejero de Presidencia.

(ii) El conocimiento singular que corresponde al presidente de la Comisión general de viceconsejeros, como órgano por el que pasan los expedientes de modificación presupuestaria y encargado de filtrar los que llegan al Consejo de Gobierno. Resulta aquí relevante no solo la asistencia a las sesiones celebradas el 18 de septiembre y el 7 de noviembre de 2001, en las que se acordó elevar al Consejo de Gobierno las que serían aprobadas el 18 de septiembre y el 13 de noviembre de 2001. También se valora que por las sesiones de la Comisión, aun sin presencia del recurrente pero con su conocimiento, pasaron las modificaciones iniciales del año 2000 y, en especial, la

aprobada el 28 de julio de 2000, en cuyo extracto se dibujaba el sistema de ayudas que aunaba las transferencias de financiación y el convenio marco entre la Consejería de Empleo y el IFA. Igualmente decisiva se considera la discusión en tres sesiones de la Comisión presididas por el recurrente (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) del proyecto de decreto de la Consejería de Empleo de regulación de la concesión de las ayudas sociolaborales, que finalmente no se elevó al Consejo de Gobierno por las objeciones que se le hicieron, pero que ilustraba sobre cómo pretendían concederse.

En este punto se descarta tanto por la sentencia de la Audiencia Provincial como por la sentencia del Tribunal Supremo el argumento de que el paso por la Comisión General de Viceconsejeros de las modificaciones presupuestarias no permite suponer el conocimiento de su contenido e ilegalidades, ya que desconoce las competencias de tal órgano, las propias instrucciones de tramitación dadas por la Consejería de Empleo, indicativas de un debate en su seno, y lleva al absurdo de dejar las decisiones presupuestarias de mayor calado en los cargos intermedios o los funcionarios de rango inferior.

(iii) El conocimiento de la forma en que se estaban dando las ayudas que proporcionaba la documentación y memorias que acompañaban a las distintas modificaciones presupuestarias y a los anteproyectos de ley de presupuestos.

(iv) El conocimiento declarado por el Sr. Zarrías de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía y del marco normativo de las subvenciones, que prohíbe usar las transferencias de financiación para el pago de subvenciones.

(v) El conocimiento de la aplicación de la normativa de subvenciones para la concesión de ayudas sociolaborales hasta el año 2000 y de las dificultades que las ayudas así tramitadas habían encontrado, vinculado a su conocimiento y seguimiento de la problemática de la crisis empresarial en Jaén, ámbito territorial de su acción política, con intervención en la gestión de la crisis de la empresa Hamsa, en la que justamente se plantearon reparos por el informe de la intervención de 19 de junio de 2000.

(vi) La trascendencia social de las crisis empresariales y el hecho de que dar las ayudas fuera una decisión del gobierno en su conjunto en cumplimiento del compromiso electoral en tal sentido, como también declaró, conduce a rechazar que los responsables de la Consejería de Empleo no informaran del cambio de sistema en el Consejo de Gobierno y la Comisión general de viceconsejeros.

El anterior elenco de elementos fácticos permite inferir de forma lógica y concluyente el doble conocimiento del recurrente del cambio del sistema de financiación y su ilegalidad por oponerse a la normativa legal, conforme han razonado de forma detallada las resoluciones impugnadas. Y con ello sostener fundadamente que actuó con conocimiento de la ilegalidad de las modificaciones presupuestarias del programa 22E vinculada al apartamiento de la normativa de subvenciones sin cobertura en una ley de presupuestos.

d) Frente a esa conclusión opone el recurrente cuatro objeciones puntuales, que olvidan la consideración del panorama indiciario conjunto como sustento de la convicción judicial sobre el elemento subjetivo y cuestionan de forma desagregada el valor probatorio de cargo de los indicios manejados por las resoluciones impugnadas, además de hacerlo con base en un entendimiento incorrecto de lo manifestado en las sentencias tanto sobre el hecho base como sobre la inferencia.

(i) En lo que se refiere al protagonismo del caso Hamsa, lo relevante no es solo el informe con reparos de la Intervención General, ciertamente posterior a la primera modificación presupuestaria, sino que las sentencias subrayan el conocimiento amplio que el recurrente tuvo del caso y su importancia en el cambio de presupuestación, sin identificarlo como el único incentivo al mismo. De otro lado, la intervención que atribuye al Sr. Zarrías en la crisis de esta empresa no se identifica con la gestión de la subvención, como entiende el recurrente.

(ii) El cuestionado conocimiento del convenio marco tampoco resulta determinante de la apreciación de que conocía el carácter ilegal de las modificaciones presupuestarias que arbitraban transferencias de financiación al IFA en materia de relaciones laborales en programas cuyos fines, según la ley, son otros y en contra de la normativa de subvenciones. En todo caso, ya la sentencia de la Audiencia Provincial advertía de que el convenio al que aludía el extracto del expediente de la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000 era el borrador de convenio marco. Ese dato no obsta a que su mención en la justificación de dicha modificación del programa 22E junto a la alusión a la finalidad de dotar de fondos al IFA para el pago de las ayudas ilustrara sobre el nuevo sistema de concesión de las ayudas.

(iii) La errónea referencia al proyecto de decreto 2004 carece de toda relevancia, porque el dato que permite inferir que conocía como pretendían darse las ayudas por la Consejería de Empleo al que se refieren las sentencias al analizar la prueba de cargo contra el recurrente es el proyecto de decreto de la Consejería de Empleo de 2000, discutido en tres sesiones de la Comisión general de viceconsejeros sin ser finalmente elevado al Consejo de Gobierno.

(iv) Y, en fin, tampoco los informes de la Intervención General de la Junta sobre deficiencias de contabilización de las transferencias de financiación que el recurrente niega haber recibido tienen el papel decisivo que pretende otorgarles el demandante, olvidando, además, la referencia a otros documentos como son los que acompañan a las modificaciones presupuestarias y a los anteproyectos de ley de presupuestos.

e) Las alegaciones realizadas por el demandante de amparo no desvirtúan los sostenidos en las resoluciones judiciales. Tanto la sentencia de instancia como la de casación se detienen de forma expresa en la prueba del elemento subjetivo, del conocimiento de la ilegalidad de las modificaciones presupuestarias del programa 22 E en cuya aprobación intervino el demandante. Ese dolo se infiere de dos datos (i) del conocimiento del Sr. Zarrías Arévalo del cambio al sistema de transferencias de financiación inaugurado con la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, con apartamiento del sistema subvencional hasta entonces seguido, y (ii) del conocimiento de la ilegalidad de ese nuevo sistema en tanto que contrario a la regulación de las subvenciones sin que existiera cobertura para ello en la ley de presupuestos. Esos elementos vienen acreditados por prueba indiciaria, asentada en hechos base probados valorados razonablemente de los que el órgano judicial infiere de forma lógica y concluyente el doble conocimiento aludido del cambio y su ilegalidad. En tal medida debe desestimarse el motivo de amparo que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

6. Conclusiones y alcance del fallo.

Los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores determinan que la estimación parcial del presente recurso de amparo tenga como efecto la nulidad de las resoluciones impugnadas en relación con la condena del recurrente por el delito de prevaricación del art. 404 CP.

Los argumentos expresados en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de esta resolución ponen de manifiesto:

a) Que 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 ley de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2009; (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008 en relación con el programa 31L.

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: (i) la

aprobación de las modificaciones presupuestarias realizadas los ejercicios 2000 y 2001 por las que se incrementaron los créditos de la partida 22E; (ii) la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004, por la que se incrementaron los créditos correspondientes al programa 32H.

b) La desestimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en lo que se refiere a la intervención del demandante en la aprobación de las modificaciones presupuestarias del programa 22E (ejercicios 2000 y 2001) y del programa 32H (9 de diciembre de 2004).

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento exclusivamente en lo relativo a la posible comisión de un delito de prevaricación en relación con las modificaciones presupuestarias del programa 22E de los ejercicios 2000-2001 y la modificación presupuestaria del programa 32H de 9 de diciembre de 2004.

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 ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, así como de los autos del mismo tribunal de 14 de diciembre de 2022 y 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 el derecho fundamental vulnerado, en los términos que se indican en el fundamento jurídico seis 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 diecisiete de julio de dos mil veinticuatro.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2411-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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. 2411-2023, interpuesto por don Gaspar Zarrías Arévalo, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron el derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Antes de explicar las razones de este voto particular, procede recordar que el Pleno de este tribunal ha dictado ya diez sentencias en esta serie de recursos de amparo

referida a la causa de los «ERE», en el que se impugnaban las mismas resoluciones que aquí, la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, confirmada en casación por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022 (así como el auto de la misma Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2023 que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia). Todos los recurrentes resultaron condenados por el delito de prevaricación [art. 404 del Código penal (CP)], y algunos además –no es el caso del aquí recurrente– por el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en concurso medial con aquel otro, dada su participación en los hechos probados que las sentencias recurridas subsumen en los mencionados delitos y en virtud del correspondiente juicio de autoría, valiéndose de su condición de altos cargos de la Junta de Andalucía en los ejercicios 2000 a 2009. En el caso del señor Zarrías Arévalo, fue consejero de Presidencia de dicho ejecutivo autonómico entre abril de 1996 y abril de 2009.

La sentencia recaída en el recurso de amparo 2411-2023 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, la queja que aquí se plantea. En concreto y en lo que aquí importa, a partir de la STC 93/2024, de 19 de junio (recurso de amparo avogado 6971-2022, recurrente doña Magdalena Álvarez Arza).

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

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

La sentencia de la que ahora discrepo declara, en su fundamento jurídico 4.5, que las resoluciones recurridas han infringido el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente por haberle condenado por un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP: (i) al haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los años 2002 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 4.5 A]); y (ii) al haber participado en la tramitación de determinadas modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios de 2002 a 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 4.5 B]).

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

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

La idea que informa esta parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de ley de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones

recaídas en un «asunto administrativo» que es el término que emplea el art. 404 CP [FJ 4.5 A) a)], presupuesto de 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 (respecto de todos estos ejercicios, por lo que se refiere al recurrente) como a los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a mi juicio, inequívoca naturaleza administrativa. Así se desprende también de lo expresado en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, y hasta de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

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

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

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

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama «prelegislativa» es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo «común» (art. 149.1.18 CE), pero es «procedimiento administrativo». Por eso tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad «no pued[a] ser objeto de control 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 4.4 B)]. En ese ATC 135/2004 inadmitimos la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado «Plan Ibarretxe») y contra la resolución de la mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo podía tramitarse como un procedimiento de reforma de la Constitución, y no como un procedimiento de reforma del estatuto de autonomía, como había hecho el Parlamento autonómico. Sostuvimos entonces, efectivamente, que ese proyecto de reforma no podía ser objeto de control por el Tribunal Constitucional porque su efecto era solamente abrir un procedimiento

parlamentario cuyo resultado era incierto. De su tramitación podía resultar una norma o no resultar ninguna, y en el primer caso esa norma podía ser contraria a la Constitución o conforme con esta. Por lo tanto, no podía este tribunal anular la propuesta de reforma ni impedir su debate.

Pero esta imposibilidad lógica de controlar vicios hipotéticos contenidos en proyectos de normas (o actos) que podrían suponer la anulación del producto final si no fueran corregidos nada tiene que ver con la posibilidad de examinar si en la elaboración de un anteproyecto de ley (que es un acto previo y diferente a la «decisión de elevar a las Cortes un proyecto de ley» como acto de gobierno conforme a la STC 45/1990, de 15 de marzo, aludida en la sentencia 93/2024, FJ 4.4.1, la autoridad responsable ha incurrido efectivamente en un delito de prevaricación del art. 404 CP.

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

En mi opinión, refrendada por la regulación establecida en la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. Por eso tengo que discrepar del fundamento jurídico 4.5 A) de la sentencia, en que se da a esta actividad la naturaleza de actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Esto equivale a consagrar un ámbito de impunidad que sí me parece contrario a la Constitución.

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

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

En el apartado siguiente del mismo fundamento jurídico [FJ 4.5 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» (STS 749/2022, 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 hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, el recurrente y otros funcionarios idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada como «relaciones laborales» y disfrazada como transferencia de crédito al IFA (posteriormente IDEA) para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no se deroga.

Efectivamente, las leyes de presupuestos hubieran podido derogar esa legalidad, o desplazarla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE [STS 749/2022, 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.

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

a) La sentencia de la que discrepo reitera una y otra vez la idea de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las «características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 4.4), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» [FJ 4.4 A e)], la posibilidad de modificar las leyes vigentes [FJ 4.4 B b)] y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional [FJ 4.4 A f)], para terminar concluyendo que la forma de razonar de las sentencias recurridas supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» de presupuestos, «que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes» [FJ 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 «transferencia de financiación», según reconoce la mayoría en el fundamento jurídico 4.5 A) b) antes citado. Una modificación que se habría producido en las «memorias» presupuestarias del programa 31L cuyo contenido junto con el de los informes económico-financieros y fichas extracta la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196), transcrita en este punto por el fundamento jurídico 2.1 c) de nuestra sentencia («9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuestos de la Junta de Andalucía»).

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

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla lo hace en su fundamento de Derecho 15 (aludido en la STS 749/2022, fundamento 23.1, pág. 256, última línea), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

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

Un precepto que le lleva a concluir lo siguiente:

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

Y el Tribunal Supremo es igualmente concluyente: «ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones» (fundamento de Derecho 23.2, 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 11.1, págs. 189-190).

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su «documentación anexa», por otra, viene corroborada por otras normas. No solo el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que cita la sentencia de la Audiencia de Sevilla en el pasaje antes transcrito (idéntico además a los arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 150.2 del Reglamento del Senado), sino también los arts. 34.5 y 35 de la Ley 5/1983, de hacienda pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 de la

Ley 47/2003, general presupuestaria del Estado (LGP), igualmente citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al «proyecto de ley de presupuestos generales del Estado, integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos», «se acompañará» cierta «documentación complementaria», que incluye, entre otras, «las 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 dice 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, de 21 de mayo, FJ 8).

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

5. Modificaciones presupuestarias.

En cuanto a determinadas modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 a 2008 [FJ 4.5 B)], por las mismas razones que entiendo que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 31L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias de aquellos años pueden escudarse en la ley de presupuestos.

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

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

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

Colofón de lo que se expone, es que considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos del delito de prevaricación y su aplicación al caso que supera el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. Un canon que han superado anteriormente otras interpretaciones razonadas por los tribunales penales pero que pueden resultar más o menos controvertidas, como por ejemplo condenar por prevaricación a un particular a pesar de que el delito solo pueden cometerlo los «funcionarios» según la letra del Código penal (SSTC 47/1995, de 14 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.

En consecuencia, la demanda de amparo por tal razón debió desestimarse en su integridad.

Y en este sentido emito mi voto particular.

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

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2411-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), 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 Gaspar Zarrías Arévalo, 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 el magistrado Enríquez Sancho y la magistrada Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque en cuanto la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como «cabecera» de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto también por delito de prevaricación. Se trata de don Gaspar Zarrías Arévalo, quien fuera consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía de 1996 a 2009, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 40 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 2.4 de la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

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

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

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

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

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

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

Pero la sentencia aprobada por la mayoría va aún más lejos y, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la de otros condenados en la «pieza específica del caso de los ERE de Andalucía», no merecía reproche penal desde la perspectiva del delito de prevaricación por el que ha sido condenado, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que «en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias, habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía» (fundamento jurídico 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 por las sentencias impugnadas en amparo relativas a las modificaciones presupuestarias amparadas en el programa 31L, habidas con posterioridad a la aprobación de las distintas leyes de presupuestos, pues, asimismo, encontrarían cobijo en el «sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales», según sostiene la mayoría del Pleno en la sentencia de la que disiento.

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

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

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

Ambas resoluciones judiciales niegan con razón, por otra parte, el pretendido valor legal (tampoco normativo, por supuesto, pues no son normas jurídicas) que se pretende dar a las memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L. La ausencia de eficacia vinculante de esa documentación anexa a las leyes de presupuestos resulta corroborada por diversos instrumentos legales, como ya se señaló en el voto particular conjunto a la STC 93/2014, a lo que se añade que esa documentación no está publicada, ni se publica juntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno, por aplicación del principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). A lo que se añade que nuestra jurisprudencia también ha negado expresamente que las memorias y fichas presupuestarias tengan naturaleza normativa: «Las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8). El argumento que utiliza la mayoría en la sentencia de la que discrepo, según el cual han de interpretarse las

partidas presupuestarias conforme a la memoria, es fruto de un voluntarismo jurídico que no se puede compartir.

En cuanto a las modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 y 2005 a 2008, por las mismas razones que entendemos que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 440 del programa 31L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la Intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias pueden escudarse en la ley de presupuestos.

En suma, las leyes de presupuestos andaluzas consideradas habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse, ni su régimen de control (o de falta de control, según el parecer mayoritario de este tribunal). Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones.

Habida cuenta de lo anterior, no parece que la respuesta penal a la actuación del recurrente pueda calificarse de imprevisible. La razón de la condena del recurrente es clara: como con arreglo a la Ley 5/1983, de hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, los altos cargos de la Junta de Andalucía implicados en la trama idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no fue derogada por lo dispuesto en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009.

Ciertamente, las cosas podrían haber sucedido de otro modo. Las leyes de presupuestos andaluzas hubieran podido derogar esa legalidad, o excluirla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE (fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Supremo, «resumen de los hechos probados»), cuyo art. 1 estableció expresamente que «a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas». En tal hipótesis, el problema se desplaza al control de la ley. Pero no es el caso. Las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no establecieron en su articulado la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones y semejante supresión no puede inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria. Esta singular deducción de la sentencia respaldada por la mayoría de este tribunal constituye una interpretación creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 31L y solo y exclusivamente en esa partida.

La consecuencia de ello es que las conductas enjuiciadas del recurrente fueron correctamente subsumidas en el delito de prevaricación, porque el programa 31L. no concedía una cobertura legal para adjudicar ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido. La omisión de aquellos controles permitió que se dispusiera libremente de las ingentes cantidades dinerarias a las que se refieren los hechos probados de las sentencias impugnadas en amparo, ocasionando un grave quebranto a la hacienda pública.

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

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

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

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre estos principios de justicia material del gasto público: la equidad, la eficiencia y la economía. Sí ha dicho, por ejemplo, en la STC 187/1988, de 17 de octubre, que el control de las comunidades autónomas no excluye el que puede hacer el Estado a través del Tribunal de Cuentas sobre la actividad financiera de las corporaciones locales. Pueden coexistir y superponerse, sin perjuicio de «evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades», que serían contrarias al 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 «[l]a 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 salutífero para el recurrente) ya me he expresado, sin perjuicio de volver después. Me importa detenerme ahora en los de eficiencia y economía y control. Ciertamente la citada STC 45/2017 refiere el control al art. 136 CE (Tribunal de Cuentas), pero es innegable que a partir del art. 31.2 CE cabe encontrar la misma respuesta: solo es factible la eficiencia y la economía del gasto público a través del control, de la fiscalización administrativa de las salidas, de los gastos y pagos. Ello queda confirmado, por lo demás, en un precepto transversal de nuestra Constitución, íntimamente ligado, entre otros, al citado art. 31.2 CE, y que no es otro que el también citado art. 103.1 CE, a cuyo tenor «[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 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 debe 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 equivalente a las medias implementadas en el ámbito nacional.

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

c) Además, subraya el Tribunal de Justicia que los Estados deben garantizar que las normas de Derecho penal y de procedimiento penal permitan una represión eficaz de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general. Esta exigencia de efectividad se extiende necesariamente tanto a las acciones penales y a las sanciones de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general como a la aplicación de las penas impuestas, en la medida en que, de no existir una ejecución efectiva de las sanciones, estas no pueden ser eficaces y disuasorias; todo ello para evitar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de tales delitos, así como garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas.

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

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

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

andaluzas de los años 2002 a 2009 que incluyeron esa partida no establecieron en su articulado la modificación o supresión del régimen de control de ayudas y subvenciones, sin que esa pretendida modificación legal pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria, como se pretende en la sentencia de este tribunal.

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

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

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

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

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

Las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos del delito de prevaricación, y 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. La sentencia de este tribunal incurre en un claro exceso de jurisdicción, al suplantar a los órganos judiciales del orden penal en la función que constitucionalmente les corresponde ex art. 117.3 CE.

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) Incurre en un exceso de jurisdicción, al autoasignarse el Tribunal Constitucional la función propia de los tribunales de justicia ordinarios (art. 117.3 CE), convirtiéndose en

una nueva instancia revisora que realiza el juicio de subsunción penal y revalora a su libre arbitrio las pruebas practicadas en el juicio oral, con claro olvido de lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC.

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

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

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

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

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

No puedo concluir este voto sin antes reprochar el apresuramiento con que este tribunal ha despachado el asunto que nos ocupa, que, al igual que el resuelto por la STC 93/2024, y otros de la misma «serie», ha sido deliberado y votado por el Pleno en muy poco tiempo, lo que tal vez ha contribuido al resultado de una sentencia desafortunada (por decir lo menos) en la forma y en el fondo. Ninguno de los argumentos que he defendido en el Pleno y expuesto en mis votos particulares a anteriores sentencias de esta serie del «caso ERE de Andalucía» ha sido rebatido o contestado; ni siquiera una coma de las iniciales sentencias de esta serie ha sido cambiada de sitio.

La reiteración argumental en este voto puede resultar melancólica, pero responde al cumplimiento del deber que me incumbe como magistrado y a mi convicción de que la deliberación ha de ser el camino irrenunciable para encontrar la luz, particularmente necesaria para el guardián de la Constitución. No estará de más recordar que quien fuera presidente de este tribunal, el magistrado Tomás y Valiente, ya aludió en 1994, en una conferencia titulada «La Constitución y el Tribunal Constitucional», a «la importancia de las deliberaciones y a la conveniencia de que estas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas» (publicada en el libro «La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995). No creo que tan atinada recomendación haya sido seguida en el presente caso y otros similares.

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

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2411-2023

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 Gaspar Zarrías Arévalo, el cual debió ser desestimado, porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Me remito, en lo coincidente, a los motivos de mi discrepancia expuestos en el voto particular emitido a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 7007-2022, así como en los votos particulares formulados tanto a la STC 93/2024, de 19 de junio, como a las SSTC 94/2024, de 2 de julio, y 95/2024, 96/2024, 97/2024 y 98/2024, de 3 de julio.

1. En primer término, considero que se han realizado descalificaciones gratuitas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla. Entiendo improcedente que se recordara a dichos tribunales los pilares de nuestro sistema constitucional que no ignoraron, y que se les reprochara 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».

2. Por otro lado, pongo de relieve nuevamente la omisión en esta sentencia, como en las anteriores, del debido análisis de los razonamientos contenidos en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre el juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa. Considero que, si los sólidos argumentos contenidos en la sentencia de casación y el relato fáctico de la sentencia de instancia hubieran sido correctamente 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. Además, y a mi juicio, en estas sentencias se ha desbordado el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria, suplantando la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley.

4. Asimismo, discrepo de la idea que informa gran parte de la sentencia que es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de ley de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. A mi juicio, con refrendo en la regulación establecida en la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, de 24 de mayo), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. No puedo, en consecuencia, compartir el argumento de la sentencia que 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.

Considero que el referido planteamiento lleva a consagrar un ámbito de impunidad que es contrario a la Constitución.

Asimismo, y a diferencia de lo sostenido en esta sentencia, estimo que el incumplimiento de la normativa general sobre subvenciones puede considerarse «arbitraria» por la jurisdicción penal, por lo que la respuesta penal de la actuación del recurrente no puede calificarse de imprevisible.

5. Tampoco comparto la interpretación de las leyes de presupuestos efectuada por las sentencias recurridas. En mi opinión, 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. Resultan, por tanto, infundadas las afirmaciones

según las cuales el Tribunal Supremo ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002, 2003 y 2004 de modo imprevisible.

En conclusión, no puede considerarse como imprevisible la calificación de la conducta del recurrente como delito de prevaricación administrativa, dados los términos de su descripción en el tipo penal.

6. 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.

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

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

Estimo, 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 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 y, en su caso, el de presunción de inocencia.

Por lo expuesto, formulo el presente voto particular.

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

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2411-2023 interpuesto por don Gaspar Zarrías Arévalo

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 Gaspar Zarrías Arévalo por el delito continuado de prevaricación.

Remisión a los votos particulares ya formulados.

Don Gaspar Zarrías Arévalo fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa al considerarse probado que en su condición de consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía, consciente de que se eludía la fiscalización previa, participó en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y en su aprobación como proyectos de ley para los ejercicios de los años 2002 a 2009, en los que mediante el cambio de la clasificación presupuestaria, se consignaron en concepto de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA –que debían destinarse a gastos de explotación de IFA/IDEA–, las importantes cantidades de dinero que constan en los hechos probados, luego incrementadas sustancialmente mediante la aprobación de sucesivas modificaciones presupuestarias entre los años 2000 y 2008, para que se pudieran efectuar libérrimamente pagos («ayudas sociolaborales»), sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno y sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

La sentencia, frente a la que formulo el presente voto particular, da respuesta al planteamiento del recurrente y para ello se remite a los argumentos expuestos en la STC 93/2024, de 19 de junio –recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza– en el que partiendo de la premisa del carácter no fiscalizable del contenido del anteproyecto o proyecto de ley y de que sobre los mismos no puede ejercerse más control que el político, concluye que los órganos judiciales han efectuado una interpretación del elemento del tipo del delito de prevaricación administrativa («resolución arbitraria en un asunto administrativo») lesiva del derecho a la legalidad penal. Y, en relación con las modificaciones presupuestarias del programa 31L, considera que su calificación como arbitrarias es imprevisible al encontrarse amparadas por las sucesivas leyes de presupuestos.

La presente sentencia reconoce la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación proyectando la doctrina expuesta en la STC 93/2024, luego aplicada en las SSTC 94/2024 de 2 de julio, y 96/2024, 97/2024, 98/2024, de 3 de julio, por lo que me debo remitir, en lo relativo a la doctrina acuñada en dichas sentencias, al razonamiento expuesto en los votos particulares formulados frente a aquellas, debiendo insistir en:

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

b) La sentencia deja al margen de todo control aquello que tenga que ver con la actividad presupuestaria desde la fase inicial de elaboración de los presupuestos a la fase final de su ejecución y determina la impunidad de los miembros del Gobierno de la Junta de Andalucía en todo lo concerniente a la elaboración, aprobación, ejecución de los presupuestos y a las enmiendas presupuestarias o su ejecución, por lo que quedan desprotegidos entre otros intereses la indemnidad del patrimonio público.

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

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

e) La inadecuación del principio de irresponsabilidad penal establecido en la sentencia con las obligaciones de España derivadas del artículo 325 TFUE, apartado 1,

cuando la acuñada doctrina de la irresponsabilidad penal de los miembros del Gobierno tenga su proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

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

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

Y en este sentido emito el presente voto particular.

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