

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**16040** *Pleno. Sentencia 97/2024, de 3 de julio de 2024. Recurso de amparo 2361-2023. Promovido por don Jesús María Rodríguez Román respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Vulneración del derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:97

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. 2361-2023, promovido por don Jesús María Rodríguez Román, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección letrada de don Luis Aparicio Díaz, contra la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016; 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 el auto de 16 de febrero de 2023 dictado en el mismo recurso. Han sido parte el Partido Popular, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles 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; don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña María Encarnación Molino Barrero; doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena, y don Gaspar Zarrías Arévalo, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

**I. Antecedentes**

1. El 10 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, actuando en nombre

y representación de don Jesús María Rodríguez Román bajo la dirección letrada del abogado don Luis Aparicio Díaz, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

2. Son antecedentes relevantes de la demanda los siguientes:

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 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 ilegal de concesión de ayudas sociolaborales.

Según el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (folio 97 y siguientes), los hechos en los que se habría articulado 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 del Parlamento de Andalucía 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de concesión de subvenciones de la Junta de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

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

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

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

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

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

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

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

(v) Acreditar, previamente al cobro de la subvención, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social, en la forma que se determine por la Consejería de Economía y Hacienda que, asimismo, establecerá los supuestos de exoneración de tal acreditación (artículo 105).

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

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

(i) Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las normas reguladoras de la subvención o ayuda.

(ii) Verificar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones determinantes para su otorgamiento.

(iii) Justificar la aplicación de los fondos recibidos ante la entidad concedente y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios.

(iv) Someterse a las actuaciones de comprobación que, respecto de la gestión de dichos fondos, pueda efectuar la entidad concedente, a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

(v) Colaborar en la restitución de las subvenciones otorgadas en los supuestos en que concurra causa de reintegro, y conforme a las normas que se establezcan (artículo 106).

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

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

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

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

II) Segunda etapa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia;
- (ii) el calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería;
- (iii) los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el "BOJA" por orden de la Consejería de Hacienda.

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

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

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18 de abril de 2000 y 28 de julio de 2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre 2001, 3 de noviembre de 2001 y 5 de diciembre de 2001) por importe, respectivamente, de 500, 5573, 1225, 660 y 6355 millones de pesetas.

Hasta el mes de julio de 2001 los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 7 de julio de 2001 el consejero de Empleo y el presidente del IFA firmaron un convenio marco de colaboración para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente, materializando las ayudas y se establecía que habrían de suscribirse convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos.

El convenio marco no fue publicado en el "BOJA" y no fue objeto de informe previo, ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA. Además, nunca se constituyeron las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco y en los convenios particulares se hacía constar que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

A partir de 2002 y hasta el año 2009, con la finalidad de evitar todo control y con conciencia de los incumplimientos ya reseñados, se procedió a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" en el nuevo programa 31L, que sustituía al 22E.

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

- En 2002: 34 341 351 €.
- En 2003: 55 64.899 €.

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

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

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

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

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

### III) Tercera etapa.

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

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

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

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

b) El demandante de amparo fue condenado en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por haber participado en los hechos anteriores, en su calidad, primero de viceconsejero de Justicia y Administración Pública desde 2000 a 2005 y, posteriormente, de viceconsejero de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa entre marzo de 2005 y 2010, ostentando también la vicepresidencia de la Agencia IDEA, como autor de «un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación, agravado por su especial gravedad [...] a la pena de seis años y dos días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de quince años y dos días, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o

cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena».

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

La resolución fundamenta la condena del señor Rodríguez Román en haber participado en los hechos anteriores en su condición de viceconsejero de Justicia entre 2000 y 2004 y viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa entre 2005 y 2010, en concreto, por participar en la Comisión General de Viceconsejeros en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias que afectan a distintos programas y partidas presupuestarias; y por participar en la Comisión General de Viceconsejeros en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2005, 2006, 2007 y 2008. Asimismo, en su condición de vicepresidente del IFA, no puso reparo alguno en que se firmaran convenios particulares para el pago de ayudas sociolaborales a pesar de que, según se afirma en las resoluciones judiciales impugnadas, conocía que el sistema de presupuestación establecido era ilegal.

d) 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. En la demanda se alegan, como motivos de amparo, las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [arts. 24.1 CE y 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], a un proceso público con todas las garantías incluyendo la presunción de inocencia y vulneración del principio de legalidad penal (arts. 25.1 CE y 7 CEDH), incurriendo en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de condena por prueba indiciaria.

Según el recurrente no existen pruebas, ni directas ni indiciarias, que acrediten que el recurrente de amparo –y el resto de los condenados que no formaban parte de la Consejería de Empleo– conocían la forma en que esta consejería gestionaba los fondos de la partida presupuestaria 31L, resultando arbitraria la vinculación de las fases de presupuestación y ejecución presupuestaria realizada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla y del Tribunal Supremo para condenar por el delito de malversación. Dicha ausencia de prueba de cargo se produce respecto de:

(i) la autoría referida al delito de malversación debido a que las resoluciones judiciales impugnadas, contraviniendo doctrina constitucional reiterada y pacífica, parten de la presunción de participación en lugar de la presunción de inocencia. La Audiencia Provincial de Sevilla, sin ninguna prueba que lo avale, declara en los hechos probados de la sentencia que el delito de malversación se llevó a cabo en coautoría, con la correspondiente división de funciones entre los distintos intervinientes. La sentencia de instancia no distingue «qué hechos concretos distintos de los prevaricadores, son constitutivos del delito de malversación». Alega que el hecho de que determinadas conductas puedan ser prevaricadoras no las convierte automáticamente en un supuesto de sustracción de caudales públicos. Consciente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la ausencia de pruebas del concierto de voluntades para delinquir, convierte la coautoría en una autoría directa e individual, pero afirmando al mismo tiempo la articulación, organización o ideación de un sistema de presupuestación o de otorgamiento de ayudas, razón por la cual no considera procedente analizar de forma aislada la participación de cada uno de los acusados, incurriendo así en arbitrariedad.

(ii) La indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria respecto de la conducta constitutiva de la malversación cometida en comisión por omisión. Según el recurrente, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla no identifica las actuaciones constitutivas del delito de malversación y la dictada por el Tribunal Supremo,

lejos de aclarar tal extremo, imputa dicho delito en comisión por omisión, pero sin justificar en ningún caso la posición de garante en la que, en su caso, se encontraba el señor Rodríguez Román y el resto de los condenados ajenos a la Consejería de Empleo. La sentencia del Tribunal Supremo, lejos de reparar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la que incurrió la Audiencia Provincial, reitera y agrava dicha lesión al condenar en la modalidad de comisión por omisión en ausencia de todo razonamiento.

(iii) La indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria del elemento subjetivo del tipo de malversación. El recurrente alega que la sentencia de instancia, sin ninguna justificación, afirma que el título de imputación subjetiva de los condenados ajenos a la Consejería de Empleo es el dolo eventual, razón por la cual, dicho extremo fue objeto de motivo casacional. Sin embargo, la sentencia dictada en casación obvia examinar el elemento subjetivo del delito de malversación, afirmando la existencia de un «dolo unificado» o «omnicomprensivo» de los delitos de prevaricación y malversación, «rebasando el techo de la convicción probatoria que fija la sentencia de instancia» y mutando, en consecuencia, el elemento subjetivo del tipo. De esta manera, afirma que lo que en la sentencia de instancia era una situación de dolo eventual se convierte, en la de casación, en dolo directo.

b) Se denuncia, en segundo lugar, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE y 6 CEDH) y a los derechos de defensa e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE). La lesión de tales derechos se imputa a la sentencia dictada en casación porque, a juicio del recurrente, se produjo una irregular ampliación del objeto de enjuiciamiento. A pesar de que el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de febrero de 2018, resolutorio de las cuestiones previas –y cuyo contenido quedó incorporado a la sentencia de instancia–, excluyó expresamente las ayudas individuales del objeto de enjuiciamiento, la sentencia del Tribunal Supremo las considera el soporte fáctico del delito de malversación. Tal forma de actuar, además de desconocer el carácter firme del auto de 9 de febrero de 2018, vulnera los derechos de defensa, de intangibilidad de las resoluciones judiciales e incurre en una *reformatio in peius* prohibida por la Constitución. El recurrente afirma que dicha queja, a pesar de haber sido oportunamente denunciada en el incidente de nulidad de actuaciones, no obtuvo respuesta por parte del Tribunal Supremo.

c) Se alega, como tercer motivo, la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por la interpretación extensiva del concepto resolución a los efectos del delito tipificado en el art. 404 del Código penal (CP), incluyendo por primera vez en dicho tipo actos políticos no sujetos a control jurisdiccional. El recurrente afirma que el principio de taxatividad (art. 25 CE) no permite interpretar que la resolución que constituye el elemento objetivo del tipo pueda ser cualquiera, sino que debe tratarse de una resolución dictada en un asunto administrativo en el sentido estricto del término, sin que quepa incluir en el mismo a los anteproyectos y proyectos de ley. Con cita de doctrina constitucional (SSTC 45/1990, de 15 de marzo, y 196/1990, de 29 de noviembre) y de jurisprudencia del Tribunal Supremo [STS 787/2013, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5318)] alega la exclusión de los actos políticos o de gobierno del concepto de resolución administrativa a la que se refiere el art. 404 CP. Por ello, el art. 25.1 CE impide interpretar de forma extensiva el término «resolución administrativa», que debe ser únicamente la dictada en un asunto administrativo. Afirma que la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, así como las modificaciones presupuestarias se enmarcan en la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno por lo que su naturaleza política se corresponde con la de los actos políticos. Según el recurrente las sentencias impugnadas construyen una teoría según la cual el procedimiento de elaboración del anteproyecto de presupuestos sería un «procedimiento minuciosamente reglado» siendo ahí donde cabría situar el control judicial y donde se habría producido la vulneración de la ley, afirmando la sentencia dictada en casación la existencia de asuntos administrativos a efectos penales que serían divergentes y más amplios que lo son para el propio Derecho administrativo. Según el recurrente, el

resultado de la interpretación extensiva que llevan a cabo las resoluciones judiciales «allanan el camino para sostener la existencia de leyes “ilegales”, o que cobijan dentro de sí alguna o algunas normas “ilegales” derivadas de un supuesto quebranto normativo sufrido durante la fase prelegislativa». Tal es lo que sucede, según el recurrente, en el delito de prevaricación por el que se condena al señor Rodríguez Román, ya que se basa en el carácter ilegal de una partida presupuestaria (31L) –contenida en las sucesivas leyes de presupuestos autonómicos aprobadas por el Parlamento– por no acomodarse a las prescripciones establecidas en la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas. Según el recurrente, resulta obvio que las transferencias de financiación (como instrumento presupuestario) tendrán la finalidad que la ley establezca y, desde el año 2002, todas las leyes de presupuestos aprobadas válidamente por el Parlamento de Andalucía han previsto en sus estados de gastos que el dinero para el pago por el IFA/IDEA de las ayudas sociolaborales, concedidas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, se hiciera llegar al ente instrumental mediante transferencias de financiación. No hay más que ver las leyes de presupuestos en sus estados de gasto y en sus memorias para descartar de plano que el Parlamento de Andalucía aprobara la partida 31L para equilibrar las cuentas de IFA/IDEA sin que pueda oponerse de contrario que el Parlamento no sabía lo que aprobaba o que este fuera inducido a error, que es, en definitiva, el razonamiento sostenido en las sentencias para condenar por el delito de prevaricación.

Según el recurrente, las resoluciones impugnadas, aunque parten de la base de que el procedimiento de elaboración del anteproyecto de presupuestos es un procedimiento minuciosamente reglado, siendo en esa fase en la que se produce el control judicial y en la que se aprecia la vulneración de la ley, no analizan las actuaciones y competencias de cada uno de los intervinientes en dicho procedimiento. Teniendo en cuenta que el proyecto de ley llega ya elaborado por la Consejería de Hacienda al Consejo de Gobierno, es erróneo, arbitrario e inadmisibles que se concluya en las sentencias que las transferencias de financiación se incluyeron indebidamente en el anteproyecto y proyecto de presupuestos, pues de la misma forma se pudo añadir que se incluyeron en el anteproyecto, proyecto y en la propia ley de presupuestos. Desde la perspectiva del Derecho penal debería haberse determinado e individualizado la actuación que cada uno de los condenados llevó a cabo en relación con los hechos por los que se les exige responsabilidad penal. Si este examen se hubiera realizado, habría resultado patente que el señor Rodríguez Román no ha tenido ninguna intervención en la elaboración del anteproyecto de presupuestos antes descrita.

Por lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias aprobadas por el Consejo de Gobierno, se afirma en la demanda que fueron tramitadas con arreglo a las previsiones de la Ley general de hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a las que se dio estricto cumplimiento. La sentencia de instancia no expresa ni individualiza las concretas modificaciones presupuestarias por las que se condena al recurrente, ni cuál fue la conducta delictiva que este llevó a cabo, ni su aportación personal más allá de estar en la Comisión de viceconsejeros, sobre todo teniendo en cuenta que tanto el interventor general como el interventor adjunto informaron favorablemente estas modificaciones presupuestarias como garantes de la legalidad presupuestaria –y ambos fueron absueltos–.

En el suplico de la demanda se interesa que se declare la vulneración de los derechos fundamentales aludidos y, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones impugnadas «con los efectos de retroacción o absolución de [...] don Jesús María Rodríguez Román que en cada caso resulten procedentes». Asimismo, mediante otrosí, se interesa, al amparo de lo dispuesto en el art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), la suspensión de la eficacia de las sentencias impugnadas hasta tanto recaiga una resolución definitiva en el recurso de amparo.

4. El 16 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de este tribunal un escrito presentado por la representación del recurrente en el que pone de manifiesto que ha

tenido conocimiento de que otros condenados por las resoluciones judiciales aquí impugnadas han interpuesto también recurso de amparo, por lo que suplica a este tribunal que examine la existencia de conexidad de este recurso de amparo con los ya interpuestos por otros condenados.

5. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 292/2023, 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, FJ 2 a)] [...] y [...] 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)]».

(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 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 fecha 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 ordenó, asimismo, formar pieza separada de suspensión y en ella conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que efectuasen alegaciones sobre dicha cuestión. Hechas las alegaciones correspondientes, el Pleno de este tribunal dictó ATC 442/2023, de 26 de septiembre, en el que acordó denegar la suspensión interesada por la actora.

(iv) Se propuso finalmente la avocación al Pleno del conocimiento del asunto. Por providencia de 20 de junio de 2023 el Pleno de este tribunal acordó, conforme al artículo 10.1. n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, «recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo que se tramita en dicha Sala con el número 2361-2023, interpuesto por don Jesús Rodríguez Román».

6. Además del Ministerio Fiscal, las partes personadas en este proceso de amparo son las siguientes:

(i) El Partido Popular, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 27 de julio de 2023.

(ii) Don José Antonio Griñán Martínez, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, si bien no ha presentado escrito de alegaciones.

(iii) Don Antonio Vicente Lozano Peña, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, pero no ha presentado alegaciones.

(iv) Don Francisco Vallejo Serrano, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023.

(v) Doña Carmen Martínez Aguayo, a la que se tuvo por personada en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023.

(vi) Don Gaspar Zarrías Arévalo, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023.

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

(i) El Partido Popular ha interesado, en escrito registrado en este tribunal el 26 de septiembre de 2023, la desestimación del recurso de amparo.

El escrito comienza con unas alegaciones generales respecto de la totalidad de los motivos aducidos en el recurso de amparo. Se afirma que las resoluciones judiciales impugnadas realizan una interpretación razonable y previsible del ordenamiento jurídico y que las quejas del recurrente parten de una selección parcial y fragmentada de los fundamentos de la condena.

Respecto del primer motivo de amparo, el Partido Popular descarta que se haya producido lesión alguna de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y al principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE). Con reproducción de extractos de las resoluciones impugnadas, la representación del Partido Popular aduce que se condenó al señor Rodríguez Román con abundante prueba de cargo y que el conjunto de razonamientos, normas constitucionales y legales invocadas, así como los precedentes mencionados en las resoluciones recurridas «evidencian que estamos ante un pronunciamiento racional y previsible». Se afirma en las alegaciones que, en contra de lo sostenido por el recurrente –que funda su pretensión sin respetar las consideraciones fácticas realizadas por el Tribunal Supremo–, existe una motivación adicional sobre la prueba de los elementos subjetivos del delito de malversación y que sí existe una motivación suficiente en las sentencias sobre la vinculación entre el sistema de presupuestación y el delito de malversación. Asimismo, niega categóricamente que se haya lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías ya que, en contra de lo sostenido por el recurrente, descarta que la sentencia casacional haya reinterpretado o introducido, sin la debida intermediación, elementos fácticos novedosos, carentes de sustento probatorio, para confirmar la condena por malversación. Afirma, en este punto, que la Sala Segunda ni ha revocado una sentencia absolutoria ni ha agravado la condena de la recurrente. En todo caso, con amplia cita de fragmentos de la sentencia casacional, considera que el Tribunal Supremo ha respetado en todo momento los hechos declarados probados en la instancia, pues ha realizado, en relación con ellos, valoraciones puramente jurídicas, complementarias de las ya contenidas en la resolución de la Audiencia. Se rechaza igualmente que la sentencia casacional haya alterado la modalidad de dolo que aprecia.

Respecto del segundo de los motivos de amparo, referido al objeto de enjuiciamiento en el proceso penal, el escrito de alegaciones del Partido Popular afirma que el recurrente debería haber detallado la queja concretando, en su caso, qué hechos de los conocidos en este proceso están siendo también objeto de enjuiciamiento en otros. Descarta en todo caso que se haya producido la vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales ya que la construcción «dada por el Tribunal Supremo es respetuosa con el derecho al *non bis in idem*, dado que ello se articula a través de la cosa juzgada negativa o excluyente», en virtud de la cual ninguno de los aquí condenados puede volver a ser juzgado por los mismos hechos. Afirma que «los autos de “exclusión” como el que se dictó en cuestiones previas, no siendo de sobreseimiento libre, no tiene valor de cosa juzgada [...] ni debe entenderse que vincule al Tribunal de enjuiciamiento o ahora en casación». Los hechos enjuiciados se concretaron en los escritos de acusación y sobre ellos hubo debate contradictorio, por lo que se descarta, asimismo, que se haya vulnerado el derecho de defensa ya que las partes han podido alegar y probar tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en el auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la sentencia dictada en casación, sin que, además, se haya concretado por el recurrente la prueba o las diligencias que, en su caso, se dejaron de practicar y que fueron causantes de indefensión.

Por lo que se refiere al tercer motivo de amparo el escrito de alegaciones del Partido Popular descarta que se haya realizado por los órganos judiciales una interpretación

extensiva del concepto de resolución administrativa contenida en el art. 404 CP ya que las sentencias impugnadas, en lo atinente a la condena por prevaricación, «cumplen escrupulosamente con el deber de motivación razonada y razonable sobre el sentido del art. 404 CP y su aplicación al caso, superando con mucho el escrutinio de legalidad penal ex art. 25 CE». En todo caso, el señor Rodríguez Román fue condenado por prevaricación no solo por haber participado en los actos de preparación de los proyectos de ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias sino también en otros actos o resoluciones prevaricadoras, particularmente en la gestión de las ayudas con los «convenios particulares» y las resoluciones de pago llevados a cabo a través de IFA/IDEA. Con abundante reproducción de extractos de las resoluciones impugnadas, sostiene que las sentencias impugnadas no desconocen la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos, «sino que extensa y detalladamente motivan hasta concluir que los actos enjuiciados no son de tal clase», sin infringir la doctrina constitucional ni la jurisprudencia como se desprende de los precedentes que ambas resoluciones citan para apoyar su interpretación. Se alega, además, que existen otros argumentos complementarios que pueden reforzar la adecuación de las sentencias recurridas al principio de legalidad, tales como las previsiones normativas contenidas en la Ley de procedimiento administrativo de 1958 o en la posterior de 1992 en las que se consideraba que un acto de elaboración de una disposición de carácter general constituye una resolución administrativa o en procedimiento administrativo, lo que justifica que esos actos puedan integrarse en el entendimiento penal del concepto. «Igual sucede en el ámbito de la legislación presupuestaria, donde coexisten la legislación presupuestaria general con vocación permanente y la ley de presupuestos de cada ejercicio, disciplinando la primera, en el ámbito estatal y autonómico, el procedimiento de elaboración y otras muchas materias con un régimen que ha de respetarse por la segunda. La sentencia del Tribunal Supremo contiene una mención que es necesario resaltar de la STC 238/2007, de 21 de noviembre». Se afirma en el escrito de alegaciones que no se trata aquí de enjuiciar unos meros actos prelegislativos, «sino estos con otros que evidencian la injusticia de los mismos y su finalidad de establecer un sistema irregular de concesión de subvenciones».

(ii) Don Gaspar Zarrías Arévalo se ha adherido, en el propio escrito de personación, registrado en este tribunal el 6 de octubre de 2023, al motivo tercero del recurso de amparo, por ser coincidente con lo planteado en el motivo segundo de su propio recurso, que se tramita en este tribunal con el núm. 2411-2023.

(iii) Doña Carmen Martínez Aguayo se ha adherido, en escrito registrado en este tribunal el 20 de noviembre de 2023, al recurso de amparo en todo lo que le pueda favorecer, por entender que los fundamentos, alegaciones y vulneraciones de derechos fundamentales puestas de manifiesto por el actor, le son plenamente aplicables debido a que ha sido condenada por participar en los mismos hechos que se le atribuyen al señor Rodríguez Román. Afirma que la estimación del recurso conllevaría la revocación de las sentencias condenatorias y la absolución del actor, debiendo extenderse a ella los efectos de dicha declaración.

(iv) Don Francisco Vallejo Serrano ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 22 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), tanto en relación con la condena por delito de prevaricación como por delito de malversación.

En lo que se refiere a la subsunción en el tipo de la prevaricación (art. 404 CP), alega 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 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». En todo caso, 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 una 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 la comunidad autónoma de Andalucía desde el año 2002. Asimismo, 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».

En lo relativo a la malversación, se denuncia que la sentencia casacional introduce una autoría directa allí donde la Audiencia aprecia una coautoría con división de funciones. También construiría *ex novo* la sentencia casacional la posición de garantía de la que deduce la comisión por omisión del art. 11 CP. Y afirma, igualmente, que el nexo del elemento subjetivo de la prevaricación y la malversación, que consistiría en que el delito medio (prevaricación) se habría cometido con dolo directo y el delito fin (malversación) con dolo eventual, es un «disparate jurídico», con el que se trata de encubrir que, en realidad, no existe ningún elemento justificativo del elemento subjetivo del delito de malversación.

8. El Ministerio Fiscal ha presentado alegaciones, registradas en este tribunal en fecha 8 de enero de 2024, previa prórroga del plazo conferido al efecto, acordada en diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023. En ellas, interesa la estimación parcial del recurso de amparo respecto de la condena por prevaricación consistente en la participación del demandante, a través de la Comisión General de Viceconsejeros, en la aprobación de los sucesivos anteproyectos de leyes de presupuestos que le fue atribuida en las sentencias impugnadas y que, en consecuencia, se acuerde declarar vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el citado aspecto de la condena y que se restituya al recurrente en su derecho, acordando la nulidad de las resoluciones impugnadas en cuanto condenan al recurrente por las actuaciones referidas. Asimismo, considera que el recurso debe desestimarse en todo lo demás.

El fiscal, tras hacer un resumen de los antecedentes de los que trae causa este recurso y de las alegaciones del recurso de amparo, afirma que la demanda cumple con los requisitos de procedibilidad para ser admitida a trámite.

a) Respecto del primer motivo del recurso, el Ministerio Fiscal interesa su desestimación. Afirma que, en contra de lo sostenido por el recurrente, sí hay pruebas para fundar la condena del señor Rodríguez Román. Las sentencias realizan un «análisis amplio de los múltiples indicios y se argumenta de forma razonable la necesidad de valorar conjuntamente todos los indicios para poder comprender la ilicitud de la actuación de la recurrente». Por lo que se refiere a que no existen pruebas respecto a la coautoría –actuación coordinada con el resto de los condenados dirigida a malversar–, el fiscal alega que en la sentencia de instancia no se afirma que el señor Rodríguez Román actuase de forma coordinada con otros condenados para cometer un delito de malversación. Sostiene que el Tribunal Supremo no ha modificado el título de imputación acordado por la sentencia de instancia. En la sentencia dictada en casación se explica de forma razonada y razonable que no hay imputación por coautoría en la sentencia de la Audiencia Provincial, sino que se condena a cada uno de los acusados –también al aquí recurrente– como autor individual por sus propios actos. Es cierto que respecto del delito de malversación no todos los condenados actuaron con dolo directo; unos tenían como finalidad malversar y crearon para ello un sistema de presupuestación indebido y, otros, sin acuerdo con los anteriores en cuanto a la finalidad, realizaron actos de prevaricación mediante los que «conseguían una ausencia de fiscalización previa en la disposición de los fondos objeto de este procedimiento, de tal modo que era patente el

riesgo de que el funcionario que disponía de dichos bienes lo hiciera de forma arbitraria; y a pesar de la elevada probabilidad de que sucediera, aceptando que eso pudiera pasar, decidió realizar por su parte los actos que servían para que ese sistema de disposición de fondos se llevase a efecto». Según el fiscal, la actuación del demandante de amparo aceptando ese riesgo se produjo en dos momentos distintos: primero, participando en la tramitación de las modificaciones presupuestarias y los anteproyectos de presupuestos y, posteriormente, aceptando como miembro del consejo rector del IFA la firma de convenios individuales a través de los que se materializó el pago de las ayudas. No hay condena por hechos ajenos como afirma el recurrente.

El Ministerio Fiscal descarta que la sentencia del Tribunal Supremo haya incurrido en arbitrariedad al razonar acerca de la existencia de dolo eventual respecto del delito de malversación y la existencia de concurso medial. En primer lugar, porque es también la sentencia de instancia la que, en relación con determinados acusados –entre los que se encuentra el hoy recurrente– sostiene que han cometido la malversación con dolo eventual. Según el fiscal no resulta irracional o ilógico a la vista de la prueba existente afirmar que el demandante de amparo actuaba aceptando el patente riesgo de que pudiera disponerse de los fondos públicos de forma arbitraria. Afirma asimismo que tampoco es irracional «por mucho que de entrada pueda parecer chocante, que respecto del demandante de amparo el delito medio se haya cometido por dolo directo y el delito fin por dolo eventual». No solo hay jurisprudencia en la que así se ha entendido, sino que, además, la sentencia explica en su juicio histórico cómo actuaron los distintos acusados.

Por otra parte, y en contra de lo sostenido por el recurrente, el Ministerio Fiscal afirma que el Tribunal Supremo no suple el silencio de la sentencia de instancia, sino que se limita a completarla pues en esta ya se afirma que se condena al señor Rodríguez Román por no evitar la disposición arbitraria de fondos. El hecho de que la sentencia de casación haya incurrido en errores materiales intrascendentes respecto a este extremo –tal y como se apreció en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones– no vulnera ningún derecho fundamental.

En definitiva, según el fiscal de la sentencia de casación no se deduce que el Tribunal Supremo haya añadido una calificación jurídica o una responsabilidad no contenida en la sentencia de instancia, sino que esta se ha limitado a explicar de forma más amplia la dictada en la instancia.

b) Por lo que respecta al segundo motivo del recurso, el fiscal, tras hacer un resumen de la doctrina constitucional que considera de aplicación, concluye que no se han lesionado los derechos invocados por el recurrente. Por lo que se refiere a la queja referida a la lesión del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, el fiscal afirma que el recurrente ha incurrido en una incongruencia evidente a la hora de plantearla, dado que de su argumentación puede derivarse que fue la sentencia recaída en la instancia la que amplió el objeto del proceso. Si esto hubiera sido así, esta queja incurriría en causa de inadmisibilidad al deberse haber planteado tempestivamente en el recurso de casación, cosa que no se hizo. En la hipótesis de que dicha lesión se impute solo a la sentencia dictada en casación el fiscal considera que debe desestimarse. En efecto, el recurrente afirma que el objeto del enjuiciamiento del que partió el Tribunal Supremo lo constituye, no el fijado en la instancia al comienzo de las sesiones del juicio, sino de las conclusiones definitivas de las acusaciones, del contenido de los hechos probados de la sentencia de instancia y de los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para realizar la calificación jurídico penal. Según el fiscal este planteamiento es inconsistente ya que nada impide que las partes modifiquen sus conclusiones con base en la prueba realizada en el acto de juicio y que la sentencia se pronuncie sobre tales extremos siempre que no supongan una modificación sustancial de los hechos ni del objeto de enjuiciamiento. Alega el Ministerio Fiscal que nada se le puede reprochar al Tribunal Supremo por el hecho de partir de los hechos probados de la sentencia recurrida pues es precisamente eso lo que exige la ley, concretamente el art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím.).

c) El fiscal interesa que se estime el motivo tercero del recurso en el que se alega la lesión del derecho de legalidad penal (art. 25.1 CE) debido a que las resoluciones impugnadas realizan una interpretación extensiva *in malam partem* del concepto de «resolución administrativa» a los efectos del delito tipificado en el art. 404 CP, pues incluyen en el delito de prevaricación actos de carácter político que no están sujetos a control jurisdiccional y no integran la conducta típica.

El fiscal considera que la posición mantenida por el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla en virtud de la cual el procedimiento prelegislativo tendría una doble dimensión (una dimensión política no susceptible de control judicial y que incluiría la decisión sobre el destino o distribución de los créditos, y otra dimensión técnica regida por un procedimiento administrativo reglado) constituye una novedad que no tiene antecedente. Para el Ministerio Fiscal, la cuestión constitucional planteada orbitaría en determinar no tanto la asimilación o extensión de la inviolabilidad parlamentaria a los miembros del Ejecutivo, sino la comprobación de que la misma razón por la que se establece un régimen de inviolabilidad para los parlamentarios justifica que la iniciativa legislativa quede también, en todas sus fases, al margen del control jurisdiccional penal.

Los argumentos a través de los cuales las resoluciones impugnadas niegan la naturaleza legislativa a los actos de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento permiten detectar, a juicio de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, una falla lógica determinante. Tales argumentos, además de ser contrarios a la doctrina constitucional que impide admitir un recurso contra un proyecto de ley que aún no es norma, cercenan la iniciativa legislativa del Gobierno, imponiendo al Parlamento tuteladas innecesarias. Por ello, el fiscal considera que los razonamientos judiciales que conforman este primer bloque argumental sobre la naturaleza administrativa del procedimiento legislativo y su naturaleza decisoria no responden a una traslación debidamente justificada de la doctrina jurisprudencial ni resultan, por lo tanto, concluyentes a la hora de calificar como resolución dictada en asunto administrativo el ejercicio de la iniciativa legislativa. Ello le lleva a concluir, por lo tanto, la ausencia de previsibilidad en la aplicación de la norma.

Respecto al segundo grupo de argumentos esgrimidos por las resoluciones impugnadas para justificar la condena por delito de prevaricación como consecuencia de la aprobación de los proyectos de ley –y que orbitan sobre la distinción entre la legalidad del acto y el enjuiciamiento de sus autores– el fiscal afirma que presentan una consistencia lógica evidentemente discutible. Para el Ministerio Público, existe la imposibilidad de cohonestar dos afirmaciones cuya compatibilidad es esencial para la condena del recurrente: que la aprobación del anteproyecto de ley de presupuestos es inmune al control jurisdiccional y que la jurisdicción penal puede, no obstante, examinar las diferentes decisiones adoptadas para aprobar un proyecto de ley y así determinar si quien las realiza incurre en responsabilidad penal. Esta pretendida distinción entre ámbitos de control jurisdiccional sería contraria a la lógica constitucional que concibe la iniciativa legislativa como inmune al control judicial y atentaría, incluso, contra el principio de intervención mínima del derecho penal.

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

Es en este punto cuando surgiría, para el Ministerio Fiscal, de nuevo, un factor de imprevisibilidad ante la inexistencia de precedentes de persecución y condena en supuestos simulares y ante el contexto de una sólida denegación del control jurisdiccional sobre este tipo de actos. Frente a ello, la sensación de impunidad argumentada por el Tribunal Supremo choca con una insalvable contradicción que permitiría ubicar a la jurisdicción penal como «baluarte de primera –y única– línea de control de una decisión intrínsecamente político-legislativa, sobre la base de la

“ilegalidad” del contenido de una ley antes de que ni siquiera pudiera saberse si llegará [...] a ser ley y de que [...] produzca efecto alguno».

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

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

En el caso presente, y aunque las resoluciones tratan de salvar el obstáculo justificando que la condena se produce no por el resultado sino por el procedimiento en sí, este argumentario incurre en una nueva contradicción toda vez que el señor Rodríguez Román no ha sido condenado por su eventual participación en ninguno de estos actos, sino por una conducta propia que consiste en participar en la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se toma la resolución de remitir al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía un anteproyecto de ley para su aprobación para su posterior remisión al Parlamento. A pesar de que la propia sentencia del Tribunal Supremo vinculara todas estas actuaciones a una finalidad palmariamente ilegal, no se identifica esta finalidad con ninguna forma típica de participación delictiva sino con el programa político del Gobierno. La conducta del señor Rodríguez Román, consecuentemente, quedaría enmarcada en el ámbito de su voluntad –y por tanto de su responsabilidad– política, pero no el de la responsabilidad penal, dándose la paradoja que de los actos de los que sí debe responder –debido a su naturaleza político-legislativa– quedan al margen del ejercicio del *ius puniendi*.

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

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

El origen de dicha posición jurisprudencial se encuentra en la propia preservación del ejercicio de la potestad legislativa, como manifestación directa de la voluntad de poder y que responde al propio principio de división de poderes. El rechazo a la involucración de un poder en las funciones propias de otro no puede resultar indiferente al objeto del presente procedimiento, en el que la propia sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo muestra, como ya se ha expuesto, la visible contradicción entre la eficacia de ese efecto delimitador del ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa y la

pretendida intervención autónoma de la jurisdicción penal. En este sentido, afirma que existe amplia jurisprudencia constitucional que viene negando toda posibilidad de control *ab initio* de la constitucionalidad formal de las iniciativas legislativas, más allá del cumplimiento de los requisitos de procedimiento que reglamentariamente rige su presentación (AATC 85/2006, de 15 de marzo, y 131/2022, de 11 de octubre).

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

Todo ello le lleva a concluir que una correcta interpretación del conflicto entre la aplicación de la norma penal y la tutela de la autonomía del Parlamento para legislar ha de resolverse forzosamente a favor de la exclusión del control penal. La sola idea de que un acto exento al control jurisdiccional contencioso-administrativo e, incluso, constitucional, pueda, sin embargo, ser objeto de control por los tribunales penales entra en contradicción con la división de poderes y con cualquier posible lectura conjunta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ello mismo, solicita la estimación de amparo de este motivo por lo que respecta a la condena del recurrente como consecuencia de su participación en la aprobación de los proyectos de ley.

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

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

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

Todo ello lleva al Ministerio Fiscal a concluir que la calificación de los actos de aprobación de modificaciones presupuestarias que se imputan al recurrente no choca con una eventual naturaleza legal fruto de reserva de ley que impone el art. 134 CE en materia presupuestaria. Según el fiscal no hay razón para temer por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego en este caso, ni tampoco con el principio consustancial de separación de poderes. Afirma que

«el Poder Ejecutivo actúa –o hubiera debido actuar– en el marco de su competencia delimitada en la propia ley, sin asumir ninguna facultad de iniciativa o modificación de una norma con rango o valor legal». Consecuentemente, los razonamientos esgrimidos por las sentencias impugnadas para excluir las modificaciones presupuestarias del carácter propio de los actos con valor, rango y fuerza de ley se ajustan a la normativa y no presentan indicio alguno de vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

El fiscal afirma que la estimación parcial de este motivo debería llevar aparejada la declaración de inconstitucionalidad de la condena por el delito de prevaricación por la participación del recurrente en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos con retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia con la finalidad de que la Audiencia Provincial de Sevilla proceda a una nueva determinación de la pena con exclusión de la conducta del señor Rodríguez Román relativa a su participación en la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos. No obstante, dado que al recurrente se le ha impuesto la pena mínima tanto en las nominales para cada delito, como en la pena efectiva única por aplicación del art. 77 CP, teniendo en cuenta que no resulta posible que se le imponga una pena inferior, no considera necesaria la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para el dictado de una nueva sentencia, ya que resulta innecesario para restituir al demandante en el derecho fundamental que se considera vulnerado.

9. Por providencia de 2 de julio de 2024 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 3 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 condenó al demandante de amparo como autor de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de seis años y dos días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de quince años y dos días; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestimó el recurso de casación formulado frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020); y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la sentencia dictada en casación.

El demandante de amparo fundamenta el recurso en tres motivos. El primero de ellos es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías, incluyendo la presunción de inocencia y la legalidad penal (arts. 24.1, 24.2 y 25.1 CE). Aduce que se vulneran dichos derechos toda vez que las sentencias impugnadas condenan al recurrente por un delito de malversación a pesar de la indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria y de que la sentencia del Tribunal Supremo modifica el criterio de imputación y el elemento subjetivo del tipo establecido en la sentencia de instancia. En segundo lugar, alega la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 CE y 6.1 CEDH) y de los derechos de defensa e intangibilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE). Dicha vulneración se imputa a la sentencia dictada en el recurso de casación debido a que, según el recurrente, efectuó una ampliación arbitraria del objeto de enjuiciamiento al incluir las ayudas individuales a pesar de que habían sido excluidas

por la Audiencia Provincial por auto de 9 de febrero de 2018. El tercero de los motivos aducidos es la vulneración del derecho de legalidad penal (art. 25.1 CE) por interpretación extensiva *in malam partem* del concepto de resolución administrativa que establece el art. 404 CP al definir los elementos típicos del delito de prevaricación. El recurrente considera que las resoluciones impugnadas han incurrido en esta infracción constitucional al apreciar que tanto los anteproyectos de ley como las modificaciones presupuestarias son resoluciones dictadas en asuntos administrativos, no actuaciones de naturaleza política no sujetas a control judicial.

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

Las representaciones procesales de don Gaspar Zarrías Arévalo, don Francisco Vallejo Serrano y doña Carmen Martínez Aguayo han presentado alegaciones, adhiriéndose al presente recurso y solicitando su estimación.

El fiscal interesa la estimación parcial del recurso de amparo con el consiguiente otorgamiento del amparo al recurrente por indebida subsunción en el delito de prevaricación (art. 404 CP) de los hechos consistentes en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos que le ha sido atribuida por las sentencias impugnadas, que se declare vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con esa parte de la condena y que se acuerde la nulidad de las resoluciones impugnadas en lo que a esta cuestión se refiere. No interesa que se retrotraigan las actuaciones debido a que no es necesario para restituir al recurrente en la integridad su derecho fundamental a la legalidad penal garantizado en el art. 25.1 CE.

#### 1.2 Orden de análisis de las quejas.

Dado el contenido de las alegaciones aducidas en los motivos que se acaban de exponer, su análisis se va a efectuar agrupándolos del siguiente modo: a) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la interpretación y aplicación de los elementos típicos del delito de prevaricación que han efectuado las resoluciones judiciales; b) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la interpretación y aplicación de los elementos típicos del delito de malversación que han efectuado las resoluciones judiciales; c) vulneración del derecho a la presunción de inocencia; y d) vulneración del derecho a la defensa y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el segundo semestre del año 2000 se elaboró el proyecto de decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. Con esta disposición se pretendía –según se recogía en su preámbulo– «articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas

ayudas». En su art. 7.3 se preveía que estas ayudas «podrán ser concedidas a través del Instituto de Fomento de Andalucía». El proyecto de decreto no llegó a ser elevado para su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Hasta el mes de julio del año 2001, los fondos recibidos por el IFA fueron entregados a los destinatarios de las ayudas mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA. El 17 de julio de 2001, el consejero de Empleo y el presidente del IFA suscribieron el «Convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social» (el convenio marco). En virtud de dicho convenio, el IFA se comprometía a prestar asistencia técnica permanente a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, materializando las ayudas que, en su caso, otorgase la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la citada dirección general, a las empresas u otros entes públicos o privados. Se contemplaba la suscripción de convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA, en los que habían de concretarse las previsiones del convenio marco, debiendo contener, al menos, las siguientes especificaciones: (i) objeto y alcance del convenio particular; (ii) estimación económica de la asistencia o cuantía de las ayudas a materializar, empresas u otros entes públicos o privados, así como consignación presupuestaria a cuyo cargo habían de realizarse las transferencias de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía de dar cuenta inmediata a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

En la mayor parte de los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA se hizo constar expresamente que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la dirección general, autorizando esta su pago. En ningún caso llegaron a constituirse las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco.

Tras la firma del convenio marco, el consejo rector del IFA debía de intervenir en la materialización del pago de las ayudas, aprobando, en su caso, los pagos derivados de la firma de cada convenio particular de importe superior a 450 000 €. Las ayudas que superasen la cuantía de 1 200 000 € debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

c) En los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de los años 2002 a 2009 se introdujeron en un nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, las aplicaciones presupuestarias «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» –concepto 440.00– y «Transferencia de financiación al IFA/IDEA» –concepto 440.51–, en las que se recogían los créditos destinados a favor del IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. Los fondos percibidos por el IFA –que en el año 2004 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 la seguridad social.

– El programa presupuestario 31 L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, centro directivo que tiene atribuidas 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 y asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e impulso a la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo».

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

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

Según consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, el consejero de Empleo –don José Antonio Viera Chacón– y el vicepresidente del IFA –don Antonio Fernández García–, para evitar dar información a los miembros del consejo rector del IFA ajenos a la Consejería de Empleo, así como que tuvieran que ser ratificadas por el Consejo de Gobierno las ayudas superiores a 1 200 000 € 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 la Junta de Andalucía, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

En el citado decreto-ley se estableció que a estas ayudas sociolaborales no les 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 (1) comprobar la legalidad del pago; (2) examinar las cuentas anuales; y (3) analizar críticamente los programas asignados al instituto.

(iv) Al IFA/IDEA se le dotó de fondos, al principio, durante los años 2000 y 2001, mediante modificaciones presupuestarias y, después, estableciendo en las leyes de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009 unas partidas presupuestarias específicas, en el programa 31L, para que abonase dichas ayudas, cuyo importe inicial se incrementó a través de la aprobación de modificaciones presupuestarias.

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

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

(ii) que se concediesen ayudas a empresas en crisis sin realizar convocatorias que garantizasen la publicidad y conocimiento general, sin el obligatorio registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía y sin que una gran parte de esas ayudas dispusiera de un objeto concreto, lo que facilitó que las ayudas fueran concedidas para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales 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 fondos públicos». Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que «[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no solo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas. [...] Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz (“pieza específica”) el proceso de “diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes” y en las distintas piezas separadas la concesión y pago de las distintas ayudas». Esta división –reconoce el Tribunal Supremo– «podía dar lugar a que hubiera coincidencias 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 del IFA/IDEA y, en general, [...] cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos» (fundamento de Derecho 3.4; págs. 122-133).

## 2.3 Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

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

«(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18 de abril de 2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01 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, 05 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 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 vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital [apartado A)], como las abonadas a empresas en crisis [apartado B)] o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias [apartado C)]».

La sentencia de la Audiencia Provincial dedica el apartado vigesimosegundo de los hechos probados (págs. 91-96), al que se refiere el último párrafo que se acaba de transcribir de la sentencia del Tribunal Supremo, a fijar el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22 E y 31L, de los que se dispuso año tras año para atender a los compromisos asumidos frente a terceros mediante el mecanismo de las

transferencias de financiación al IFA/IDEA para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Tras cuantificar su importe anual, la sentencia de instancia distingue entre los fondos del programa 31L que tuvieron por objeto ayudas sociolaborales, a las que dedica el subapartado A); los destinados a empresas en crisis, que son objeto del subapartado B) y, finalmente, los que se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de dicho programa, que describe en el subapartado C).

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

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

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

– Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado don 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 noviembre de 2003, por el acusado don José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180 304 €, para la realización de cursos *online*.

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

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

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

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

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

Los hechos por los que ha sido condenado el señor Rodríguez Román 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 33, apartado IV, en el que se detalla la prueba de cargo en la que se fundamenta su condena y 49, apartado 11.

El señor Rodríguez Román ha sido condenado como consecuencia de las actuaciones y omisiones que realizó en el ejercicio de su cargo como: (1) viceconsejero de Justicia de 2000 a 2005; (2) viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa del 19 de marzo de 2005 al 1 de abril de 2010 y miembro del consejo rector de IFA/IDEA.

a) En su calidad de viceconsejero de Justicia ha sido condenado por los siguientes hechos:

– El señor Rodríguez Román participó en la modificación presupuestaria de la partida 440.01. Según el fundamento de Derecho 33 (pág. 1139) de la sentencia de instancia el señor Rodríguez Román estuvo presente en la Comisión General de Viceconsejeros de 26 de julio de 2000, en su calidad de viceconsejero de Justicia y Administración Pública, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno una modificación presupuestaria que finalmente fue aprobada por este último órgano el 28 de julio de 2000. Dicha modificación presupuestaria tenía por objeto reducir la partida 481.00 y aumentar la 440.01 prevista según la sentencia de instancia «para las subvenciones de explotación a las empresas de la Junta de Andalucía». A pesar de ello, esta transferencia se vincula con un convenio marco con el IFA con la finalidad, entre otras, de reestructurar empresas. Con esta actuación se eludieron los procedimientos para conceder subvenciones y se evitó la fiscalización de las ayudas por la intervención delegada de la Junta de Andalucía.

– El señor Rodríguez Román participó en varias modificaciones presupuestarias que afectaban al programa 22 E a pesar de que, según la sentencia de instancia, en esas fechas el señor Rodríguez Román ya conocía, por las observaciones realizadas por la intervención general al proyecto de decreto para cambiar el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales, que el IFA no podía intervenir como entidad colaboradora. Dichas modificaciones son las siguientes:

(i) en la sesión de 12 de septiembre de 2001 el señor Rodríguez Román asistió a la Comisión General de viceconsejeros en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria finalmente aprobada el 18 de septiembre de 2001 por importe de 1 225 000 000 pesetas;

(ii) en la sesión de 7 de noviembre de 2001 el señor Rodríguez Román asistió a la Comisión General de viceconsejeros en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria finalmente aprobada el 13 de noviembre de 2001 por importe de 660 000 000 de pesetas;

– El señor Rodríguez Román participó en una modificación presupuestaria del programa 32H. En la Comisión General de Viceconsejeros de 9 de diciembre de 2004 se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria finalmente aprobada por este último órgano mediante la cual se incrementaba en 2 994 876 € el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo», a pesar de que los fines de este eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales.

– El señor Rodríguez Román participó también en la modificación presupuestaria del programa 31L. Así, en la Comisión General de Viceconsejeros en su sesión de 9 de octubre de 2002 se acordó elevar al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias por importe de 9 944 099 € a la aplicación presupuestaria 440.00.31L. Dicha modificación presupuestaria fue aprobada por el Consejo de Gobierno el 15 de octubre de 2002.

b) En su calidad de viceconsejero de Innovación y miembro del consejo rector de IDEA ha sido condenado por los siguientes hechos y omisiones:

– El señor Rodríguez Román, en el ejercicio de sus competencias de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa y con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria de las ayudas tramitadas por el IFA en materia sociolaboral,

intervino en la tramitación de los anteproyectos de presupuestos de Andalucía para los años 2005, 2006, 2007 y 2008, dotando de fondos al programa 31L.

– El señor Rodríguez Román participó en las siguientes modificaciones presupuestarias del programa 31L:

(i) Modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2005 mediante la que se incrementó el programa 31L. El señor Rodríguez Román participó en la Comisión General de Viceconsejeros de 30 de noviembre de 2005 en la que se acordó elevar dicha modificación al Consejo de Gobierno.

(ii) Modificación presupuestaria por importe de 9 300 000 € aprobada por el Consejo de Gobierno el 7 de noviembre de 2006 mediante la que se incrementó el programa 31L. El señor Rodríguez Román participó en la Comisión General de viceconsejeros de 31 de octubre de 2006 en la que se acordó elevar dicha modificación al Consejo de Gobierno.

(iii) Modificación presupuestaria por importe de 7 448 503,44 € aprobada por el Consejo de Gobierno el 27 de noviembre de 2007 mediante la que se incrementó el programa 31L. El señor Rodríguez Román participó en la Comisión General de Viceconsejeros de 21 de noviembre de 2007 en la que se acordó elevar dicha modificación al Consejo de Gobierno.

(iv) Se afirma expresamente en la sentencia de instancia que el señor Rodríguez Román no acudió a la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 17 de diciembre de 2008 en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias que este aprobó el 22 de diciembre de 2008.

– El señor Rodríguez Román tuvo responsabilidades en el IFA/IDEA desde el 19 de marzo de 2005 hasta el 1 de abril de 2010 en su condición de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa. Estuvo presente en las reuniones de su consejo rector por lo que tuvo conocimiento de que las transferencias de financiación recibidas lo eran para el pago de las subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo. Además, no hizo nada para impedir la firma de convenios particulares a pesar de que en su calidad de miembro de dicho consejo rector fue informado de la firma de cincuenta y tres de esta clase de convenios.

Mediante todas estas actuaciones, el señor Rodríguez Román asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. El señor Rodríguez Román no hizo nada por cambiar dicho sistema a pesar de conocer su ilegalidad.

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

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal que consagra, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, FJ 6, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales.

a) El art. 25.1 CE dispone que «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El principio de legalidad penal, además de un principio inherente al Estado de Derecho que se enuncia en el título preliminar (art. 9.3 CE) y de recordarse como un límite en la definición del estatuto y la competencia esenciales de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE), se configura así como contenido de un derecho fundamental (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), el

Tribunal ha puesto de relieve que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador y tiene un fundamento plural. Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos y con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica y a una previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos que garantice un ámbito de libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. Ese fundamento determina el contenido *iusfundamental* del derecho a la legalidad penal, integrado por los diversos aspectos enunciados con el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta* (en distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, de 28 de enero, FJ 2).

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y para 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 se puede eludir tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). Los jueces y tribunales, por su parte, están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.

d) En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de las normas penales conforme con el art. 25.1 CE, es doctrina reiterada de este tribunal que se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí» (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). El art. 25.1 CE «impone, por razones de

seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

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

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

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

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

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

Como ya se ha expuesto, el demandante en amparo fue condenado como autor de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación. El recurrente considera que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Aduce que este derecho fundamental ha sido lesionado porque las sentencias impugnadas han efectuado una interpretación extensiva e *in malam partem* del elemento objetivo del delito de prevaricación del art. 404 CP al no existir, en el caso enjuiciado, una «resolución en asunto administrativo». Alega que la elaboración de los anteproyectos de ley y su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno son actos de gobierno que, según la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, carecen de sustantividad propia y no producen efectos jurídicos fuera del puro ámbito parlamentario. Por ello, considera que tales actos han de quedar fuera del control judicial del art. 106.2 CE, lo que impide que puedan subsumirse en el tipo de prevaricación. Asimismo, el recurrente afirma que el resultado de la interpretación extensiva en la que incurren las resoluciones impugnadas lleva a los órganos judiciales a afirmar la existencia de leyes «que cobijan dentro de sí alguna o algunas normas “ilegales” derivadas de un supuesto quebranto normativo sufrido durante la fase prelegislativa». Según la demanda estas afirmaciones constituyen una aporía toda vez que, aprobada una ley por el Parlamento, esta despliega todos sus efectos sin que pueda calificarse de «ilegal» su contenido. El recurrente afirma que lo que puede valorarse en todo caso es la constitucionalidad de la ley.

Por lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias aprobadas por el Consejo de Gobierno, el recurrente alega que todas ellas tuvieron la finalidad establecida por las leyes que desde el año 2002 han previsto en sus estados de gastos una partida –la 31L– para el pago de ayudas sociolaborales concedidas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y de cuyo pago se encargaba el IFA/IDEA.

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

El Partido Popular considera que las sentencias de instancia y casación han fundamentado la condena por delito de prevaricación efectuando una aplicación razonada y razonable del art. 404 CP. Alega que la interpretación efectuada se apoya en nuestra tradición legal y en criterios hermenéuticos que son acordes con el orden constitucional. Se afirma en el escrito de alegaciones que el recurrente ha sido condenado no solo por aprobar los proyectos de ley de presupuestos sino también por haber realizado otros actos en la gestión de las ayudas.

Don Gaspar Zarrías Arévalo, doña Carmen Martínez Aguayo y don Francisco Vallejo Serrano, que se han personado en este proceso constitucional, se adhieren a este motivo del recurso. El señor Vallejo Serrano alega que la aprobación de un proyecto de ley, en cuanto iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno, es una actuación recaída en asunto político que no puede subsumirse en el concepto de «asunto administrativo» del art. 404 CP. Asimismo, considera también que la noción de «ley ilegal» o de «ilegalidades dentro de la ley» es una «aporía» y que 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».

El Ministerio Fiscal sostiene que el análisis formal de la argumentación desplegada por el Tribunal Supremo no permite concluir que la consideración 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», como exigencia inherente al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). El fiscal también aprecia que el Tribunal Supremo incurre en una «contradicción lógica insalvable» al disociar el control de la legalidad del acto de aprobación y remisión al Parlamento de un proyecto de ley (lo que no sería jurídicamente viable) y el enjuiciamiento penal de sus autores (ámbito en el que, según la sentencia de casación, sí sería posible valorar, con el fin de evitar una impunidad contraria al principio de igualdad). A juicio del fiscal, en el caso que se analiza, no puede disociarse el control de legalidad de los actos dictados y el enjuiciamiento penal de la conducta de sus autores, pues considera que 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.

El fiscal entiende que el Tribunal Supremo, al fundamentar la intervención de la jurisdicción penal en la evitación de situaciones de impunidad, omite cualquier valoración sobre la importancia que la autonomía del Parlamento y la división de poderes tienen en nuestro orden constitucional. Considera que el razonamiento de las sentencias impugnadas, al no efectuar un tratamiento constitucional de este conflicto de legitimidades, carece de un soporte axiológico conforme a los valores de la Constitución. Por todo ello, sostiene que las sentencias recurridas, al haber atribuido la naturaleza de «resolución en asunto administrativo», a efectos de condenar por delito de 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, han vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal.

El fiscal concluye sus alegaciones respecto de la prevaricación analizando si la vulneración del art. 25.1 CE, que entiende materializada en relación con los anteproyectos de leyes de presupuestos, ha de extenderse también a la aprobación de las modificaciones presupuestarias. En su opinión, tanto la sentencia de instancia como la casacional no incurrir en vulneración del art. 25.1 CE por calificar estas actuaciones como actos de naturaleza administrativa. Según el fiscal en un marco legal regido por el principio de jerarquía normativa no puede sostenerse que la previsión explícita de una modificación presupuestaria a cargo del Gobierno o de uno de sus miembros pueda identificarse como una especie de mecanismo de autorreforma operado mediante una variedad de delegación tácita o de atribución de potestad legislativa al Ejecutivo que carece de todo soporte constitucional o estatutario. A su juicio, el que el Gobierno pueda modificar el contenido de un crédito o transferirlo a otro, con arreglo a las exclusiones o excepciones previstas en la ley, no convierte esa modificación del crédito en ley, sino que, simplemente, constituye una aplicación de la ley. Por todo ello, afirma 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).

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

El Tribunal Supremo rechaza el motivo por el que el recurrente adujo que las aprobaciones de los anteproyectos de leyes de presupuestos no pueden ser calificadas como resolución administrativa a efectos penales porque carecen de eficacia ejecutiva y deben ser objeto de posterior aprobación parlamentaria. El recurrente también alegó que las modificaciones presupuestarias no forman parte de un proceso administrativo al ser actos de gobierno no sometidos a control jurisdiccional.

Lo hace por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos vigésimo a vigesimosegundo y vigesimosexto, destinados a la resolución de lo que denomina «cuestiones generales». En estos fundamentos se sostiene, resumidamente expuesto, que:

(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 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 22).

(vii) Las consideraciones expuestas llevan al Tribunal Supremo a afirmar que la elaboración de un anteproyecto de ley, su aprobación como proyecto, así como el

proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria pueden ser calificadas como resolución en asunto administrativo en el sentido del art. 404 CP.

#### 4.3 Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si la interpretación que 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 292/2023, 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 *indirizzo politico* (orientación política) que constitucionalmente corresponde al Gobierno es el ejercicio de la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE) y, a los efectos que ahora interesan, es especialmente relevante la iniciativa legislativa en materia presupuestaria que corresponde en exclusiva al Gobierno (art. 134.1 CE).

e) La ley de presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables. También es un vehículo de dirección y orientación de la política económica que

corresponde al Gobierno. Es, además, una «verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material» [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)]. «[L]os presupuestos –en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos– y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a), que cita a su vez la STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5]». A través del debate parlamentario del proyecto de ley de presupuestos se fiscaliza el conjunto de la actividad financiera pública para ese ejercicio, se aprueba o se rechaza el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y se controla que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. «Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* como a su destino» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 7).

f) Del carácter central que la Constitución otorga al Parlamento deriva la posición privilegiada de la ley que conlleva su presunción de legitimidad constitucional y que determina que tanto los particulares como los poderes públicos estén sometidos a su imperio (art. 9.1 CE). Por ello, dejando aparte ahora la prelación de fuentes que impone el Derecho de la Unión Europea o el internacional, los órganos judiciales no pueden dejar de aplicarla, salvo en aquellos casos en los que la consideren inconstitucional y planteen cuestión de inconstitucionalidad ante este tribunal (art. 161.1 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas [art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)] o, en su caso, declaradas nulas por los órganos judiciales para garantizar la primacía constitucional, cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico *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, pues, el ahora recurrente ha sido condenado por incurrir en un delito de prevaricación en concurso medial con el de malversación por participar, entre otras actuaciones, en la tramitación, en su condición de viceconsejero de Innovación, de los anteproyectos de las leyes de presupuestos para los años 2005, 2006, 2007 y 2008.

a) En la STC 93/2024 y en la jurisprudencia allí citada el Tribunal ha establecido que los anteproyectos y proyectos de ley no puedan 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 infiscalizable y no puede ejercerse más control que el político» (STC 93/2024, 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).

#### 4.4 Enjuiciamiento de la queja.

Una vez expuestos los fundamentos de la condena del recurrente por el delito de prevaricación, así como los rasgos esenciales de nuestra democracia constitucional y parlamentaria –cuestión sobre la que, como se acaba de indicar, se efectúa una mera síntesis de lo establecido por el Tribunal en la STC 93/2024, FJ 4.3– se van a enjuiciar a continuación las quejas aducidas por el demandante.

Para ello, han de distinguirse los diferentes hechos por los que ha sido condenado: (A) haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios de 2005 a 2008; (B) haber participado en modificaciones presupuestarias referidas a distintas partidas (en concreto la núm. 481.00) y programas (22E, 32H y 31L) durante los años 2000 a 2007, en su condición de consejero de Justicia o de Innovación y (C) Tener conocimiento de la existencia de cincuenta y tres convenios particulares y no haber evitado su firma.

A) Participación en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2005 a 2008.

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 impugnadas en las que se sostiene que las actuaciones realizadas con ocasión de la elaboración de los anteproyectos 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 las decisiones adoptadas en el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley de presupuestos puedan ser calificadas como resoluciones recaídas en asunto administrativo. Al haberlo entendido así las sentencias recurridas han incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» que vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25 CE.

b) Por otra parte, el recurrente ha alegado que, en contra de lo afirmado en las sentencias impugnadas, las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002 a 2009 incluyeron un criterio de presupuestación, el contenido en el programa 31L, que desplegó plenos efectos jurídicos. Según el recurrente es una aporía sostener, como hacen las sentencias impugnadas, que dicha partida no desplegó tales efectos como consecuencia de su carácter ilegal por no ajustarse a lo previsto en otra 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 dotaba 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 respecto de la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de leyes de presupuestos efectuada por las resoluciones impugnadas 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 de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación por haber aprobado también las modificaciones presupuestarias en los años 2000, 2001, 2002, 2004, 2005, 2006 y 2007, 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. Además, y respecto de la modificación presupuestaria aprobada para el pago de ayudas sociolaborales por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 por importe de 2 994 876 € en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo»), las

sentencias impugnadas 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.

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

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

Cuestión distinta es si esta clase de actos pueden considerarse arbitrarios. Las sentencias recurridas así lo consideran. Sostienen que se realizaron prescindiendo de las exigencias procedimentales y materiales con el fin de eludir los controles exigidos por la normativa subvencional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 24.2, págs. 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. En la STC 93/2024, FJ 4.4.2., se sostiene que aunque no es función del Tribunal enjuiciar la corrección jurídica de dicha apreciación, «sí entra dentro de sus atribuciones el efectuar un juicio externo de las razones que llevan a los órganos judiciales a resolver en el sentido expuesto, pues solo de este modo puede verificarse que las resoluciones judiciales, al calificar como manifiestamente ilegales las modificaciones presupuestarias efectuadas, no han desbordado los límites que impone el art. 25.1 CE».

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

El Tribunal concluyó que los órganos judiciales, al interpretar el elemento típico «arbitraria» del art. 404 CP, debieron haber tomado en consideración el cambio de presupuestación antes referido –aprobado a partir del año 2002–. Al no hacerlo, resulta imprevisible considerar manifiestamente ilegales las modificaciones presupuestarias dictadas 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 tramitación de las siguientes modificaciones presupuestarias que se destinaron al pago de ayudas sociolaborales:

(i) una modificación presupuestaria que afectó a la partida 481.00. El demandante de amparo participó en la modificación llevada a cabo por el Consejo de Gobierno el 28 de julio de 2000 que tenía por objeto reducir la partida 481.00 y aumentar la partida 440.01;

(ii) dos modificaciones presupuestarias que afectaban al programa 22E; concretamente las aprobadas por el Consejo de Gobierno de 18 de septiembre y de 13

de noviembre de 2001 por importe de 1 225 000 000 y 660 000 000 pesetas respectivamente;

(iii) una modificación presupuestaria del programa 32H que fue aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004 por importe de 2 994 876 €;

(iv) cuatro modificaciones presupuestarias por las que se incrementaba la partida 31L en la aplicación presupuestaria 440.51 o 740.51. Estas modificaciones presupuestarias fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno de 15 de octubre de 2002 (9 944 099 €), 7 de diciembre de 2005 (7 999 895,97 €), 7 de noviembre de 2006 (9 300 000 €) y 27 de noviembre de 2007 (7 448 503,44 €).

De conformidad con lo expuesto, no pueden considerarse arbitrarias las modificaciones presupuestarias identificadas en el apartado iv), esto es, las aprobadas por el Consejo de Gobierno los días 15 de octubre de 2002, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006 y el 27 de noviembre de 2007, al encontrarse amparadas en el programa 31L de las leyes de presupuestos para los ejercicios 2002, 2005, 2006 y 2007. 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 otras modificaciones presupuestarias. Las realizadas en las partidas (481.00) o programas (22E) que no tenían amparo en norma legal alguna o que tenían asignados fines ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales (32H). Su consideración por las resoluciones judiciales impugnadas como resoluciones arbitrarias recaídas en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP.

C) Tener conocimiento de la existencia de cincuenta y tres convenios particulares y no haber evitado su firma o su ejecución.

Como ya se ha expuesto, las sentencias impugnadas consideran que el demandante de amparo incurrió en un delito de prevaricación debido a que, en su calidad de miembro del consejo rector de IDEA del que formaba parte desde marzo de 2005, tuvo conocimiento de los cincuenta y tres convenios particulares que el IFA/IDEA firmó con la Consejería de Empleo. A juicio de las sentencias impugnadas, el señor Rodríguez Román incurrió en el delito de prevaricación en la medida en que no realizó actuación alguna con el fin de evitar que se procediera a la firma y ejecución de dichos convenios, a pesar de conocer la ilegalidad del sistema de presupuestación establecido para el pago de estas ayudas.

Procede ahora analizar, siguiendo el mismo orden de enjuiciamiento que respecto de las actuaciones anteriores, si el hecho de conocer la firma de los convenios particulares obligó al recurrente a realizar algún tipo de conducta que tuviera por objeto impedir que estos se formalizaran y ejecutaran.

En la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 4.4, el Tribunal ha afirmado que «[u]na vez en vigor el programa presupuestario 31L previsto en las leyes de presupuestos para los años 2004 a 2008 resulta imprevisible que los actos dictados a su amparo se consideren manifiestamente ilegales, pues la firma de los convenios tenía cobertura en una norma con rango de ley». Las mismas razones a las que se aludió en la meritada sentencia –y a las que ahora procede remitirse– llevan a concluir que las sentencias impugnadas incurrieron en una aplicación imprevisible del tipo lesiva del art. 25.1 CE. La firma de convenios al amparo de la ley de presupuestos y de acuerdo con lo establecido en las memorias que la acompañan no pueden considerarse constitutiva de un delito de prevaricación al tratarse de actuaciones que tienen cobertura legal.

El demandante de amparo formó parte del consejo rector de IDEA desde marzo de 2005, esto es, una vez que se produjo el cambio de presupuestación mediante la introducción del programa 31L en las leyes de presupuestos. Por ello, el hecho de exigir al recurrente que realizara actos tendentes a evitar la firma o la ejecución de convenios dictados al amparo de las leyes de presupuestos supone una interpretación extensiva del

elemento típico «arbitraria» del art. 404 CP dado que, como se acaba de exponer y con más detalle se explica en la tantas veces citada STC 93/2024, tales actuaciones, al tener cobertura legal no pueden considerarse ilegales ni, por tanto, arbitrarias en el sentido que a este término le atribuye el art. 404 CP.

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

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

En el primer motivo de amparo consignado en la demanda, referente a la condena por el delito de malversación, el recurrente considera vulnerados diversos derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la legalidad penal. Al desarrollar argumentalmente dicho motivo, el actor despliega alegaciones mayoritariamente dirigidas a cuestionar, desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia, la valoración probatoria realizada por las resoluciones impugnadas. Aporta, no obstante, una argumentación concreta que ya fue planteada como «infracción de ley» en el recurso de casación (motivo octavo) y que cuestiona la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal del art. 432.1 CP, alegación esta que se inserta en el ámbito propio del derecho fundamental del art. 25.1 CE.

Sostiene, concretamente, el recurrente que las sentencias impugnadas realizan una subsunción en el tipo penal del art. 432 CP que no distingue adecuadamente las conductas malversadoras de las que previamente han sido calificadas como constitutivas de delito de prevaricación administrativa. Según se expresa en la demanda, las resoluciones impugnadas no determinan «qué concretos hechos, distintos de los prevaricadores, serían constitutivos del delito de malversación por los que se condena a mi representado y al resto de condenados ajenos a la Consejería de Empleo». La participación del demandante de amparo en la tramitación de anteproyectos de leyes de presupuestos o en la aprobación de ciertas modificaciones presupuestarias es una conducta prevaricadora que no puede convertirse, automáticamente, en una sustracción de caudales públicos, no al menos sin prescindir de este elemento del tipo, expresamente contemplado en el art. 432 CP.

Acudiendo a las palabras que emplea el Tribunal Supremo para sintetizar esta queja en la sentencia casacional (fundamento de Derecho 122, págs. 917-918), el demandante cuestiona, en definitiva, «el juicio de subsunción del delito de malversación de caudales públicos por considerar que la resolución impugnada no identifica el hecho que individualiza ese delito frente al delito de prevaricación» pues «las mismas resoluciones que han servido de soporte a la prevaricación lo son para la malversación y se dice que la sentencia no ha justificado convenientemente la concurrencia de los elementos típicos del delito mencionado».

El Partido Popular se opone a la estimación de esta queja al considerar que la subsunción de los hechos declarados probados en el delito de malversación del art. 432 CP respeta el tenor literal del enunciado normativo contenido en dicho precepto y resulta previsible si se analiza desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Reproduce, en apoyo de esta tesis, diversos fragmentos de las resoluciones impugnadas. Dicha tesis también es sostenida por el Ministerio Fiscal, que estima que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la subsunción realizada en el delito de malversación y afirma que la sentencia de instancia contiene una argumentación suficiente sobre la concurrencia de los diversos elementos que componen este tipo penal.

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

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

A) Objeto de la condena por malversación.

Tal y como se especifica en el fundamento 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1804-1805), don Jesús María Rodríguez Román ha sido condenado, en lo que al delito de malversación se refiere:

a) Por su intervención personal, en calidad de viceconsejero de Justicia y Administración Pública, en el debate y elevación al Consejo de Gobierno por parte de la Comisión General de Viceconsejeros de las modificaciones presupuestarias que afectaban al programa 22E aprobadas en fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001 (por los importes que se especifican en el fundamento jurídico 2.4).

b) Por su intervención personal, todavía en calidad de viceconsejero de Justicia y Administración Pública, en el debate y elevación al Consejo de Gobierno por parte de la Comisión General de Viceconsejeros de la modificación presupuestaria de fecha 15 de octubre de 2002 relativa al programa 31L (con el importe consignado en el fundamento jurídico 2.4).

c) Por su intervención personal, ya en calidad de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa en el debate y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios 2005 a 2008, en los que se consignaron los créditos iniciales del programa 31L (con los importes que se especifican en el fundamento jurídico 2.4), y de diversas modificaciones presupuestarias que incrementaron esos créditos (con las fechas e importes también especificados en el fundamento jurídico 2.4) en relación con concretas aplicaciones destinadas a transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis.

d) Por su intervención personal, en su calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, en la tramitación de los convenios particulares suscritos por dicha entidad con la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis.

Según señala la sentencia, el recurrente de amparo fue viceconsejero de Justicia y Administración Pública entre los años 2000 y 2005 y viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa desde el 19 de marzo de 2005 hasta el 1 de abril de 2010. Como titular de este último cargo le correspondía la vicepresidencia del IFA, posteriormente IDEA.

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

La fundamentación de la condena del recurrente por delito de malversación se sustenta, en la sentencia de instancia, en los siguientes argumentos:

a) La Audiencia Provincial señala, en primer lugar, que el recurrente de amparo, en su calidad de viceconsejero de Justicia y Administración Pública, no puso reparo alguno, al participar en los debates de la Comisión General de Viceconsejeros (fundamento de Derecho 33, pág. 1136), a la elevación al Consejo de Gobierno de las modificaciones presupuestarias de fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, que reducían la partida 481.00, apropiada para conceder subvenciones, e incrementaban la partida 440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales», también encuadrada en el programa 22E (fundamento de Derecho 33, pág. 1139) pero reservada «para las subvenciones de explotación a las empresas de la Junta de Andalucía» (fundamento de Derecho 33, pág. 1139).

Al operar de este modo en relación con las referidas modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 y 2001, el recurrente de amparo era concedor, según señala la Audiencia Provincial, de los siguientes extremos:

(i) Que, de acuerdo con el art. 106 de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía, la entidad IFA (posteriormente IDEA) no podía ser utilizada como entidad colaboradora para el pago de este tipo de ayudas, por tener naturaleza de subvenciones (fundamento 33, pág. 1142). La resolución razona que el recurrente había tenido conocimiento de esta circunstancia con ocasión de su intervención personal, también como viceconsejero de Justicia, en los debates de la Comisión General de Viceconsejeros relativos al proyecto de decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se pretendía establecer el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración (proyecto que, finalmente, no resultó aprobado).

(ii) Que la partida 440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales» era «legalmente inapropiada» para cubrir el pago de este tipo de subvenciones, pues no estaba ordenada «para tal fin en la Orden de la Consejería de Hacienda, de 22 de mayo de 1998, por la que se estableció la clasificación económica del presupuesto, la cual había sido dictada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 33 de la Ley 5/1983, general de la hacienda pública de Andalucía» (fundamento de Derecho 33, pág. 1139).

(iii) Que esas modificaciones presupuestarias carecían de justificación, pues la Consejería de Empleo no tenía déficit alguno que le impidiera proceder, por sí misma, al pago de subvenciones (fundamento de Derecho 33, pág. 1139); el recurrente sabía, por tanto, que las modificaciones presupuestarias elevadas al Consejo de Gobierno «no obedecían a ninguna situación de déficit, o necesidad de fondos» de la citada consejería (fundamento 33, pág. 1140).

El demandante de amparo conocía, en definitiva, que se utilizaba «inadecuadamente para conceder subvenciones un concepto que no era el legalmente previsto para ello», con lo que se posibilitó «a la Consejería de Empleo eludir los procedimientos legalmente establecidos para la concesión de subvenciones, así como su fiscalización por la intervención delegada en dicha consejería» (fundamento de Derecho 33, pág. 1141).

Concluye la Audiencia que el recurrente, al contribuir a la aprobación de las citadas modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 y 2001, participaba del propósito de «eludir la tramitación de los expedientes de concesión de subvenciones, con los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, así como la fiscalización previa por parte de la intervención» (fundamento de Derecho 33, pág. 1141).

b) La sentencia de la Audiencia Provincial considera que el recurrente, con esa misma finalidad y con conocimiento de las irregularidades ya expresadas, también intervino personalmente en la modificación presupuestaria de 15 de octubre de 2002, materializada cuando todavía era viceconsejero de Justicia, si bien ya en relación con la aplicación presupuestaria 440.00.31L «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», dentro del programa 31L (fundamento de Derecho 33, pág. 1142).

c) La Audiencia estima, asimismo, que el recurrente de amparo, con conocimiento «de las graves irregularidades, ilegalidades para ser más exactos, con la que se concedían las ayudas en la Consejería de Empleo», siguió con posterioridad participando, esta vez en la calidad de viceconsejero de Innovación, en «la favorable tramitación de los anteproyectos de presupuestos, y modificaciones presupuestarias, a través de los cuales se hacían llegar los fondos a la Consejería de Empleo, mediante el uso del expediente de la transferencia de financiación» (fundamento de Derecho 33, pág. 1144), concretamente «en la tramitación del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía para los ejercicios de 2006, 2007 y 2008» (pág. 1146) y de las modificaciones presupuestarias de 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007 (fundamento 33, pág. 1143).

La sentencia de la Audiencia explica que el recurrente de amparo, al realizar tales actuaciones en la calidad de viceconsejero de Innovación, tenía un conocimiento preciso de las irregularidades que se producían en la gestión de los fondos destinados a ayudas sociolaborales y empresas en crisis, pues asistía, en calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, a las sesiones del consejo rector de esta agencia en las que se informaban o ratificaban los convenios suscritos para el pago de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis y a las sesiones de dicho órgano en que el director general de la referida entidad informaba de la existencia de déficit (fundamento de Derecho 33, págs. 1146-1147).

d) Finalmente, la Audiencia estima que el recurrente, en su calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, permitió la firma de convenios particulares para el pago de ayudas comprendidas en el programa 31L a pesar de que en su calidad de miembro de dicho consejo rector fue informado de la firma de cincuenta y tres de esta clase de convenios (fundamento de Derecho 33, pág. 1144).

La Audiencia infiere de todo lo anterior que el recurrente de amparo era consciente, en definitiva, de la «palmaria ilegalidad de los actos en que participó» y que al contribuir a la tramitación de los anteproyectos de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias ya citadas y al no oponerse a la suscripción de los convenios particulares asumió «la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (fundamentos Derecho 33, pág. 1147 y 49, págs. 1804-1805).

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

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

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

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

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

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

Las «ilegalidades» directamente vinculadas al «indebido sistema de presupuestación» utilizado son sintetizadas por el Tribunal Supremo del siguiente modo: «La Consejería de Empleo no tramitó ante la Intervención de la Junta de Andalucía los expedientes de concesión de las ayudas porque presupuestariamente no disponía de los fondos para su concesión ya que los había transferido a IFA/IDEA. Por su parte IFA/IDEA no tenía que tramitar expediente alguno porque no concedía las ayudas (solo las pagaba) y esos pagos no estaban sometidos a fiscalización previa porque el ente estaba sujeto a control financiero, cuyo objeto no era la fiscalización de las ayudas, sino la fiscalización de la transferencia recibida, a cuyo fin, además, se contabilizaban los pagos de las ayudas como gastos de explotación, criterio de contabilización incorrecto dado que esos pagos no eran debidos al ejercicio de la actividad propia del ente público» (aspecto este último en el que el Tribunal Supremo incurre en contradicción con lo que señala la Audiencia Provincial en el fundamento jurídico 18 de la sentencia de instancia, donde se consigna que los pagos fueron correctamente contabilizados como meras operaciones de tesorería y que lo incorrecto fue su presupuestación como gastos de explotación).

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

d) El Tribunal Supremo precisa que la condena por malversación de don Jesús María Rodríguez Román se sustenta, tal y como señala también la sentencia de instancia, en su intervención en los hechos tanto en la calidad de viceconsejero de Justicia como, después, en la de viceconsejero de Innovación y vicepresidente de IFA/IDEA (fundamento de Derecho 122, pág. 918).

e) Con argumentos comunes a quienes fueron condenados por intervenir en la fase de presupuestación de las ayudas, el Alto Tribunal funda la condena del recurrente por delito de malversación, en lo que a esta concreta fase se refiere, en los siguientes elementos de juicio:

(i) Estima la Sala de lo Penal que la aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos y de las correspondientes modificaciones presupuestarias supone tanto una contribución activa para la comisión de «la acción típica» de sustraer –pues sin la aprobación de los presupuestos y las modificaciones presupuestarias no habría sido posible la gestión libérrima de las ayudas– como también la «omisión de medidas eficaces para evitar el dispendio, una vez que fue conocido», lo que puede subsumirse en la modalidad comisiva consistente en consentir que un tercero sustraiga (fundamento de Derecho 35.2, pág. 341).

(ii) La sentencia dedica un especial desarrollo argumental a la subsunción en la modalidad omisiva de malversación de los hechos cometidos por quienes participaron en la aprobación de los «instrumentos de presupuestación». Afirma que «una autoridad o funcionario público» no solo puede incurrir en esta modalidad omisiva permitiendo la acción sustractora de terceros ajenos a la función pública, sino también consintiendo, con la «dejación de la obligación de defensa del patrimonio», la actuación ilícita de otros funcionarios públicos que están situados en una escala jerárquica inferior o que intervienen en un eslabón distinto del proceso global de gestión de los caudales. En palabras de la sentencia casacional «una autoridad o funcionario puede consentir la sustracción por otro funcionario y ello es posible precisamente porque las competencias sobre la gestión de los fondos públicos pueden ser concurrentes» (fundamento de Derecho 36.1, pág. 345).

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

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

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

f) En el caso particular del recurrente de amparo, estima la Sala de lo Penal que este desarrolló un «comportamiento omisivo continuado» mientras ejerció como viceconsejero de Justicia y «posteriormente como viceconsejero de Innovación» y «vicepresidente de IFA/IDEA» y añade que «intervino en la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias durante el periodo 2000-2009» y de los «distintos anteproyectos de ley de presupuestos y respecto de todas esas resoluciones se declara que se pusieron a disposición de la Dirección General de Trabajo las cantidades en cada caso presupuestadas» conociendo que así se infringía la normativa en materia de subvenciones (fundamento de Derecho 122, pág. 918).

Reitera el Alto Tribunal que «al margen de las resoluciones en que intervino, que posibilitaron la habilitación presupuestaria de fondos», también realizó un comportamiento omisivo subsumible en el delito del art. 432.1 CP, pues «no adoptó acción alguna tendente a modificar la situación existente a pesar de que podía y de que tenía conocimiento suficiente de las irregularidades que se estaban produciendo en la gestión de los fondos» (fundamento de Derecho 122, pág. 920).

### 5.3 Enjuiciamiento de la queja.

La fundamentación empleada en las resoluciones impugnadas pone de manifiesto que la condena del recurrente por el delito de malversación del art. 432 CP se sustenta en su intervención personal: (i) en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2008 en relación con los créditos iniciales para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis comprendidos dentro del programa 31L; (ii) en la tramitación de diversas modificaciones presupuestarias, tanto relativas a las

ayudas del programa 22E (ejercicios 2000-2001) como atinentes a las del programa 31L (ejercicios 2002, 2005, 2006 y 2007); y (iii) en la autorización de la firma por parte de IFA/IDEA de convenios particulares con la Consejería de Empleo para el pago, como transferencias de financiación, de las ayudas comprendidas en el programa 31L.

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

Pues bien, siendo este el fundamento de las sentencias impugnadas, es claro que las conclusiones alcanzadas en el fundamento jurídico 4 en relación con el delito de prevaricación tienen influjo directo sobre la evaluación de la posible vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por delito de malversación, pues enlazan plenamente con la vulneración del art. 25.1 CE planteada por el demandante de amparo, según la cual se ha producido una subsunción en el delito de malversación basada exclusivamente en la comisión de conductas ya previamente consideradas prevaricadoras.

Para resolver esta queja ha de distinguirse, por tal razón, el enjuiciamiento de las conductas que estaban expresamente amparadas en las leyes de presupuestos en vigor y el de los comportamientos atribuidos al recurrente que carecían de dicho amparo legal.

5.3.1 Enjuiciamiento de la subsunción en el delito de malversación de las conductas del recurrente relacionadas con la presupuestación y la gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L.

Las razones que han conducido en el fundamento jurídico 4 a estimar vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el delito de prevaricación administrativa han de proyectarse sobre la condena del demandante de amparo por delito de malversación en lo que se refiere a las siguientes actuaciones: (i) la modificación presupuestaria de fecha 15 de octubre de 2002 en la que el actor intervino cuando aún ejercía el cargo de viceconsejero de Justicia y Administración Pública; (ii) la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2008, en los que participó ya en calidad de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa; (iii) la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios 2005 a 2007, en las que también intervino en esta última condición; (iv) la suscripción por parte de IFA/IDEA de convenios particulares con la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis producida mientras el actor fue vicepresidente de dicha agencia.

A efectos de evaluar el ajuste al derecho a la legalidad penal de la condena por delito de malversación en relación con todas estas actuaciones, han de distinguirse las conductas activas y omisivas que son atribuidas al demandante de amparo.

a) Modalidad activa del delito de malversación.

Según razonan las resoluciones impugnadas, el recurrente, al participar por razón de su cargo de viceconsejero en la tramitación de los anteproyectos de presupuestos de 2005 a 2008 y de las modificaciones presupuestarias de los años 2002, 2005, 2006

y 2007, habría realizado una contribución necesaria para que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis pudieran gestionarse sin sujeción al régimen jurídico de las subvenciones. Como reiteran, en diversos pasajes, las sentencias de instancia y casación, el «indebido sistema de presupuestación» habría dado lugar a la consiguiente sustracción de los caudales públicos, consistente en la omisión radical y absoluta del régimen jurídico previsto para las subvenciones, un régimen al que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis sí se habrían sometido, en cambio, si hubieran sido correctamente presupuestadas.

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

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

Como se señaló en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.1 a), la doctrina de este tribunal establece «con toda claridad que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial» y que «[e]xcluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) tal y como ya se ha expuesto».

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

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

Como ya se señaló en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.1 b), considerar que «la intervención del Parlamento en la aprobación del presupuesto es meramente formal, hasta el punto de concluir que no puede entenderse aprobado el sistema de presupuestación expresamente previsto en la ley al considerar que este sistema había sido establecido ilegalmente por el Gobierno en el proyecto de ley» implica «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» y «desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente», lo que es contrario a los «principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado».

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

b) Modalidad omisiva del delito de malversación.

En lo que se refiere a la modalidad omisiva consistente en consentir que un tercero sustraiga, la cobertura que las leyes de presupuestos de 2002 y de 2005 a 2008 daban a la utilización de las transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis determina que la subsunción en el tipo de malversación resulte, igualmente, imprevisible desde la óptica del art. 25.1 CE, por las razones siguientes:

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

El resultado que el recurrente de amparo tenía el deber de evitar era, según expone con toda claridad la sentencia de casación, la sustracción por terceros de los caudales públicos, entendida como la omisión global y absoluta, en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, de los requisitos y controles propios del régimen de las subvenciones.

Como se ha explicado, las resoluciones impugnadas entienden que el recurrente de amparo debió actuar para evitar esa sustracción en dos momentos distintos. Primero, al intervenir, como miembro de la Comisión General de Viceconsejeros, en la fase de presupuestación de esas ayudas, pues sabía que ese sistema de presupuestación era indebido y generaba graves irregularidades en su posterior gestión. Después, en su calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, en la fase de gestión de las ayudas, ya que podía impedir que el consejo rector de la agencia autorizara la firma de nuevos convenios de colaboración con la Consejería de Empleo.

Sin embargo, como ya hemos señalado en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3, la consideración como sustracción del sistema global que fue empleado en la gestión de los fondos públicos destinados al pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis resulta contraria al art. 25.1 CE, pues es completamente imprevisible calificar como disposición ilícita la actuación conforme a los procedimientos y controles expresamente establecidos en las sucesivas leyes de presupuestos, como normas que tienen el mismo rango que cualquier otra ley.

Las transferencias de financiación comprendidas en el programa 31L fueron aprobadas en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y concretamente, en lo que al recurrente de amparo se refiere, en las leyes de presupuestos de los años 2002 y 2005 a 2008. En las referidas leyes de presupuestos se preveía expresamente que la concesión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis del programa 31L se efectuara mediante la firma de convenios particulares; también se contemplaba de forma explícita que el pago de las ayudas concedidas se materializara mediante transferencias de financiación a IFA/IDEA. Estas previsiones sobre la concesión, gestión y pago de las ayudas sociolaborales se incorporaron, por tanto, al ordenamiento jurídico como leyes. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes en relación con el régimen de concesión, control financiero y pago de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis (en concepto de «transferencias de financiación») no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales y la consiguiente consideración de la mera ejecución de tales determinaciones como una sustracción de fondos públicos constitutiva de delito de malversación resultaba, por tal razón, completamente imprevisible y contraria a las exigencias del art. 25.1 CE.

Según señalamos en la citada STC 94/2024, nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición ilícita de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una

norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

Es obvio que sin resultado típico susceptible de válida subsunción en la norma penal desaparece también toda posibilidad de subsumir en el mismo precepto la conducta omisiva impropia que castiga a la autoridad que no ha evitado la materialización de ese resultado. En otras palabras, si la omisión de formalidades y procedimientos por parte de las autoridades y funcionarios que intervenían en la gestión de los fondos estaba amparada en la ley, la supresión de esos controles no puede considerarse una sustracción; en consecuencia, las autoridades implicadas en la fase de presupuestación o en la materialización del pago de la ayudas, como era el caso del recurrente de amparo en su doble calidad de viceconsejero y de vicepresidente de IFA/IDEA, no pudieron consentir sustracción alguna consistente en la supresión de tales trámites y controles.

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

En otras palabras, y en lo que a la concreta intervención del recurrente como vicepresidente de IFA/IDEA se refiere, si la firma de convenios particulares con la Consejería de Empleo y el posterior pago de esas ayudas a través de transferencias de financiación a IFA/IDEA eran actos que estaban expresamente contemplados en las leyes de presupuestos en vigor, el recurrente no podía tener el deber de actuar para evitar que esos convenios fueran firmados y que esos pagos fueran materializados, pues esas actuaciones eran ejecución de normas vigentes con rango de ley.

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

La jurisdicción que nos corresponde ejercer en este proceso constitucional se circunscribe a la revisión de una condena penal desde la perspectiva tuitiva que es propia del derecho a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Basta, por ello, con constatar que las leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 –que no fueron impugnadas ni cuestionadas ante este tribunal y que establecieron el sistema de presupuestación que las sentencias impugnadas consideran la fuente de todas las ilegalidades en la posterior concesión de las ayudas– estaban en vigor y amparaban el modo de gestión globalmente seguido para conceder las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis a través de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que el recurrente habría propiciado: (i) al participar en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2008 y en la tramitación de las modificaciones presupuestarias efectuadas para los ejercicios de 2002, 2005, 2006 y 2007; y (ii) al no impedir, en su calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, la utilización de esta agencia como entidad colaboradora para el pago de las ayudas por la vía de transferencias de financiación.

5.3.2 Subsunción en el delito de malversación de conductas que carecían de amparo legal (gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E y uso de fondos públicos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público).

El relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial incluye una serie de conductas sobre las que no pueden proyectarse, en lo que respecta al delito de malversación, las consideraciones que han conducido, en el fundamento jurídico 4, a estimar vulnerado el derecho fundamental a la legalidad penal en relación con el delito de prevaricación (art. 25.1 CE).

Se trata, concretamente de los hechos siguientes: A) la forma global de gestión, al margen de la normativa sobre subvenciones, de las ayudas comprendidas en el programa 22E derivada de las modificaciones presupuestarias de fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, en las que el recurrente intervino en calidad de viceconsejero de Justicia; B) las aplicaciones de fondos del programa 31L en ausencia de todo fin público o para fines distintos de los expresamente autorizados en las leyes de presupuestos de 2005 a 2009, algunas de las cuales se produjeron mientras el recurrente ejerció los cargos de viceconsejero de Innovación y vicepresidente de IFA/IDEA.

En ambos casos, resta por examinar si, tal y como afirma el recurrente, la subsunción en el delito de malversación vulnera el derecho a la legalidad penal contemplado en el art. 25.1 CE, al basarse exclusivamente en comportamientos que solo podrían ser constitutivos de delito de prevaricación y que en ningún caso podrían subsumirse autónomamente en la sustracción de caudales públicos sancionada en el art. 432 CP.

A) Subsunción en el delito de malversación de la conducta del recurrente relacionada con la aprobación de las modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000-2001 relativas al programa 22E.

Sobre la gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E derivada de la aprobación de las modificaciones presupuestarias de fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001–en cuya tramitación por parte de la Comisión General de Viceconsejeros el recurrente participó, como se ha dicho, en calidad de viceconsejero de Justicia y Administración Pública– han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) En este supuesto, no es contrario al art. 25.1 CE que las resoluciones judiciales impugnadas hayan considerado que se ha utilizado un sistema de presupuestación indebido, que carecía de toda cobertura legal, pues la partida presupuestaria utilizada –

440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales»— era, según razona la Audiencia Provincial, «legalmente inapropiada» para cubrir el pago de este tipo de subvenciones, ya que no estaba ordenada «para tal fin en la Orden de la Consejería de Hacienda, de 22 de mayo de 1998, por la que se estableció la clasificación económica del presupuesto, la cual había sido dictada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 33 de la Ley 5/1983, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, pág. 1139).

En particular, y a diferencia de lo que posteriormente ocurrió, en los ejercicios de 2002 a 2009, con las transferencias de financiación comprendidas en el programa 31L, las leyes de presupuestos para los ejercicios de 2000 y 2001 no amparaban la utilización de la aludida partida para proceder al pago de ayudas sociolaborales o a empresas en crisis, pues la aplicación presupuestaria 440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales» solo cubría el pago de «las subvenciones de explotación a las empresas de la Junta de Andalucía» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, pág. 1139).

Las modificaciones presupuestarias en cuya tramitación participó el recurrente de amparo en los años 2000 y 2001 infringían, en suma, las previsiones contenidas en las leyes de presupuestos en vigor y las normas presupuestarias que se citan en las sentencias impugnadas.

b) Sentada esta premisa, la alegación del recurrente es que la utilización de ese indebido sistema de presupuestación solo puede subsumirse válidamente en los elementos típicos del delito de prevaricación; afirma, en particular, que las resoluciones recurridas no le atribuyen ninguna actuación relacionada con la posterior gestión de los caudales públicos —pues esa gestión se producía exclusivamente en el ámbito de la Consejería de Empleo—, por lo que no ha podido materializarse la subsunción en el art. 432 CP de un modo compatible con el art. 25.1 CE.

c) Sin embargo, tal y como se ha explicado *in extenso* en el punto 5.2 de este mismo fundamento, el Tribunal Supremo entiende que la sustracción de los caudales públicos sancionada en el art. 432.1 CP puede consistir en el apartamiento total y absoluto de los trámites y controles legalmente exigidos para la gestión de los caudales, en ausencia de los cuales se materializa una gestión libérrima y arbitraria que no puede estimarse, por concepto, que atienda a ninguna finalidad que pueda reputarse pública.

Esta interpretación del concepto de sustracción no ha sido cuestionada por el recurrente de amparo. En todo caso, ya en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.2, se ha señalado que dicha interpretación resulta compatible, abstractamente considerada, con el derecho fundamental a la legalidad penal contemplado en el art. 25.1 CE.

d) En el caso que nos ocupa, la Sala de lo Penal estima, en particular, que la sustracción constitutiva de la malversación no se sustancia con la utilización, en infracción de la normativa presupuestaria, de un indebido sistema de presupuestación, como conducta constitutiva de prevaricación administrativa, sino en la materialización posterior de un hecho adicional —que la tipicidad de la prevaricación no abarca— que consiste en la gestión de los fondos públicos con omisión absoluta y radical de los procedimientos y controles propios del régimen legal de las subvenciones, tanto en lo relativo a la fiscalización previa del gasto por parte de la intervención delegada de la Consejería de Empleo como al seguimiento, en la concesión de las ayudas, de un procedimiento administrativo caracterizado por las notas de publicidad, objetividad y concurrencia.

En lo que se refiere, en concreto, al régimen de concesión de las subvenciones, las resoluciones impugnadas coinciden en señalar que se omitió por completo la aplicación del régimen normativo previsto en el título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en cuanto régimen general, vigente desde el año 1996, que no había sido desplazado en los ejercicios de 2000 y 2001 por ninguna normativa especial, tampoco por una normativa

específicamente establecida en las leyes de presupuestos (como puede entenderse que ocurrió, en cambio, a partir del ejercicio de 2002 y hasta 2009).

Es, en definitiva, ese apartamiento absoluto, en la gestión global de los fondos, de la normativa vigente en materia subvencional el que determina que el manejo de los caudales se realizara «como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones», en particular «sin bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecido en la ley» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 33, pág. 321).

e) La intervención del recurrente de amparo en esa sustracción está claramente concretada tanto en la sentencia de instancia como en la casacional. Ambas ponen de manifiesto que la aprobación de las modificaciones presupuestarias del programa 22E tenía la finalidad de facilitar la posterior omisión, en la gestión de los caudales, del régimen jurídico propio de las subvenciones y que fue ese indebido sistema de presupuestación el que dio la cobertura formal a la Consejería de Empleo para tramitar lo que eran verdaderas subvenciones como meras transferencias de financiación, sin fiscalización previa del gasto y sin sujeción a las normas de procedimiento administrativo subvencional.

Asimismo, el Tribunal Supremo explica, en la sentencia casacional, que el comportamiento del recurrente, en relación con esa gestión libérrima realizada por las autoridades concretamente encargadas de la gestión de los fondos, consistió en consentir que dichas autoridades las sustrajeran de su finalidad pública con su actuación completamente arbitraria. Según señala el Alto Tribunal, en la administración contemporánea las competencias sobre los caudales públicos suelen ser compartidas por entes y sujetos distintos, con áreas diversas de responsabilidad. En esa situación de concurrencia competencial, las autoridades que intervienen en un tramo inicial de la administración de los recursos públicos, una vez que advierten la existencia de graves irregularidades en un eslabón posterior, pueden consentir (comportamiento omisivo) que tales fondos públicos sean sustraídos (comportamiento activo) si no adoptan ninguna medida tendente a evitarlo, especialmente si, por tener altos cargos de responsabilidad política, están en una posición institucional idónea para ello.

Esta interpretación del Tribunal Supremo tampoco ha sido combatida por el recurrente en su demanda de amparo.

A la vista de los argumentos expuestos, es claro que la tesis del actor, según la cual la subsunción en el delito de malversación es contraria al art. 25.1 CE porque carece de soporte argumental que la deslinde de la mera realización de conductas prevaricadoras, no puede prosperar en relación con la gestión global de los fondos comprendidos en el programa 22E.

B) Subsunción de la conducta del recurrente en el delito de malversación en relación con la asignación de fondos públicos del programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

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

a) La Audiencia Provincial considera que las ayudas del programa 31L fueron concedidas por «los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» (fundamento

de Derecho 45, pág. 1722) sin que concurriera «el fin público o social» que constituía su causa legítima. Distingue, en este punto, dos clases de ayudas: (i) las que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo en situaciones de insolvencia de la empresa empleadora (beneficiaria de la ayuda); y (ii) las que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de los expedientes de regulación de empleo.

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

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

Concluye la Audiencia Provincial que los fondos del programa 31L fueron, en todos estos casos, objeto de disposición para realizar pagos «completamente ajenos al interés público» (fundamento de Derecho 45, pág. 172), lo que sintetiza señalando que tanto las ayudas concedidas para la cobertura de situaciones de ERE como las «restantes subvenciones» se otorgaron sin que se acreditara «la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos», lo que «supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público» (fundamento 45, pág. 1721).

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

Es claro que las leyes de presupuestos no legitimaban la disposición de los fondos presupuestados sin la concurrencia de los fines públicos propios de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, por lo que esta concreta forma de disposición de los caudales por parte de la Consejería de Empleo, asociada a la ausencia de causa justificativa, no está abarcada por los razonamientos relativos a la imprevisible subsunción en el delito de malversación de la forma global de gestión del programa 31L derivada del sistema de presupuestación utilizado (*vid. supra* FJ 5.3.1).

b) Por su parte, en todos los casos comprendidos la letra C) del hecho probado vigesimosegundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, la carga de ilicitud que se atribuye a los actos de disposición tampoco está en la omisión de determinados controles o procedimientos propios del régimen de subvenciones sino en el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos

contemplados en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 31L. Estaríamos, por tanto, ante actos de disposición cuya ilicitud no se atribuye a la estricta aplicación del sistema de presupuestación establecido en las normas presupuestarias en vigor. Al contrario, se habrían realizado con apartamiento de los fines legítimos que dicho sistema de presupuestación contemplaba.

En relación con todos estos supuestos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L, sea por ausencia o por desviación de su fin público, tampoco en este supuesto puede acogerse la tesis del demandante de amparo según la cual las sentencias impugnadas no dan argumento alguno que deslinde su condena por malversación de la realización de meras actuaciones prevaricadoras en la fase de presupuestación, pues:

(i) En el caso particular del recurrente, la sentencia de instancia construye una particular posición de garantía, que no se basa únicamente en la intervención en la fase de presupuestación, sino también en el ejercicio del cargo de vicepresidente de IFA/IDEA fundamento de Derecho 33, págs. 1144, 1146-1147). Este dato pone de relieve, por sí solo, que, frente a lo argumentado por el recurrente de amparo, sí se le atribuye una conexión específica con la gestión de los fondos, en concreto con la fase de gasto a cargo de IFA/IDEA.

(ii) La sentencia casacional también se ocupa, por su parte, de esta concreta vertiente de la condena al señalar que «en el hecho probado vigesimotercero [de la sentencia de instancia] se declara probado que, junto con el resto de acusados condenados por delito de malversación, no solo dictaron resoluciones (bien concediendo las subvenciones, bien aprobando los proyectos normativos que habilitaron los fondos para pago de las mismas), sino que también conocían las irregularidades que se estaban produciendo en la gestión de los fondos y posibilitaron por omisión que siguiera reproduciéndose el procedimiento ilícito».

Las resoluciones recurridas consideran, en definitiva, que el recurrente tenía conocimiento del posible uso de los fondos en ausencia o con desviación de su fin público y que debía, en consecuencia, actuar, tanto en la fase de presupuestación de las ayudas como en calidad de vicepresidente de IFA/IDEA, para evitar que ese resultado ilícito siguiera produciéndose.

Existe, en suma, una argumentación específica que deslinda la responsabilidad por delito de malversación de la mera realización de una conducta prevaricadora, por lo que la queja del actor también debe ser desestimada en este concreto punto.

Ha de desestimarse, en definitiva, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con: (i) la subsunción en el delito de malversación de la participación del recurrente en las modificaciones presupuestarias del programa 22E de los años 2000-2001; y (ii) en lo referente al uso de fondos incluidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

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

### 6.1 Posiciones de las partes.

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

ilógica de la prueba practicada a fin de concluir su condena. Centra el desarrollo de este motivo en tres argumentos diferenciados:

(i) En primer lugar, afirma que la sentencia condenatoria partiría de la concepción de que todos los encausados actuaron conjuntamente existiendo, por lo tanto, una coautoría con división de funciones entre los intervinientes. Sin embargo, dicha conclusión no se sostendría del resultado de la prueba practicada toda vez que no solamente no existe prueba directa o indirecta de que don Jesús María Rodríguez Román actuara de forma concertada con los miembros de la Consejería de Empleo, sino que ni siquiera consta que aquel tuviera la más mínima responsabilidad respecto de la gestión y ejecución de la partida presupuestaria 31L. Además, la sentencia dictada en casación, al no apreciar acuerdo de voluntades para delinquir, reinterpreta la sentencia impugnada y convierte la coautoría en una autoría directa e individual.

(ii) En segundo lugar, sostiene que existe una indeterminación de los hechos no diferenciándose los que son constitutivos de prevaricación y los que lo son de malversación. En este punto, señala que la sentencia de instancia no habría elaborado ninguna motivación dirigida a justificar que don Jesús María Rodríguez Román fuera responsable del delito de malversación en comisión por omisión toda vez que no se motiva ni se justifica la preceptiva posición de garante en el que aquel debería haberse encontrado, elemento que, por otra parte, sería requisito esencial e imprescindible para poderle atribuir responsabilidad penal conforme a esta figura.

(iii) En tercer lugar, concluye que tampoco existiría prueba directa e indirecta del elemento subjetivo del injusto respecto al delito del art. 432 CP, habiendo la sentencia de instancia omitido la explicitación del proceso racional que le lleva a considerar su concurrencia y los indicios en que esta aseveración se apoya. Para el demandante, no cabe confundir el dolo del delito de prevaricación y el dolo del delito de malversación, siendo que la sentencia del Tribunal Supremo, al resolver este motivo casacional, omite cualquier consideración al respecto creando una especie de «dolo omnicompreensivo» que «conduce a contemplar el elemento subjetivo del injusto de forma unificada, de forma tal que pareciera que probado el elemento subjetivo del tipo de prevaricación, este también abarcara el elemento subjetivo del delito de malversación».

La representación procesal del Partido Popular rebate estas alegaciones argumentando que la motivación probatoria y fáctica para condenar por el delito de malversación es perfectamente previsible y racional, existiendo referencias precisas a la autoría y a los diversos elementos del tipo, así como a la necesaria vinculación entre el sistema de presupuestación y el delito de malversación. Respecto a las quejas dirigidas contra la sentencia del Tribunal Supremo, considera que la sentencia de casación ha respetado en todo momento los hechos declarados probados, habiéndose limitado a realizar alegaciones jurídicas complementarias a las ya utilizadas por la Audiencia Provincial de Sevilla.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del motivo. Tras resumir la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia, afirma que sí existen pruebas de cargo para condenar al recurrente ya que las sentencias realizan un «análisis amplio» de los muchos indicios que acreditan que su actuación es ilícita. Respecto de la alegada falta de pruebas de la coautoría, el Ministerio Fiscal sostiene que en la sentencia de instancia no hay una imputación por coautoría, por lo que el Tribunal Supremo no ha modificado el título de imputación tal y como se afirma en el recurso. El recurrente ha sido condenado por su participación en los hechos a título individual, concretamente, aceptando el riesgo de que la disposición de fondos se hiciera de forma arbitraria por la falta de controles en dos momentos distintos. Primero, participando en la tramitación de las modificaciones presupuestarias y los anteproyectos de presupuestos y, posteriormente, aceptando como miembro del consejo rector del IFA la firma de convenios individuales a través de los que se materializa el pago de las ayudas. El fiscal afirma que también hay pruebas sobre el elemento subjetivo de los tipos de prevaricación y malversación, limitándose la sentencia dictada en casación a completar

en este extremo lo ya recogido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. A su juicio, no resulta irracional que el delito medio (prevaricación) se haya cometido por dolo directo y el delito fin (malversación) por dolo eventual.

## 6.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

Como se ha expuesto *supra*, la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que el actor, como viceconsejero de Justicia (años 2000 a 2005) y viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa (de 19 de marzo de 2005 a 1 de abril de 2010), realizó los siguientes actos: (i) participó en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001, 13 de noviembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 9 de diciembre de 2004, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, y 27 de noviembre de 2007; (ii) participó en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2005, 2006, 2007 y 2008; (iii) a pesar de la información que tenía como miembro del consejo rector del IFA/IDEA no efectuó ninguna acción dirigida a cambiar el sistema y permitió la aprobación de convenios particulares, asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que se encontraban destinados.

La sentencia del Tribunal Supremo declara que este relato fáctico basta para justificar la aplicación del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP [fundamentos de Derecho 122 (págs. 917 a 921), 123 (págs. 921 a 922) y 125 (págs. 928 a 955)] y que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al ser aquella conclusión fruto de una valoración debidamente motivada de las pruebas practicadas. En este sentido, remarca la importante posición que ocupaba el demandante de amparo dentro del procedimiento para la elaboración de las modificaciones presupuestarias, formando parte, como viceconsejero de Justicia (2000 a 2005) y viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa (2005 a 2010), de la Comisión General de Viceconsejeros en las que se acordaba elevar al Consejo de Gobierno las distintas modificaciones presupuestarias y anteproyectos de leyes de presupuestos a través de los cuales se utilizaron las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L.

A estos efectos, el Tribunal Supremo remarca los diferentes elementos fácticos en los que se sustenta esta conclusión, siendo que aquella se deriva de:

(i) haber estado presente en las reuniones de la Comisión General de Viceconsejeros de 13 de diciembre de 2000, 17 de enero y 24 de diciembre de 2001 donde se debatió un proyecto de decreto por el que se pretendía modificar el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales, decreto que había sido objeto de observaciones por el interventor general;

(ii) su asistencia a la Comisión General de Viceconsejeros de 26 de julio de 2000, donde se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria finalmente aprobada el 28 de julio de 2000, siendo que aquella tenía por objeto reducir la partida 481.00.22E y aumentar la partida 440.01 del programa 22E y donde se mencionaba las transferencias de financiación, la finalidad perseguida con el uso de aquellas, así como el convenio marco de colaboración entre el IFA y la Consejería de Empleo;

(iii) su asistencia a la Comisión General de Viceconsejeros de 12 de septiembre de 2001 y 7 de noviembre de 2001 donde se acordó elevar al Consejo de Gobierno las modificaciones presupuestarias de 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, siendo que, a dicha fecha, el proyecto de decreto mencionado *supra* ya había sido debatido «por lo que no es irrazonable suponer que conocía los pormenores del criterio de presupuestación que estaba utilizando, es decir, de su ilegalidad».

(iv) su intervención en la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 9 de octubre de 2002, en la que se acordó elevar a Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria de 15 de octubre de 2002 y en cuyo extracto, elaborado para el Consejo

de Gobierno, se hacía constar que «el destino de los fondos era el IFA en materia de relaciones laborales».

(v) estuvo presente en la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 27 de diciembre de 2002, que acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 por la que se incrementaba el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo», por importe de 2 994 876 €, y que supuso incrementar para conceder subvenciones un programa cuya finalidad era ajena a la concesión de ayudas sociolaborales.

(vi) estuvo presente en la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de fecha 3 de mayo de 2007, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno el programa anual de control financiero permanente del año 2007. Dicho programa iba acompañado de una memoria donde se indicaba que la agencia IFA/IDEA presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001.

La asistencia a estas reuniones constituye, para los órganos judiciales, un elemento relevante para atribuir al demandante el conocimiento de las irregularidades producidas como consecuencia de uso del instrumento «transferencias de financiación» señalando que «la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros no era un mero acto de trámite, pues en ocasiones se rechazaron modificaciones porque la clasificación de los créditos no era adecuada [...] [p]or tanto, cabe inferir que las modificaciones presupuestarias eran suficientemente debatidas en la Comisión General de Viceconsejeros y, cuando se advertían de su irregularidad, podían ser rechazadas» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 125.1, págs. 937 y 938).

En estas condiciones, y en palabras del propio Tribunal Supremo «resulta difícil admitir que no fuera consciente de la ilegalidad y consecuencias que suponían el uso de las trasferencias de financiación, ya que se trata de un instrumento presupuestario común que debía ser conocido por todos los que tenían alguna responsabilidad en los procesos de elaboración de la normativa presupuestaria. Pero incluso admitiendo como hipótesis la posibilidad de que durante los cinco años que fue viceconsejero de Justicia y Administración Pública pudiera pasar desapercibido el nuevo criterio de presupuestación utilizado para el pago de las ayudas sociolaborales, lo que resulta irracional es admitir que a partir del 19 de marzo de 2005, en que accedió al cargo de vicepresidente de IDEA, no tomara conocimiento de que IDEA iba a hacer frente a los compromisos de pago asumidos por la Dirección General de Trabajo con las partidas presupuestarias aprobadas y de las irregularidades que los distintos informes venían advirtiendo durante todo este tiempo» (fundamento de Derecho 125.1, pág. 931).

En este sentido, los órganos judiciales explicitan cómo desde que accedió al cargo de vicepresidente de IFA/IDEA tuvo conocimiento de la suscripción de diferentes convenios particulares realizados al amparo del convenio marco de 17 de julio de 2001 así como de la situación financiera del IFA/IDEA –como consecuencia de los compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo– la cual quedaba reflejada en los informes anuales de auditoría. De esta manera, el uso inadecuado de las transferencias de financiación, la generación de déficit como consecuencia de la asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria, y la indebida utilización del instituto IFA/IDEA como caja pagadora había sido puesto de relieve en diferentes informes tales como el informe adicional al de cumplimiento del ejercicio del año 2003, el informe de auditoría de cumplimiento sobre el IFA/IDEA correspondiente al ejercicio del año 2005, los informes definitivos de cumplimiento de los años 2006 y 2007, el informe definitivo de cuentas anuales del IFA/IDEA del ejercicio del año 2006 o el informe de auditoría de cuentas del IFA/IDEA realizado por la firma Price Waterhouse Coopers para el ejercicio del año 2006. Aun cuando se alegara que de alguno/os de dichos informes no se le hubiera dado traslado (particularmente, el informe adicional al de cumplimiento del ejercicio del año 2003) «no resulta razonable admitir que, habiendo sido comunicado a IDEA y dado su contenido, en el que se advertía del incumplimiento

total del procedimiento de concesión de subvenciones, el segundo máximo responsable de la agencia despachara el asunto asumiendo como suficiente que el informe no incorporaba advertencia alguna para IDEA, sino para la Consejería de Empleo» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 125.1, pág. 948).

Para el Tribunal Supremo, en definitiva, «el Tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente y la ha apreciado razonablemente [...] nada cabe objetar al criterio de valoración probatoria de la sentencia de instancia [...] de que el señor Rodríguez Román conocía que, en las modificaciones presupuestarias expuestas y en los anteproyectos de presupuestos correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, se hizo un uso ilegal de las transferencias de financiación, pues con ellas se dotó de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L, y que intervino en su desarrollo y aplicación contribuyendo a la efectiva concesión de cantidades dinerarias en forma de supuestas ayudas o subvenciones al margen de la normativa, es la única plausible y razonable» (fundamento de Derecho 125.3, págs. 952 a 953).

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

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

Al respecto hemos consignado reiteradamente que este derecho queda configurado como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas (STC 31/1981, de 28 de julio), de tal manera que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en «una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado» (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8). Esta idoneidad incriminatoria, además, «debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)» (STC 105/2016, 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 del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

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

La motivación de las sentencias penales es siempre exigible *ex art.* 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante, en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales –y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal– la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia. Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable [por todas, STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4 b)].

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

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

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del

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

#### 6.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal ex art. 25 CE, por integrarse en los títulos de prevaricación y malversación de los arts. 404 y 432 CP la gestión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis desde la agencia IFA/IDEA, en ejercicios presupuestarios en los que dicho procedimiento tenía respaldo legal (*vid. supra* FFJJ 4 y 5) obliga a delimitar el análisis de la participación del demandante en dicho procedimiento desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Efectuada esta precisión, y esclarecido que la condena vinculada a la forma global de gestión del programa 31L es inconciliable con el derecho a la legalidad penal, resta, no obstante, un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional:

a) En primer lugar, aquellos actos relativos a la forma global de gestión, al margen de la normativa sobre subvenciones, de las ayudas comprendidas en el programa 22E derivada de las modificaciones presupuestarias de fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, en las que el recurrente intervino en calidad de consejero de Justicia. Respecto a estos hechos, hemos de recordar que, como ya hemos indicado en el fundamento jurídico 5.3.2 de la presente resolución, «[e]n este particular, y a diferencia de lo que posteriormente ocurrió, en los ejercicios de 2002 a 2009, con las transferencias de financiación comprendidas en el programa 31L, las leyes de presupuestos para los ejercicios de 2000 a 2001 no amparaban la utilización de la aludida partida para proceder al pago de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis, pues la aplicación presupuestaria 440.01 “Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales” solo cubría el pago de “las subvenciones de explotación a las empresas de la Junta de Andalucía” (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, pág. 1139). Las modificaciones presupuestarias en cuya tramitación participó el recurrente de amparo en los años 2000 y 2001 infringían, en suma, las previsiones contenidas en las leyes de presupuestos en vigor».

b) Las disposiciones de fondos efectivamente realizadas desde la Consejería de Empleo en ausencia de fin público y a las disposiciones enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigesimosegundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 31L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo.

La posibilidad de pervivencia de la condena por malversación respecto a estos hechos exige, sin embargo, una cuidadosa verificación de que la sentencia de instancia proporciona, por sí misma, sin necesidad de integración o reelaboración alguna, motivos suficientes para considerar acreditado, con el grado de certeza que la doctrina constitucional exige para enervar la presunción de inocencia, que la realización de tales disposiciones le es personalmente reprochable al demandante.

Consecuentemente, el control externo que este tribunal debe realizar, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de un engarce lógico y reconocible entre el resultado de la prueba y el relato fáctico que le sirve de sustrato, demanda, en un caso como el presente, orientar el foco de control en la concurrencia en

la sentencia de instancia de elementos fácticos y argumentales de una precisión suficiente para justificar la atribución personal al demandante de amparo, don Jesús María Rodríguez Román, de todos o de algunos de los hechos explicitados *supra* en el tiempo en el que ejerció el cargo de viceconsejero de Justicia (años 2000 a 2005) y viceconsejero de Innovación (de 19 de marzo de 2005 a 1 de abril de 2010).

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

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

A) Actos relativos a la forma global de gestión, al margen de la normativa sobre subvenciones, de las ayudas comprendidas en el programa 22E derivada de las modificaciones presupuestarias de fecha 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, en las que el recurrente intervino en calidad de viceconsejero de Justicia.

El elenco de hechos anteriores a 2002 a los que no resulta aplicable, en los términos señalados en el fundamento jurídico 5 de la presente resolución, el reproche constitucional por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) queda constituido, en el caso del señor Rodríguez Román, por su participación en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001. Según los términos señalados en la sentencia de instancia, y como se ha expuesto anteriormente en el fundamento jurídico 2 de la presente resolución, las citadas modificaciones presupuestarias habrían permitido soslayar la preceptiva fiscalización previa de la intervención delegada de la Consejería de Empleo y permitido la puesta a disposición del director general de Trabajo y Seguridad Social y la Consejería de Empleo de fondos presupuestarios para la concesión de ayudas sociolaborales sin necesidad de tramitar expediente alguno.

Al respecto, el demandante centra sus quejas en la inexistencia de prueba alguna que acredite que el señor Rodríguez Román actuara de forma concertada, o coordinada, con los miembros de la Consejería de Empleo, no acreditándose, tampoco, una posición de garante que permitiera encajar su responsabilidad en la figura del dolo eventual. Estima, por otro lado, que por el Tribunal Supremo se habría elaborado un dolo omnicomprendivo que «conduce a contemplar el elemento subjetivo del injusto de forma unificada, de forma tal que pareciera que probado el elemento subjetivo del tipo de prevaricación, este también abarcará el elemento subjetivo del delito de malversación».

No obstante, la premisa de la que parten aquellas alegaciones resulta imprecisa. Así, el eje sobre el que pivota la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia se sitúa en la afirmación de que no habría quedado acreditada la concertación

o acuerdo previo entre los miembros de la Consejería de Empleo y el demandante de amparo, siendo que la existencia de dicho acuerdo o concertación no resultaba necesario a la vista de la propia argumentación dada por el Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 33) al resolver el correspondiente motivo casacional donde concreta que el indebido criterio de presupuestación fue el que hizo posible la concesión de las ayudas sociolaborales y la falta de control y demás ilegalidades. De esta manera aparece reflejado en el fundamento jurídico 5.3 de la presente resolución donde se explicita que «la sustracción constitutiva de la malversación, no se sustancia con la utilización, en infracción de la normativa presupuestaria, de un indebido sistema de presupuestación, como conducta constitutiva de prevaricación administrativa, sino en la materialización posterior de un hecho adicional –que la tipicidad de la prevaricación no abarca– que consiste en la gestión de los fondos públicos con omisión absoluta y radical de los procedimientos y controles previos del régimen legal de subvenciones, tanto en lo relativo a la fiscalización previa del gasto por parte de la intervención delegada de la Consejería de Empleo, como al seguimiento, en la concesión de las ayudas, de un procedimiento administrativo caracterizado por las notas de publicidad, objetividad y concurrencia». De esta manera, el citado acuerdo y concertación que el demandante persigue combatir a través del motivo de amparo presente no resultaba necesario para la apreciación del elemento subjetivo del injusto y, por ende, para la concurrencia del delito de malversación.

Y resulta además que en el presente caso, y con independencia de la perspectiva global que las resoluciones judiciales impugnadas adoptan en relación a la ideación y ejecución de un «indebido» sistema de presupuestación, tanto la resolución dictada por la Audiencia Provincial, como la dictada por el Tribunal Supremo, explicitan un amplio juicio de autoría donde no solo se determinan los actos concretos ejecutados por el demandante que estaban dirigidos a una contribución activa a la –en ese momento– ilícita finalidad de conceder ayudas sociolaborales sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa de subvenciones (Ley 5/1983, de 19 de junio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía), sino que también desgrana detalladamente los medios de prueba en los que se asienta dicha aseveración.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial detalla que el demandante asistió a las reuniones de la Comisión General de viceconsejeros celebradas el 26 de julio de 2000, 12 de septiembre de 2001 y 7 de noviembre de 2001 donde se acordó elevar al Consejo de Gobierno las modificaciones presupuestarias que fueron finalmente aprobadas el 28 de julio de 2000, 18 de septiembre y 13 de noviembre de 2001. Según se relata en la resolución impugnada, en la primera de ellas se aprobó aminorar la partida 481.00 en favor de la partida 440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales» a pesar de que este crédito presupuestario no estaba previsto para tal fin en la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, pág. 1139). Con tal proceder se habría soslayado la preceptiva fiscalización crítica o previa de la intervención delegada de la Consejería de Empleo, poniendo a disposición del director general de Trabajo, sin competencia legal para la concesión de ayudas sociolaborales, fondos económicos para que este pudiera disponer de aquellos «sin sujeción a la fiscalización de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo».

En este caso, además, las resoluciones judiciales parten de la concepción de que el conocimiento por parte del demandante de la ilegalidad del sistema que se estaba siguiendo con las citadas modificaciones presupuestarias se deducía de varios elementos de prueba: (i) en primer lugar, que en el segundo semestre del ejercicio del año 2000 se elaboró un proyecto de decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo que fue objeto de amplio debate en la Comisión General de viceconsejeros celebrada en fechas 13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001, y que permitía inferir que «el acusado tuvo conocimiento de cómo se pretendió regular la concesión de estas ayudas sociolaborales»; (ii) en segundo lugar, que, con ocasión de

su declaración ante el juez de instrucción, manifestó conocer los supuestos en los que procedía efectuar una modificación presupuestaria, siendo que, en el caso de las reseñadas, no existía una situación de déficit o necesidad de fondos que justificase aquellas; (iii) en tercer lugar, que en los extractos que acompañaban a las modificaciones presupuestarias, y que eran manejados por la Comisión General de viceconsejeros, se explicitaba que la aplicación presupuestaria 440.00 era relativa a «Transferencias de financiación a empresas públicas y otros entes públicos» y que se procedía a su vinculación con el convenio marco de 2001 del tal manera que «se utilizó inadecuadamente para conceder subvenciones un concepto que no era el legalmente previsto para ella»; y (iv) en cuarto lugar, en el conocimiento del informe del interventor general al proyecto de decreto del año 2000 donde se indicaba que el IFA/IDEA no podía intervenir como entidad colaboradora al ser necesario una previsión legal al respecto.

A ello añade el Tribunal Supremo la circunstancia de que «la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros no era un mero acto de trámite, pues en ocasiones se rechazaron modificaciones porque la clasificación de los créditos no era adecuada [...] [p]or tanto, cabe inferir que las modificaciones presupuestarias eran suficientemente debatidas en la Comisión General de Viceconsejeros y, cuando se advertían de su irregularidad, podían ser rechazadas» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 125.1, págs. 937 y 938).

En consecuencia, con lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que ningún reproche puede hacerse desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) respecto de los razonamientos vertidos en la sentencia impugnada sobre la suficiencia de la actividad probatoria para llegar a la conclusión fáctica sustentada, y, en consecuencia, debe desestimarse el recurso de amparo respecto a estos hechos.

B) Participación y conocimiento del demandante en las disposiciones realizadas desde la Consejería de Empleo en ausencia de fin público y las enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigesimosegundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 31L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo.

En relación con la posible participación del demandante de amparo en las disposiciones de fondos en ausencia de fin público y las enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigesimosegundo, analizando los argumentos fácticos y jurídicos contenidos en la sentencia de instancia (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, págs. 1135 a 1148), es evidente que aquellos van dirigidos claramente a constatar que el señor Rodríguez Román participó en el engranaje dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación. Así aparece recogido a lo largo del citado fundamento jurídico donde se expone con gran profusión que el demandante, como viceconsejero de Justicia, viceconsejero de Innovación y vicepresidente del IFA/IDEA, participó en las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros y del consejo rector del IFA/IDEA donde, no solamente tuvo conocimiento de las irregularidades que se estaban produciendo en la concesión de ayudas sociolaborales como consecuencia del uso de «transferencias de financiación» sino que, además, coadyuvo eficazmente a su consecución «[a]sumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 33, pág. 1147).

Estas conclusiones las extraen las resoluciones judiciales de la importante posición que ocupaba el demandante ya que, como miembro de la Comisión General de viceconsejeros, participó en la tramitación de modificaciones presupuestarias y anteproyectos de leyes de presupuestos, así como debatió documentos e informes de singular importancia como la memoria de control financiero del año 2006 (tratado en las sesiones de los días 2 y 3 de mayo de 2007).

También de su participación como miembro del consejo rector del IFA/IDEA ya que, en esa condición, le fue dado traslado de los informes anuales de cuentas, de

cumplimiento y, particularmente, del trascendental informe adicional de cumplimiento del año 2003 donde, en palabras del Tribunal Supremo, «se relataban todas las ilegalidades que han dado lugar a la ilegal disposición de fondos, al margen de cualquier control y procedimiento» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 125.3, pág. 955).

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

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

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

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

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

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

Ese juicio de inferencia, sin embargo, no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor Rodríguez Román hubiera intervenido, con

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

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

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

previa. [...] El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10 285 137,38 €, en lugar de 10 500 000,00 €».

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

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

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

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

Ello no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión –cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse–, sino, sencillamente, que la sentencia no ha completado el

razonamiento capaz de trazar la vinculación entre los actos realizados por el demandante y las desviaciones expuestas anteriormente, razonamiento que es necesario para satisfacer el canon de motivación reforzada exigible a una sentencia condenatoria desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de los derechos fundamentales concernidos por las penas impuestas.

La resolución judicial de instancia (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho, 22, pág 696) atribuye directamente dicho desvío de fondos a los responsables de la Consejería de Empleo señalando que «[s]in el mecanismo ya descrito hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través del IFA/ IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya solo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, suponiendo este, se hubieran aplicado los fondos al mismo». Esta fundamentación se repite a lo largo de la sentencia de instancia, como en los fundamentos 9 o 35, pág. 1261, donde se afirma que «[a] pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, lo cierto es que los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron estos fondos para fines completamente ajenos. Y así, a simple modo de ejemplo, se encuentra que con fondos del programa 31L se pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del Servicio Andaluz de Empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112 de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales». Asimismo, en el fundamento 45, donde se concluye que se hicieron pagos completamente ajenos al interés público, «[c]omo son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución», a empresas que no habían acreditado su falta de capacidad económica, sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, o incluyendo beneficiarios que no pertenecían a las mismas. Sin embargo, como ya se ha indicado, ninguna argumentación se realiza a lo largo de estos fundamentos jurídicos dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

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

7. Vulneración del derecho a la defensa y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

El recurrente alega que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo vulnera el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes debido a que ha incurrido en una irregular ampliación del objeto de enjuiciamiento que quedó fijado en el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de febrero de 2018 y que excluyó expresamente del objeto de enjuiciamiento las ayudas individuales y los singulares pagos realizados en tal concepto por la Consejería de Empleo. El demandante afirma que el Tribunal Supremo, desconociendo el tenor literal de dicho auto, determina el objeto de enjuiciamiento

acudiendo a las conclusiones definitivas de las acusaciones y al contenido de la sentencia de instancia, en particular a los hechos probados y a los argumentos utilizados por el tribunal de instancia para realizar la calificación jurídico-penal de los hechos. Afirma que dicha forma de actuar resulta gravosa y perjudicial para el recurrente por haberle causado indefensión.

El Partido Popular interesa que se desestime este motivo toda vez que lo único que quedó excluido de la pieza que tiene su origen en este recurso de amparo fueron las ayudas individuales que se enjuiciaran en otras piezas separadas con la finalidad de evitar que se produjera un doble enjuiciamiento prohibido por el art. 25.1 CE. Por otra parte, afirma que el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de febrero de 2018 no tiene el carácter intangible que le imputa el recurrente. Aduce también que las ayudas no fueron el objeto de enjuiciamiento, pero algunas de ellas –una muestra– sí fueron tomadas en consideración en la prueba practicada a los solos efectos de que quedara acreditado en el proceso judicial el procedimiento para su concesión.

El Ministerio Fiscal interesa también que se desestime esta queja. Subraya en primer término que el recurrente ha incurrido en una incongruencia evidente a la hora de plantearla dado que de su argumentación puede derivarse que fue la sentencia recaída en la instancia la que amplió el objeto del proceso. Si esto hubiera sido así, la queja incurriría en causa de inadmisibilidad ya que debió de haberse planteado tempestivamente en el recurso de casación, cosa que el recurrente no hizo. El fiscal pone de relieve que otros condenados en el mismo proceso judicial alegaron esta misma queja en el recurso de casación, si bien la fundamentaron en la existencia de indefensión por haber vulnerado la Audiencia Provincial el principio acusatorio. El Tribunal Supremo resolvió expresamente dicha cuestión descartando que se hubiera lesionado el derecho fundamental alegado.

El fiscal sostiene que, aún en la hipótesis de que la queja sea tempestiva por imputarse la lesión del derecho únicamente a la sentencia dictada en casación, debe desestimarse debido a que nada se le puede reprochar al Tribunal Supremo por realizar el enjuiciamiento casacional a partir de lo previsto en los hechos probados de la sentencia recurrida, pues eso es precisamente lo que exige el art. 849.1 LECrim. Es lo que sostiene el recurrente, esto es, haber tomado en consideración como objeto de enjuiciamiento el contenido del auto 9 de febrero de 2018, lo que le hubiera causado indefensión.

Una vez expuesta la queja y las alegaciones de las partes, la primera cuestión que ha de dilucidarse es si, de las alegaciones del Ministerio Fiscal, cabe deducir que esta alegación incurre en una causa de inadmisibilidad por no haberse invocado tempestivamente la lesión del derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria. Como se acaba de exponer, el fiscal no aduce formalmente la existencia de una causa de inadmisibilidad, sino que se limita a poner de relieve la incongruencia en la que ha incurrido el recurrente al formular este motivo del recurso y a aducir, en términos meramente hipotéticos que, de incurrir la vulneración alegada, quizás hubiera debido denunciarla en el recurso de casación por tener su origen en la sentencia de la Audiencia Provincial. No obstante, dado que la parte imputa la lesión del derecho a la sentencia recaída en el recurso de casación y que frente a ella se formuló el oportuno incidente de nulidad de actuaciones en el que, entre otras, se denunció esta queja, ha de considerarse que este motivo del recurso reúne los requisitos de procedibilidad para su enjuiciamiento. Por ello, el Tribunal ha de examinar únicamente si el Tribunal Supremo, al delimitar el objeto del recurso, amplió de forma intempestiva el objeto del proceso y por este motivo vulneró el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales causando indefensión al recurrente.

Esta alegación debe rechazarse. Como reconoce el propio demandante, el Tribunal Supremo tomó en consideración para realizar el juicio casacional «las conclusiones definitivas de las acusaciones, [e]l contenido de los hechos probados y [...] los argumentos utilizados por el tribunal de la instancia para realizar la calificación jurídico penal». Tal forma de proceder, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no puede

considerarse lesiva del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales al no desconocer ninguna resolución que tenga carácter de cosa juzgada. En el presente caso, el Tribunal Supremo, al delimitar el objeto del juicio casacional atendiendo a los hechos probados declarados en la sentencia de instancia y a su fundamentación jurídica, se atiene a lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, sin que el recurrente cuestione la constitucionalidad de este precepto.

En todo caso, el recurrente no fundamenta la indefensión que dice haber padecido. Esta omisión sería en sí misma suficiente para que esta queja no pueda prosperar.

Por todo ello, el motivo ha de desestimarse.

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

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

A) En relación con la condena por malversación de caudales públicos, ha de acordarse la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas, pues los argumentos expresados en los fundamentos jurídicos 5 y 6 de esta resolución ponen de manifiesto que:

a) La estimación parcial de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción imprevisible en el tipo penal del art. 432 CP de todos los hechos que han motivado la condena por malversación con la sola excepción de: (i) el uso de fondos públicos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público; (ii) la participación del recurrente en las modificaciones presupuestarias del programa 22E de los años 2000-2001.

b) La estimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24. 2 CE) respecto del uso de fondos públicos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

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

a) Infringe el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la aplicación que han efectuado los órganos judiciales del art. 404 CP al condenar al recurrente en amparo como autor de un delito continuado de prevaricación (art. 404 CP): (i) por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los años 2005 a 2008; (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios 2002, 2005, 2006 y 2007 en relación con el programa 31L.

b) No es lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la condena por delito de prevaricación del recurrente de amparo en relación con su intervención en: (i) la aprobación de las modificaciones presupuestarias realizadas los años 2000 y 2001 por la que se incrementaron los créditos de la partida 22E; (ii) así como la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004, por la que se incrementaron los créditos correspondientes al programa 32H.

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de 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:

(i) la posible comisión de un delito de malversación de caudales públicos como consecuencia de su participación en la aprobación de las modificaciones presupuestarias realizadas los años 2000 y 2001 por la que se incrementaron los créditos de la partida 22E.

(ii) la posible comisión de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP derivado de la intervención del recurrente de amparo en la aprobación de las modificaciones presupuestarias realizadas en los años 2000 y 2001 por la que se incrementaron los créditos de la partida 22E, así como la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 para el incremento del crédito presupuestario del programa 32H.

#### FALLO

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

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

2.º Restablecer al recurrente en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del auto del mismo tribunal de 16 de febrero de 2023, ordenando la retroacción del proceso al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento respetuoso con los derechos fundamentales vulnerados, en los términos que se indican en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia.

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

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

Dada en Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

#### *Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2361-2023*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, 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. 2361-2023, interpuesto por don Jesús María Rodríguez Román, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron sus derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

a) Las razones de mi discrepancia han quedado detalladamente expuestas en el voto particular formulado a la sentencia dictada en el día de ayer, STC 94/2024, de 2 de julio, que resolvió una demanda de amparo sustancialmente idéntica a la presente (recurso de amparo avocado 2136-2023), al que por tanto me remito. En ambos recursos de amparo, y en otros tres que se deliberaron en el Pleno del día de hoy, se impugnó 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 (junto con el auto de la misma Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2023, que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia); resoluciones recaídas en la llamada causa de los «ERE» en la cual se condenó a cargos de relevancia en determinados periodos entre los

años 2000 a 2009, en las Consejerías de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Economía y Hacienda, Justicia y Administración Pública, e Innovación, Ciencia y Empresa, de la Junta de Andalucía; o bien en el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), denominado a partir de 2004 Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). En el caso del promotor del presente recurso de amparo, señor Rodríguez Román, este desempeñó los cargos de viceconsejero de Justicia y Administración Pública desde 2000 a 2005, viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa entre marzo de 2005 y 2010, vicepresidente de IDEA desde marzo de 2005.

b) En síntesis, la sentencia de la que ahora discrepo ha estimado en primer lugar la queja de lesión del derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal:

1. Respeto del delito de prevaricación.

(i) En concreto en el fundamento jurídico 4.4 A), se afirma que la actividad de elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2005 a 2008 y su elevación al Consejo de Gobierno, fases en las que tuvo participación destacada el recurrente, no puede considerarse una «resolución» y un «asunto administrativo» a efectos de integrar el delito de prevaricación del art. 404 CP por el que fue condenado (en concurso medial con otro delito de malversación de caudales públicos), al estar excluida aquella actividad de todo control por un órgano judicial, y tener cobertura legal en la partida 31L (transferencias de financiación IFA/IDEA), una vez aquellos anteproyectos de leyes de presupuestos fueron aprobados por el Parlamento autonómico en los años correspondientes. De este modo, la interpretación efectuada por las sentencias impugnadas que interpretaron que concurrían los citados elementos del tipo delictivo del art. 404 CP, vulneró según la sentencia de la que discrepo el derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE); criterio que la mayoría del Pleno ya había aplicado en la STC 93/2024, de 19 de junio (primer recurso de amparo de esta serie de los ERE, resuelto por el Tribunal).

(ii) En el fundamento jurídico 4.4 B) (iv), se afirma que el procedimiento para la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias al programa 31L en octubre de 2002, diciembre de 2005, noviembre de 2006 y noviembre de 2007, si bien no se considera imprevisible que puedan considerarse resoluciones administrativas a los efectos del art. 404 CP (delito de prevaricación), no cabe sin embargo calificarlas de «arbitrarias» en orden a dicho precepto penal, por tener tales modificaciones su cobertura en aquella partida incluida en las sucesivas leyes de presupuestos.

(iii) Y en tercer lugar, sostiene el fundamento jurídico 4.4 C) que el conocimiento por el recurrente de hasta cincuenta y tres convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Empleo y el IFA/IDEA, sin realizar actuación alguna dirigida a evitar la suscripción o en su caso la ejecución de tales convenios, de nuevo en aplicación de la doctrina sentada por la STC 93/2024, FJ 4.4, no puede considerarse «arbitraria» y por ello no integra la figura delictiva de la prevaricación del art. 404 CP, pues toda su conducta estaba cubierta por las leyes de presupuestos que incluían la partida 31L para ayudas sociolaborales.

Pues bien, respecto de estos tres pronunciamientos debo remitirme a las consideraciones efectuadas en el apartado 2 del voto particular a la STC 94/2024, en el que a su vez hice un amplio recordatorio del voto particular (apartados 2 a 4) firmado junto con los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la STC 93/2024, respecto de una queja constitucional similar a la que ahora se comenta y donde se aclaró: (1) que los trabajos preparatorios de un proyecto de ley de presupuestos es una actividad de «inequívoca naturaleza administrativa», con cita de preceptos de nuestro ordenamiento que así lo respaldan; (2) que las actuaciones realizadas en ese procedimiento previo «no se mueven en el ámbito de la inconstitucionalidad de las leyes» y por tanto sí permiten su control por los tribunales

penales; (3) que el sistema de financiación desplegado en los citados años por los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en esta causa, revestía una ilegalidad propia del delito de prevaricación (arbitrariedad), al degenerar en la falta de control que imponían las normas sobre subvenciones, sin que la aprobación parlamentaria de los proyectos de ley resultase «sanadora de todos los posibles vicios denunciados»; y (4) en particular, recordé en el voto particular a la STC 94/2024 (mismo apartado 2), con remisión al voto particular conjunto a la STC 93/2024, apartado 4, el por qué carece igualmente de valor legal la documentación anexa que acompaña a los anteproyectos de leyes de presupuestos, incluyendo la memoria. Todo lo expuesto permite concluir que las sentencias recurridas no conculcaron el derecho fundamental a la legalidad punitiva (art. 25.1 CE) del recurrente, como erróneamente ha venido a apreciar la mayoría del Pleno de este tribunal en la sentencia de la que ahora discrepo.

## 2. Respecto del delito de malversación.

(i) En el fundamento jurídico 5.3.1 a), la sentencia de la que discrepo señala que la subsunción en la modalidad activa del delito de malversación del art. 432 CP (sustracción de caudales públicos), de los hechos probados que se refieren a irregularidades en la gestión global de las ayudas sociolaborales con cobertura en el programa 31L, tanto la elaboración de los respectivos anteproyectos de ley para los años 2005 a 2008, como de modificaciones presupuestarias en los años 2002, 2005, 2006 y 2007, resulta imprevisible y por tanto contraria al derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) del recurrente, con reiteración para ello de los motivos ya esgrimidos respecto del delito de prevaricación (no ser una actividad fiscalizable por los tribunales penales).

(ii) Otro tanto defiende la sentencia de la que discrepo en el fundamento jurídico 5.3.1 b) sobre la condena al recurrente por la modalidad omisiva del mismo delito de malversación (por no impedir como viceconsejero ni tampoco como vicepresidente de IDEA, el descontrol en la gestión), en cuanto a las ayudas sociolaborales con cobertura en aquel programa 31L.

En ambos casos, se trata de un argumento circular al que a su vez ya di contestación en el apartado 3 de mi voto particular a la STC 94/2024 (trayendo de nuevo a colación el voto particular conjunto a la STC 93/2024), apartado 3 al que ahora me remito, insistiendo en que las normas y controles sobre subvenciones no fueron modificados por las leyes de presupuestos a las que se alude, de modo que tales controles regían en esos años y fueron deliberadamente obviados.

## c) Derecho a la presunción de inocencia.

Finalmente, por lo que atañe a la estimación en el fundamento jurídico 6.4 de la sentencia de la que ahora discrepo, sobre la queja de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente, procede que me remita a su vez a lo dicho en el apartado 4 de mi voto particular a la STC 94/2024, donde expliqué que la sentencia de instancia que se ha impugnado disponía en las actuaciones de informes periciales concluyentes de la Intervención General de la Junta de Andalucía y de la Intervención General de la Administración del Estado, no contradichos por los expertos que declararon en el plenario, acerca de la culpabilidad de los acusados en los hechos delictivos que se les atribuyen, medios de prueba de los que se hace un examen razonado que luego confirma la sentencia del Tribunal Supremo, sin que quepa hacer excepción por lo que hace al aquí recurrente en cuanto al delito de malversación de caudales públicos. En concreto, por el reparto de aquellas ayudas otorgadas sin cobertura en la partida 31L de las leyes de presupuestos (tras la criba efectuada por la misma sentencia, en cuanto a los hechos susceptibles de ser enjuiciados en ese tipo penal).

Por tanto, no puede calificarse de demasiado abierta o lábil la inferencia que aprecia el dolo eventual necesario para condenar al recurrente, como afirma la sentencia que

ahora respalda la mayoría del Pleno, la cual para llegar a ese desenlace se erige en tribunal de instancia formulando su propio juicio de valoración probatoria, llegando incluso a decir que sí existían otros datos en los que sustentar esa culpabilidad, los cuales sin embargo no revela, y que de tal guisa habrían sido ignorados por la Audiencia Provincial. El derecho a la presunción de inocencia del recurrente, en definitiva, fue respetado por las sentencias recurridas, por lo que la demanda debió ser íntegramente desestimada.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a tres 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. 2361-2023*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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 Jesús María Rodríguez Román, el cual a mi parecer debió ser desestimado, por las razones defendidas durante la deliberación y en los términos que seguidamente paso a exponer.

1. Consideración preliminar.

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

Es procedente, por ello, que me remita a las consideraciones expuestas en el voto particular que suscribí juntamente con los magistrados Enríquez Sancho y Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como «cabecera» de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto por delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos. Se trata de don Jesús María Rodríguez Román, que ocupó el cargo de consejero de Justicia de 2000 al 18 de marzo de 2005 y de consejero de Innovación, Ciencia y Empresa desde el 19 de marzo de 2005 al 1 de abril de 2010, siendo asimismo miembro del consejo rector del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), luego Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), y estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 33 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.

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

Como en la STC 93/2024, la presente sentencia considera que la actuación del recurrente no puede entenderse subsumible en los delitos de prevaricación y malversación por los que ha sido condenado, conclusión que asienta sobre la premisa, a

mi parecer errónea, de que obraba amparado por lo previsto en la correspondiente ley de presupuestos para cada ejercicio.

Nada más lejos de la realidad. Las sentencias impugnadas en amparo han entendido que los trabajos preparatorios de esas leyes (la actividad «prelegislativa»), esto es, la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de leyes que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento puede considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito pueden calificarse como resoluciones recaídas en asunto administrativo, que es el término empleado en el art. 404 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.

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 del resto de condenados en el «caso de los ERE de Andalucía» no merecía reproche penal ni desde la perspectiva de la prevaricación, ni desde la perspectiva de la malversación, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que «en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos 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» (FJ 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 calificables de prevaricación y de malversación relativas a las modificaciones presupuestarias y a la gestión directa de ayudas 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 a 2009. La Ley curaría, según la mayoría del Tribunal, todo vicio y haría inatacable la actuación de los gestores públicos, que estarían habilitados para actuar al margen de cualquier procedimiento y sin el control previo exigible en cualquier disposición de fondos públicos.

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

contrario. Así se expresa tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla como en la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

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

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

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

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

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

creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 31L y solo y exclusivamente en esa partida.

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

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

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

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

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

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

Las administraciones públicas son instituciones serviciales o vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial

ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros 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.

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

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

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

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

Si bien el Derecho de la Unión Europea no es directamente aplicable en el asunto que nos ocupa, al no tener los fondos públicos malversados origen comunitario, no puede desconocerse que los principios del Derecho de la Unión sobre el control del

gasto público son muy relevantes para analizar la regularidad de la actuación de los gestores de los caudales públicos. En tal sentido, no me parece aventurado afirmar que esa gestión, en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», y como se desprende de las sentencias condenatorias que se impugnan en amparo, ha sido contraria no solo a los principios del Derecho interno, sino también a los principios del Derecho de la Unión Europea.

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

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

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

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

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

c) Además, subraya el Tribunal de Justicia que los Estados deben garantizar que las normas de Derecho penal y de procedimiento penal permitan una represión eficaz de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general. Esta exigencia de efectividad se extiende necesariamente tanto a las acciones penales y a las sanciones de los delitos de fraude que afecten a los intereses

financieros de la Unión y de corrupción en general, como a la aplicación de las penas impuestas, en la medida en que, de no existir una ejecución efectiva de las sanciones, estas no pueden ser eficaces y disuasorias; todo ello para evitar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de tales delitos, así como garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas.

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

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

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

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

En definitiva, llama poderosamente la atención el elocuente contraste entre la protección reforzada que la Unión Europea atribuye al delito de malversación de caudales públicos y la respuesta dada por esta y las restantes sentencias de este tribunal a uno de los casos más graves de corrupción política institucionalizada en España. Una sentencia que no ha dudado en desbordar los límites del control que a este tribunal corresponde en materia de amparo constitucional, para anular los pronunciamientos condenatorios de la jurisdicción penal que, a partir de pruebas de cargo practicadas en el juicio oral con plenas garantías de 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 en concurso medial con un delito de malversación. Por eso, resulta especialmente difícil conciliar la decisión de la sentencia de este tribunal, que conduce a la postre a dejar impunes unas conductas de especial

gravedad cometidas por unos concretos responsables políticos en el desempeño de sus funciones públicas, con el esfuerzo de la Unión Europea por eliminar márgenes de impunidad para los malversadores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Segoviano Astaburuaga respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2361-2023*

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

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

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

Comparto el razonamiento de que en ese contexto la invocación del derecho a la presunción de inocencia exige de este tribunal verificar un control externo de que las resoluciones judiciales impugnadas proporcionan la motivación suficiente para considerar acreditado, entre otros extremos, que el demandante de amparo participó de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en este programa presupuestario durante el tiempo en el que ejerció el cargo de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa y miembro, en condición de vicepresidente, del consejo rector de la agencia IFA/IDEA –desde el 19 de marzo de 2005 al 1 de abril de 2010– y de que, además, le era imputable subjetivamente el desvío de esos fondos.

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

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

(ii) También se incide en que el juicio de inferencia para acreditar el dolo de malversar del demandante de amparo, que se hace radicar en los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y el déficit generado en la Consejería de Empleo y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de

ayudas, «no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor Rodríguez Román hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria». A partir de ello, se concluye que «no es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia» (FJ 6.4).

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

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

(i) Es un hecho declarado probado en la vía judicial y no controvertido que el demandante de amparo, en su condición de viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa y miembro, en calidad de vicepresidente, del consejo rector de la agencia IFA/IDEA desde el 19 de marzo de 2005 al 1 de abril de 2010, intervino en la disposición de estos fondos públicos al permitir que por parte de la agencia se continuaran firmando los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, posibilitando con ello la distribución de esos fondos. Entre dichos convenios, como destacan las sentencias de instancia (hecho probado vigesimosegundo) y de casación (fundamento jurídico 39), estaban también los destinados a la concesión y pago de ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L.

Por tanto, desde la perspectiva de control externo que compete desarrollar a este tribunal en la jurisdicción de amparo bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, considero que las resoluciones judiciales han colmado la exigencia de identificar y motivar adecuadamente, a partir de la prueba practicada en la vista oral, la concurrencia de concretos actos ejecutivos desarrollados por el demandante de amparo de disposición de los fondos destinados a la concesión y pago de ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, consistentes en permitir que por parte de la agencia se continuaran firmando los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, posibilitando con ello la distribución de esos fondos.

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

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

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

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

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

(iv) Por otra parte, también considero relevante destacar, por tener una conexión inmediata con el análisis de la invocación del derecho a la presunción de inocencia vinculado al juicio de autoría del demandante de amparo, la circunstancia de que el Tribunal, al analizar la invocación del derecho a la legalidad penal derivada de la condena del demandante de amparo por el delito de malversación en el fundamento

jurídico 5.3.2 B), dedicado exclusivamente a su participación en relación con las disposiciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L, ha desestimado dicha invocación.

El motivo para dicha desestimación ha sido que la posición de garantía que sustenta la condena del demandante de amparo está debidamente razonada al destacarse su cargo de vicepresidente de IFA/IDEA. En ese sentido, compartiendo estas consideraciones para desestimar la invocación de la vulneración del derecho a la legalidad penal, y en plena coherencia con ellas, no puedo compartir la conclusión de que, en atención a las concretas conductas desarrolladas por el demandante de amparo y asumiendo su posición de garantía, pudiera afirmarse que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia por falta de motivación de un supuesto dominio funcional del hecho o de alguna modalidad de acuerdo o de adhesión a un plan preconcebido dirigido al desvío de las cantidades malversadas entre los acusados.

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

(i) Las resoluciones judiciales impugnadas han establecido, respecto del elemento subjetivo del delito de malversación del art 432 CP en la redacción que resultaba de aplicación, que puede ser cometido por dolo eventual. En concreto, la sentencia de casación insiste en que jurisprudencialmente se ha admitido que para la existencia del delito en su modalidad activa basta el dolo eventual y que, en cuanto al tipo de omisión impropia también se admite este título de imputación subjetiva, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no actúe [fundamento de Derecho 32.3 (viii), pág. 320]. El Tribunal no ha objetado desde la perspectiva del art. 25.1 CE esta interpretación y ha rechazado que vulnere el derecho a la legalidad penal en la resolución de algunos de los recursos interpuestos por otros condenados (singularmente, STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.2). Por tanto, en coherencia con esta conclusión, la actividad probatoria a desarrollar en la vía judicial respecto de la concurrencia del elemento subjetivo de este delito lo puede ser en su modalidad de dolo eventual.

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

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

En efecto, partiendo del presupuesto de que tanto en la vía judicial como en esta jurisdicción de amparo no se ha controvertido la posible imputación subjetiva de este delito a título de dolo eventual y que bastaba para ello asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al que estaban destinados, el elemento a probar en la vía judicial no sería el conocimiento efectivo y actual por parte del demandante de amparo de que había

concretos fondos públicos que se estuvieran concediendo sin que existiera un fin público que los justificara o para fines distintos de los previstos, sino tan solo la eventualidad de que pudieran estar siendo concedidos para esos fines ajenos a lo legalmente establecido.

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

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

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

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

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

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

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

(b) En la vía judicial se hace mención, como un segundo hecho objetivo base indiciario plenamente probado, a que el demandante de amparo, en su condición de vicepresidente del IFA/IDEA, tenía la responsabilidad de participar en las reuniones del consejo rector, que aprobaba las cuentas anuales, tras su debate y examen del informe de auditoría.

La sentencia de instancia hace en el apartado noveno de los hechos probados (págs. 62 y ss.) y en el fundamento de Derecho trigésimocuarto (págs. 1146 y ss. y, por remisión, págs. 1058 y ss.), en el que se abordan singularmente los hechos imputados al demandante de amparo, una relación pormenorizada de las incidencias contables, incluyendo que los pagos derivados de los convenios particulares, cuyo importe llegaba vía transferencia de financiación, se contabilizaban en el apartado «otros gastos de explotación» y, por tanto, como gastos ficticios; y que, estando sometidas las cuentas a informes de auditoría externa, en estos se destacaba la incertidumbre sobre el abono de las cantidades que mantenía en descubierto, al exceder los compromisos asumidos en los convenios, con la cantidad efectivamente recibida en la agencia, vía transferencia de financiación; dirigiendo al respecto el director general del IFA/IDEA una carta al director general de Trabajo exigiendo que se pusiera solución a este problema, precisando que consideraba necesario que tal solución pasara por la aprobación del secretario general técnico de Empleo. Igualmente se destacaba como en el acta de una reunión del consejo rector consta la adopción de un acuerdo provisional para someterlo a la ratificación del Consejo de Gobierno en relación con la autorización de la firma de un convenio de colaboración entre IDEA y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social en el que se encomienda a aquella el abono de la subvención excepcional a una empresa por importe de 3 800 000 €, que según se constató en la prueba pericial practicada no constaba en la documentación examinada que se hubiera remitido a dicha ratificación.

(c) La sentencia de instancia también aporta un tercer hecho objetivo base indiciario plenamente probado como es un acceso directo del demandante de amparo al contenido de los convenios particulares, al destacar que «a partir de determinada fecha, el director general de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, le remitía copia de los convenios, para su conocimiento, antes de que fueran firmados por el director general de IDEA» (pág. 1148); haciendo referencia expresa a que así consta en una carta que le dirigió el citado director general de Trabajo, que reproduce (pág. 1149).

A partir de estos hechos probados, la sentencia de instancia, al valorar la concurrencia de dolo eventual en el delito de malversación, afirma que «el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al

que estaban destinados» (págs. 1067). A esos efectos, se insiste en la sentencia de instancia en que «respecto a los desembolsos con ausencia total de controles, que revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación. Consta en la causa la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización» (págs. 1732 y 1733).

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

Esa inferencia se sustenta, en el plano abstracto, en la regla de experiencia, expuesta por la sentencia de casación, a partir de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción y, sin embargo, actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado (fundamento de Derecho 140, pág. 1046); y, en un plano concreto, en que el demandante de amparo, al permitir la actuación de la agencia de la que era vicepresidente en el sistema creado para la gestión de estas ayudas, conociendo la forma en que se gestionaban, «asumi[ó] la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (fundamento de Derecho 47, pág. 1754, de la sentencia de instancia; reiterado en el fundamento de Derecho 122, pág. 918 de la sentencia de casación) o que todo el caudal probatorio señalado ponía de manifiesto que le « permitió conocer que se dispuso de los fondos públicos al margen de todo interés público» (fundamento de Derecho 125.2, pág. 952, de la sentencia de casación).

(iv) Por tanto, desde la perspectiva del control externo que es propia a la jurisdicción de amparo, globalmente considerada la prueba practicada y la inferencia derivada de la misma respecto de la concurrencia del elemento subjetivo del delito de malversación tal como había sido configurado legalmente en la vía judicial, que admitía la imputación subjetiva a título de dolo eventual, entiendo que tampoco resulta adecuado concluir que las resoluciones judiciales hayan desatendido la exigencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre ese particular, en la medida en que la inferencia alcanzada de que el demandante de amparo actuó asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L estuvieran siendo dispuestos con fines ajenos a los que estaban legalmente destinados responde a las reglas del criterio humano o las reglas de la experiencia común.

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

*Voto particular conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2361-2023 interpuesto por don Jesús María Rodríguez Román*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulamos el presente voto particular. Consideramos que el recurso de amparo debió ser inicialmente inadmitido –como ya se expuso en el voto particular al ATC 292/2023, de 5 de junio– y una vez admitido desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

La presente sentencia se construye argumentalmente aplicando el razonamiento de las sentencias de este tribunal ya deliberadas y aprobadas que resuelven los recursos de amparo interpuestos por doña Magdalena Álvarez Arza (recurso de amparo 6971-2022),

don Miguel Ángel Serrano Aguilar (recurso de amparo 2136-2023), don Antonio Fernández García (recurso de amparo 2348-2023) y finalmente de don Francisco Vallejo Serrano (recurso de amparo 2360-2023), en los que se reconoce bien exclusivamente la vulneración del derecho a la legalidad penal –en relación con el delito de prevaricación administrativa y/o el de malversación– o también la del derecho a la presunción de inocencia.

1. Consideraciones comunes a todas las sentencias de los casos ERE.

a) Debe indicarse que todas las sentencias que resuelven los recursos de amparo relativas a las condenas por los denominados «ERE», dan una respuesta estandarizada cuando se enfrentan a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) sea en su proyección a las condenas por prevaricación o por malversación y ello con independencia del contenido de las demandas e incluso prescindiendo de que tal derecho haya sido o no invocado. Existe una predeterminación argumental que margina el contenido de los recursos, se desvincula de los mismos, los orilla, procediendo incluso en relación con la vulneración del derecho a la legalidad penal proyectado sobre el delito de malversación de caudales públicos a una prohibida reconstrucción de la queja o directamente a dar respuesta a una queja inexistente.

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

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

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

e) En todos los casos esa irresponsabilidad e imposibilidad de control se apoya en una construcción artificiosa a modo de *mantra* jurídico que carece de sustento racional y de apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo y que se repite en todas las ponencias como piedra angular para afirmar la vulneración del derecho a la legalidad penal: quien

obra amparado por la ley de presupuestos no puede prevaricar ni puede malversar caudales públicos.

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

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

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

h) Como consecuencia de todo ello, las sentencias ocasionan un daño institucional difícilmente reparable pues para anular las condenas recaídas en el asunto de corrupción más importante de la historia reciente de España, rectifican por primera vez desde que el Tribunal Constitucional entró en funcionamiento el criterio del Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica, sustituyen la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales y dejan al margen de todo control el proceso de elaboración, modificación y ejecución presupuestaria.

2. Concretas razones de la discrepancia respecto de la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 2361-2023 interpuesto por don Jesús María Rodríguez Román.

Frente a los argumentos por los que las sentencias estiman las demandas de amparo sea por vulneración del derecho a la legalidad penal y/o del derecho a la presunción de inocencia, hemos formulado votos particulares (recursos de amparo 6971-2022, 2136-2023, 2348-2023 y 2360-2023) a los que debemos remitirnos atendida la identidad argumental que presenta esta sentencia con las cuatro referidas. No renunciamos con ello a exponer sintéticamente los motivos de nuestro absoluto desencuentro con la sentencia de la que discrepamos ya expresado de modo más extenso en los referidos votos particulares.

A) En relación con las condenas anuladas por delito de prevaricación.

a) En primer lugar, debemos afirmar nuevamente que la sentencia rebasa los límites de la jurisdicción constitucional, al irrumpir en el ámbito reservado a la jurisdicción

ordinaria y suplantar la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley (art. 123 CE), y que como consecuencia de ello ocasiona un daño institucional difícilmente reparable, al anular las sentencias dictadas en el asunto de corrupción más importante de la historia reciente de España y rectificar por primera vez desde que el Tribunal Constitucional entró en funcionamiento el criterio del Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica del delito de prevaricación administrativa: «resolución» en «asunto administrativo» (art. 404 CP).

b) Resulta llamativo que sea en el caso de corrupción política institucionalizada más grave –tanto por el número de altos responsables políticos condenados, el importe de afectación al erario público así como su duración temporal– cuando el Tribunal Constitucional rectifique por primera vez desde que inició su andadura al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica de un delito y desconozca la posición constitucional 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).

c) La sentencia determina la impunidad de los miembros del Gobierno de la Junta de Andalucía. Los declara *de facto* irresponsables, extiende sobre ellos el privilegio de inviolabilidad e inmunidad en lo que a la elaboración y aprobación de proyectos, anteproyectos de ley o enmiendas presupuestarias se refiere, aun cuando su propósito, acreditado en la sentencia condenatoria, era prever dotaciones presupuestarias ingentes para que otros miembros del Gobierno pudieran malversarlas. Dicha declaración de irresponsabilidad penal desconoce el deber constitucional de interpretación estricta y finalista del privilegio de la inviolabilidad y de la inmunidad –al que no se refiere– y consiguientemente ignora su inviable proyección en términos constitucionales a los miembros del Gobierno por no existir previsión constitucional en tal sentido (STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 4).

En un Estado de Derecho pretender situar a los miembros del Gobierno, en cualquier ámbito, por encima de la ley, como resulta de la doctrina apuntalada en la sentencia de la que discrepo, ni está justificado (art. 9.1 y 3 CE) –como acertadamente afirma la STS 749/2022– ni podría estarlo si derrumbe del propio Estado de Derecho.

d) Dicha doctrina produce un riesgo sistémico de impunidad de aquellas estrategias presupuestarias, sean proyectos o anteproyectos de ley o modificaciones presupuestarias que, plasmadas en *resoluciones administrativas*, son diseñadas con ánimo de preparar un escenario de defraudación de fondos públicos. De modo que cuando tenga su proyección en la protección de intereses financieros de la Unión Europea producirá un incumplimiento de las obligaciones de España con la Unión Europea incompatible con lo dispuesto en el artículo 325.1 TFUE.

Este precepto obliga por un lado a luchar contra el fraude y contra toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión y por otro a prevenir y combatir la corrupción en general y prever la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias en caso de que tales infracciones se produzcan (SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion*, asunto C-357/19, § 184-187 y 193-194, y de 24 de julio de 2023, *Lin*, asunto C-107/23 PPU, § 83-84, 86, y 91-94; y auto de 7 de noviembre de 2022, de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *FX y otros*, asuntos acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19, § 92).

e) Esta sentencia –mediante su remisión a la STC 93/2024, que resuelve el recurso de amparo 6971-2022 interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza– insiste en la creación de un novedoso parámetro de control del proceso de subsunción penal efectuado por los jueces y tribunales: «la perspectiva constitucional», si bien en esta sentencia no se cita expresamente con ese término se aplica del mismo modo, y lo proyecta a los conceptos penales «resoluciones» y «asuntos administrativos». Sin ambages, con la cobertura de lo que se acuña como «perspectiva constitucional», se erige por primera vez desde que el Tribunal Constitucional ejerce su cometido constitucional, en máximo intérprete de la legalidad penal y suplanta también por vez primera desde que ejerce su jurisdicción la función de interpretación de la Sala de lo

Penal del Tribunal Supremo acerca de los elementos que integran la parte objetiva del tipo de injusto del delito, socavando 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).

f) El radical viraje en la doctrina del Tribunal Constitucional que representa esta sentencia se evidencia con la lectura, entre otras, de la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16, en la que este tribunal abordó, desde la perspectiva del principio de legalidad penal, la condena no a un político, sino a un magistrado, y no por delito de prevaricación administrativa, sino por prevaricación judicial y a cuyo contenido nos hemos referido en el voto particular a la STC 93/2024 y que no vamos a reproducir ahora.

A dicho voto debemos remitirnos para dejar constancia del exhaustivo y pormenorizado razonamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que merece el calificativo de impecable. No puede compartirse que la comunidad jurídica, a la que la sentencia de la que discrepamos apela, vaya a cuestionar los criterios metodológicos y axiológicos o los modelos interpretativos que utiliza la sentencia de Tribunal Supremo. ¿Acaso alguien puede pensar que el recurrente podía considerar imprevisible o extravagante que pudiera ser condenado, cuanto menos por un delito de prevaricación administrativa (dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia) cuando aprobó y sometió a aprobación del Gobierno y posteriormente, con el resto de los miembros del Gobierno, a aprobación parlamentaria los anteproyectos y proyectos de presupuestos y participó en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, con la exclusiva intención probada de dotar de ingentes e injustificadas cantidades en concepto de transferencias de financiación al IFA, a sabiendas y con la intención de que otros condenados pudieran desviar tales fondos del destino previsto presupuestariamente y disponer ilícita y libérrimamente en concepto de «ayudas sociolaborales», facilitando así evitar los controles establecidos en la ley para la concesión de subvenciones?

g) Puede afirmarse con rotundidad que el Tribunal Constitucional ha sustituido al Tribunal Supremo y se ha erigido en tercera instancia, en máximo intérprete del concepto legal «resolución» que contiene el art. 404 CP, para considerar de forma apodíctica que las resoluciones que carecen del carácter de definitivas o que no producen efectos *ad extra* no integran el tipo penal. De este modo efectúa la interpretación última del tipo sancionador que desplaza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia interpretación de la naturaleza del delito y de los fines que lo justifican. La sentencia no ha dudado para ello en silenciar la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo plasmada en la completa argumentación de la sentencia impugnada, por la que el máximo intérprete ha entendido tradicionalmente que resolución administrativa es la que no se dicta en un procedimiento legislativo ni judicial.

h) Como expusimos también en el voto particular a la STC 93/2024, el argumento por el que la sentencia entiende que la STS 749/2022 no tomó en consideración que las leyes de presupuestos fueron aprobadas por el Parlamento y con ello desconocieron la centralidad de este en el Estado de Derecho es irrazonable. Con dicho argumento la sentencia somete la responsabilidad penal por el delito consumado de prevaricación administrativa –pues ya ha lesionado el bien jurídico que protege– a condición resolutoria –la aprobación o no de la ley– por lo que introduce un factor de incertidumbre e imprevisibilidad contrario a la certeza en la que se asienta el principio de legalidad penal que dice aplicar.

i) También manifestamos en el indicado voto particular que era incomprensible descartar que los proyectos y anteproyectos de leyes fueran resoluciones dictadas en asunto administrativo con el argumento de que la función de iniciativa legislativa del Gobierno no es controlable por ningún órgano judicial, pues suponía personificar o encarnar al Gobierno de la Junta de Andalucía en la figura de un consejero. Ni un consejero, ni un ministro, tienen atribuida la función de iniciativa legislativa, ni la función de dirección política que le corresponde al Gobierno como órgano colegiado. El

argumento empleado desconoce el coherente razonamiento del Tribunal Supremo. No se enfrenta al mismo. La sentencia del Tribunal Supremo recuerda que el momento inicial del proceso legislativo es la recepción del proyecto de ley por el Parlamento (art. 108 de su Reglamento) y olvida que no se atribuye la iniciativa legislativa a los consejeros y viceconsejeros sino «1. Al Consejo de Gobierno» (art. 108 del Reglamento).

j) Finalmente, en relación con la exoneración al recurrente por las condenas referentes al delito de prevaricación, insistimos en nuestra inquietud y preocupación por que en un procedimiento penal de tanta relevancia perezca uno de los principios vertebradores del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: su «unidad de actuación» (art. 2.1 del citado Estatuto), pues el Ministerio Fiscal ahora refuta, como contraria al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), la condena por delito de prevaricación administrativa por la participación del recurrente en la aprobación de los anteproyectos de presupuestos o en las modificaciones presupuestarias, pese a que otros fiscales previamente habían formulado acusación por tales delitos y solicitado al Tribunal Supremo que confirmara dichas condenas por no vulnerar el derecho de legalidad del recurrente.

Dicha preocupación se agudiza al leer el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. En el mismo, es el propio fiscal que formula las alegaciones el que alude a dicho principio constitucional, si bien para expresar su unidad de respuesta, pero solo respecto al criterio mantenido en las alegaciones formuladas en relación con las otras demandas de amparo presentadas por los *otros consejeros de la Junta de Andalucía* (pág. 73 de sus alegaciones), pero no en relación con el previamente sostenido por los fiscales que formularon la acusación y solicitaron en el recurso de casación que se mantuvieran tales condenas de prevaricación al entender, entonces, que no se vulneraba el derecho de legalidad penal.

B) Condenas anuladas por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

1. Principio de legalidad (fundamento jurídico 5). La sentencia de la que discrepamos tergiversa el contenido del motivo primero de la demanda de amparo y la alegación del Ministerio Fiscal.

a) Es una queja reiterada en los sucesivos votos que hemos realizado frente a los recursos de amparo interpuestos en la conocida como causa de los «ERE» [ver en el mismo sentido el voto particular a la STC 96/2024, de 3 de julio, punto B) 1]. Se constata nuevamente que la sentencia al abordar en este caso el motivo primero del recurso de amparo altera su contenido para reconducirlo al principio de legalidad penal y de este modo conceder el amparo y exonerar de responsabilidad penal de buena parte de los delitos de malversación de caudales públicos al que fuera consejero de la Junta de Andalucía. Nada tiene que ver lo que don Jesús María Rodríguez Román alega en el motivo primero de su demanda (págs. 8 a 38) con lo que la sentencia de la que discrepamos dice que alega en el primer párrafo del fundamento jurídico 5.1. El demandante no plantea la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por delito continuado de malversación, solo la plantea en relación con la condena por el delito continuado de prevaricación.

b) Produce extrañeza que modifique las alegaciones del Ministerio Fiscal para que se ajusten al nuevo motivo primero de la demanda de amparo construido en la sentencia. Ni el demandante ni el Ministerio Fiscal, dicen lo que la sentencia indica que dicen en relación con el motivo primero de la demanda.

c) El motivo primero de la demanda de amparo realmente se aborda en el fundamento jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional bajo el prisma del derecho a la presunción de inocencia que es lo que corresponde a su contenido. No se formula queja subsumible en el principio de legalidad penal en el motivo primero de la demanda. La propia sentencia lo reconoce cuando aborda el motivo sexto en su fundamento jurídico 6 como vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La

sentencia de la que discrepamos añade a la demanda la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la malversación de caudales públicos lo que es absolutamente incomprensible. De este modo el recurso de amparo pasa a tener un motivo más no contemplado en la demanda.

Examinamos a continuación el contraste entre el contenido de la demanda y el que le atribuye la sentencia de la que discrepamos en el fundamento jurídico 6.1:

(i) Síntesis del contenido real del motivo sexto de la demanda de amparo.

La gravedad de las afirmaciones efectuadas obliga a que efectuemos la propia síntesis del contenido de la demanda de amparo.

El demandante intitula el referido motivo del siguiente modo: «Primer motivo.– Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y 6 CEDH), a un proceso público con todas las garantías incluyendo la presunción de inocencia (art. 24.2 CE y 6 CEDH) y vulneración del principio de legalidad penal (art. 25 CE y 7 CEDH). Negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de condena por prueba indiciaria».

Indica que «[e]l caso que se somete al criterio del Tribunal Constitucional es un supuesto sin precedentes de vulneración poliédrica del derecho a la presunción de inocencia». Sostiene que «[l]a sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, y la del Tribunal Supremo esconden, detrás de un relato complejo y alambicado, la inexistencia de pruebas (directas o indiciarias) de la comisión de un hecho delictivo subsumible en el tipo de malversación». Desglosa este motivo en tres apartados:

– Indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria respecto del tratamiento de la autoría en el delito de malversación: presunción de participación y castigo por hechos ajenos. En la sentencia de la Audiencia Provincial no existe el más leve razonamiento que permita justificar dicha coautoría, pero establece con claridad que eran coautores sin que hubiera «prueba ni indicio alguno de que existiera tal concertación», incurriendo en una inadmisibles presunción de participación. La sentencia del Tribunal Supremo advirtió que no existe el más leve atisbo de prueba, ni directa ni indiciaria, de tal concertación, pero cambia el título de imputación, y entiende que existe autoría directa e individual de cada condenado y no solo reincide en la vulneración generada por la Audiencia Provincial de Sevilla, cuando *presume* la participación del recurrente en los hechos objeto del procedimiento. Sino que va más allá, *novando* la interpretación de los hechos probados en contra del sentido atribuido por los hechos probados en la sentencia de instancia.

– Indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria respecto de la conducta constitutiva de malversación cometida en comisión por omisión. Considera que existe en la sentencia de la Audiencia Provincial oscuridad sobre los hechos que constituyen prevaricación y los que constituyen malversación. Añade que el Tribunal Supremo parece asumir la imposible distinción de los mismos y guarda silencio sobre tal distinción. El Tribunal Supremo sí es claro a la hora de considerar que la conducta imputable al demandante y al resto de condenados ajenos a la Consejería de Empleo es omisiva, y más en concreto, en comisión por omisión, pero el único indicio del que se deduce la conducta omisiva son las genéricas competencias de los distintos condenados. Pero sucede que esta deducción tiene por base una supuesta capacidad legal de impedir la aprobación y pago de ayudas que no se exterioriza ni en la sentencia de instancia ni tampoco en la de casación. «Esta ausencia de razonamientos respecto de la modalidad de comisión por omisión imputada a mi mandante, así como la falta absoluta de tratamiento de la supuesta posición de garante, es puesta de manifiesto por esta parte en su incidente de nulidad planteado ante la sentencia del Tribunal Supremo».

– Indeterminación e irrazonabilidad de la prueba indiciaria del elemento subjetivo del delito de malversación. Sostiene que como con la autoría (y con la comisión por omisión imputada) al valorar el elemento subjetivo del tipo de malversación con el que se castiga al recurrente, chocamos frontalmente con la inexistencia de prueba directa del mismo.

Afirma que la sentencia de la Audiencia Provincial sostiene que el título de imputación subjetiva respecto de los mismos era el de dolo eventual, pero no refiere el proceso racional que le lleva a considerar que exista ese dolo eventual, presume la existencia de un dolo eventual, sin más. La sentencia del Tribunal Supremo omite el análisis sistemático y ordenado de la parte subjetiva del tipo. Frente a la sentencia de instancia, la sentencia de casación incorporó una interpretación de los hechos y convicciones ajenos a la sentencia de instancia Y, donde la sentencia de instancia veía una conducta prevaricadora con dolo directo y una conducta malversadora con dolo eventual, el Tribunal Supremo entiende que todos los condenados prevaricadores actuaron con conciencia y voluntad de cometer hechos con una finalidad ilícita más allá de la propia prevaricación: prevaricaban para malversar. Señala que «[e]l voto particular, a cuyos razonamientos nos sumamos y hacemos nuestros, señala con claridad meridiana (pág. 1192), que esta elaboración de la sentencia de casación rebasa el *techo de la convicción probatoria* que fija la sentencia de instancia».

Debe indicarse que es en el antecedente 3 a) de la sentencia donde sí se recoge una síntesis más fiel del contenido del motivo primero de la demanda de amparo.

(ii) Exposición de la queja del recurrente que se efectúa en el fundamento jurídico 5.1 de la sentencia.

En el fundamento jurídico 5.1 de la sentencia de la que discrepamos se indica que al desarrollar argumentalmente el primer motivo de la demanda «el actor despliega alegaciones mayoritariamente dirigidas a cuestionar, desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia, la valoración probatoria realizada por las resoluciones impugnadas» y matiza, «aporta, no obstante, una argumentación concreta que ya fue planteada como “infracción de ley” en el recurso de casación (motivo octavo) y que cuestiona la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal del art. 432.1 CP, alegación esta que se inserta en el ámbito propio del derecho fundamental del art. 25.1 CE». Justifica dicha manifestación –que necesita del apoyo del recurso de casación– al indicar que «sostiene, concretamente, el recurrente que las sentencias impugnadas realizan una subsunción en el tipo penal del art. 432 CP que no distingue adecuadamente las conductas malversadoras de las que previamente han sido calificadas como constitutivas de delito de prevaricación administrativa».

(iii) Conclusión: Es improcedente la totalidad del fundamento jurídico cinco de la sentencia.

Se aborda en la sentencia (fundamento jurídico 5) una inexistente vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con el delito de malversación que no se contempla en el primer motivo de la demanda y se modifica el posicionamiento real del fiscal en relación con ese motivo, para justificar de este modo la existencia del fundamento jurídico 5 relativo a la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con el delito de malversación.

El contenido del motivo primero es claro y no plantea, como se ha expuesto, un problema de legalidad penal sino relativo a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva por inexistencia de pruebas o por ausencia de motivación, como así es posteriormente abordado en la sentencia que estima el recurso de amparo en el fundamento jurídico 6.

Es inadmisibles seleccionar alguna frase de dicho motivo, cuyo contenido es claro, y tras relacionarlo con lo alegado en el recurso de casación, concluir que se invoca la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de malversación.

No es admisible sacar de contexto una frase en la que el recurrente indica que la sentencia no distingue adecuadamente las conductas malversadoras de las que previamente han sido calificadas como constitutivas de delito de prevaricación, para indicar que invoca la vulneración del principio de legalidad penal.

Tan es así que cuando la sentencia tiene que enjuiciar esa eventual falta de distinción entre conductas prevaricadoras y malversadoras, supuestamente en el fundamento jurídico 5.3, nada dice sobre tal confusión y se limita a aplicar la estandarizada motivación que proyecta en otras sentencias al enjuiciar la vulneración de la legalidad penal en relación con el delito de malversación que nada tiene que ver con la aludida confusión entre conductas prevaricadoras y malversadoras.

Confirma lo anterior lo alegado por el Ministerio Fiscal al calificar los derechos que resultan invocados en el primer motivo de la demanda. Indica que:

«El fiscal considera que, si bien el demandante alega en este motivo de forma conjunta, la vulneración de los derechos fundamentales: a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE), como se puede ver en el encabezado de cada uno de los tres apartados en los que la demanda desglosa este primer motivo, lo que está alegando es la falta de prueba suficiente para condenarle por el delito de malversación, pues considera que la prueba sería solo de indicios y que es indeterminada e irracional la valoración de la prueba indiciaria sobre diferentes elementos de este delito. Por tanto, el derecho cuya vulneración se imputa a las resoluciones impugnadas en este motivo es fundamentalmente el de presunción de inocencia. Es cierto que alguna de las alegaciones concretas que se hacen en el desarrollo del motivo, en cuanto se refieren a aspectos jurídicos, pueden encajarse en el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso no se estima que haya alegaciones que impliquen una vulneración del derecho a la legalidad penal, pues incluso cuando alega expresamente la vulneración de este derecho por hacerle responder por hechos ajenos, el fundamento de la alegación es que no hay prueba de que haya cometido hechos que se le imputan que son subsumibles en el delito de malversación, –por lo cual estima que hay una presunción de participación y una condena por hechos ajenos–, por lo que el fiscal considera que es una alegación que tiene mejor encaje como vulneración del derecho a la presunción de inocencia» (pag. 8 de sus alegaciones).

Por tanto, es claro que el fiscal no se opone a la estimación de esta queja, como incomprensiblemente indica la sentencia en el fundamento jurídico 5.1 en su último párrafo, por considerar que la subsunción de los hechos declarados probados en el delito de malversación del art. 432 CP respeta el tenor literal del enunciado normativo contenido en dicho precepto y resulta previsible, si se analiza desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Ni tampoco estima al refutar ese primer motivo de la demanda que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la subsunción realizada en el delito de malversación. Tal posicionamiento del Ministerio Fiscal en relación con el primer motivo de la demanda de amparo no ha existido.

De la lectura de las páginas 33 a 41 de las alegaciones en que el fiscal da respuesta al primer motivo de la demanda, resulta que se opone a la estimación del motivo porque considera que (i) no hay falta de prueba, pues se realiza un análisis amplio de los múltiples indicios y se argumenta de forma razonable la necesidad de valorar conjuntamente todos los indicios para poder comprender la ilicitud de la actuación del recurrente; (ii) en la sentencia de la Audiencia Provincial no se afirma que el demandante de amparo actuase coordinadamente con el resto de condenados para cometer un delito de malversación. No se le imputa como coautor y por tanto no hay cambio del título de imputación por el Tribunal Supremo; (iii) tampoco se aprecia que el Tribunal Supremo haya trasmutado el dolo eventual por el que le condenó la Audiencia Provincial por dolo directo, ni que haya desbordado el techo de convicción probatoria que la Audiencia fijó en el dolo eventual; (iv) el Tribunal Supremo, no cambia el título de imputación ni añade ninguna categoría jurídica que no se encuentre ya en la sentencia de la Audiencia, sino que amplía la justificación de la misma al contestar a los recursos de casación; (v) no se estima irracional la argumentación del Tribunal Supremo (ni la de la Audiencia Provincial) en cuanto a la existencia de dolo eventual respecto del delito de malversación; (vi) no es

irracional que respecto del demandante de amparo el delito medio se haya cometido por dolo directo y el delito fin por dolo eventual; (vii) tampoco es ilógico o contradictorio afirmar como hace el Tribunal Supremo que se le condena por su actuación individual pero que resulta necesario contemplar el conjunto para valorar su actuación; (viii) lo realizado por el Tribunal Supremo ha sido completar la argumentación de la Audiencia Provincial.

En fin, el fundamento jurídico 5 de la sentencia no debió ser redactado. La sentencia hace decir a la demanda que invoca la vulneración del derecho a la legalidad penal sacando de contexto una frase del extenso motivo primero, configura artificiosamente el contenido de la respuesta del fiscal a la inexistente vulneración invocada, que luego ni tan siquiera aborda cuando dicho motivo es examinado.

d) La sentencia de la que discrepamos se desvincula radicalmente de la vulneración planteada por el recurrente y resuelve de modo irracional, incongruente e ilógico, el motivo primero de la demanda de amparo, en su fundamento cinco, que como se ha indicado no expresa ninguna vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

e) En efecto, en el fundamento jurídico 5.3 bajo la rúbrica «Enjuiciamiento de la queja» efectúa un examen de oficio de las resoluciones impugnadas con relación a la condena por malversación en su contribución activa y omisiva que no tienen nada que ver con el contenido de la demanda de amparo y menos aún con el del motivo primero del recurso.

La sentencia se desentiende del recurso para poder aplicar su construcción argumental en virtud de la cual los proyectos de ley no son susceptibles de control por la jurisdicción penal (argumento que ya hemos cuestionado al tratar de la condena por delito de prevaricación) y el *mantra* jurídico: «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».

f) En relación con las conductas activas y omisivas que dieron lugar a la condena como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, la sentencia de la que discrepamos fundamenta la vulneración del derecho a la legalidad penal, no por esa supuesta confusión alegada entre las conductas prevaricadoras y malversadoras que ha dado pie a justificar la existencia de la invocada vulneración, sino por el carácter imprevisible de ser condenado como consecuencia de aplicar las sucesivas leyes de presupuestos. Argumento que nada tiene que ver con el supuesto alegato del motivo primero de la demanda. Dicha razón además es falaz y se repite a modo de *mantra* jurídico reiterado en las sucesivas sentencias que se han sometido a deliberación: «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» (SSTC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3; 97/2024, de 3 de julio, FJ 4.3; 98/2024, de 3 de julio, FJ 5.3).

g) Tal afirmación es insostenible por la sencilla razón de que las leyes no delinquieron, ni –como le atribuye la sentencia de la que discrepamos mediante la errónea atribución efectuada a la sentencia del Tribunal Supremo– pretendieron delinquir en el caso de corrupción política más importante de la reciente historia de España. Delinquieron, como aseveran las sentencias, quienes concedieron, de modo libérrimo y voluntario, las ayudas sociolaborales y dispusieron de los fondos públicos como si fueran propios o quienes pudiendo evitarlo y conociéndolo consintieron esa disposición de fondos.

h) Así lo afirmó la STS 749/202, en su fundamento de Derecho 141.2.4, pág. 1066, cuando indicó que «si bien el Parlamento aprobó las partidas presupuestarias aludidas en el relato fáctico durante los años 2002 a 2009, también lo es que no puede afirmarse que modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, dissociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones». Y, añade que «[l]a aprobación parlamentaria de los

distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales. La actuación del director general de IFA/IDEA no era obligada».

i) 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. Quienes delinquieron fueron quienes programaron las trasferencias de financiación de modo innecesario con la idea de que otros tuvieran recursos para destinarlos a fines ajenos a los presupuestados o quienes se aprovecharon de su dotación presupuestaria para dedicarlas no a su destino de gastos de explotación sino a otros no previstos en los presupuestos.

j) En todo caso debemos insistir, para tener presente la inadmisibile deriva argumental de la sentencia, que el recurrente, en el motivo primero de la demanda de amparo planteaba un problema de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva de las sentencias, pero en ningún caso relativo a la vulneración de la legalidad penal.

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

### 2.1 Planeamiento del recurrente.

Como hemos expuesto el demandante intitula el referido motivo del siguiente modo: «Primer motivo.–Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y 6 CEDH), a un proceso público con todas las garantías incluyendo la presunción de inocencia (art. 24.2 CE y 6 CEDH) y vulneración del principio de legalidad penal (art. 25 CE y 7 CEDH). Negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de condena por prueba indiciaria».

Su contenido ya ha sido glosado.

### 2.2 Doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia.

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

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

De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia «ha de partir “de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad”» [entre otras, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 a), y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4], advirtiendo que esta supervisión externa que hemos de realizar para apreciar la razonabilidad del expresado discurso ha

de ser «extraordinariamente cautelosa» pues, en rigor, «la función de este tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él» (STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 6).

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

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

2.3.1 Modo en que la sentencia enfoca la queja relativa a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

a) La sentencia frente a la que formulamos voto particular comienza el examen del motivo sexto de la demanda dejando claro que la garantía del control de la presunción de inocencia exige orientar el foco de control en la concurrencia de elementos fácticos y argumentales «de una precisión suficiente» para justificar la atribución personal de todos o de alguno de los hechos no afectados por la vulneración del derecho a la legalidad penal durante el tiempo en que el demandante ejerció el cargo de viceconsejero de Justicia y de Innovación. Pretende verificar si se ha motivado suficientemente el engarce necesario entre las conductas que se le atribuyen y su participación.

b) Examina la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la participación y conocimiento del demandante en las disposiciones realizadas desde la Consejería de Empleo en ausencia de fin público y las enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigesimosegundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 31L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo.

c) La sentencia de la que discrepamos indica que no aparece detallada con exhaustividad la motivación de la posible participación del recurrente en la asignación de fondos de dicho programa. Sostiene que la resolución de instancia no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el recurrente tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe la sentencia alguna modalidad de acuerdo o adhesión del encausado a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades.

Añade, en relación con el elemento subjetivo que este debe proyectarse sobre esas concretas disposiciones. Examina los informes de control financiero permanente de la agencia y la existencia de déficit en la Consejería de Empleo como consecuencia del sistema de gestión de tales ayudas y concluye que no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor Rodríguez Román hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de tales fondos.

Incluso se permite valorar el contenido de tales informes de la Intervención de la Junta de Andalucía «para situar en sus justos términos la fuerza probatoria de los mismos». Examina el contenido de los informes y la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado y concluye:

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

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

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

a) La sentencia estima la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Para ello efectúa un extracto mínimo y sesgado del contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial y apenas se refiere a la del Tribunal Supremo. En apenas diez páginas reexamina la valoración probatoria de la sentencia de la Audiencia Provincial efectuada en las págs. 1149 a 1207 y apenas dedica alguna frase al modo en que el Tribunal Supremo aborda la lesión del derecho a la presunción de inocencia. Las razones de las extensas sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, no pueden ser suplidas por el silencio que de la misma se guarda en los antecedentes de la sentencia de este tribunal, ni por la mínima mención que se efectúa al razonamiento de ambas.

b) La sentencia de la que discrepamos, no toma en consideración los argumentos, que expuestos en ambas sentencias y referidos a la extensa prueba documental, sustentan la existencia de prueba de cargo tanto de la posición de garante atendida su condición de miembro del consejo rector de IFA/IDEA durante los años 2005 a 2010, tuvo conocimiento del desvío de las cantidades que como transferencias de financiación se debían aplicar, y no se aplicaban a los gastos de explotación de la agencia que presidía. El hecho de considerar que es una inferencia excesivamente abierta atribuir a quien tiene esas responsabilidades en la agencia, al que se le entregan los informes sucesivamente, año tras año, en el que constan las irregularidades del destino de los bienes, que desconocía el ilícito destino de los mismos es absurdo y supone suplantar la función de valoración de la prueba que le corresponde exclusivamente a los tribunales ordinarios.

c) La sentencia de la que discrepamos, asume una posición de tribunal revisor de la valoración probatoria, que no le corresponde, y sustituye a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. El recurso de amparo no es, ni puede convertirse, en un recurso de apelación, como tampoco el Tribunal Constitucional es una tercera instancia. La sentencia de la que discrepamos selecciona unos pocos párrafos en que examina únicamente una parte de la extensa prueba practicada y materializa su propio juicio inferencial para descartar la acreditación de la autoría y del dolo.

d) Con dicho modo de proceder se aparta en un asunto de tanta trascendencia del criterio rector que ha orientado desde los inicios del funcionamiento el Tribunal Constitucional –conforme a nuestra consolidada doctrina– sobre el enjuiciamiento de las denuncias por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Dicho enjuiciamiento tradicionalmente ha sido marcadamente respetuoso con la valoración probatoria que efectúan los tribunales ordinarios que son los que con inmediación y contradicción presencian, a través de múltiples sesiones de juicio –como es el caso– la actividad probatoria y están en mejores condiciones para valorarla. Sustituir al tribunal de instancia en ese cometido en un juicio de la envergadura del que ha originado este proceso constitucional contraviene nuestra doctrina, aunque sea con el manido argumento de insuficiente motivación que en este caso carece de sustento alguno.

e) La mínima actividad probatoria referida a la comisión de la conducta típica por el recurrente de amparo, valorada por los órganos judiciales de modo que no sea ilógica o insuficiente por irrazonable, que se exige para descartar la vulneración del derecho a la

presunción de inocencia, ha sido satisfecha con creces en las sentencias recurridas. Basta remitirse a las extensas razones dadas por el Ministerio Fiscal para desestimar esta vulneración. No le correspondía al Tribunal revisar la valoración efectuada a través de la cual los jueces alcanzaron su íntima convicción, sino solo controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico, pero mediante una supervisión externa «extraordinariamente cautelosa».

f) Debe indicarse que la sentencia de casación indica que los indicios son múltiples y enumera hasta dieciséis pruebas y señala especialmente en el fundamento de Derecho 125, que «el análisis debe realizarse atendiendo al conjunto probatorio, sin que sea admisible fragmentar o disgregar esa valoración, ni considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado». En tal sentido, no es ilógico ni irrazonable inferir tanto la participación del recurrente como la existencia del dolo atendido que como viceconsejero de Justicia intervino ya a finales del año 2000 y a principios de 2001, en las tres sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros en cuyo orden del día se trató el proyecto de decreto para agilizar la entrega de fondos públicos correspondientes a las subvenciones extraordinarias, al que se acompañaba un informe del interventor general en el que se hacía ya la advertencia de que debería atribuírsele por ley al IFA la competencia para pagar las subvenciones, informe que fue finamente retirado, como se recoge en el acta, porque surgieron problemas para su aprobación, si ese decreto era para regular un instrumento que permitiese hacer efectivo el «eje de cumplimiento del programa de Gobierno» y siguió interviniendo en la aprobación de modificaciones presupuestarias, cambiando la partida de los fondos para subvenciones a otra que no estaba regulada para esa finalidad y que suponía eludir la fiscalización previa.

Posteriormente ya como viceconsejero de la Consejería de Innovación a partir de 2005 y como vicepresidente de IDEA, conoció los informes y memorias que se mencionan en la sentencia y se han reflejado antes, que exponían todas las ilegalidades que se estaban cometiendo y la falta de control de los fondos, e intervino (i) en primer lugar en la Comisión General de Viceconsejeros, en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, para transferir fondos de una partida presupuestaria correspondiente al pago de subvenciones a otra de transferencias de financiación, pero cuyo fin verdadero no era el legalmente previsto sino el pago de subvenciones, a favor de particulares o personas jurídicas privadas, eludiendo el control propio de las subvenciones, a sabiendas que de este modo se producía la disposición de esos fondos públicos, sin una fiscalización eficaz, por el titular de un cargo que no tenía competencia para ello y a través de la entidad IDEA que no tenía la consideración de entidad colaboradora; y (ii) en segundo lugar, cuando se iban a entregar los fondos así asignados, en su calidad de vicepresidente y miembro del consejo rector de IDEA, en la aprobación de los convenios particulares que permitían esa entrega.

Pues bien, la fundamentación contenida en el fundamento jurídico 125 de la sentencia del Tribunal Supremo (págs. 928 y ss.), es perfectamente racional para inferir la existencia de dolo en el recurrente, así como la concreta participación mediante la pluralidad de indicios existente.

g) Por tanto, puede concluirse de modo contundente que las resoluciones impugnadas desde la perspectiva de la doctrina constitucional contienen una argumentación lógica y razonable que se infiere de los hechos declarados probados y abarca todos los elementos del tipo del injusto –incluidos los subjetivos– respecto de la malversación de caudales públicos.

h) De este modo, el control externo de las sentencias que le corresponde a esta jurisdicción constitucional permite afirmar, contrariamente a lo sostenido en la sentencia frente a la que formulamos el presente voto particular, la razonabilidad del nexo establecido por las resoluciones, sin perjuicio de la respetable discrepancia del recurrente sobre otras alternativas posibles a las conclusiones alcanzadas por los órganos judiciales, sobre las que este tribunal no debe pronunciarse.

i) La sentencia ha efectuado una revisión de oficio de la motivación de las resoluciones impugnadas, marginando la valoración probatoria de las sentencias a la que antes se ha hecho referencia y suplantando a los tribunales ordinarios en la función que les corresponde. De este modo, la sentencia efectúa un viraje con relación al tradicional modo de enfocar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y evalúa la valoración de la prueba conforme a criterios de calidad o de oportunidad, alejándose de la supervisión externa que le corresponde y de la «extraordinaria cautela» que debe asumir, al no ser función del Tribunal enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido por las resoluciones impugnadas. La argumentación de las sentencias de instancia y de casación, en razón a lo expuesto, justifica de modo coherente el conocimiento que el recurrente tenía de la ilicitud de la concesión de ayudas por el IFA/IDEA en el periodo que él fue director.

Por lo expuesto, formulamos el presente voto particular.

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