|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 284/2023 |
| Fecha | de 5 de junio de 2023 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Doña Inmaculada Montalbán Huertas, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso. |
| Núm. de registro | 6971-2022 |
| Asunto | Recurso de amparo 6971-2022 |
| Fallo | 1º Avocar a la Sala la decisión de admisibilidad de este recurso de amparo.2º Admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)].3º En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016 rollo núm. 1965-2017 así como emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso. Requerir también, en el mismo sentido y con el mismo plazo, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 601-2020.4º Avocar al Pleno el conocimiento de este recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro general del Tribunal Constitucional el 26 de octubre de 2022 la representación procesal de doña Magdalena Álvarez Arza interpuso recurso de amparo contra (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el procedimiento abreviado núm. 133-2016 rollo núm. 1965-2017, y (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 núm. 601-2020 formulado por el demandante de amparo frente a la anterior.

2. Son antecedentes relevantes para resolver los siguientes:

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

En particular, y sin perjuicio de la concreta participación que pudieron tener cada uno de los diferentes encausados/condenados y cuya extensión delimita los delitos por los que finalmente fueron sentenciados, la operativa imputada consiste en haber participado en la llamada fase prelegislativa (bien sea en la fase de elaboración de anteproyecto de ley, bien en la aprobación del proyecto de ley) para la elaboración de las leyes de presupuestos desde los años 2002 a 2009 y en su consiguiente elevación al Parlamento para su examen, enmienda y aprobación.

La ilegalidad en la que se basarían los proyectos de ley, los anteproyectos de ley y las modificaciones presupuestarias se cifra en que la partida presupuestaria 22E, habitualmente utilizada para realizar transferencias en el marco de ayudas socio laborales, se encontraba (de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1987 de 19 de julio —arts. 77, 81 y concordantes—) sujeta a control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía y, por ende, a un seguimiento y control de fiscalización. Ante las dificultades surgidas en el año 2000 por los reparos presentados a diversos expedientes por la Intervención General, se procedió a una modificación presupuestaria a iniciativa de la Consejería de Empleo, por lo que, sin alterar el programa 22E, se modificó su clasificación incluyendo la cantidad presupuestaria en la partida presupuestaria 440.1.2 correspondiente a transferencias de financiación al Instituto de Fomento de Andalucía para que dicho instituto, bajo las directrices de la Consejería de Empleo, otorgara las ayudas sociolaborales sin el sometimiento al control previo de la administración. De esta manera se conseguía, de un lado, que los expedientes de gasto no fueran objeto de fiscalización en la consejería, porque los fondos habían sido transferidos al Instituto de Fomento de Andalucía y, de otro, que en el Instituto de Fomento de Andalucía no pudiera llevarse a cabo esa fiscalización, ya que el instituto estaba sujeto a un control financiero permanente de manera que solo se fiscalizaba el pago a posteriori.

Esto llevó a que en el año 2000 el Consejo de Gobierno de Andalucía aprobara dos modificaciones presupuestarias siguiendo el criterio de presupuestación anteriormente señalado, siendo que a partir del 2001 los fondos recibidos por el Instituto de Fomento de Andalucía fueron movilizados al destinatario final mediante suscripción de convenios particulares con otras entidades. A partir del año 2002 y hasta el 2009 se procedieron a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida “transferencias de financiación al citado Instituto de Fomento en materia de relaciones laborales” (partida destinada al equilibrio de las cuentas de pérdidas y ganancias de la citada empresa pública) en el nuevo programa 31L, que sustituía al 22E; y, salvo en 2003, se aprobaron además modificaciones presupuestarias para elevar el crédito de la partida 440. En virtud de ello, las ayudas sociolaborales (en cuantía cercana a los 700 millones de euros) habrían sido otorgadas, entre otros defectos, sin expediente de concesión, sin publicidad, sin fiscalización previa, sin autorización, sin memoria explicativa y sin acreditación de su finalidad.

b) La demandante fue condenada por haber participado en los hechos anteriores, en su calidad de consejera de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como autora de un delito de prevaricación (art. 404 del Código penal: 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, que tenga la penada, y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena. Imponiéndole el pago de una treintaisieteava parte de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

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

3. En la demanda de amparo se alega vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por cuatro razones de diferente índole: (i) en primer lugar, porque órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico “resolución” del art. 404 CP, al considerar que cada acto de tramitación prelegislativo de la ley de presupuestos —anteproyectos y proyectos de ley— constituye una “resolución” autónoma con base en una interpretación incompatible con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y fundada en pautas valorativas contrarias al principio democrático y al de separación de poderes; (ii) en segundo lugar, porque la condena se funda en una aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial en el concepto de “resolución” del art. 404 CP manifiestamente imprevisible en el momento en que fueron cometidos los hechos enjuiciados; (iii) en tercer lugar, porque los órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico “asunto administrativo” del art. 404 CP, ya que la argumentación con base en la que se califican como “asunto administrativo” los proyectos y anteproyectos de la ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias resulta ajena a toda pauta razonable de interpretación jurídica; (iv) en cuarto lugar, porque los órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico “asunto administrativo” del art. 404 CP, al incurrir en contradicciones lógicas y desconocer la relevancia inherente a la aprobación de las leyes de presupuestos por el Parlamento.

Se justifica la especial trascendencia constitucional del recurso al tratarse de un supuesto que daría la oportunidad al tribunal a pronunciarse sobre una materia relativa a un derecho fundamental sobre el que no existe doctrina del tribunal [apartado a) del FJ 2 de la STC 155/2009] y al tratarse de una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social [supuesto g) enunciado en el FJ 2 de la STC 155/2009], al tratarse de la primera condena por el denominado caso de los “ERE” y dada cuenta que la directa aplicabilidad que las sentencias que resuelven el denominado “procedimiento específico” va a tener para las innumerables piezas separadas (más de cien) que se siguen tramitando y que se refieren a la concesión de ayudas individuales. Para la demandante la cuestión tiene una evidente repercusión y envergadura económica ya que las sentencias impugnadas llegan a la conclusión que la totalidad de las ayudas sociolaborales concedidas al amparo del programa presupuestario 31L son malversadoras. Esta conclusión se contradeciría con la propia Junta de Andalucía que habría asignado eficacia y validado la concesión de muchas de estas ayudas, lo que produce conclusiones opuestas y que pueden conllevar a que la Junta se vea obligada a exigir el resarcimiento por la totalidad de las ayudas concedidas durante los últimos diez años (aunque fueran legítimas) lo que lleva aparejada una gran repercusión económica y social. La existencia de una repercusión social se reafirmaría también dado que la presente demanda se encuentra irremediablemente vinculada a materia parlamentaria al suscitarse cuestiones de tal calado como los límites a la iniciativa legislativa del gobierno y la naturaleza institucional y jurídica de los proyectos y anteproyectos de ley o de las modificaciones presupuestarias, la posible fiscalización del poder judicial de textos prelegislativos y la vigencia de una ley de presupuestos de contenido ilegal.

Las razones anteriormente señaladas se imbricarían también con cuestiones relacionadas con el principio de legalidad penal (art. 25 CE) ya que se habría producido una aplicación irrazonable y extravagante de tipo penal y que desembocaría en cuestiones como la calificación como “resolución” a los efectos del art. 404 CP de un acto prelegislativo como el anteproyecto de ley, si estos actos prelegislativos pueden ser considerados dictados en “asunto administrativo”, y si puede considerarse como manifiestamente ilegal un texto prelegislativo posteriormente ratificado por un Parlamento autonómico.

En último lugar, señala que la necesidad de dictar doctrina se extendería a la cuestión de si debe considerarse contrario a las garantías emanadas del derecho fundamental a la legalidad penal la aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable al reo. Para la demandante, esta aplicación retroactiva se daría dada cuenta que la condena se fundamenta en la STS 163/2019, de 26 de marzo, en la que, por primera vez, y sin apoyos jurisprudenciales previos, se modificó la interpretación del elemento típico de “resolución” en asunto administrativo para extenderlo a cualquier acto previo que haya tenido una eficacia causal determinante en la administración final. Dicha resolución es posterior a la fecha de los hechos e, incluso, al momento en que la señora Álvarez fue escuchada como imputada.

4. La recurrente solicita que se declare la vulneración de los derechos invocados, el restablecimiento de su contenido y la nulidad de las resoluciones impugnadas.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Mediante escrito presentado en el registro general del Tribunal Constitucional el 26 de octubre de 2022 la representación procesal de doña Magdalena Álvarez Arza interpuso recurso de amparo contra (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y (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 núm. 601-2020 formulado por el demandante de amparo frente a la anterior.

La Sala, que al amparo del art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) ha decidido asumir la decisión sobre la admisibilidad del presente recurso, tras su examen liminar, que es el que corresponde a esta fase del procedimiento, aprecia que las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas en la demanda no carecen prima facie de verosimilitud; asimismo, la Sala aprecia que concurre en el recurso una especial trascendencia (art. 50.1 LOTC): (i) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], 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; (ii) porque el asunto trasciende del caso concreto debido a que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno, el Parlamento y el Poder Judicial [STC 155/2009, FJ 2 g)].

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

1º Avocar a la Sala la decisión de admisibilidad de este recurso de amparo.

2º Admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)].

3º En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016 rollo núm. 1965-2017 así como emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso. Requerir también, en el mismo sentido y con el mismo plazo, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 601-2020.

4º Avocar al Pleno el conocimiento de este recurso de amparo.

Madrid, a cinco de junio de dos mil veintitrés.

### Votos

1. Voto particular conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo Alcubilla a los autos dictados en los recursos de amparo núm. 6971-2022, 7007-2022, 2119-2023, 2136-2023, 2239-2023, 2348-2023, 2360-2023, 2361-2023, 2391-2023, 2411-2023, 2485-2023 y 2552-2023

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulamos el presente voto particular. Consideramos, a diferencia de las resoluciones adoptadas por la Sala, que los recursos de amparo debieron ser inadmitidos a trámite por carecer de especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC].

a) Los autos de la Sala de los que discrepamos aprecian dos motivos de especial trascendencia constitucional para acordar la admisión a trámite de los recursos de amparo. interpuestos por los recurrentes contra las sentencias condenatorias dictadas en la pieza principal de la causa judicial de los “ERE” de Andalucía (sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en rollo de sala núm. 1965-2017 y sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en recurso de casación núm. 601-2020). En primer lugar, que los recursos plantean problemas jurídicos que afectan a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina constitucional. Además, que el asunto trasciende del caso concreto, debido a que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y que tiene unas consecuencias políticas generales. Ambos motivos se corresponden con dos de las causas que este tribunal enunció como supuestos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, en los apartados a) y g) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio.

Disentimos de las razones que han llevado a la mayoría de la Sala Segunda de este tribunal a la admisión de estos recursos de amparo contra las sentencias condenatorias en el conocido como “caso ERE”. La queja nuclear que en estos recursos se plantea radica en la pretendida vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), cuestionando los recurrentes al abrigo de este derecho fundamental la interpretación que ha llevado a cabo en su sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo, bien del art. 404 CP, al tipificar el delito de prevaricación, bien del art. 432 CP, al tipificar el delito de malversación, confirmando en casación la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla.

La interpretación que deba darse a dichos preceptos del Código penal y su aplicación al caso constituye, sin embargo, una labor que, de conformidad con el art. 117.3 CE, compete exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, en este supuesto, a la Audiencia Provincial de Sevilla y a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente que no tiene competencia para definir o interpretar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, al tratarse de una cuestión de estricta legalidad ordinaria. En efecto, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos enjuiciados, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, sin que pueda el Tribunal Constitucional sustituirles en dichas tareas ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta (entre otras muchas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3, y 51/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

b) En algunos de dichos recursos de amparo se plantean, con carácter subsidiario, quejas relativas a la vulneración de los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, si bien sobre dichas cuestiones ya existe una consolidada jurisprudencia de este tribunal, por lo que no estaríamos ante un supuesto en el que se “plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”, tratándose de un problema que afecta meramente a su aplicación en el caso concreto. De nuevo, por tanto, una tarea de exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria.

c) Por otro lado, la Sala ha decidido reconocer la especial trascendencia constitucional de los recursos de amparo también en atención a su relevancia social y a las consecuencias políticas generales, separándose del criterio mantenido en asuntos recientes en los que no hemos considerado suficiente para la admisión a trámite de un recurso ni la relevancia política ni la notoriedad pública del recurrente; y, tratándose de causas penales de corrupción, como en este caso, tampoco hemos estimado que la repercusión política o social que esas causas penales hubieran tenido dotase a los recursos de amparo de especial trascendencia constitucional.

Así, en el año 2019 este tribunal inadmitió por falta de especial trascendencia constitucional el recurso de amparo interpuesto por el principal condenado en el conocido como el “caso Nóos” (recurso de amparo 5753-2018) y, con una evidente similitud con el asunto que nos ocupa, este tribunal inadmitió en el año 2021 todos los recursos de amparo interpuestos por las personas que habían sido condenadas en la conocida como “trama Gürtel”, también por falta de especial trascendencia constitucional (recursos de amparo 5630-2020, 5640-2020, 5817-2020, 5873-2020, 321-2021 y 833-2021).

Asimismo cabe advertir que en el año 2020 inadmitimos los recursos de amparo interpuestos por los condenados en el denominado “caso de Las Teresitas” (recursos de amparo 3027-2019, 4373-2019 y 4389-2019), en los que se planteaba también, entre otras cuestiones, la vulneración del principio de legalidad penal por la indebida interpretación de los tipos penales relativos al delito de prevaricación (art. 404 CP) y al delito de malversación (art. 432 CP), por estimar como motivo de inadmisión que las cuestiones suscitadas carecían de especial trascendencia constitucional.

d) En definitiva, no solo no concurren en los recursos de amparo admitidos en los autos de los que disentimos razones que los hagan merecedores de una resolución sobre el fondo por parte de este tribunal, sino que, además, la Sala con la decisión adoptada se ha apartado sin justificación alguna del criterio seguido en asuntos precedentes en los que no hemos admitido la especial trascendencia constitucional de recursos de amparo que afectaban también a complejas causas penales de corrupción que han tenido lugar en nuestro país y que han alcanzado amplia repercusión política y mediática.

Y en este sentido emitimos nuestro voto particular.

Madrid, a siete de junio de dos mil veintitrés.