

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16041 *Pleno. Sentencia 98/2024, de 3 de julio de 2024. Recurso de amparo 2391-2023. Promovido por doña Carmen Martínez Aguayo respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que la 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:2024:98

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. 2391-2023, promovido por doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección letrada de don Víctor Moreno Catena, 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 y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don José Antonio Griñán Martínez y don Antonio Vicente Lozano Peña, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez; don Jesús María Rodríguez Román, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica del letrado don Luis Aparicio Díaz; don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña Encarnación Molino Barrero, 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 11 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora doña Olga Coca Alonso, actuando en nombre y

representación de doña Carmen Martínez Aguayo, bajo la dirección letrada del abogado don Víctor Moreno Catena, 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 de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. 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 de ayudas 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 0.113.00.01.00.48100, dentro del programa 22E, relativa a transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro y se tramitaba como una subvención excepcional, sujeta a fiscalización previa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II) Segunda etapa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia.
- (ii) El calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería.
- (iii) Los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el "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 [...] Decreto 9/1999, de 19 de enero, únicamente tenía un triple objetivo:

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

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

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

El convenio marco ni 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 euros.
- En 2003: 55 646 899 euros.

– En 2004: 46 146 389 euros. [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 euros.
- En 2006: 77 291 000 euros.
- En 2007: 79 207 500 euros.
- En 2008: 87 478 495 euros.

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

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

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

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

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

– Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía", ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.

– La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

– No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.

– No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.

– No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.

– No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).

– No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.

– No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.

– No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.

– No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

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

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

– En el año 2009, fueron 1379, afectando a un total de 30821 trabajadores.

– En el año 2010, fueron 1490, afectando a un total de 21450 trabajadores.

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

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

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

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

III) Tercera etapa.

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

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

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

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

b) La demandante de amparo fue condenada en sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo núm. 1965-2017, como autora 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».

La resolución fundamenta la condena de la actora en el hecho de haber participado, de acuerdo con sus funciones y competencias, como viceconsejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, en la elaboración y tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de Andalucía correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, y ello tanto a título individual, dada la responsabilidad particular de su departamento en dicha tarea, como en su calidad de miembro de la comisión general de viceconsejeros, en cuanto órgano que acordó elevar los referidos anteproyectos al Consejo de Gobierno.

Considera la sentencia que la actora se hallaba perfectamente informada de que la consignación, dentro del programa 31L de la Dirección General de Trabajo, en calidad de «transferencias de financiación», de créditos para el pago de ayudas sociolaborales a empresas, era manifiestamente irregular, ya que la finalidad de las referidas transferencias era solo la de equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad pública IDEA. Estima, asimismo, que la recurrente disponía de competencia y facultades de decisión que le permitían impedir la aprobación final de esos anteproyectos y que, por tal motivo, su participación fue determinante para la aprobación y remisión de los consiguientes proyectos de ley al Parlamento de Andalucía. Las mismas irregularidades habrían sido reproducidas, con idéntico conocimiento por parte de la actora, con ocasión de la tramitación de las sucesivas modificaciones presupuestarias.

La Audiencia Provincial considera que estas conductas son constitutivas de un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP, en cuanto la aprobación, en los citados términos, de cada anteproyecto de ley de presupuestos constituiría una resolución arbitraria, dictada en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia. También condena a la actora como autora de un delito continuado de malversación, ya que entiende que conocía y tenía el deber de evitar la utilización ilícita de los fondos consignados en esas partidas. La conexión instrumental entre ambos delitos determina que la resolución aprecie una relación de concurso medial, con el consiguiente reflejo en una penalidad conjunta.

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

d) Por auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la 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 plantea, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y de la libertad personal (art. 17.1 CE), todas ellas como consecuencia de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la «falta de jurisdicción de los tribunales españoles para valorar la acción del Gobierno en la fase prelegislativa».

Se denuncia en este primer motivo que los órganos de la jurisdicción penal (tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) han asumido fraudulentamente la competencia jurisdiccional para enjuiciar actos de naturaleza legislativa, función esta que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional.

El recurso contiene, en este punto, una disquisición sobre la naturaleza jurídica de los actos de iniciativa legislativa en la que se considera que estamos ante una suerte de «acto constitucional» como «acto de contenido político, expresión de una potestad constitucional y, como tal, susceptible de control, pero solo por el Tribunal Constitucional». Se estima, en particular, que la aprobación por parte del Gobierno de un proyecto de ley forma parte del procedimiento legislativo mismo. Eso explicaría que tanto el Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) como el Reglamento del

Parlamento de Andalucía admitan la potestad del Gobierno de retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación, siempre que no haya acuerdo final sobre este (art. 128 RCD) o que no se haya iniciado el debate final del Pleno (art. 126 del Reglamento del Parlamento de Andalucía). La existencia de esta facultad demostraría que la potestad de iniciativa legislativa se extiende a toda la tramitación parlamentaria, sin que pueda escindirse de ella. Argumenta, en la misma línea, la demandante que el acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma que aprueba el proyecto de ley no tiene efectos jurídicos propios. Solo desplegaría efectos dentro del correspondiente procedimiento parlamentario. Por ello, antes de la recepción por el Parlamento se trata de un «documento puramente político», carente, por sí mismo, de eficacia jurídica.

Dada la particular naturaleza de los actos de iniciativa legislativa, la recurrente considera que la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo han instaurado «un inédito control judicial *ex ante*, no de la ley, sino de los proyectos del Gobierno, lo que supone un auténtico desplome de la arquitectura constitucional respecto de las relaciones entre poderes». Alega, en este sentido, que el proyecto de ley «es jurídicamente nada», solo un documento de iniciación de un procedimiento parlamentario del que resulta una ley que no puede ser, por concepto, «ilegal». Cualquier ilegalidad potencial del contenido del proyecto de ley queda, en todo caso, subsanada una vez que se convierte en norma con rango de ley.

Considera, asimismo, la actora que una ley de presupuestos, como norma especial y singular, no puede infringir la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, ni ninguna otra ley anterior con la que pueda entrar en aparente contradicción. Los órganos de la jurisdicción penal han usurpado, por tanto, el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional, único órgano habilitado por la Constitución para fiscalizar las leyes, y ello no por razón de su «ilegalidad» (lo que sería un contrasentido lógico) sino de su inconstitucionalidad.

Concluye la recurrente que la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, al ignorar la potestad legislativa de la comunidad autónoma, «han ignorado también la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para decidir cuándo una ley cumple las exigencias de la Constitución y cuándo no. Vulnera así el principio de separación de poderes e ignora la jurisdicción constitucional». La radical nulidad que conllevaría ese exceso de jurisdicción determinaría, a juicio de la actora, una vulneración del art. 24.2 CE, como derecho a un proceso con todas las garantías, pues «un tribunal carente de jurisdicción va de suyo que no puede ser el juez ordinario predeterminado por la ley ni el proceso seguido lo ha sido con todas las garantías». Los órganos de la jurisdicción penal se han arrogado una jurisdicción que no tienen atribuida para enjuiciar actos constitucionales «sin plantearse siquiera como hipótesis la cuestión de [in]constitucionalidad».

b) Se denuncia, en segundo lugar, una vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de una interpretación extensiva e *in malam partem* del elemento objetivo del delito de prevaricación del art. 404 del Código penal (CP), al no existir, en el caso enjuiciado, una «resolución en asunto administrativo».

En coherencia con el motivo anterior, entiende la recurrente que la interpretación del tipo del art. 404 CP realizada por la Audiencia Provincial de Sevilla y por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es «irrazonable y extravagante». Se basaría, argumenta, en una «concepción forzada» de los actos prelegislativos como actos de naturaleza «administrativa», así como en la equívoca adjetivación de «ilegal» de un proyecto de ley que resulta, a la postre, aprobado por el Parlamento. El núcleo del motivo se refiere, en definitiva, a la extensión, ilegítima a juicio de la actora, del concepto de «resolución en asunto administrativo» a los actos prelegislativos que, de acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia contencioso-administrativa, no tienen, en modo alguno, naturaleza administrativa ni producen efectos jurídicos fuera del puro ámbito parlamentario. No es posible, se alega, que actos que quedan fuera del control judicial

del art. 106.2 CE puedan considerarse resoluciones administrativas a efectos de subsunción en el tipo de prevaricación.

Vuelve a argumentar la actora, a propósito de este segundo motivo, que ninguna «ilegalidad» puede atribuirse a los proyectos de ley de presupuestos que fueron aprobados por el Consejo de Gobierno de Andalucía mientras la recurrente fue viceconsejera de Economía y Hacienda (de 2005 a 2009). En su opinión, la «concepción que subyace en el razonamiento de la sentencia es que las leyes las hace el Gobierno y el Parlamento las fiscaliza», como si, en el caso que nos ocupa, el Parlamento se limitase a convalidar el proyecto de ley de presupuestos presentado por el Consejo de Gobierno. Se llega, a juicio de la recurrente, a entender que la ley es ilegal porque no se sometió en la fase prelegislativa a pautas de tramitación establecidas en disposiciones de rango infra legal, lo que sería absurdo, pues equivale a revertir el funcionamiento del principio de jerarquía normativa.

c) Se alega, como tercer motivo, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la indebida subsunción de los hechos probados en el delito de malversación del art. 432 CP y por la interpretación extensiva e *in malam partem* de los elementos del tipo de dicho delito ya que, según se alega, los actos atribuidos a la recurrente (elaboración de anteproyectos de ley y aprobación de modificaciones presupuestarias) no serían tampoco idóneos para ser subsumidos en dicho tipo penal. La vulneración tendría, en este caso, según se expone en la demanda, una triple vertiente:

(i) No existiría, en primer lugar, una conexión jurídica (o un «engarce jurídico» en las palabras concretamente utilizadas en la demanda) entre los actos que se atribuyen a la actora en su calidad de viceconsejera, insertos en la fase prelegislativa del procedimiento parlamentario y los actos de malversación que resultaron, finalmente, materializados. Señala la recurrente que el Consejo de Gobierno no aprueba partidas presupuestarias y menos aún los viceconsejeros, ya que esta potestad corresponde al Parlamento. La intervención del Parlamento mediante la aprobación de una ley rompe cualquier conexión jurídica entre el proyecto de ley de presupuestos, como acto prelegislativo, y los concretos actos malversadores posteriores. No se ha declarado, en este punto, que el Gobierno engañara al Parlamento. La recurrente alega, en definitiva, que no aprobó ninguna partida presupuestaria, ya que fue la Asamblea Legislativa quien lo hizo. En esas circunstancias «[u]na ley no puede ser un vehículo jurídicamente eficaz para malversar y la ley de presupuestos, y sus créditos, no pueden ser ilícitos».

(ii) Tampoco concurriría la capacidad decisoria sobre los fondos públicos malversados. La modalidad activa de malversación requiere, según argumenta la actora, que se tenga capacidad de disposición, de hecho o de derecho, sobre los bienes que resultan malversados. Alega la actora que quien dispuso de los caudales públicos fue la Dirección General de Trabajo, inserta en el ámbito de la Consejería de Empleo, y que ella, en su calidad de viceconsejera de Economía y Hacienda, no participó de ninguna forma en la gestión del programa 31L ni en los expedientes de ayudas, sobre los que no tenía ninguna atribución decisoria. Hay, pues, un «salto» de la actividad que consiste en la preparación del proyecto de ley de presupuestos a la gestión de las concretas partidas en el ámbito de la Consejería de Empleo. El entendimiento de que la participación en la elaboración del presupuesto implica capacidad de disposición de las concretas partidas es, a juicio de la recurrente, una interpretación irrazonable y extensiva del tipo de malversación.

(iii) No existiría, finalmente, una fuente jurídica que justificase la posición de garantía que se atribuye a la viceconsejera de Economía y Hacienda en relación con los actos de gestión realizados por la Dirección General de Trabajo. La alternativa a la modalidad activa de malversación requiere una posición de garante que exija a la autoridad o funcionario el deber de actuar para impedir la comisión del futurible delito de malversación. No existe, sin embargo, precepto alguno en el entramado competencial del Consejo de Gobierno de Andalucía que sirva de fuente a ese deber de garantía en relación con la viceconsejera de Economía y Hacienda. Por ello, la posición de garante

se construye en las resoluciones impugnadas mediante una interpretación extensiva del tipo penal. En otras palabras: no hay norma alguna que atribuya a la recurrente una función de control del gasto del resto de consejerías. Según se expresa en la demanda, «[n]o todo el mundo es garante de lo que otro hace en la Junta de Andalucía y esa posición no puede presumirse, ni derivarse de indeterminadas funciones implícitas».

d) Se alega, asimismo, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) por ausencia de prueba de cargo suficiente en relación con el elemento subjetivo del delito de malversación.

La recurrente considera que la inferencia del elemento subjetivo (dolo eventual) de la malversación no se funda en elementos de cargo suficientes. Se trata de una prueba indiciaria en la que: (i) la inferencia se basa en indicios que no son unívocos ni concluyentes; (ii) la inferencia a partir de esos indicios es demasiado abierta e indeterminada; (iii) la argumentación que sostiene la inferencia no puede considerarse un discurso lógico y coherente.

En la demanda se afirma que la Audiencia Provincial de Sevilla considera que concurre un dolo eventual. Según la sentencia de instancia, la recurrente habría asumido la realización de actos malversadores concretos como resultado posible de su conducta (consistente en la aprobación de un anteproyecto de ley en el que, mediante una indebida clasificación presupuestaria de la partida relativa a las ayudas, se suprimían controles administrativos). Esa inferencia se basaría en un único elemento probatorio, el llamado «informe adicional de ayudas» del año 2003. Entiende la recurrente que el paso que va de ese informe a la atribución de un dolo eventual es un «salto ilógico» por varias razones:

(i) En primer lugar, por el propio contenido del informe, que detecta ciertas irregularidades producidas en catorce expedientes en el año 2003 sin considerar, en ningún momento, que haya un riesgo de menoscabo de los fondos públicos. De ahí que sea una inferencia ilógica considerar que ese documento, por su contenido, debía llevar necesariamente a la viceconsejera de Economía y Hacienda a representarse mentalmente y a asumir en su fuero interno la eventual realización de concretas conductas malversadoras.

(ii) Existían, además, elementos que desvirtuaban la posibilidad de inferir una situación subjetiva de dolo eventual: (1) el informe se refiere al año 2003, momento en que la recurrente no ostentaba ningún cargo en el Gobierno de la Junta de Andalucía (asumió el cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda en 2004); (2) las ayudas eran gestionadas por un director general de una consejería distinta; (3) el informe adicional procedía de la Consejería de Empleo por lo que era razonable pensar que era esa consejería la que iba a adoptar las medidas oportunas; (4) el informe adicional es una figura atípica, no reglada, por lo que no existía ninguna normativa que determinase sus consecuencias, en particular qué medidas podían adoptarse a partir de dicho informe; (5) se trató de un único informe sobre el año 2003, no se hicieron nuevos informes en los años posteriores; (6) el informe no menciona en ningún momento la existencia de «intrusos o de pagos cruzados, ni de desviaciones o de pagos a otros fines distintos de ese programa», y (7) el informe no alude a la posibilidad de que se produzca un menoscabo de fondos públicos.

(iii) Es incoherente que la sentencia infiera el elemento subjetivo del informe adicional de 2003 en relación con la recurrente y que descarte, en cambio, el dolo eventual del interventor general, que recibió el mismo informe. La demandante considera que la absolución del interventor es correcta pero afirma que, en coherencia, esa misma conclusión absoluta habría debido extraerse para ella.

(iv) Si hubiera existido un riesgo de menoscabo de los fondos públicos, la Intervención habría emitido un informe de actuación. Esta sí es una figura expresamente prevista en el art. 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, que regula el régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de

Andalucía. Debe emitirse, conforme al indicado precepto, cuando no se adoptan las medidas necesarias para solventar las deficiencias detectadas y, en todo caso, cuando se aprecien circunstancias que, por su importancia, puedan ocasionar menoscabo de los fondos públicos. El razonamiento de la Audiencia Provincial para justificar que no se emitiera este informe carece, según señala el recurso, de consistencia, ya que el tribunal provincial se remite a una instrucción del año 2017, «ocho años después de que finalizase la presupuestación con transferencia de financiación, y diecisiete años después del inicio de los hechos investigados».

Según señala el recurso: «si los interventores no apreciaron menoscabo de fondos públicos, ni advirtieron del mismo, cuando tienen las competencias de fiscalización y control del gasto, ¿cómo habría de suponerse ese conocimiento a quienes pertenecían a otras consejerías e intervinieron en la fase de elaboración de la propuesta de ley de presupuestos?».

(v) Existieron informes de la Intervención favorables a las modificaciones presupuestarias: «si para la Intervención las modificaciones no suponían irregularidad alguna, es incoherente sostener que mi mandante tuviese que entender y asumir que su actuación pudiera ser contraria a la ley, ni menos aún que pudiera constituir un riesgo de menoscabo de fondos públicos».

(vi) Reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial que la clasificación presupuestaria como transferencias de financiación perseguía la finalidad de «lograr la plasmación de la decisión política de concesión de ayudas con total rapidez» (pág. 1354) para «dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales», lo que trató de conseguirse con «un sistema ágil» que implicaba, eso sí, la supresión de controles legalmente establecidos. Si la modificación de la clasificación presupuestaria perseguía esa finalidad, la omisión de trámites de control encuentra una finalidad alternativa a la defraudatoria que explicaría la actuación de la recurrente, ajena a todo móvil malversador.

e) Se alega, igualmente, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 y 2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la introducción, en la sentencia de casación, de elementos fácticos nuevos sin sustento probatorio y que implican la realización de un nuevo juicio de tipicidad.

Para la actora, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo introduce elementos fácticos «ajenos y contrarios a los que componían el *factum* de la sentencia de instancia» y los utiliza para confirmar la condena. La principal modificación fáctica que se achaca a la sentencia casacional es la mutación del elemento subjetivo: lo que en la sentencia de instancia era una situación de dolo eventual se convierte, en la de casación, en dolo directo. El resultado malversador pasa a ser el objetivo principal perseguido con el cambio de presupuestación propuesto por el Consejo de Gobierno.

Esto supondría la vulneración: (i) del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pues no se ha dado audiencia a los condenados, ni se ha practicado vista con la debida intermediación, ni la recurrente ha tenido posibilidad de defenderse frente a estas nuevas imputaciones fácticas; (ii) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues los nuevos elementos fácticos carecen de todo sustento probatorio; y (iii) del derecho a la legalidad penal, pues se llega a una interpretación irrazonable y extensiva del delito de malversación sobre la base de hechos que no han sido declarados probados.

f) Existe, igualmente, a juicio de la actora, una vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haberse condenado a la recurrente sin la realización de un juicio de autoría, con sustento en un juicio de culpabilidad realizado *ex novo* en casación.

Se denuncia en este motivo que la Audiencia Provincial no efectúa, en su sentencia condenatoria, juicio de autoría alguno y que el Tribunal Supremo corrige ilegítimamente

ese error al incorporar a la sentencia de casación un juicio de culpabilidad completamente novedoso. Con ello vuelve a excederse en su función revisora (art. 24.2 CE) y vuelve a infringir los derechos de la recurrente a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

El Tribunal Supremo parte de un «conocimiento y de unos actos de los condenados ajenos a la Consejería de Empleo que ni están en el *factum* de la sentencia, ni han sido declarados probados, ni se pueden inferir de las pruebas practicadas, puesto que la propia sala de instancia descartó el conocimiento directo de las personas ajenas a la Consejería de Empleo sobre una disposición por el director general de Trabajo ajena a fines públicos, por lo que las condena por dolo eventual». El Tribunal Supremo introduce nuevas premisas fácticas que le llevan a inferir un dolo directo. Para ello atribuye a la recurrente unas capacidades y competencias sobre la concreta disposición de fondos de las que la Audiencia Provincial nada había dicho.

Se da, en este punto, especial desarrollo a la lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La recurrente considera que, con el nuevo juicio de autoría que introduce el Tribunal Supremo, se realiza una subsunción completamente imprevisible en el tipo penal de la malversación. Se crea, en particular, una responsabilidad omisiva contraria a todas las definiciones previas de la forma impropia de omisión, ya que se prescinde de la existencia de una «obligación específica de actuar o evitar el resultado lesivo». La posición de garante de la viceconsejera de Economía y Hacienda se basa en un deber específico de actuar que no ha sido acreditado. La sentencia del Tribunal Supremo parte del resultado malversador y va incluyendo retrospectivamente como autores de la malversación a todos los que han realizado alguna aportación causal. Trata de ensamblar la responsabilidad penal de todos esos intervinientes con el argumento de que compartían el propósito común de llegar al resultado malversador. Con esa base, subsume la intervención de cada uno de los implicados que no han tenido disponibilidad de los fondos, incluida la propia recurrente, en la modalidad comisiva de la malversación que consiste en permitir que un tercero sustraiga.

g) Se alega, finalmente, vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en su dimensión del derecho al honor (art. 18 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por razón de la publicación anticipada del fallo, acto que se reputa equivalente a una declaración pública de culpabilidad sin sentencia.

La comunicación efectuada el 26 de julio de 2022 en la que se adelantaba el fallo de la sentencia de casación suponía, según la actora, la publicación de una declaración de culpabilidad que no estaba apoyada en ninguna resolución realmente dictada. El Tribunal Supremo perdía, con ello, su imparcialidad y lesionaba el derecho a la presunción de inocencia, pues no concurría ninguna justificación jurídica para ese proceder; no se adoptaba ninguna medida de aseguramiento ni se trataba de una absolución que exigiese la restauración pública del honor de quienes habían sido condenados en la instancia. Se considera, además, que se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que la única finalidad que podía perseguir ese proceder anómalo del Tribunal Supremo era, según la recurrente, «blindar» el fallo desestimatorio y evitar que, en el curso de la deliberación, se produjera un cambio de criterio de uno de los tres magistrados que apoyaban la confirmación de la condena.

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. 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. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 293/2023, 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 suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

(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 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 443/2023, 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 art. 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 2391-2023, interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo».

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

a) La recurrente de amparo ha ratificado, en escrito registrado en este tribunal el 25 de septiembre de 2023, las alegaciones ya formuladas en la demanda.

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

El escrito de alegaciones del Partido Popular se ocupa de modo conjunto de los motivos primero y segundo de la demanda de amparo, al referirse ambos a la subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación del art. 404 CP. Considera que los razonamientos que fundamentan la condena por delito de prevaricación en las sentencias de instancia y casación son «un claro ejemplo de aplicación razonada y razonable de la legislación que debe ser tomada en cuenta en el caso, a los efectos del delito de prevaricación». Con abundante reproducción de extractos de ambas resoluciones sostiene, en particular, que la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una interpretación y aplicación del art. 404 CP que «cuenta con indudable apoyo en nuestra tradición legal y en criterios hermenéuticos plenamente acordes con nuestro sistema normativo, en particular con el orden constitucional»; estima, asimismo, que la sentencia de casación ha «perfeccionado» la argumentación contenida en la resolución de instancia con una «motivación plenamente lógica y racional, previsible y en absoluto arbitraria, acorde con el sentido propio de los términos legales y acorde con los valores constitucionales». En la misma línea, rechaza el motivo tercero de la demanda en la medida en que la subsunción de los hechos en el delito de malversación también «respeta las exigencias del derecho a la legalidad penal, y así

mantiene respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica».

En relación con el motivo cuarto de la demanda, concluye que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues «sin duda alguna, existían pruebas de cargo valoradas racionalmente por los tribunales sobre la culpabilidad de la acusada (y de otros condenados)», lo que trata de justificar con la remisión y cita de los pasajes de las dos sentencias impugnadas que considera más relevantes. En lo que se refiere al motivo quinto, niega categóricamente que la sentencia casacional haya 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 de lo Penal 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 Provincial.

En cuanto al motivo sexto, concluye, con amplia cita de la sentencia casacional, que nada de lo expuesto en esta «altera hecho probado alguno», pues se trata de «meras consideraciones jurídicas en el juicio de autoría o tipicidad» y ello en la medida en que «la función revisora en casación no se limita en la forma estrecha que las partes sostienen en sus incidentes». Se rechaza igualmente que la sentencia casacional haya alterado «la modalidad de dolo que aprecia, a la vista de los hechos probados», siendo, en todo caso, lo «decisivo» que los hechos probados no hayan sido modificados ni se hayan reelaborado las pruebas.

Finalmente, en cuanto al motivo séptimo de la demanda, se estima que la publicación anticipada del fallo «no ha impedido el pleno desarrollo [del] proceso de deliberación de la sentencia» y no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues el Tribunal Supremo «se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal», lo que no puede «equipararse a una condena pública sin motivación». La decisión judicial ya había sido «deliberada y votada» y tenía «indudable relevancia informativa».

c) Don José Antonio Griñán Martínez, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, se ha adherido, en escrito registrado en este tribunal el 7 de noviembre de 2023, a los motivos primero, segundo, tercero, quinto y séptimo del recurso de amparo, por ser coincidentes con los planteados en su propio recurso, así como a la petición de nulidad de la sentencia.

d) Don Antonio Vicente Lozano Peña, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, se ha adherido, en escrito registrado en este tribunal el 7 de noviembre de 2023, a los motivos primero, segundo y séptimo del recurso de amparo, por ser coincidentes con los planteados en su propio recurso, así como a la petición de nulidad de las resoluciones impugnadas.

e) Don Jesús María Rodríguez Román, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 20 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), tanto en lo que se refiere a la condena por delito de prevaricación como a la condena por delito de malversación.

El escrito de alegaciones incluye «argumentos de apoyo» en relación con la alegada interpretación extensiva e *in malam partem* del delito de prevaricación del art. 404 CP. Se insiste, en este punto, en la inconsistencia lógica que supone entender que existen «leyes "ilegales"» o que «cobijan dentro de sí alguna o algunas normas "ilegales" derivadas de un supuesto quebranto normativo sufrido durante la fase prelegislativa». Se toma, asimismo, como referencia fundamental el informe, aportado y sometido a contradicción en el proceso, de dos catedráticos de Derecho Financiero y Tributario, que consideraron que el conflicto normativo que se produce entre el art. 18.1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, que restringe las finalidades de las

transferencias de financiación, y las sucesivas leyes de presupuestos, que «usan expresamente transferencias de financiación para fines no previstos en el citado art. 18», tiene que resolverse de acuerdo con la máxima según la cual la «ley especial se aplica con preferencia a la ley general, ley especial deroga ley general, o ley posterior deroga ley anterior». De ello se derivaría «la validez y efectos de las sucesivas leyes de presupuestos en las que se recogen las transferencias de financiación con finalidad distinta a la de la cobertura de pérdidas de las empresas públicas, por la sencilla razón de que derogaron tácitamente la previsión del art. 18 de la Ley 15/2001». Asimismo, de acuerdo con la citada pericial, la partida presupuestaria aprobada en una ley de presupuestos sería «absolutamente vinculante *erga omnes*» por lo que no habría «resolución administrativa» susceptible de ser subsumida en el tipo de prevaricación.

En lo que se refiere a la condena por delito de malversación, se denuncia que se ha producido un cambio de título de imputación en la sentencia casacional. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo habría convertido la coautoría en autoría directa ligándola, de modo novedoso, a una comisión por omisión del art. 11 CP, a la que la sentencia de instancia no hacía, sin embargo, referencia alguna. También se alega que la sentencia casacional «obvia tratar el elemento subjetivo del delito de malversación» pues vincula, con el solo soporte de la relación de concurso medial, el dolo malversador al previo dolo del delito de prevaricación, sin darle a aquel una justificación propia y específica, apartándose nuevamente, en este punto, de la sentencia de instancia.

f) Don Francisco Vallejo Serrano, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 22 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), tanto en relación con la condena tanto por delito de prevaricación como por delito de malversación.

En lo que se refiere a la subsunción en el tipo de 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 "ilegalidades" dentro de la ley» es una «aporía», «no pudiendo 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, «[v]istas 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 Provincial hablaba de 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.

g) Don Gaspar Zarrías Arévalo, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, se ha adherido, en el propio escrito de personación, registrado en este tribunal el 6 de octubre de 2023, a los motivos primero y segundo del recurso de amparo, por ser coincidentes con los planteados en su propio recurso.

6. El Ministerio Fiscal ha presentado alegaciones, registradas en este tribunal el 8 de enero de 2024 (previa prórroga del plazo conferido al efecto, acordada en diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023).

Considera el fiscal que el examen de los motivos de amparo planteados por la demandante puede dividirse en «tres grandes bloques argumentativos»: (A) en primer lugar, el referido a la condena por delito de prevaricación, bloque que estaría compuesto por los dos primeros motivos recogidos en la demanda de amparo; (B) en segundo lugar, el relativo a la condena por delito de malversación, integrado, a su vez, por los motivos tercero a quinto; (C) finalmente, un tercer bloque argumental estaría formado únicamente por el motivo séptimo, atinente a la publicación anticipada del fallo de la sentencia casacional.

A) En relación con la condena por delito continuado de prevaricación, alega el Ministerio Fiscal lo siguiente:

a) La demandante denuncia en primer lugar la falta de jurisdicción de los tribunales del orden penal para valorar la acción del Gobierno en la fase prelegislativa. Entiende el fiscal que este concreto motivo no fue alegado temporáneamente en el proceso judicial puesto que la ahora recurrente de amparo lo puso de manifiesto, por primera vez, con ocasión de la interposición del recurso de casación. La falta de jurisdicción alegada afectaría, sin embargo, a toda la tramitación del proceso y muy en particular al trámite de juicio oral, pues dicho acto se habría celebrado, siguiendo la tesis de la actora, ante un órgano carente de jurisdicción.

Entiende, por ello, el Ministerio Fiscal que la denuncia de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley debió producirse en el trámite de cuestiones previas del juicio oral. Considera, incluso, que es discutible que se haya invocado esta vulneración en el propio recurso de casación, pues la parte recurrente se limitó a alegar en dicho medio de impugnación sobre la imposibilidad interpretativa de subsumir la conducta enjuiciada en el concepto típico de resolución administrativa. El motivo sería, por ello, inadmisibles de acuerdo con los arts. 44.1 c) y 50 LOTC, ya que la vulneración padecida ha sido, como mucho, tardíamente invocada, si es que fue verdaderamente invocada en algún momento del proceso.

Para el fiscal, no obstante, la concurrencia de esta inadmisión no significa que los argumentos desplegados por la parte actora no sean relevantes para evaluar otros motivos de amparo que sí han sido correctamente formulados. Entiende, en concreto, que la argumentación de la recurrente sobre la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios ha de ser tenida en cuenta en la valoración de la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal del art. 25.1 CE.

b) El segundo motivo se refiere, precisamente, a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que la recurrente estima derivada de la indebida subsunción de los hechos declarados probados en el delito de prevaricación del art. 404 CP, subsunción que se habría consumado, según alega la actora, a través de una interpretación extensiva e *in malam partem* del elemento típico de la «resolución» en «asunto administrativo».

Entiende aquí el fiscal, tras sistematizar todos los argumentos desplegados por la actora en relación con los motivos primero y segundo de la demanda, que la tesis sostenida en las resoluciones impugnadas tiene como «eje esencial» una determinada comprensión «de lo que la sentencia del Tribunal Supremo denomina "procedimiento prelegislativo"». Según esa comprensión, los actos realizados dentro de dicho procedimiento tendrían una suerte de «doble dimensión». La actuación de la recurrente

presentaría, de un lado «una faz "política", no susceptible de control judicial, que incluiría la decisión sobre "el destino o distribución de los créditos presupuestarios entre los distintos programas y partidas presupuestarias"», y otra faz técnica o jurídica, regida, por su parte, por «un "procedimiento administrativo minuciosamente reglado", conforme a una serie de normas de rango legal y reglamentario que la sentencia de instancia reseña, cita y reproduce repetidamente, y que habrían sido repetida y profusamente infringidas a lo largo de todo el proceso de tramitación del referido procedimiento».

La cuestión por dilucidar en el recurso de amparo es, según señala el fiscal, si del análisis de la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas para considerar la aprobación de los anteproyectos de ley como «resoluciones dictadas en asunto administrativo» (art. 404 CP) se infiere que estas han realizado una aplicación de la norma penal que, por su soporte metodológico, ha conducido a una solución opuesta a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios. En este punto, despliega el fiscal la siguiente argumentación:

(i) Aun sin ser determinante, estima el fiscal significativo que la lectura de las sentencias de instancia y casación sobre el extremo indicado impresionen al lector por «su novedad», pues «a lo largo del trayecto de vida» de la Constitución de 1978 «no existe precedente conocido [...] de una condena por prevaricación administrativa que tenga por objeto la decisión de un Gobierno de presentar al Parlamento un proyecto de ley».

(ii) Aprecia, asimismo, cierta inconsistencia argumental en el hecho de que el Tribunal Supremo se esfuerce en demostrar que la actividad parlamentaria, a la que está indudablemente asociada (según reconoce) la actividad prelegislativa del Gobierno, no está completamente exenta de control jurisdiccional y que, a efectos de demostrar esta tesis, ofrezca ejemplos que carecen de conexión con el control, por parte de dicha jurisdicción, de la actividad legislativa, ya que se trataría de supuestos referidos a actos parlamentarios sin valor de ley (como ocurre en el caso de la STC 58/2022, de 7 de abril). Carecería, por ello, de sustento lógico la afirmación del Tribunal Supremo según la cual «[s]i no puede predicarse la naturaleza estrictamente parlamentaria de un acto gubernativo de la mesa de una Cámara legislativa, difícilmente puede incluirse en esa categoría al trámite prelegislativo de un proyecto de ley».

(iii) También habría una falla lógica en el razonamiento según el cual el acto de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento no es un acto de naturaleza legislativa. Aunque el fiscal considera que, a efectos de determinar la validez constitucional de la subsunción en el tipo penal, lo realmente relevante será examinar dicho razonamiento desde una «perspectiva axiológica», entiende que es significativo que el razonamiento judicial resulte cuestionable incluso desde un punto de vista puramente formal, tal y como revelaría, según dice, la sola lectura de la sentencia casacional.

Así, la primera razón dada por el Tribunal Supremo para negar la naturaleza legislativa al acto de aprobación de un proyecto de ley es que dicho acto no lo realiza el Parlamento sino el Gobierno. Esto, para el fiscal es completamente irrelevante pues, en su opinión, «la atribución de competencia al Gobierno para la iniciativa legislativa no predetermina ni califica necesariamente la naturaleza gubernativa –y por tanto administrativa– de esa función, de la misma manera que no toda actividad parlamentaria es legislativa».

Tampoco considera concluyente el fiscal el segundo argumento dado por el Tribunal Supremo, que se apoya en el hecho de que estamos ante un acto sujeto a un concreto procedimiento de tramitación y a reglas que resultan imperativas para el Gobierno. Según afirma, esa sujeción normativa no excluye la naturaleza política del acto ni implica el control judicial por parte de la jurisdicción penal.

El tercer argumento dado por la resolución judicial, según el cual el Reglamento del Parlamento de Andalucía fija como momento inicial del proceso legislativo la recepción en sede parlamentaria de un proyecto de ley (arts. 108 y siguientes), tampoco resistiría, a juicio del fiscal, un examen crítico puramente formal, pues el citado reglamento nada

regula, en realidad, al respecto e incluso contiene preceptos que permitirían llegar a la conclusión contraria a la obtenida por el Tribunal Supremo.

Por último, tampoco la referencia que el Tribunal Supremo hace a su propia doctrina [con cita de la previa STS 163/2019, de 26 de marzo, (ECLI:ES:TS:2019:881)] relativa al concepto penal de «resolución» en el delito de prevaricación, resultaría, a juicio del fiscal, formalmente convincente. La aprobación de un proyecto de ley puede considerarse, en efecto, situada dentro de esa definición jurídico-penal en la concreta dimensión de acto administrativo decisorio pero, según recuerda el fiscal, esa misma definición exige también que dicho acto recaiga en «un asunto administrativo». Con ello se «devuelve el razonamiento a su origen», ya que es justamente la naturaleza administrativa del asunto lo que resulta controvertido en el presente caso.

Considera, en definitiva, el Ministerio Fiscal 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).

(iv) Habría, en todo caso, según expone el fiscal, una «contradicción lógica insalvable» en la argumentación del Tribunal Supremo según la cual puede dissociarse 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 casacional, sí sería posible valorar, a efectos de evitar una impunidad contraria al principio de igualdad, el ajuste de las decisiones adoptadas a las normas imperativas que las regulan).

Entiende el fiscal que ambas dimensiones (control de legalidad de los actos dictados y enjuiciamiento penal de la conducta de sus autores) no son, en el caso que nos ocupa, conceptualmente separables, pues el delito de prevaricación contiene «elementos objetivos sustanciales», como «la injusticia y la arbitrariedad», que exigen un control de la legalidad de los actos dictados. Recuerda, asimismo, que el Derecho penal rige, en nuestro ordenamiento jurídico, como *ultima ratio*, por lo que no es lógico pensar que el ordenamiento jurídico ha atribuido a la jurisdicción penal una función de control jurisdiccional de ciertos actos y que, al tiempo, ha excluido terminantemente que puedan ejercer esa función otras jurisdicciones que actúan normalmente como barreras de protección previas (y que solo en el caso de no resultar suficientes pueden dejar paso a una intervención penal legítima). Afirma, por ello, que la manera de razonar de la sentencia casacional conduce a la «inasumible conclusión» de que «el Derecho penal opera como primera y única barrera jurisdiccional de control de la "legalidad" de una iniciativa legislativa». Añade que, en un contexto marcado por la especial imprevisibilidad de una eventual condena por prevaricación (contexto determinado por la clara exclusión, en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en la doctrina del Tribunal Constitucional, de la posibilidad de todo control jurisdiccional de las iniciativas legislativas del Gobierno, así como por la inexistencia, en el orden penal, de «precedentes de persecución y condena en supuestos similares»), el razonamiento del Tribunal Supremo adolece «de un déficit de coherencia y completitud lógico-jurídica, que impide considerarlo ajustado al canon de idoneidad metodológica que impone la aplicación del art. 25.1 CE».

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

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

Entiende el fiscal que el fundamento de la exclusión de control jurisdiccional, asumida tanto en el orden contencioso-administrativo como en la jurisdicción constitucional, es «preservar el principio constitucional de separación de poderes y, en concreto, la autonomía del Poder Legislativo, al menos respecto del ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 CE atribuye incondicionalmente a las Cortes Generales». Cita el fiscal, en este punto, los AATC 85/2006, de 15 de marzo, y 131/2022, de 11 de octubre, y considera que la protección de la autonomía parlamentaria, que «solo consiente» el control de las leyes una vez aprobadas, no puede convivir con la atribución a la jurisdicción penal de un juicio *ex ante* sobre la «"legalidad" formal y material del contenido de la iniciativa legislativa».

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

Concluye, por ello, que «el razonamiento de las sentencias impugnadas carece de un soporte axiológico verdaderamente conforme a los valores de la Constitución, al no abordar en absoluto un tratamiento constitucional de este conflicto de legitimidades y al anteponer a cualquier otra consideración el ejercicio eficaz de la jurisdicción penal». Considera, por tal motivo, que ha resultado vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE) al haber atribuido las sentencias impugnadas la naturaleza de «resolución en asunto administrativo», a efectos de condenar por delito prevaricación, a los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que aprobaron los anteproyectos de ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma y acordaron su remisión al Parlamento de Andalucía como proyectos de ley.

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

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

Reproduce, en este punto, los arts. 38, 42, 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Resalta, a su vez, la falta de regulación de esas modificaciones en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y en el Reglamento del Parlamento de Andalucía. De ese

régimen normativo deduce el fiscal que, por disposición expresa de la Ley de hacienda pública de Andalucía, una vez aprobada la ley de presupuestos, la competencia para modificar los créditos en los estados de gastos autorizados corresponde «al Consejo de Gobierno o, en su caso, a la Consejería de Hacienda», siempre que la modificación no afecte al crédito global consignado en los presupuestos, «en cuyo caso el Ejecutivo ha de someter al Parlamento un proyecto de ley» por efecto del art. 134.5 CE y del art. 43 de la Ley de hacienda pública de Andalucía.

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

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

Concluye, por todo ello, el fiscal 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).

B) El bloque de motivos de amparo referido a la condena por delito de malversación de caudales públicos se subdivide del siguiente modo:

a) Se ocupa el fiscal, en primer lugar, de la alegación relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), asociada en la demanda de amparo a la «insostenible» subsunción de los hechos en las acciones típicas características de la malversación («sustraer» o «consentir que otro sustraiga»), todo ello en virtud de una pretendida interpretación extensiva e *in malam partem*.

Entiende el Ministerio Fiscal que, en este caso, y a diferencia de lo razonado en relación con la condena por prevaricación, no se han subsumido en el tipo del art. 432 CP conductas exentas de todo control jurisdiccional. Serían irrelevantes, por ello, en el ámbito de la malversación, las alegaciones de la actora relativas a la aprobación por el Parlamento, y no por la Viceconsejería de Hacienda, de las partidas presupuestarias y a la ausencia de un engarce jurídico suficiente entre la proposición de las referidas partidas, en la fase de anteproyecto, y la posterior utilización ilícita de los fondos por parte de la Dirección General de Trabajo. Y ello porque la aprobación de las partidas presupuestarias sustentaría exclusivamente, a juicio del fiscal, la condena por prevaricación, y no la condena por malversación, que tendría, en su opinión, un fundamento distinto: «haber consentido [la actora] la sustracción de los caudales públicos», esto es, no haberla impedido pese a conocerla y tener el deber de evitarla.

Puesto que el verdadero fundamento de la condena por malversación se encuentra, en realidad, a juicio del fiscal, en el hecho de no haber impedido, debiendo hacerlo, la utilización ilícita de los fondos, el único elemento de la queja formulada por la actora que, desde la óptica del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), podría poner en entredicho la subsunción efectuada en las sentencias impugnadas sería, en su opinión, la pretendida ausencia de toda base para fundar una «posición de garante» de la viceconsejera de Hacienda en relación con los actos realizados por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo.

Entiende, sin embargo, el fiscal que no puede aceptarse la tesis de la inexistencia de una fuente normativa que funde esa posición de garante, pues es el propio art. 432 CP el que establece esa «específica obligación legal» al castigar a quien consienta que un

tercero disponga de los caudales o efectos públicos. Por ello, la posición de garante de la recurrente no derivaría del hecho de haber propuesto las partidas presupuestarias en los anteproyectos de ley sino de la capacidad jurídica que tenía para impedir las conductas de disposición ilícita de los fondos públicos por parte de los demás acusados. Por ello, el Ministerio Fiscal descarta toda vulneración del art. 25.1 CE conectada a la subsunción realizada en el tipo de la malversación.

b) En lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la condena por malversación, el fiscal considera que el planteamiento de la recurrente parte del mismo equívoco ya apreciado en relación con la vulneración anterior. Sus alegaciones se fundan en el presupuesto de que ha sido condenada por la tramitación de las partidas presupuestarias en la fase de elaboración de estas, sin que se le atribuya acto malversador alguno producido en la fase posterior de ejecución (a cargo de la Consejería del Empleo) y sin que pueda, por consiguiente, deducirse en modo alguno del acervo probatorio cualquier modalidad de dolo malversador (directo o eventual). Pero la realidad sería, según razona el fiscal, que la recurrente no ha sido condenada, en lo que a la malversación se refiere, por sus actuaciones en la fase de elaboración de las partidas presupuestarias sino por no haber evitado, teniendo el deber de hacerlo, los actos de disposición ilícita realizados en la fase de ejecución propiamente dicha. Se la condena, en definitiva, por «haber consentido» la libre disposición de caudales públicos que tuvo lugar en la Consejería de Empleo, «lo que forma parte de la fase de ejecución del presupuesto y no de la fase de elaboración».

Esa conducta habría sido acreditada en virtud de prueba directa: las declaraciones prestadas por los propios acusados, las declaraciones testificales, abundante prueba documental y varios informes periciales de distintas autoridades y organismos, destacadamente el informe pericial elaborado por la Intervención General del Estado. De todo ello infieren las resoluciones, razonablemente según afirma el fiscal, que la recurrente, por razón de su cargo, tenía conocimiento de las numerosas infracciones de la legalidad que se estaban cometiendo en la disposición de los fondos y que, pese a ello, no actuó, como era su deber, para poner fin a estos desde la posición jerárquica que ocupaba, que le daba atribuciones suficientes para ello. Descarta, por ello, el fiscal que se haya vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

c) También en el bloque relativo al delito de malversación, reprocha la actora a la sentencia casacional haber hecho uso de «elementos fácticos nuevos, ajenos y contrarios a los que componían el *factum* de la sentencia de instancia». El Tribunal Supremo habría introducido estos elementos novedosos, además, «sin motivación, ni prueba en la que ampararse», lo que la recurrente considera lesivo de diversos derechos fundamentales, muy particularmente del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Los elementos introducidos *ex novo* en casación serían, concretamente, los dos siguientes: (i) «que se cambió el sistema de presupuestación con la finalidad de permitir la disposición libérrima de los fondos públicos» y (ii) que existía un «propósito común» entre los acusados.

En relación con el primer elemento, reconoce el fiscal que la sentencia de la Audiencia Provincial menciona en varios pasajes que la finalidad del cambio de presupuestación de las ayudas sociolaborales era «lograr una mayor rapidez en [su] concesión y pago», esto es, agilizar, en definitiva, su tramitación. Sin embargo, la misma resolución añade que también se perseguía la finalidad de «eludir la fiscalización previa» y «la tramitación de los [correspondientes] expedientes», o, más generalmente, la de eludir «la normativa de subvenciones». También omite la actora, según añade el fiscal, que la supuesta motivación de agilización de las ayudas fue considerada, en la sentencia de instancia, como una finalidad irrazonable, lo que daba mayor protagonismo a la concurrente voluntad de eludir los trámites de control. Concluye, por ello, el fiscal que a la queja del recurrente le falta, en este primer punto, su presupuesto fáctico, pues las tesis de la sentencia de instancia y de casación son sustancialmente coincidentes, por más que el Tribunal Supremo la exprese en términos más contundentes.

Llega al fiscal a la misma conclusión en relación con la existencia de un «propósito común» entre los acusados pues, según señala, la lectura de la sentencia casacional pone de manifiesto que no se trata de una afirmación fáctica sino de una mera referencial argumental, contenida en dos pasajes de la resolución, al hecho de que los acusados realizaron sus conductas de forma individual pero con la misma finalidad.

Al fallar el presupuesto fáctico de la queja, concluye el fiscal que esta debe ser desestimada.

d) El último motivo que el fiscal examina dentro del bloque relativo a la malversación es la vulneración de diversos derechos fundamentales (legalidad penal, tutela judicial efectiva sin indefensión, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia) derivada de la inexistencia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de un juicio de autoría y de la realización *ex novo* de dicho juicio por parte del Tribunal Supremo en la sentencia casacional.

Explica, en este punto, el fiscal que la sentencia de la Audiencia Provincial dedica un fundamento jurídico al juicio de autoría, en el que considera a los acusados autores materiales y directos, argumentando, en particular, sobre el concepto penal autónomo de funcionario público y su aplicación a los responsables del IFA/IDEA, a los que entiende que no cabría considerar meros cooperadores necesarios. Reconoce el fiscal que se trata, en comparación con la extensa argumentación dedicada a otras cuestiones y tal y como señaló la propia sentencia casacional, de un fundamento caracterizado por el laconismo, pero no por ello deja de existir en él un juicio expreso de autoría, jurídicamente fundado. De ahí que el Tribunal Supremo no rebasase sus competencias al dar respuesta a las alegaciones formuladas por las partes en relación con el referido juicio de autoría confirmando la conclusión alcanzada en la instancia con una argumentación más amplia.

Al fallar, nuevamente, «la premisa inicial» de la queja formulada, el Ministerio Fiscal considera que esta debe ser desestimada.

C) El último bloque argumental tratado por el Ministerio Fiscal se refiere, en exclusiva, a la comunicación pública, de forma anticipada, del fallo condenatorio, producida el día 26 de julio de 2022, acto que la recurrente estima lesivo de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), su derecho al honor (art. 18 CE) y su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Destaca el fiscal que, cuando se produce la referida comunicación pública, «la interesada ya estaba condenada –por prevaricación y por malversación de caudales públicos– por la sentencia de instancia, con lo que su derecho fundamental a la presunción de inocencia ya había sido enervado por virtud de sentencia definitiva, aunque no firme, de aquella Audiencia Provincial». De ello se deriva, en su opinión, que el acto de comunicación pública no plantea más problema que el alcance extraprocesal de la presunción de inocencia y su posible afectación por la difusión pública de la condena. Sentada esta base, estima el fiscal que la providencia dictada por el Tribunal Supremo no pudo afectar a la dimensión o eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia, ya que la finalidad de dicho acto era facilitar una información de indiscutible interés público y no se añadía ningún gravamen en la reputación o consideración pública de la recurrente que no estuviera ya presente en la condena recaída en la instancia, pues la providencia dictada por el Tribunal Supremo se limitaba a indicar que dicha condena había sido confirmada. Por todo ello, el fiscal también interesa la desestimación de este motivo.

Una vez que ha dado respuesta a las diversas quejas formuladas por la actora, el fiscal dedica un apartado final de sus alegaciones a clarificar los efectos que, a su juicio, debería conllevar la estimación de la vulneración del derecho a la legalidad penal derivada de la indebida subsunción en el tipo objetivo del delito de prevaricación de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno.

Considera el fiscal que no debe procederse, como suele ser habitual, a la anulación del fallo, ya que la condena por prevaricación sigue teniendo sustento en los actos de

aprobación de las correspondientes modificaciones presupuestarias, que también han sido subsumidos, en este caso de forma compatible con el art. 25.1 CE, en el referido tipo penal. La pervivencia de una base jurídica de la condena hace que el fiscal se pregunte si la nulidad y retroacción puede tener algún efecto útil desde el punto de vista de la pena impuesta a la actora. Aprecia, aquí, que la condena recaída deriva de un concurso medial entre el delito de prevaricación y el delito de malversación de caudales públicos en el que se impuso a la recurrente la pena mínima posible. Estima por ello que, en este caso, la nulidad y retroacción de las actuaciones carece de todo efecto útil, pues los órganos judiciales no pueden imponer una pena inferior a la ya aplicada. Por tal motivo, concluye el fiscal que en este caso la restitución del derecho fundamental de la demandante de amparo ha de contraerse a la sola declaración de la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación exclusiva con la subsunción de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno en el delito de prevaricación.

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

1.1 Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que condenó a la demandante de amparo como autora de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de seis años y dos días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de quince años y dos días; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestimó el recurso de casación formulado por la demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020), y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

La recurrente alega en su escrito de demanda las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: (i) de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) porque los órganos de la jurisdicción penal han asumido fraudulentamente la competencia jurisdiccional para enjuiciar actos de naturaleza legislativa, función esta que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional; (ii) del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) como consecuencia de 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»; (iii) del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la indebida subsunción de los hechos probados en el delito de malversación del art. 432 CP y por la interpretación extensiva e *in malam partem* de los elementos de dicho tipo penal; (iv) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por ausencia de prueba de cargo suficiente en relación con el elemento subjetivo del delito de malversación; (v) del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 y 2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE) como consecuencia de la introducción, en la sentencia de casación, de elementos fácticos nuevos sin sustento probatorio y que implicarían la realización de un nuevo juicio de tipicidad; (vi) del derecho fundamental a

la legalidad penal (art. 25.1 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haberse condenado a la recurrente sin la realización de un juicio de autoría, con sustento en un juicio de culpabilidad realizado *ex novo* en casación; (vii) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) «en su dimensión de derecho al honor» (art. 18 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por razón de la publicación anticipada del fallo, acto que en la demanda se reputa equivalente a una declaración pública de culpabilidad sin sentencia.

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

Las representaciones procesales de don José Antonio Griñán Martínez, don Antonio Vicente Lozano Peña, don Jesús María Rodríguez Román, don Francisco Vallejo Serrano y don Gaspar Zarrías Arévalo se han adherido al recurso de amparo y han interesado su estimación, algunas de ellas con argumentos convergentes con los empleados por la demandante, sintetizados en el antecedente 5, letras c), d), e), f) y g) respectivamente.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha interesado en su escrito de alegaciones la desestimación íntegra de la demanda de amparo con los argumentos que han sido consignados en el antecedente 6.

1.2 Óbice procesal: inadmisión del primer motivo de amparo.

El fiscal considera que el primer motivo de amparo, relativo a la falta de jurisdicción de los tribunales del orden penal para enjuiciar actos legislativos, no fue alegado temporáneamente en el proceso judicial puesto que la recurrente de amparo lo puso de manifiesto, por primera vez, con ocasión de la interposición del recurso de casación; según añade el fiscal, es discutible incluso que dicho motivo fuera realmente invocado en casación, pues la vulneración aducida en el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo se refería a la interpretación de los elementos objetivos del tipo de prevaricación, no a la falta de jurisdicción de los tribunales del orden penal.

La causa de inadmisión alegada por el fiscal ha de ser acogida por las siguientes razones:

(i) De acuerdo con la doctrina de este tribunal, «el cumplimiento del requisito de invocación formal para la admisión del amparo exige que los tribunales ordinarios en todas sus instancias y desde que fue conocida la supuesta vulneración hayan tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Una invocación tardía posibilita que la instancia ante la que se plantea se pronuncie sobre el particular, pero no puede subsanar el hecho de que instancias inferiores vean sustraída la posibilidad de emitir su propio pronunciamiento sobre la cuestión» [por todas, STC 11/2022, de 7 de febrero, FJ 2 B) a)].

(ii) La falta de jurisdicción de los órganos penales, alegada por la actora afecta, según su propia argumentación, a toda la tramitación del proceso penal, pues la concurrencia de jurisdicción es un presupuesto necesario de la existencia del proceso mismo, cuya ausencia puede ser apreciada en cualquier momento. Debió, por ello, ponerse de manifiesto en el trámite de cuestiones previas del juicio oral, que conforme al art. 786.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), es el idóneo para denunciar vulneraciones de derechos fundamentales. Ha de recordarse, en este punto, que «si bien es posible la alegación en el escrito de defensa, no estando expresamente previsto un trámite al efecto en la legislación procesal hasta el comienzo del juicio oral, bast[a] con haber alegado la vulneración del derecho fundamental en dicho trámite al inicio del juicio oral (anterior art. 793.2, actual art. 786.2 LECrím)» (STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 5).

(iii) No es aplicable al presente caso la doctrina de este tribunal, posterior a la citada STC 132/2006, según la cual puede admitirse como denuncia temporánea la que se produce en el trámite final de alegaciones en la vista oral, al igual que en el proceso para

el enjuiciamiento de delitos graves [SSTC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.7.3 b) (iv), y 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.7.3 b) (iv)] pues, en el presente supuesto, tampoco se realizó tal denuncia en dicho momento sino, a lo sumo, en el trámite de casación, siendo claro en todo caso que «la denuncia de la lesión del derecho ha de formularse en la misma instancia, antes de recaer sentencia y no como motivo de impugnación de esta última en un recurso devolutivo» [STC 11/2022, de 7 de febrero, FJ 2 B) a)].

La falta de invocación temporánea determina, por ello, la inadmisibilidad del primer motivo de amparo de acuerdo con lo previsto en los arts. 50.1 a) y 44.1 c) LOTC. No obstante, como señala el propio fiscal, los argumentos desplegados por la parte actora con ocasión del planteamiento del presente motivo de amparo pueden ser tenidos en cuenta para evaluar la posible vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal del art. 25.1 CE en relación con la condena por delito de prevaricación, queja con la que guardan una evidente relación y que sí ha sido correctamente planteada.

1.3 Orden de análisis de las quejas.

Una vez inadmitido el primer motivo de amparo, puede procederse al enjuiciamiento del resto de las quejas planteadas por la actora siguiendo el mismo orden en el que han sido expuestas en la demanda. Se examinarán por ello, en primer lugar, las quejas relativas a la vulneración del derecho a la legalidad penal (motivos segundo y tercero de amparo), después la atinente a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (cuarto motivo de amparo) y, seguidamente, las que se consideran producidas con ocasión del recurso casación (motivos quinto y sexto) cuyo análisis puede verse condicionado por la respuesta que reciban las anteriores. Analizaremos, finalmente, la queja relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal atribuida a la publicación anticipada del fallo (motivo séptimo), que tiene una significación autónoma.

2. Breve delimitación fáctica y jurídica del proceso «ERE» y de la condena de la 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 la transferencia de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía de dar cuenta inmediata a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

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

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

c) En los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de los 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 31L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, centro directivo que tiene atribuida las competencias que corresponden a la consejería en materia de relaciones laborales.
 - Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras.
 - Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
 - Continuar la línea de colaboración con IDEA en aplicación del concierto de ayudas para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor desde el año 2001.
 - En aras del mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, continuará en vigor durante el ejercicio de 2003 el convenio marco entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001 referido a las ayudas a las empresas para prejubilaciones, expedientes de regulación de empleo y proyectos de viabilidad, con el que se pretende atender a los sectores o empresas en crisis para que se mantenga el mayor volumen de empleo posible.

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

Las citadas partidas presupuestarias –440.00 «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» y 440.51 «Transferencias de financiación al IFA/IDEA»– fueron aprobadas por el Parlamento de Andalucía en las correspondientes leyes de presupuestos de los 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 euros y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía», decidieron sustraer al conocimiento del consejo rector, a partir de la reunión de 27 de mayo de 2003, todas las ayudas sociolaborales, con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la suma total de las ayudas recibidas por el conjunto de trabajadores de cada empresa. Respecto de las ayudas destinadas a las empresas, el método utilizado fue el fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos.

En el ejercicio 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 de la Junta de Andalucía 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

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

2.3 Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

– Concesión de las ayudas sociolaborales.

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

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

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

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales [disposiciones relacionadas en el apartado b)], ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado 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 22E y 31L, de los que se dispuso año tras año para atender a los compromisos asumidos frente a terceros mediante el mecanismo de las transferencias de financiación al IFA/IDEA para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Tras cuantificar su importe anual, la sentencia de instancia distingue entre los fondos del programa 31L que tuvieron por objeto ayudas sociolaborales, a las que dedica el subapartado A); los destinados a empresas en crisis, que son objeto del subapartado B), y finalmente, los que se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de dicho programa, que describe en el subapartado C).

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Hechos por los que ha sido condenada la demandante de amparo.

Los hechos por los que ha sido condenada doña Carmen Martínez Aguayo están descritos en los hechos probados y en los fundamentos de Derecho 38 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla.

A) Doña Carmen Martínez Aguayo ocupó el cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda entre el 26 de abril de 2004 y el 24 de abril de 2009. En el ejercicio de dicho cargo, la recurrente tenía competencias para la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos y formaba parte de la comisión general de viceconsejeros (órgano encargado de elevar dichos anteproyectos al Consejo de Gobierno). La recurrente de

amparo ha sido condenada, en relación con el ejercicio de estas competencias, por los siguientes hechos:

a) Participar en la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de presupuestos para los ejercicios 2005 a 2009, manteniendo el proceder que se había seguido en los ejercicios precedentes pese a conocer que generaba graves incumplimientos normativos en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, fundamentalmente, según la sentencia, los siguientes: el envío de fondos al IFA/IDEA para el gasto público de subvenciones excepcionales; la utilización del IFA/IDEA como entidad pública colaboradora para el pago de subvenciones excepcionales, la omisión de la fiscalización previa de la intervención delegada de la Consejería de Empleo; la omisión absoluta en la concesión de las ayudas del procedimiento establecido en la Ley general de hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía o la asunción de compromisos de pago que superaban los límites de los créditos presupuestariamente aprobados (en contravención de lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley de hacienda pública de Andalucía).

b) Participar, pese a tener conocimiento de los incumplimientos normativos ya aludidos, en la tramitación y elevación al Consejo de Gobierno de las siguientes modificaciones presupuestarias: la de 9 de diciembre de 2004, en la que se incrementó en un importe de 2 994 876 euros el programa 32H, «Servicio Andaluz de Empleo»; la de 7 de diciembre de 2005, en la que se incrementó en 799 895,97 euros la aplicación presupuestaria 440.51 y 31L, dando de baja las aplicaciones 480.01, 480.03 y 480.13 del programa 31L; la de 7 de noviembre de 2006, en la que se incrementó en 9 300 000 euros la aplicación presupuestaria 440.51.31L, dando de baja las aplicaciones del programa 32A; la de 27 de noviembre de 2007, mediante la cual se incrementó en 7 448 503,44 euros la aplicación presupuestaria 440.51.31L dando de baja otras aplicaciones; y la de 22 de diciembre de 2008, mediante la cual se incrementó en 1 253 853,89 euros y 6 011 836,20 euros las aplicaciones presupuestarias 440.51.31L y 740.51.31L dando de baja otras aplicaciones del programa 32H, y se incrementó en 8 000 000 euros la aplicación 740.18.3 1L, mediante la generación de crédito (si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la intervención delegada de la Consejería de Empleo).

B) Doña Carmen Martínez Aguayo ocupó también el cargo de consejera de Economía y Hacienda desde el 23 de abril de 2009 hasta el 7 de septiembre de 2013. Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia consignan que, estando la recurrente en ejercicio de dicho cargo, fue aprobada por el nuevo viceconsejero de Economía y Hacienda, el 1 de diciembre de 2009 y por delegación de la recurrente, una modificación presupuestaria por importe de 300 000 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51 31L «Transferencias de financiación agencia IDEA».

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

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

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal que consagra, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, 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 (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), 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 fijar sus correspondientes penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta puede burlarse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, 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 de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor 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 de la recurrente y de las posiciones de las partes personadas.

(i) Alegaciones de la recurrente.

Como ya se ha expuesto, la demandante en amparo fue condenada como autora de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación. La recurrente considera que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por dos motivos: (i) porque las sentencias recurridas han efectuado una interpretación extensiva *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» y (ii) porque los órganos judiciales han efectuado una interpretación del tipo del art. 404 CP «irrazonable y extravagante» al considerar que la elaboración de un anteproyecto de ley y su aprobación como proyecto de ley tienen naturaleza administrativa. Alega que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la contencioso-administrativa, tales actos no pueden calificarse como administrativos. Sostiene, además, que no producen efectos jurídicos fuera del puro ámbito parlamentario. Por ello, entiende que han de quedar fuera del control judicial del art. 106.2 CE, lo que impide que puedan subsumirse en el tipo de prevaricación.

Aduce también que «la concepción que subyace en el razonamiento de la sentencia es que las leyes las hace el Gobierno y el Parlamento las fiscaliza». A su juicio, los órganos judiciales, al considerar que la ley es ilegal porque en la fase prelegislativa no se respetó la tramitación establecida en disposiciones de rango infra legal, han revertido el funcionamiento del principio de jerarquía normativa.

(ii) Exposición de lo alegado por las partes personadas.

El Partido Popular considera que las sentencias de instancia y casación han fundamentado la condena por el delito de prevaricación efectuando una aplicación razonada y razonable del mismo (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.

Don José Antonio Griñán Martínez, don Antonio Vicente Lozano Peña, don Jesús María Rodríguez Román, don Francisco Vallejo Serrano y don Gaspar Zarrías Arévalo se adhieren a este motivo del recurso, al ser coincidente con lo planteado en sus propios recursos. El señor Rodríguez Román alega como «argumento de apoyo» la inconsistencia lógica que supone entender que existan «leyes ilegales». También sostiene 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 entiende 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 de la 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 llamadas «modificaciones presupuestarias» de las partidas 22E y 31L. En su opinión, tanto la sentencia de instancia como la casacional califican las modificaciones presupuestarias como actos de «naturaleza administrativa» con argumentos «atinados y perfectamente asumibles». Entiende que este tipo de resoluciones han recaído en «un procedimiento reglado que se inicia, se desenvuelve y se resuelve, con pleno efecto ejecutivo, en el seno de los órganos del Gobierno». Sostiene además que, como las modificaciones presupuestarias no pueden ser consideradas actos con «rango, fuerza o valor de ley», fruto de la «reserva de ley que impone el artículo 134 CE en materia presupuestaria», no hay razón alguna para «temer por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego». Tampoco existiría, a su juicio, peligro para «el principio consustancial de la separación de poderes». 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 de la recurrente.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo por el que la recurrente adujo que las aprobaciones de los anteproyectos de leyes de presupuestos no pueden ser calificadas como resolución administrativa a efectos penales. La recurrente fundamenta esta conclusión en que, por una parte, carecen de eficacia ejecutiva y, por otra, deben ser objeto de posterior aprobación parlamentaria. De igual modo, el Tribunal Supremo rechaza el motivo en el que la actora sostiene que las modificaciones presupuestarias, al ser actos de gobierno, no forman parte de un proceso administrativo y por ello no pueden ser sometidos a control jurisdiccional.

El Tribunal Supremo desestima estos motivos del recurso de casación por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos vigésimo a vigesimosegundo y vigesimosexto, destinados a la resolución de lo que denomina «cuestiones generales». En síntesis, estos fundamentos sostienen que:

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

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

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

(iv) La sentencia de la Sala de lo Penal, a los efectos de determinar si concurren los elementos típicos del delito de prevaricación distingue, por una parte, «entre la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno así como el contenido del proyecto normativo, en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad y discrecionalidad, que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional» y, por otra, «las distintas decisiones que se adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley) que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Estas últimas son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Carecería de sentido [se afirma en la sentencia impugnada] que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 246).

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

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

(vii) Las consideraciones expuestas llevan al Tribunal Supremo a afirmar que la elaboración de un anteproyecto de ley, su aprobación como proyecto, así como el proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria pueden ser calificados 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 293/2023, de 5 de junio, FJ único, se afirma que uno de los motivos por los que este recurso tiene especial trascendencia constitucional es porque «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo sobre 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. 163 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas [art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)] o, en su caso, declaradas nulas por los órganos judiciales para garantizar la supremacía constitucional, cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

B) Para la resolución de este recurso de amparo es importante también analizar la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley. La ahora recurrente ha sido condenada 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 viceconsejera de Economía y Hacienda, de los anteproyectos de las leyes de presupuestos para los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009.

a) En la STC 93/2024, de 19 de junio, y en la jurisprudencia allí citada el Tribunal ha establecido que los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control jurisdiccional afirmando que «la 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, de 19 de junio, FJ 4.3.4, «[e]l proyecto [de ley] cuyo contenido contraviene la normativa existente mientras que es proyecto no puede someterse a un juicio de legalidad –en ese momento es un acto inexistente para el Derecho– y, una vez que se ha aprobado, al haberse convertido en ley, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad. Este juicio solo puede efectuarse respecto de la ley aprobada, no respecto de los actos que conforman su procedimiento de elaboración, que nunca tienen eficacia *ad extra* y, como meros actos de trámite, una vez dictado el acto final, esto es, la ley, carecen de autonomía respecto de ella».

c) Resulta, por tanto, que «[e]l contenido del anteproyecto o del proyecto, en tanto tales, es infiscalizable y no puede ejercerse más control que el político» (STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.3.3, que cita, a su vez, el ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6).

C) «El principio de división de poderes determina que los diversos poderes que conforman nuestro Estado han de ejercer sus atribuciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los estatutos de autonomía. Cada uno de ellos tiene constitucionalmente atribuido su ámbito competencial, que viene delimitado, no solo en su dimensión 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, de 19 de junio, FJ 4.3.5).

4.4 Enjuiciamiento de la queja.

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

Para ello, han de distinguirse los distintos hechos por los que ha sido condenada como autora de un delito continuado de prevaricación: A) la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de presupuestos para los ejercicios 2005 a 2009; B) la tramitación y elevación al Consejo de Gobierno de las modificaciones presupuestarias de 2004 a 2008 más arriba expuestas (FJ 2.4), y C) la modificación presupuestaria de 1 de diciembre de 2009, aprobada por el viceconsejero de Economía y Hacienda por delegación suya.

A) La elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de presupuestos para los ejercicios 2005 a 2009.

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 la recurrente, es preciso examinar, en primer lugar, si la interpretación que las sentencias recurridas han realizado del concepto «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, de 19 de junio, 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 anteproyectos de ley y su aprobación como proyectos de ley los convierte en actos reglados. De lo anterior se deduce «que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial. Excluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)» [FJ 4.4.1 a)].

Las consideraciones que acaban de hacerse son incompatibles con las contenidas en las sentencias recurridas, en las que se sostiene que las actuaciones realizadas con ocasión de la aprobación 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 la aprobación de anteproyectos de ley de presupuestos pueda ser calificada como resolución recaída en asunto administrativo. Al haberlo entendido así las sentencias impugnadas han incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» que vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25 CE.

b) Por otra parte, la recurrente ha alegado que, en contra de lo afirmado en las sentencias impugnadas, las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 2009 incluyeron un criterio de presupuestación, el contenido en el programa 31L, que desplegó plenos efectos jurídicos. También alega que los órganos judiciales, al considerar que la ley es ilegal porque en la fase prelegislativa no se respetó la tramitación establecida en disposiciones de rango infra legal, han actuado en contra del principio de jerarquía normativa. Entiende, además, que la «concepción que subyace en el razonamiento de la sentencia es que las leyes las hace el Gobierno y el Parlamento las fiscaliza».

En efecto, la forma de razonar de las sentencias recurridas, como ya se puso de relieve en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.1 b), supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente».

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

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

Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las leyes de presupuestos para los años 2002 a 2009 contenían 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, de 19 de junio, y por las razones allí expuestas, ha de concluirse que la apreciación de los elementos típicos del art. 404 CP efectuada por las resoluciones impugnadas respecto de la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de ley de presupuestos es contraria al art. 25.1 CE.

B) Las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha señalado en este mismo fundamento jurídico, apartado 4.1, la recurrente fue condenada como autora de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación por haber tramitado y elevado al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias en los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 relativas al programa 31L incumpliendo, según las sentencias impugnadas, las normas de estructura presupuestaria y clasificación del gasto establecidas en la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998. Por lo que se refiere a la modificación presupuestaria

aprobada para el pago de ayudas sociolaborales por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 por importe de 2 994 876 € en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo»), las resoluciones recurridas consideran que los fines de dicho programa eran por completo ajenos a la finalidad a la que se dedicaron, por lo que la califican de ilegal.

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

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

Cuestión distinta es si esta clase de actos pueden considerarse arbitrarios. Las sentencias recurridas así lo consideran. Sostienen que se realizaron prescindiendo de las exigencias procedimentales y materiales con el fin de eludir los controles exigidos por la normativa subvencional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 24.2, pág. 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 que para hacer tal juicio externo no puede desconocerse que, desde el año 2002, se incluyó en las leyes de presupuestos el programa 31L, que tiene por objeto otorgar transferencias de financiación al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales. En los documentos que acompañan a dichas leyes, «en particular en las memorias –transcritas en sus pasajes más relevantes en las sentencias que ahora se recurren– se hace referencia a la finalidad que con ese programa se pretende, quién ha de ejecutarlo y cómo debe hacerlo». Estos datos, a los que ahora procede remitirse, quedaron expuestos en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.2.

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

Una vez expuesta la doctrina que debe aplicarse a este extremo, procede examinar si las modificaciones presupuestarias en cuya elaboración participó la 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 la recurrente participó en la aprobación de las siguientes modificaciones presupuestarias que se destinaron al pago de ayudas sociolaborales:

(i) Seis modificaciones presupuestarias por las que se incrementaba la partida 31L en las aplicaciones presupuestarias 440.51 o 740.51. Estas modificaciones presupuestarias fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2005 por importe de 799 895,97 euros; el 7 de noviembre de 2006 por importe de 9 300 000

euros; el 27 de noviembre de 2007 por importe de 7 448 503,44 euros, y el 22 de diciembre de 2008 en que aprobó tres modificaciones presupuestarias: una por importe de 1 253 853,89 euros, otra por importe de 6 011 836, 20 euros y la tercera por importe de 8 000 000 euros [si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la intervención delegada de la Consejería de Empleo].

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

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

No ocurre lo mismo con la modificación presupuestaria realizada en el programa 32H. El fin de este programa no era la concesión de ayudas sociolaborales por lo que, al ser dedicados estos fondos a ayudas sociolaborales, su consideración por las resoluciones judiciales impugnadas como resolución arbitraria recaída en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP.

C) La modificación presupuestaria de 1 de diciembre de 2009, aprobada por el viceconsejero de Economía y Hacienda por delegación de la recurrente.

Aunque esta modificación presupuestaria figura en los hechos probados, la Audiencia Provincial no alude a ella ni en el fundamento de Derecho 38 ni en el 49 de su sentencia, por lo que no parece que la recurrente haya sido condenada por esta actuación. En todo caso, al tener cobertura en el programa 31L de la Ley de presupuestos para el año 2009, no podría considerarse manifiestamente ilegal, por lo que si hubiera sido condenada por este hecho habría que considerar que las resoluciones judiciales han efectuado una aplicación extensiva del delito de prevaricación.

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

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

La recurrente considera que las resoluciones impugnadas, al calificar las conductas declaradas probadas por la Audiencia Provincial como delito de malversación, proceden a una subsunción indebida en el tipo penal del art. 432 CP, lesiva del derecho fundamental a la legalidad sancionadora previsto en el art. 25.1 CE. Alega, en particular, que las resoluciones impugnadas realizan una interpretación irrazonable y extensiva del delito de malversación. Esta vulneración se desenvuelve, según se explica en la demanda, en una triple vertiente:

(i) La aprobación parlamentaria de los proyectos de ley de presupuestos determinaría, a juicio de la actora, la ruptura de cualquier conexión jurídica que pudiera establecerse, a efectos de condenar por el delito del art. 432 CP, entre los concretos actos que se le atribuyen –en particular, la participación en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos y de las correspondientes modificaciones presupuestarias– y el resultado malversador consistente en la disposición de fondos

públicos con omisión de los requisitos legalmente exigibles. Según resume la recurrente: «[u]na ley no puede ser un vehículo jurídicamente eficaz para malversar y la ley de presupuestos, y sus créditos, no pueden ser ilícitos».

(ii) La participación en la elaboración del presupuesto no implicaría, frente a lo que se presupone en las sentencias impugnadas, una capacidad de disposición de las cantidades consignadas en las partidas presupuestarias. A juicio de la actora, la consideración de que en la fase de mera presupuestación hay ya capacidad de disposición de hecho o de derecho de esas cantidades constituye una interpretación irrazonable y extensiva del delito de malversación.

(iii) La posición de garante que se atribuye a la recurrente en relación con los actos de gestión posteriormente realizados por la Dirección General de Trabajo no se apoya en ninguna norma administrativa que atribuya a la viceconsejera de Economía y Hacienda una concreta función de control del gasto realizado por el resto de las consejerías. Al dar por sentada esa posición de garante, los órganos judiciales realizan, nuevamente, una interpretación arbitraria y extensiva del tipo del art. 432 CP.

El Partido Popular se opone a la estimación de la queja y considera que la subsunción de los hechos en el delito de malversación del art. 432 CP respeta el tenor literal del enunciado normativo contenido en dicho precepto y resulta previsible si se analiza desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Reproduce, en apoyo de esta tesis, diversos fragmentos de las resoluciones impugnadas.

El Ministerio Fiscal estima, por su parte, que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal por los siguientes motivos: (i) frente a lo que alega la demandante, la condena por malversación no se sustenta en la aprobación de las partidas presupuestarias, sino en «haber consentido la sustracción de los caudales públicos», esto es, en no haberla impedido pese a conocerla y tener el deber de evitarla; (ii) la posición de garante de la recurrente no derivaría del hecho de haber propuesto las partidas presupuestarias en los sucesivos anteproyectos de ley sino de la capacidad jurídica que tenía para impedir las conductas de disposición ilícita de los fondos públicos por parte de los demás acusados. Por ello, el Ministerio Fiscal descarta toda vulneración del art. 25.1 CE en relación con la subsunción realizada en el tipo de la malversación.

5.2 Síntesis de los argumentos en los que las resoluciones judiciales fundamentan la condena de la 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 de la demandante de amparo:

A) Objeto de la condena por malversación. Tal y como se especifica, con toda claridad, en el fundamento de Derecho 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1809-1810), la recurrente de amparo ha sido condenada, en lo que al delito de malversación se refiere, por su intervención personal, en calidad de viceconsejera de Economía y Hacienda, en la tramitación de los instrumentos de presupuestación del programa 31L de los ejercicios presupuestarios 2005 a 2009, concretamente: (i) por participar en la elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los que se consignaron los créditos iniciales del referido programa (con los importes que se especifican en el fundamento jurídico 2.4); (ii) por participar en la tramitación de diversas modificaciones presupuestarias que incrementaron esos créditos iniciales en relación con concretas aplicaciones destinadas a transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis (para las fechas e importes de estas modificaciones *vid. supra* FJ 2.4).

Según señala la sentencia, el cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda otorgaba a la recurrente de amparo competencias para la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos, para participar en las comisiones generales de viceconsejeros que elevaban esos anteproyectos al Consejo de Gobierno y para tramitar las modificaciones presupuestarias finalmente aprobadas por el Consejo de Gobierno (fundamento de Derecho 38, págs. 1378-1379 y 1386).

No obstante, la modificación presupuestaria por importe de 300 000 euros de 1 de diciembre de 2009 fue aprobada, según consta expresamente en los hechos probados (hecho probado 19, pág. 89), por el viceconsejero de Economía y Hacienda cuando la recurrente de amparo ya ocupaba el cargo de consejera de Economía y Hacienda. La competencia originaria correspondía a la consejera pero había sido objeto de delegación al viceconsejero.

B) Fundamentación de la condena por malversación en la sentencia de instancia. La sentencia de la Audiencia Provincial estima que el sistema de presupuestación que se venía utilizando desde el año 2002 para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, instrumentado a través de transferencias de financiación, primero a IFA y luego a IDEA, generaba graves irregularidades en la gestión de los correspondientes fondos públicos que eran conocidas por la recurrente de amparo.

Según la resolución, la actora conocía, en particular: (i) que la Consejería de Empleo era la que realmente concedía las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis; (ii) que después se utilizaba, de forma indebida, a la agencia IFA/IDEA como entidad colaboradora para realizar los pagos de las ayudas que habían sido concedidas; (iii) que tales pagos se instrumentaban, también indebidamente, mediante transferencias de financiación al IFA/IDEA (fundamento de Derecho 38, págs. 1388-1389 y 1394); (iv) que ese proceder generaba un déficit presupuestario en el IFA/IDEA derivado de la adquisición por parte de la Consejería de Empleo de compromisos de pago por encima de la cobertura presupuestaria; (v) que la asunción de compromisos de pago por encima del crédito presupuestario era consecuencia, a su vez, de la inexistencia de expedientes de gasto tramitados ante dicha consejería para la concesión de las subvenciones (fundamento 38, págs. 1380-1381).

La recurrente conocía que todas estas irregularidades eran consecuencia del sistema de presupuestación que instrumentaba el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis por la vía de transferencias de financiación, pues era ese sistema el que generaba la ausencia de expediente de gasto y fiscalización previa tanto en la Consejería de Empleo, por carecer esta de fondos para el pago de las ayudas, como en el IFA/IDEA, por actuar esta agencia como mera entidad pagadora de ayudas ya concedidas.

La recurrente de amparo era consciente, en definitiva, de la «palmaria ilegalidad» (fundamento de Derecho 38, pág. 1400) del sistema de presupuestación utilizado y de que este propiciaba que la Consejería de Empleo concediera las ayudas «al margen del presupuesto, imposibilitando así su fiscalización previa, lo que favoreció un descontrol absoluto» (fundamento 38, pág. 1389). Con ello, 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 38, pág. 1400, y 49, pág. 1810). Pese a ello, continuó tramitando del mismo modo los instrumentos de presupuestación de los ejercicios 2005 a 2009 y no adoptó medidas eficaces para evitar que se siguieran materializando las irregularidades asociadas a ese sistema de presupuestación en la consiguiente gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L.

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 a la recurrente. 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.

Esta interpretación del concepto sustracción no ha sido cuestionada por la 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.

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

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

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

Las «ilegalidades» directamente vinculadas al «indebido criterio de presupuestación» utilizado son sintetizadas por el Tribunal Supremo del siguiente modo: «La Consejería de Empleo no tramitó ante la Intervención de la Junta de Andalucía los expedientes de concesión de las ayudas porque presupuestariamente no disponía de 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 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 se ocupa expresamente de especificar cuáles son las conductas malversadoras concretamente atribuidas a quienes, como es el caso de la recurrente de amparo, intervinieron en la fase de presupuestación. Considera que esas conductas comprenden tanto una contribución activa para la comisión de «la acción típica» de sustraer –pues sin la aprobación de los presupuestos y las modificaciones presupuestarias no habría sido posible la gestión libérrima de las ayudas– como también la «omisión de medidas eficaces para evitar el dispendio, una vez que fue conocido», lo que puede subsumirse en la modalidad comisiva consistente en consentir que un tercero sustraiga (fundamento de Derecho 35.2, pág. 341).

La sentencia dedica un especial desarrollo argumental a la subsunción en la modalidad omisiva de malversación de los hechos cometidos por quienes participaron en la aprobación de los «instrumentos de presupuestación». Afirma que «una autoridad o funcionario público» no solo puede incurrir en esta modalidad omisiva permitiendo la acción sustractora de terceros ajenos a la función pública, sino también consintiendo, con «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 pued[e] consentir la sustracción por otro funcionario y ello es posible precisamente porque las competencias sobre la gestión de los fondos públicos pueden ser concurrentes» (fundamento de Derecho 36.2, pág. 345).

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

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

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

En relación específica con la recurrente de amparo, el Tribunal Supremo, con remisión a la fundamentación general que ya ha sido expuesta, señala nuevamente que «se cambió el sistema de presupuestación para que el gasto se hiciera de una determinada forma y las autoridades que hicieron esa modificación y que la mantuvieron conocían lo que iba a suceder». Se afirma que la normativa presupuestaria contempla expresamente la intervención de la Dirección General de Presupuestos bajo la dependencia directa de la viceconsejera de Economía y Hacienda (fundamento de Derecho 73, págs. 594-595, aspecto en el que también insiste la sentencia de la

Audiencia Provincial, fundamento 38, pág. 1386, punto 6) y que la demandante de amparo «además de formar parte de esa consejería como superior jerárquico del director general de Presupuestos y de tener la función específica de asesoramiento jurídico del consejero en el ejercicio de la potestad normativa, formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros que tenía como función estudiar y filtrar los asuntos que habían de ser estudiados por el Consejo de Gobierno».

5.3 Enjuiciamiento de la queja.

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

Esa intervención de la recurrente, realizada con conocimiento 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 «sistema de presupuestación indebido» 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; y (ii) una contribución omisiva a esa misma sustracción, sancionada expresamente en el mismo precepto del Código penal, pues la recurrente no utilizó su posición institucional en el proceso de elaboración de los presupuestos para evitar que ese proceder ilícito se repitiese en los ejercicios siguientes, por lo que consintió que las autoridades o funcionarios que gestionaban las ayudas las sustrajeran nuevamente de sus fines públicos legítimos, en cada ejercicio sucesivo, a través de una gestión global «libérrima» y «arbitraria».

Pues bien, siendo este el fundamento de las sentencias impugnadas, es claro que las conclusiones alcanzadas en el fundamento jurídico 4 en relación con el delito de prevaricación tienen influjo directo sobre la evaluación de la posible vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por delito de malversación, pues enlazan plenamente con la primera vertiente de la vulneración del art. 25.1 CE planteada por la demandante de amparo, según la cual «[u]na ley no puede ser un vehículo jurídicamente eficaz para malversar y la ley de presupuestos, y sus créditos, no pueden ser ilícitos».

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

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

a) Modalidad activa del delito de malversación. Según razonan las resoluciones impugnadas, la recurrente, al participar por razón de su cargo en la elaboración de los presupuestos y modificaciones presupuestarias de los años 2005 a 2009, habría realizado una contribución necesaria para que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis pudieran gestionarse sin sujeción al régimen jurídico de las subvenciones. Como reiteran, en diversos pasajes, las sentencias de instancia y casación, el «sistema de presupuestación indebido» 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 y proyectos de leyes de presupuestos en cuya elaboración participó la actora 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 el 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 legal que las leyes de presupuestos de 2005 a 2009 daban a la utilización de las transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis determina que la subsunción en el tipo de

malversación resulte, igualmente, imprevisible desde la óptica del art. 25.1 CE, por las razones siguientes:

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

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

Sin embargo, como ya hemos señalado en la STC 94/2024, 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 actuar 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. Según señalamos en la citada STC 94/2024, nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por el 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.

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 a la recurrente de amparo se refiere, en las leyes de presupuestos de los años 2005 a 2009. Esa aprobación parlamentaria implica que las previsiones sobre la concesión y gestión de ayudas sociolaborales se incorporaron al ordenamiento jurídico como leyes. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis (en concepto de «transferencias de financiación») no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales; la consiguiente consideración de la mera ejecución de tales determinaciones como una sustracción de fondos públicos constitutiva de delito de malversación resultaba, por tal razón, completamente imprevisible y contraria a las exigencias del art. 25.1 CE.

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

(ii) Por las mismas razones ha de considerarse imprevisible la subsunción en la norma penal del deber de actuar supuestamente infringido por la recurrente. Según las resoluciones impugnadas, la demandante de amparo nada hizo para evitar las irregularidades que se consumaban en la gestión de las ayudas sociolaborales y a

empresas en crisis como consecuencia del «indebido» sistema de presupuestación. Sin embargo, si esas irregularidades eran, como es la tesis de las sentencias impugnadas, la consecuencia necesaria del sistema de presupuestación del programa 31L y este había sido aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos, la 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 a la recurrente de amparo era impedir la aplicación, por parte de las autoridades y funcionarios competentes, de las previsiones expresamente contempladas en una norma con rango de ley.

Es importante reseñar, finalmente, que para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las sucesivas leyes de presupuestos de la 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, de hacienda pública 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 la recurrente habría propiciado al participar en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2009 y en la tramitación de las correspondientes modificaciones presupuestarias.

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

La condena por malversación incluye también una serie de conductas –algunas de las cuales se materializaron en el período de tiempo en que la recurrente fue viceconsejera de Economía y Hacienda– cuya ilicitud no obedece a la supresión de trámites y controles como consecuencia del sistema de presupuestación utilizado sino a dos factores diferentes: a) por una parte, a la concesión de las concretas ayudas del programa 31L, por parte de las autoridades de la Consejería de Empleo, 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 Provincial 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 plantilla, sin el coste económico que ello conlleva», con «el consiguiente lucro para las mismas» (fundamento 45, pág. 1712).

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

Concluye la Audiencia Provincial que los fondos del programa 31L fueron, en todos estos casos, objeto de disposición para realizar pagos «completamente ajenos al interés público» (fundamento de Derecho 45, pág. 1720), lo que sintetiza señalando que tanto las ayudas concedidas para la cobertura de situaciones de 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 31L 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 A)].

b) Por su parte, en todos los casos comprendidos en la letra C) del hecho probado vigesimosegundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, la carga de ilicitud que se atribuye a los actos de disposición realizados tampoco está en la omisión de

determinados controles o procedimientos propios del régimen de subvenciones sino en el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos contemplados en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 31L. Estaríamos, por tanto, ante actos de disposición cuya ilicitud no se atribuye a la estricta aplicación del sistema de presupuestación establecido en las normas presupuestarias en vigor. Al contrario, se habrían realizado con apartamiento de los fines legítimos que dicho sistema de presupuestación contemplaba. De ahí que la primera vertiente de la queja planteada por la recurrente, relativa a la imposibilidad de subsumir en el delito de malversación la realización de actos de gestión con cobertura legal, tampoco tenga virtualidad en este caso, pues la aplicación de los caudales a fines no previstos en el programa 31L carecía, precisamente, de cobertura legal.

En relación con todos estos casos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L, sea por ausencia o por desviación de su fin público, hemos de determinar si las otras dos vertientes de la queja articulada por la actora pueden dar lugar a la estimación de la lesión del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Sobre esta cuestión han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) Ha de reseñarse, en primer lugar, que la condena de la demandante solo puede entenderse producida, en los supuestos aludidos, en aplicación de la modalidad omisiva del delito de malversación, esto es, por haber consentido que los fondos del programa 31L se concedieran en ausencia o con desviación de su fin público. Conviene por ello ocuparse primero del fundamento, desde la óptica del derecho a la legalidad penal, de la posición de garante en la que se sustenta esa responsabilidad por omisión y, después, de la interpretación del elemento objetivo del tipo relativo al deber de custodia o cuidado de los caudales.

b) En cuanto a la posición de garante, asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando señala que no resulta, en modo alguno, imprevisible ni metodológica o axiológicamente reprochable el entendimiento de que, una vez que la recurrente de amparo tuvo conocimiento de que se estaban utilizando fondos procedentes del programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público, esta se hallaba, como viceconsejera de Economía y Hacienda, en una posición funcional y competencial idónea para tomar medidas tendentes a evitar que se realizaran nuevos actos de disposición sin el debido amparo en las leyes presupuestarias.

Ciertamente, como se señala en la demanda de amparo, no todo el mundo puede considerarse garante de lo que otros hacen en el ámbito de una administración autonómica, pero no es irrazonable inferir, como hacen las sentencias impugnadas, que quien ejerce un alto cargo de responsabilidad política en materia económico-financiera no puede permanecer indiferente ante la disposición de caudales públicos en ausencia o con desviación de su finalidad legítima, por más que esos comportamientos se estén produciendo en un departamento que no es, estrictamente, el suyo. Por ello, si la actora tenía conocimiento de los referidos actos de disposición, es razonable entender que tenía el deber de realizar alguna actuación, bien en sus funciones de asesoramiento jurídico del consejero, bien dentro de los debates de la Comisión General de Viceconsejeros, tendente a evitar que esos caudales públicos siguieran concediéndose en ausencia de fin público o para fines diversos de los presupuestariamente autorizados.

c) En cuanto a la custodia de los caudales, el Tribunal Supremo funda la subsunción de la conducta de la recurrente, en este concreto punto, en una consolidada doctrina jurisprudencial (citada por la sentencia casacional en el fundamento de Derecho 32.2, págs. 315-316), según la cual la expresión tener a su cargo contemplada en el art. 432.1 CP abarca toda capacidad jurídica o material de disposición e inversión que permita a la autoridad o funcionario concernido participar de manera relevante en la determinación del destino final de los caudales.

Esa interpretación no desborda el sentido literal de la norma, ya que la referencia típica a la expresión tener «a su cargo» implica, según el sentido común de esta locución

contemplado en el diccionario de la Real Academia Española, que los caudales están confiados o al cuidado de una persona. En el art. 432.1 CP esa confianza o cuidado viene determinada, además, «por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». Pues bien, como acaba de explicarse, es razonable entender que a la recurrente de amparo, con ocasión de la tramitación jurídica de los anteproyectos de leyes de presupuestos en los que se determinaban los créditos atribuidos al programa 31L, le correspondía un deber de cuidado de los fondos consignados para dicho programa, lo que exigía que actuara para evitar que siguieran empleándose en ausencia de fin público o para fines distintos de los permitidos en la norma presupuestaria. Es razonable, en definitiva, considerar que, desde la óptica propia de la modalidad omisiva de malversación, se ejercían funciones relativas al cuidado de los caudales.

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

Ha de desestimarse, por ello, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción en el delito de malversación de estas otras conductas.

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

6.1 Posiciones de las partes.

La recurrente en amparo, en el cuarto motivo de su demanda, denuncia que la condena por delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) vulnera su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con su derecho a la libertad (art. 17.1 CE) porque no se ha acreditado el elemento subjetivo del delito. La sentencia de instancia le atribuye una participación a título de dolo eventual en los actos de desviación de los fondos públicos, efectuados en la fase de gestión, mediante un juicio de inferencia ilógico o excesivamente abierto que no satisface los requisitos exigidos en la doctrina constitucional para que la prueba indiciaria pueda enervar la presunción de inocencia (cita la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8).

Sostiene que la sentencia de instancia considera que la recurrente habría asumido la realización de esos concretos actos malversadores como consecuencia de la aprobación de unos anteproyectos de leyes de presupuestos en los que, mediante la inclusión del concepto presupuestario de transferencias de financiación al IFA/IDEA, se suprimían controles administrativos para aligerar los trámites en la concesión y pago de las ayudas. La sentencia concede una importancia decisiva al informe adicional al informe de control financiero permanente de la intervención delegada sobre ayudas del año 2003, informe del que, a juicio de la recurrente, no es posible inferir de una manera lógica y racional el dolo eventual que la sentencia le atribuye. Reconoce que es cierto que en el mismo se detectan ciertas irregularidades en catorce expedientes, pero no se aprecia un riesgo de menoscabo de los fondos públicos, pues de haber sido así la Intervención debiera haber emitido un informe de actuación, lo que no se produjo. El informe se refiere a ayudas gestionadas en unas fechas anteriores a que la recurrente ocupara su cargo por una dirección general perteneciente a una consejería distinta. El informe, además, no hace

mención alguna a la existencia de intrusos, pagos cruzados o desviaciones de fondos a fines distintos de los previstos en el programa presupuestario.

Añade que la propia sentencia de instancia reconoce que la clasificación presupuestaria como transferencias de financiación perseguía la finalidad de «lograr la plasmación de la decisión política de concesión de ayudas con total rapidez» para «dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales», lo que trató de evitarse con «un sistema ágil», que implicaba, eso sí, la supresión de controles legalmente establecidos por lo que, si la modificación de la clasificación presupuestaria perseguía esa finalidad, la omisión de trámites de control encuentra una finalidad alternativa a la defraudatoria que explicaría la actuación de la recurrente, ajena a todo móvil malversador.

La demanda de amparo también introduce la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia en los motivos quinto y sexto, en conexión con los derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), atribuyéndola a la sentencia de casación. En estos motivos se reprocha al Tribunal Supremo que, para confirmar su condena, introdujo elementos fácticos nuevos sin sustento probatorio, ajenos y contradictorios con los del *factum* de la sentencia de instancia, en particular, la mutación del elemento subjetivo: lo que en la sentencia de instancia era una situación de dolo eventual se convierte en dolo directo y el resultado malversador pasa a ser el objetivo principal perseguido con el cambio de presupuestación. Se trató así de suplir la falta de un juicio de autoría en la sentencia de instancia, mediante la realización de un nuevo juicio de culpabilidad, que excedía de las funciones revisoras de la casación y se basaba en un conocimiento directo y unos actos realizados en la Consejería de Empleo que ni están en el *factum* de la sentencia de instancia, ni han sido probados, ni se pueden inferir de las pruebas practicadas, puesto que la propia sala de instancia descartó el conocimiento directo de las personas ajenas a la Consejería de Empleo de que se estuviera realizando por el director general de trabajo una disposición de los fondos ajena a los fines públicos. Según la recurrente, el Tribunal Supremo funda el dolo directo en premisas fácticas nuevas, atribuyendo a la recurrente unas capacidades y competencias sobre la concreta disposición de fondos sobre las que la Audiencia Provincial nada había dicho, tratando de ensamblar la responsabilidad penal de todos los intervinientes con el argumento de que compartían el propósito común de llegar al resultado malversador.

El Partido Popular en su escrito de alegaciones ha rebatido la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque entiende que existían pruebas de cargo, que fueron valoradas racionalmente, para fundar el juicio de culpabilidad de la recurrente, con remisión y cita de los pasajes de las resoluciones judiciales impugnadas que considera más relevantes. Niega asimismo que la sentencia casacional introdujera elementos fácticos nuevos y carentes de sustento probatorio para confirmar la condena por malversación, a cuyo efecto cita fragmentos de la misma de los que concluye que se limitó a hacer valoraciones puramente jurídicas, complementarias de las de la sentencia de instancia, respetuosas con el relato de hechos probados recogido en la misma.

El Ministerio Fiscal también niega que se haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la recurrente en virtud de su condena por delito de malversación, porque dicha condena no se funda, como se afirma en la demanda, en su actuación en la fase de elaboración de las partidas presupuestarias, sino en no haber evitado, teniendo el deber de hacerlo, los actos de disposición ilícita realizados en la fase de ejecución, lo que supone «haber consentido» la libre disposición de caudales públicos que tuvo lugar en la Consejería de Empleo, conducta acreditada por prueba testifical, documental y pericial, y especialmente por el informe pericial elaborado por la Intervención General del Estado. A partir de esta prueba, las resoluciones judiciales infieren de manera razonable que la recurrente tenía conocimiento de las numerosas infracciones de la legalidad que se estaban cometiendo en la disposición de los fondos y que, pese a ello, no hizo nada para poner fin a esta situación mediante el uso de sus atribuciones.

Rechaza asimismo el fiscal la queja de que el Tribunal Supremo hubiera introducido elementos fácticos nuevos, pues la sentencia de instancia reconocía que el cambio de presupuestación de las ayudas sociolaborales era para lograr una mayor rapidez en su concesión y pago, pero también establecía que se había buscado eludir la fiscalización previa y la tramitación de los expedientes o, más generalmente, la aplicación de la normativa de subvenciones. En lo que se refiere a la afirmación en la sentencia casacional de la existencia de un «propósito común» entre los acusados, considera el fiscal que no se trata de una afirmación fáctica sino de una mera referencia argumental efectuada en dos pasajes de la resolución sobre el hecho de que los acusados realizaron sus conductas de forma individual, pero con la misma finalidad.

Desestima finalmente el fiscal la alegación de que la sentencia de instancia no contenga un juicio de autoría y que el juicio de culpabilidad lo realizó *ex novo* el Tribunal Supremo en su sentencia. Explica el fiscal que la sentencia de instancia dedica un fundamento jurídico al juicio de autoría que, aunque de manera lacónica, contiene un juicio expreso y jurídicamente fundado.

6.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

Como ya se ha expuesto en el fundamento de Derecho 2, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla condena a la demandante de amparo por delito de malversación por haber intervenido de manera personal, en el desempeño de sus competencias como viceconsejera de Economía y Hacienda, en la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios presupuestarios de 2005 a 2009, en cuyo programa 31L se consignaron los créditos iniciales de las aplicaciones destinadas a transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, y asimismo por haber participado en la tramitación de diversas modificaciones presupuestarias que incrementaron dichos créditos.

La realización del tipo subjetivo del delito se funda en el conocimiento que tenía la demandante de que este sistema de presupuestación era causa de las graves irregularidades que se producían luego en la gestión de los fondos públicos, pues la Consejería de Empleo, que era la que realmente pagaba las ayudas, utilizando indebidamente a la agencia IDEA como entidad colaboradora, no tenía que tramitar expedientes de gasto para la concesión de las ayudas y, de ese modo, evitaba someterlos a la fiscalización previa por la Intervención de la Junta de Andalucía, que era preceptiva para la concesión de subvenciones, lo que condujo a que asumiera compromisos de pago por encima de la cobertura presupuestaria que generaron el consiguiente déficit en la agencia IDEA.

La sentencia de instancia argumenta que la demandante, al ser consciente de la palmaria ilegalidad de un sistema de presupuestación que propiciaba que la Consejería de Empleo concediera las ayudas «al margen del presupuesto, imposibilitando así su fiscalización previa, lo que favoreció un descontrol absoluto» (fundamento de Derecho 38, pág. 1389) «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 38, pág. 1400, y fundamento 49, pág. 1810), pese a lo cual continuó tramitando del mismo modo los instrumentos de presupuestación de los ejercicios 2005 a 2009 y no adoptó medidas eficaces para evitar que se siguieran materializando las irregularidades asociadas a ese sistema de presupuestación en la consiguiente gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L.

La sentencia de casación, por su parte, establece que quienes intervinieron en la fase de presupuestación, como es el caso de la demandante, incurrieron en malversación, al tratarse de un delito que comprende 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). Las autoridades que intervinieron 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 37.2, pág. 347).

En relación con la participación subjetiva en la dinámica malversadora de las autoridades que intervinieron en la fase de presupuestación, la sentencia de casación señala que «[e]s cierto que la sentencia [de instancia] no describe la existencia de un concierto entre todos los autores, pero según argumentamos más adelante, su existencia era implícita y, en todo caso, no era imprescindible para establecer el juicio de autoría» (fundamento de Derecho 37.2, pág. 347) afirmando en pasajes posteriores que «[p]recisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (fundamento 37.2, págs. 348 y 349) y que «[s]e cambió el sistema de presupuestación para que el gasto se hiciera de una determinada forma y las autoridades que hicieron esa modificación y que la mantuvieron conocían lo que iba a suceder» (fundamento 73, pág. 593).

En resumen, la sentencia de instancia dedica la mayor parte de su esfuerzo argumental a inferir que la recurrente, en virtud del desempeño de su cargo de viceconsejera de Hacienda, entre el mes de abril de 2004 y el mes de abril de 2009, y de consejera de Hacienda, desde el mes de abril de 2009, había alcanzado el conocimiento cabal de que los fondos aprobados para la aplicación presupuestaria de transferencias de financiación al IFA/IDEA, que las leyes de presupuestos venían integrando en el programa 31L desde el ejercicio de 2002, eran aplicados en la Consejería de Empleo, por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, a la concesión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, sin fiscalización previa de la intervención delegada y sin sujetarse al procedimiento establecido en la legislación reguladora de las subvenciones, conducta que la sentencia subsume en el delito continuado de malversación de caudales públicos, cualificado por su cuantía y daño al servicio público, del art. 432.2 CP. En su desarrollo argumental la sentencia de instancia analiza y valora asimismo la participación de la demandante de amparo en las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, en los grupos de trabajo constituidos en el seno de su consejería, cuyo objeto era el análisis de los programas presupuestarios de las distintas consejerías y centros directivos, y en el consejo rector del IFA/IDEA, que aprobaba sus cuentas anuales, así como que fue destinataria de los informes de la Intervención.

La sentencia del Tribunal Supremo ratifica la valoración de la prueba de la sentencia de instancia, al tiempo que declara que «[s]e cambió el sistema de presupuestación para que el gasto se hiciera de una determinada forma y las autoridades que hicieron esa modificación y que la mantuvieron conocían lo que iba a suceder» (fundamento de Derecho 73, pág. 593); que «las distintas autoridades que intervinieron en los procesos normativos [...] utilizaron ilegalmente las transferencias de financiación precisamente para eludir la normativa de subvenciones y sus controles» (fundamento 80, pág. 611); y que «[l]os miembros de la Consejería [de Hacienda] conocían, por tanto, el destino que se iba a dar a las partidas aprobadas a través de transferencias de financiación y conocían, además, que a través de estas partidas se pretendía corregir el desfase presupuestario que anualmente se producía en IFA/IDEA» (fundamento 82.1, págs. 623 y 624). Concluye, en definitiva, que la finalidad perseguida por quienes elaboraron los instrumentos presupuestarios, entre los que estaba la demandante de amparo, era precisamente evitar todo control en la disposición de los fondos, lo que hacía innecesario demostrar un concierto previo entre todos los autores, cuya existencia resultaba en todo caso implícita.

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

Antes de abordar las concretas quejas alegadas por la 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 es doctrina reiterada de este tribunal 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, *ibidem*).

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

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, de 10 de diciembre, FJ 5).

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

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

Es, precisamente, la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal. Así, hemos afirmado en numerosas ocasiones la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Esta conclusión se ha fundamentado en dos razones de diferente índole: (i) por un lado, en que la Constitución no atribuye esa tarea de valoración a este tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, y (ii) por otro, en que el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria (STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). De esta manera, «solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, 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 llegado 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 de delito se ha[ya] presumido en contra del acusado» (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

6.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal ex art. 25.1 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 de la demandante en dicho procedimiento desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). No obstante, aun esclarecido que la condena vinculada a la forma global de gestión del programa 31L es inconciliable con el derecho a la legalidad penal, resta un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional: nos referimos a las disposiciones 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. Esta posibilidad de pervivencia de la condena por malversación exige, sin embargo, una cuidadosa verificación de que la sentencia de instancia proporciona, por sí misma, sin necesidad de integración o reelaboración alguna, motivos suficientes para considerar acreditada, con el grado de certeza que la doctrina constitucional exige para enervar la presunción de inocencia, la participación personal de la demandante de amparo en la realización de tales disposiciones.

Consecuentemente, el control externo que este tribunal debe realizar, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de un engarce lógico y reconocible entre el resultado de la prueba y el relato fáctico que le sirve de sustrato, demanda, en un caso como el presente, orientar el foco de control en la concurrencia en la sentencia de instancia de elementos fácticos y argumentales de una precisión suficiente para justificar la atribución personal a la demandante de amparo, doña Carmen Martínez Aguayo, de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en los programas presupuestarios en el tiempo en el que ejerció el cargo de viceconsejera de Hacienda desde el mes de abril de 2004, y consejera de Hacienda desde el mes de abril de 2009.

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 de la demandante de amparo, entendiéndose que ello solo se producirá cuando la motivación se haga de un modo «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (STC 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 2).

Y ello porque, como ya se ha explicitado anteriormente, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, 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).

La sentencia de instancia concluye que la recurrente, por los cargos que ocupó y por la información a la que tenía acceso en su desempeño, no podía ignorar que los fondos de las transferencias de financiación recibidos en la agencia IFA/IDEA se utilizaban, por disposición del director general de Trabajo, para conceder ayudas sociolaborales y a empresas en crisis sin necesidad de sujetarse a la fiscalización previa de la intervención delegada ni de cumplimentar los trámites que la legislación en materia de subvenciones

impone. El conocimiento general de esta forma de cursar las ayudas es fruto de una inferencia judicial, desarrollada particularmente en el fundamento de Derecho 38 de la sentencia de instancia, que parte de que la demandante de amparo obró «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» por el conocimiento que tenía del modo de dispensarse las ayudas, con unos controles minorados.

Sin embargo, la profundidad del análisis de la prueba que las resoluciones impugnadas efectúan respecto al conocimiento y participación de la demandante en la ejecución de un indebido sistema de presupuestación para la concesión de ayudas sociolaborales no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquella 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].

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 45.4 M), pág. 1732].

Se trata de un juicio de inferencia suficiente para concluir que las autoridades que intervinieron en los procesos de elaboración de los instrumentos presupuestarios, entre ellas la ahora demandante de amparo, tuvieron conocimiento de que con el nuevo sistema de presupuestación de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis se evitaba la fiscalización previa de los expedientes de gasto y el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la tramitación y pago de subvenciones excepcionales y que, por lo tanto, se representaban el riesgo de que se dispusiera de los fondos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. En este punto la Audiencia Provincial realiza el esfuerzo argumental exigido en la doctrina constitucional para que la prueba indiciaria pueda enervar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado, pues determina los hechos que están acreditados, o indicios (las fuentes de información, documentales y personales con las que contaba en el desempeño de su cargo) y expone el razonamiento o engarce lógico que percibe entre los hechos base y los hechos consecuencia (la representación del riesgo de desvío de los fondos públicos) razonamiento que resulta conforme con las reglas del criterio humano y la experiencia común.

Se trata, sin embargo, de un juicio de autoría que quiebra a partir del momento en que el sistema de presupuestación de las ayudas es aprobado por el Parlamento de Andalucía, pues es completamente imprevisible calificar como disposición ilícita, calificable de malversación, actuar conforme a los procedimientos y controles expresamente establecidos en las sucesivas leyes de presupuestos [vid. *supra* FJ 5.3 A)]. Esto supone que para los hechos acaecidos a partir del ejercicio 2002, y por lo tanto para la totalidad de los hechos que se atribuyen a la demandante de amparo, el enjuiciamiento constitucional de la legitimidad de la subsistencia de este título de incriminación, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, exige a este tribunal verificar si las resoluciones judiciales impugnadas proporcionan un mínimo juicio de autoría que permita determinar si la demandante de amparo, además de conocer los riesgos inherentes a la inaplicación del procedimiento de las subvenciones excepcionales, riesgo asumido por la ley, llegó a tener en algún momento el dominio funcional de los hechos realizados en la fase de gestión y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que la involucraran personalmente en la dinámica seguida en la Consejería de Empleo de concesión de ayudas a empresas o particulares que o no las necesitaban, o las destinaban a fines distintos de los programados.

Sobre este particular, la sentencia de instancia no describe ninguna modalidad de acuerdo o adhesión de la encausada a un plan preconcebido dirigido a la realización de estas prácticas y la sentencia de casación dispensa la necesidad de realizar tal juicio al concluir que la finalidad misma del sistema de presupuestación era permitir saltarse toda clase de control.

Como se ha explicado, las resoluciones judiciales impugnadas parten de que la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en la demandante de amparo se deriva del conocimiento de los informes de control financiero permanente que advertían de la ausencia de control administrativo previo en la concesión de ayudas sociolaborales y, en general, de la información a la que tenía acceso por su intervención en las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, grupos de trabajo de la Consejería de Hacienda y consejo rector de IDEA. La irregularidad en el procedimiento de concesión de ayudas sociolaborales, en definitiva, permitiría inferir, de acuerdo con lo sostenido en las sentencias recurridas, que la demandante «asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público» lo que serviría para colmar el elemento subjetivo del injusto del delito de malversación (art. 432.2 CP).

No encontramos, sin embargo, el juicio de inferencia suficiente que de manera cierta y precisa establezca que la señora Martínez Aguayo hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria. Cierto es que, a través de los informes de control financiero y, particularmente, a través del informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003 (notificado en 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 la demandante 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 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.

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 a la demandante de amparo, 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 doña Rosario Lobo, y que se elaboró 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 consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía». En el texto del «Protocolo de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de la Junta de Andalucía e Hytasal», que operaba como instrumento jurídico de concesión de la ayuda, la Intervención detecta también irregularidades, como: «No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo. [...] No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual. [...] No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono. [...] No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. [...] Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de estas. [...] No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500 000 €. [...] Se ha omitido la fiscalización previa. [...] El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10 285 137,38 €, en lugar de 10 500 000,00 €».

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

La sentencia de instancia valora, asimismo, la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa. La sentencia dice que «[p]reguntados a este respecto, en las sesiones del juicio, los peritos de la 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 una 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 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 la señora Martínez Aguayo hubiera realizado los hechos que se le atribuyen (la aprobación de presupuestos y modificaciones presupuestarias) con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. 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. 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.

Ello no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión –cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse–, sino, sencillamente, que la sentencia no ha completado el razonamiento capaz de trazar la vinculación entre las acciones y omisiones de la demandante de amparo, y el pago de ayudas no justificadas a empresas y particulares, o su desvío a fines no previstos en el programa 31L, 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 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, acreditado este, se hubieran aplicado los fondos al mismo» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 22, pág. 696). Esta fundamentación se repite a lo largo de la sentencia de instancia, como en los fundamentos 9 o 35, 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».

En el fundamento de Derecho 45 se declara, a partir de las conclusiones del informe pericial de la Intervención General de la Administración del Estado, que fue recabado cuando ya estaba en marcha el proceso judicial, y de informes de auditoría externa, cuyo único destinatario fue el Director General de Trabajo, don Juan Márquez Contreras, que se habían realizado 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 (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 45, págs. 1714 a 1722). La sentencia de instancia valora estos medios de prueba y otros, como la declaración testifical de la señora Rofa, técnico contratada en la Consejería de Empleo, como elementos acreditativos de las graves irregularidades que se cometieron en el seno de la Consejería de Empleo, y de las consecuencias que deparó la no utilización del régimen jurídico de las subvenciones, pero no las explota como fuentes de información para obtener elementos indiciarios susceptibles de fundar el conocimiento o participación, activa u omisiva, de la señora Martínez Aguayo en su realización, lo que determina que el juicio de autoría presente, en este aspecto, una motivación insuficiente porque, en ausencia de esos datos, el juicio de inferencia del conocimiento y participación de la demandante de amparo en tales prácticas resulta excesivamente laxo y genera un amplio margen de incertidumbre.

Consecuentemente, y desde la perspectiva del análisis efectuado en las resoluciones judiciales impugnadas, no se considera mínimamente motivado que la señora Martínez Aguayo 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 permite concluir que su presunción de inocencia no ha sido respetada por los órganos judiciales que la condenaron y que desestimaron el recurso de casación subsiguientemente interpuesto, y debe llevar a la estimación del amparo respecto a este motivo.

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

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

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

La recurrente considera que el comunicado público efectuado el 26 de julio de 2022 que adelanta el fallo de la sentencia de casación supuso una declaración pública de culpabilidad carente de motivación y no asentada en una resolución judicial definitiva, lo que le impidió accionar los mecanismos procesales oportunos contra la decisión y determinó una pérdida de imparcialidad del órgano judicial. Sostiene que el hecho de que el voto particular de dos magistradas debiera aún redactarse muestra que no había finalizado la deliberación y, en tal medida, que no había un fallo irreversible. A su entender, el adelantamiento del fallo carece de justificación, sin que sean asumibles las

razones aducidas por el Tribunal Supremo: la relevancia pública del caso, que justamente exigiría mayores cautelas, o que esta práctica se haya realizado anteriormente, lo que no significa que ese proceder sea correcto. Sostiene que con su actuación la Sala ha ignorado las normas legales (arts. 142 y 900 LECrim), ha blindado el fallo desestimatorio y confirmatorio de la condena y, con ello, ha perdido su apariencia de imparcialidad.

Como ha quedado reflejado en el antecedente 5 de esta resolución, el Partido Popular rechaza en sus alegaciones las lesiones atribuidas a la publicación anticipada del fallo, ya que la decisión había sido deliberada y votada y era un hecho procesal relevante del que el Tribunal Supremo se limitó a dar noticia, mientras que los señores Griñán Martínez y Lozano Peña se han adherido a este motivo del recurso. El fiscal solicita la desestimación del motivo ya que, a su juicio, la finalidad del proceder cuestionado era facilitar una información de indiscutible interés público y no se añadía ningún gravamen en la reputación o consideración pública de la recurrente, cuya condena previa se veía confirmada, tal y como se ha recogido con mayor detalle en el antecedente 6.

En el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la recurrente se alegaron quejas análogas que fueron descartadas en el fundamento de Derecho 10 del auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 por remisión a lo respondido a otro recurrente en el fundamento de Derecho 2 de dicho auto. En él se parte de distinguir el contenido necesario de una sentencia, su notificación y la publicación anticipada del fallo, para subrayar (i) que esta última es una actuación no prevista en la ley, pero tampoco prohibida y prevista para determinadas resoluciones; (ii) que se viene realizando con habitualidad por las distintas salas del Tribunal Supremo en atención a la demanda de noticias por la sociedad y para evitar los efectos perniciosos de la falta de publicidad, como las filtraciones; (iii) que la sentencia ya había sido deliberada y el texto estaba concluso a falta de los votos particulares; (iv) que la «publicación anticipada del fallo, con una sucinta motivación, que se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal, no puede equipararse a una condena pública sin motivación»; y (v) que la comunicación pública de un hecho de indudable relevancia informativa «se hizo ponderando otros derechos como el de libre comunicación y recepción de información de los ciudadanos».

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

7.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

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

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la vertiente del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento que opera dentro y fuera del proceso penal cristaliza en la doctrina consignada en la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 6, tal y como se expone en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2.1, donde se destacan tres elementos de dicha doctrina:

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

(ii) Especifica que ese contenido «impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración», así como imputar «ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un

tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías».

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

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

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

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

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

(iv) La prohibición de las declaraciones que materialmente, más allá de su tenor literal, sugieran la culpabilidad de quien no ha sido condenado en firme no es incompatible con la posibilidad de que las autoridades informen públicamente sobre los procesos penales en curso, que avala el art. 10 CEDH (*Neagoe c. Rumanía*, § 45). Lo que el art. 6.2 CEDH impone es que la información se dé con toda la discreción y prudencia necesarias para respetar la presunción de inocencia (*Alenet de Ribemont c. Francia*, § 38), sin acompañar la información con valoraciones, especulaciones o manifestaciones que sugieran la culpabilidad de quien no ha sido aún condenado (*Neagoe c. Rumanía*, § 46 y 48).

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

7.2.2 Enjuiciamiento de la queja.

A) Puntualizaciones.

El examen de la queja formulada por la recurrente conforme a los parámetros reseñados requiere efectuar tres puntualizaciones atinentes a la concreta actuación cuestionada y al momento procesal en el que se dice producida la lesión como también ocurría con la queja análoga resuelta en la citada STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2.2 A), a cuyos razonamientos al respecto nos remitimos: (i) no se cuestiona la difusión pública del fallo, sino que se efectuara antes de la notificación íntegra de la sentencia, lo que se valora como una indebida declaración prematura de culpabilidad, de modo que la vulneración denunciada se circunscribe al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento; (ii) la prohibición de efectuar manifestaciones que denoten una consideración como culpable de quien aún no ha sido condenado en firme vincula al juez penal competente aun cuando se trate del tribunal penal de casación y en fases anteriores se haya dictado ya una condena; y (iii) el devenir del proceso penal implica ir adoptando decisiones fundadas tanto en la existencia de indicios de comisión de un delito como en la certeza más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del sujeto, pronunciamientos que son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, pero en los que debe evitarse reflejar la opinión de que la persona es culpable cuando se asientan en la sospecha de culpabilidad y tienen, incluso si se trata de una condena no firme que afirma la culpabilidad, un componente eventual que solo la firmeza de la resolución confirma, poniendo fin a la exigencia de no tratar a la persona investigada, acusada o condenada como culpable.

B) Contenido del comunicado de prensa.

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

«COMUNICADO DE PRENSA.

CASO "ERE".

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

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

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

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

2. Condenamos a don Juan Márquez Contreras, como autor responsable de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa, en relación de concurso ideal, apreciando la atenuante análoga y muy cualificada de reparación del daño, con la consiguiente reducción de sanciones, imponiéndole la pena de prisión de tres años, con la accesoria de inhabilitación especial

para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, que conlleva la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, con imposición de las 2/37 partes de las costas procesales de primera instancia y declarando de oficio las causadas con su recurso de casación.

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

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

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

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

C) Desestimación de la queja.

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

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

La ausencia de una previsión legal expresa que contemple la actuación cuestionada no determina la existencia de una lesión de la regla de tratamiento que impone el art. 24.2 CE. La finalidad de la llamada dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia es proteger frente a atribuciones de culpabilidad no fundadas en una condena dictada en un proceso público con todas las garantías, no garantizar la práctica procesal de notificación de la sentencia íntegra que indica la normativa (art. 260.2 LOPJ) sin anticipar el fallo ni emitir un comunicado al respecto, por más que sea lo habitual. Debe, en consecuencia, desestimarse la queja.

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

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

7.3.1 Doctrina sobre el derecho a no padecer indefensión.

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

7.3.2 Enjuiciamiento de la queja.

Es cierto que, como subraya la demandante, no existe ningún precepto que autorice expresamente la publicación anticipada del fallo de una sentencia de casación. Sin embargo, que esa previsión no exista (y pueda hablarse incluso de irregularidad procesal) no significa que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías se hayan lesionado.

En primer lugar, porque no existe una infracción de la normativa procesal invocada por la recurrente, que no contempla una prohibición, ni explícita ni implícita, de anticipar el fallo, sino normas sobre la estructura y contenido de las sentencias, en general –art. 142 LECrim– y específicamente respecto de la sentencia de casación –art. 900 LECrim–. Por otro lado, los preceptos citados en contraste como ejemplos de tal autorización no son una habilitación de la publicidad de la anticipación del fallo sin motivación, sino supuestos de notificación *in voce* de una sentencia con una motivación sucinta (art. 789.2 LECrim, en el procedimiento abreviado, y arts. 787.6 y 801.2 LECrim, en las sentencias de conformidad).

Sí indica expresamente el art. 260.2 LOPJ la necesidad de notificar conjuntamente el texto de las sentencias con los votos particulares, prescripción a la que atiende el Tribunal Supremo cuando notifica en septiembre la sentencia íntegra, que incluye el voto particular de dos magistradas. Debe tenerse presente, además, frente a lo aducido por la demandante sobre la imposibilidad de entender finalizada la deliberación hasta que conste la redacción del voto particular, que el art. 260.1 LOPJ dispone que «[t]odo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular». Su lectura pone de manifiesto que es justamente finalizada la deliberación, al tiempo de la votación o la firma, cuando se anuncia la formulación del voto que, por lógica, se redactará después de haberse resuelto. Decae en tal medida la premisa de la queja de pérdida de imparcialidad planteada en la demanda, asentada en el reproche de un cierre prematuro de la deliberación por parte del órgano judicial al publicar el fallo sin constar el texto del voto particular.

En segundo lugar y de forma determinante, no puede apreciarse la lesión denunciada porque no se concreta la indefensión que la recurrente ha sufrido, que se identifica genéricamente y sin ulterior argumento con la imposibilidad de accionar los mecanismos procesales oportunos contra la decisión. Más allá de no especificar en qué ha consistido la afectación alegada, este tribunal no aprecia que el proceder de la Sala de casación haya causado a la demandante indefensión en el proceso. La sentencia del Tribunal Supremo le fue notificada conforme a la ley, iniciándose en ese momento el plazo para agotar las posibilidades de cuestionamiento de la decisión de condena; señaladamente, para formular el incidente de nulidad de actuaciones, que efectivamente planteó y fue resuelto por la Sala de lo Penal. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado a la interesada al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

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

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

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

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

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

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

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

a) Infringe el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la aplicación que han efectuado los órganos judiciales del art. 404 CP al condenar a la recurrente en amparo como autora de un delito continuado de prevaricación: (i) por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2005 a 2009 y (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a dichos ejercicios 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 de la recurrente de amparo en relación con su intervención en la aprobación de la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004, por la que se incrementaron los créditos correspondientes al programa 32H.

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento exclusivamente en lo relativo a la posible comisión de un

delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP derivado de la intervención de la recurrente de amparo en la aprobación de la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 para el incremento del crédito presupuestario del programa 32H.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo promovido por doña Carmen Martínez Aguayo y, en su virtud:

1.º Inadmitir el motivo primero de amparo, relativo a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) asociada a la falta de jurisdicción de los órganos judiciales del orden penal para enjuiciar actos de naturaleza legislativa.

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

3.º Restablecerla 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.

4.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. 2391-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 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. 2391-2023, interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo, 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 de la promotora del presente recurso de amparo, señora Martínez Aguayo, esta desempeñó el cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía del 26 de abril de 2004 al 24 de abril de 2009.

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

1. Respecto 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 2009 y su elevación al Consejo de Gobierno, fases en las que tuvo participación destacada la 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 condenada (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 de la 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) (i) se afirma que en el procedimiento para la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias al programa 31L en los años 2005 a 2008, 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.

Pues bien, respecto de ambos 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) de la recurrente, como erróneamente ha venido a apreciar la mayoría del Pleno de este tribunal en la sentencia de la que ahora discrepo.

2. Respetto del delito de malversación.

(i) En el fundamento jurídico 5.3 A) 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 como de modificaciones presupuestarias en los años 2005 a 2009, resulta imprevisible y por tanto contraria al derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) de la 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 A) b) sobre la condena a la recurrente por la modalidad omisiva del mismo delito de malversación (por no impedir 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) 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) de la 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 a la 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 a la 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 de la 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. 2391-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo, 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, 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 otra 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 doña Carmen Martínez Aguayo, que ocupó el cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía desde el 26 de abril de 2004 al 24 de abril de 2009, estando descritos los hechos por los que fue condenada en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 38 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 de la recurrente no puede entenderse subsumible en los delitos de prevaricación y malversación por los que ha sido condenada, conclusión que asienta sobre la premisa, a mi parecer errónea, de que obraba amparada por lo previsto en la correspondiente ley de presupuestos para cada ejercicio.

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

Pero la sentencia aprobada por la mayoría va aún más lejos y, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta de la 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 a 2009, que «en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, [de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias], habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía» (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 de la 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 a la 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 de la recurrente pueda calificarse de imprevisible. La razón de la condena de la recurrente es clara: como con arreglo a la Ley 5/1983, de hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, la 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 art. 1 estableció expresamente que «[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas». En tal hipótesis, el problema se desplaza al control de la ley. Pero no es el caso. Las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no establecieron en su articulado la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones y semejante supresión no puede inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria. Esta singular deducción de la sentencia respaldada por la mayoría de este tribunal constituye una interpretación creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 31L y solo y exclusivamente en esa partida.

La consecuencia de ello es que las conductas enjuiciadas de la 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 art. 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 salutífero para la 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 de la 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 ajenez 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 la 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 la 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 a la demandante de amparo como autora 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 de la recurrente a la legalidad penal y a la presunción de inocencia de la recurrente.

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 de la 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 de la 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.

Parfraseando 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 Alcobilla.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2391-2023 interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo

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 293/2023, 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), don Francisco Vallejo Serrano (recurso de amparo 2360-2023) y don Jesús María Rodríguez Román (recurso de amparo 2361-2023), 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– y/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 trasferencias de financiación de modo innecesario con la idea de que otros tuvieran recursos para destinarlos a fines ajenos a los presupuestados. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando indica que la actuación de desvío de fondos no venía obligada por los presupuestos. O cuando refiere que «no puede afirmarse que [el Parlamento] modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones».

f) Ese mismo *mantra* jurídico sirve de modo inconsistente para distinguir, a los efectos de resolver la vulneración del derecho a la legalidad penal, entre aquellas modificaciones presupuestarias o disposiciones de fondos según tuvieran o no amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L. Como se ha indicado el mencionado programa no determinaba que las trasferencias 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. 2391-2023 interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo.

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, 2360-2023 y 2361-2023) a los que debemos remitirnos atendida la identidad argumental que presenta esta sentencia con las cinco 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 supera 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 discrepamos, 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 la recurrente podía considerar imprevisible o extravagante que pudiera ser condenada 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 del mismo 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 a la recurrente por las condenas referentes al delito de prevaricación, insisto en mi 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 de la 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 de la recurrente.

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

1. Motivo tercero de la demanda de amparo. Vulneración del derecho a la legalidad penal. Desestimación del motivo invocado por la recurrente.

El motivo tercero de la demanda de amparo debió ser desestimado, conforme a la propia argumentación de la sentencia, en lo que al motivo planteado le es aplicable. Se expondrán a continuación las razones de esta afirmación.

1.1 Planteamiento de la recurrente.

La recurrente en el tercer motivo de la demanda sí invoca, a diferencia de lo que ha acontecido en otros recursos de amparo, la vulneración del derecho a la legalidad penal (arts. 25.1 CE y 7 CEDH), al entender que los hechos probados no pueden subsumirse en el delito de malversación del art. 432 CP. La mera intervención en la elaboración de los proyectos de leyes de presupuestos y en las modificaciones presupuestarias no son actos jurídicamente eficaces para malversar. Recuerda que doña Carmen Martínez Aguayo fue condenada por participar en el ejercicio de sus competencias y funciones como viceconsejera de Economía y Hacienda en la tramitación y aprobación de varios anteproyectos de leyes de presupuestos de Andalucía y en la tramitación de las modificaciones presupuestarias señaladas de las citadas partidas. Su intervención se considera delictiva tanto a efectos del delito de prevaricación como también a efectos del delito de malversación de caudales públicos.

Afirma que no existe engarce entre los hechos realizados en la fase prelegislativa y los actos de malversación que se atribuyen a la Dirección General de Trabajo, que de las funciones, competencias y deberes de la recurrente no resulta que tuviera facultad decisoria o de detentación material de los caudales y que la atribución de la posición de garante carece de sustento legal.

1.2 Fundamentación de la sentencia parcialmente dissociada de la vulneración del derecho a la legalidad penal invocada. Procedencia de la desestimación con fundamento en el fundamento jurídico 5.3 B) b) y c).

1.2.1 La sentencia de la que discrepamos aplica la motivación estandarizada contenida en otras sentencias para resolver el tercer motivo de la demanda de amparo.

Debe recordarse que esa motivación estándar se proyecta sobre todas las demandas de amparo invoquen o no la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la malversación desvinculándose, para el caso de que la invoquen, de las razones en las que el/la demandante sustenta la vulneración.

La demandante no cuestiona bajo el amparo del derecho a legalidad penal invocado en el motivo tercero de la demanda de amparo «la legitimidad» y «la licitud» o no de los actos de disposición de fondos, si se ajustaban o no a las leyes de presupuestos, si se apartaban o no de los fines legítimos que tales leyes establecían. Le es irrelevante para argumentar la vulneración y por ello nada dice sobre tales aspectos.

Es por ello que nada tiene que ver con el motivo tercero de la demanda, como se indica a continuación, el razonamiento que se contiene en el fundamento jurídico 5.3 A) a) y b) y 5.3 B) a).

La sentencia únicamente aborda el motivo tercero de la demanda cuando se plantea si la atribución a la recurrente de la malversación por comisión por omisión derivada de su posición de garante en relación con determinadas disposiciones es razonable en el fundamento jurídico 5.3 B) b) c). En tal fundamento, tras examinar la razonabilidad de la atribución a la recurrente, por comisión por omisión, de la disposición de determinados fondos públicos se desestima la queja al considerar razonable atribuirle un deber de custodia de estos y la obligación de evitar su indebido uso.

Es por ello que de modo coherente con lo planteado por la recurrente debió desestimarse la vulneración del derecho a la legalidad penal invocada en el motivo tercero de la demanda de amparo.

1.2.2 En primer lugar, la sentencia de la que discrepamos proyecta la argumentación que le ha servido para estimar la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación –ya cuestionada en este voto– a la condena por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

Sin embargo, la recurrente nada argumenta en el motivo tercero de la demanda sobre el carácter «indebido» o «ilícito» de los anteproyectos de leyes que la recurrente aprobó, o sobre su posibilidad de control [FJ 5.3 A) a) (i)] ni tampoco en relación con la falta de previsibilidad de la condena por malversación por realizar conductas que tenían cobertura en las leyes de presupuestos y por tanto era imprevisible que se calificaran de ilícitas [FJ 5.3 A) b) (i)] o por considerar las sentencias de instancia y de casación que fue imprevisible al atribuirle la posición de garante cuando las ayudas eran conforme a la previsión legal [FJ 5.3 A) b) (ii)].

Sobra el fundamento jurídico 5.3 A). Nada tiene que ver con el motivo que dice resolver.

1.2.3 En segundo lugar, la sentencia que resuelve el recurso de amparo también se desvincula por completo de las alegaciones de la recurrente cuando valora la vulneración de la legalidad penal en relación con los «[h]echos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L» [FJ 5.3 B)]. La sentencia indica que «[e]s 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 A)]» [FJ 5.3 B) a) (ii)].

Nada dice el motivo de la demanda sobre la legitimación o no en las leyes de presupuestos de las disposiciones de fondos sin los fines públicos de las ayudas sociolaborales. No lo discute. La demanda es clara y va por otros derroteros. Su argumento es potente y sencillo de comprender: la mera intervención en la elaboración del proyecto de ley de presupuestos y en las modificaciones presupuestarias no son actos jurídicamente eficaces para malversar. La demanda lo que afirma es que no existe engarce entre los hechos realizados en la fase prelegislativa y los actos de malversación

y que la recurrente no tenía la posición de garante. No discute por tanto la cobertura o no de las disposiciones.

No es comprensible que la sentencia se aparte de la demanda de un modo tan evidente y acuda a reiterar la motivación estandarizada contenida en otras sentencias que también ha sido cuestionada en los respectivos votos particulares.

Sobra el fundamento jurídico 5.3 B) a) de la sentencia: esta desvinculado de la argumentación de la demanda.

1.2.4 Finalmente, la sentencia frente a la que formulamos el presente voto, al examinar lo que denomina «casos comprendidos en la letra C) del hecho probado vigesimosegundo de la sentencia de la Audiencia Provincial» [FJ 5.3 B) b)], sí entra a valorar si existía posición de garante. Esta cuestión fue precisamente planteada en la demanda.

Indica que se trata de disposiciones de fondos que para la sentencia de instancia se habrían apartado de los fines legítimos que contemplaban las leyes de presupuestos. La sentencia entiende que en este caso la condena a la demandante solo puede entenderse producida en aplicación de la modalidad omisiva. La sentencia comparte con el fiscal que una vez la demandante tuvo conocimiento de que se usaban fondos del programa 31L en ausencia o desviación de su fin público, «no es irrazonable inferir [...] que quien ejerce un alto cargo de responsabilidad política en materia económico-financiera no puede permanecer indiferente ante la disposición de caudales públicos» y concluye que «es razonable entender que tenía el deber de realizar alguna actuación [...] tendente a evitar que esos caudales públicos siguieran concediéndose en ausencia de fin público o para fines diversos de los presupuestariamente autorizados».

Por tanto el motivo tercero de la demanda debió ser desestimado atendido el propio pronunciamiento de la sentencia.

1.2.5 Por otra parte, el fundamento jurídico 5.3 B) c) abunda en el argumento anterior, cuando entiende que no es contrario a pautas metodológicas aceptadas comúnmente y a la interpretación teleológica conectada al delito, ni axiológicamente reprochable, que la recurrente tuviera funciones relativas al cuidado de caudales incompatibles con una posición de indiferencia o ajenidad al uso ilícito del patrimonio. Con ello insiste en la desestimación del único argumento esgrimido en el motivo tercero de la demanda.

La sentencia considera razonable imputarle por comisión por omisión la disposición de fondos atendida la posición de garante que tenía como consecuencia de su cargo. Para la demandante era lo único controvertido en el motivo tercero de la demanda en relación al derecho a la legalidad penal.

1.3 Conclusión. El motivo tercero de la demanda debió ser desestimado y consiguientemente la vulneración del derecho a la legalidad penal en el mismo invocada.

En suma, la sentencia debió desestimar la queja planteada en el motivo tercero de la demanda por los propios fundamentos que expone y que son de aplicación al motivo alegado. Sin embargo, por razones ajenas al planteamiento de la demanda y de modo incoherente, con argumentos que no pueden ser compartidos –como ya hemos expresado en otros votos particulares– estima parcialmente el motivo tercero al reconstruirlo efectuando de tal modo una verdadera, e inadmisibles, revisión de oficio de la sentencia del Tribunal Supremo al margen de cualquier debate de las partes.

2. Inadmisibles razonamiento de la sentencia en relación con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

a) Las razones, no alegadas en la demanda, por las que la sentencia que resuelve el recurso de amparo estima vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), como hemos advertido en otros votos particulares, se basan en un argumento falaz que 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».

b) Tal afirmación es insostenible por la sencilla razón de que las leyes no delinquieron, ni –como les atribuye la sentencia que resuelve el recurso de amparo 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 recurridas, 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.

c) Así lo afirmó la STS 749/2022, en su FJ 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, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones». Y añade que: «La aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales. La actuación del director general del IFA/IDEA no era obligada».

d) 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 transferencias 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 o consintieron que otros se aprovecharan de su dotación presupuestaria para dedicarla, no a su destino de gastos de explotación, sino a otros no previstos en los presupuestos.

e) En todo caso debemos insistir, para tener presente la inadmisibile deriva argumental de la sentencia, que la recurrente en el motivo tercero de la demanda de amparo planteaba un problema que nada tenía que ver con «la legitimidad» y «la licitud» o no de los actos de disposición de fondos, esto es, si se ajustaban o no a las leyes de presupuestos, si se apartaban o no de los fines legítimos que tales leyes establecían. La sentencia efectúa una revisión de oficio de las sentencias de instancia y de casación inadmisibile desde todo punto de vista.

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

3.1 Planeamiento de la recurrente.

La demandante de amparo invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la condena por el delito de malversación al considerar que no existió prueba de cargo sobre el elemento subjetivo de la malversación. Indica que la prueba se basa en inferencias excesivamente abiertas, débiles e indeterminadas, basada en indicios insuficientes, sin tomar en consideración los contraindicios existentes. Expone el contenido del voto particular suscrito por dos magistradas del Tribunal Supremo y refiere compartíroslos.

3.2 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.

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

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

a) Delimita el examen del derecho a la presunción de inocencia a unas concretas disposiciones de fondos. En tal sentido afirma en el primer párrafo del fundamento jurídico 6.4 que el examen se va a circunscribir a los delitos de malversación que traen causa en las «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».

b) 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 desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en los programas presupuestarios en el tiempo en que la demandante ejerció el cargo de viceconsejera de Hacienda desde el mes de abril de 2004 y de consejera de Hacienda desde el mes de abril de 2009.

c) Al examinar 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 segundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 3.1 L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo.

d) La sentencia de la que discrepamos indica que no aparece detallada con exhaustividad la motivación de la posible participación de la 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 la recurrente tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que la involucraran personalmente en la dinámica seguida en la Consejería de Empleo que concedía ayudas a quienes no las necesitaban o las destinaba a fines distintos de los programados. Indica que la sentencia de instancia no describe ninguna modalidad de acuerdo o adhesión de la encausada a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades.

e) 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 la demandante 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 que:

«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 la señora Martínez Aguayo hubiera realizado los hechos que se le atribuyen (la aprobación de presupuestos y modificaciones presupuestarias) con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. 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. 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.»

3.3.2 Extralimitación de la sentencia de las funciones que le corresponden al Tribunal Constitucional al examinar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Actividad probatoria suficiente, realizada con las garantías necesarias referida a la existencia de dolo.

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, como sucede en las otras ponencias presentadas a deliberación, 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 las mismas 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 que el tribunal de instancia valoró la abundante prueba practicada a lo largo de las múltiples sesiones en las que se celebró el juicio oral. Entre ellas examinó las declaraciones de los acusados,

las declaraciones testificales, la ingente prueba documental y el contenido de los informes periciales de distintas autoridades y organismos. La prueba fundamental, aunque no la única para acreditar la forma en que se gestionaron las ayudas, es el informe pericial elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado, ratificado en el juicio oral.

Entre la documental destaca la pluralidad de informes que alertaron de las numerosas irregularidades a lo largo de los años. Así lo expuso la STS 749/2022 cuando indicó que el conocimiento de la situación era incuestionable también para «algunas de las autoridades que aprobaron las partidas presupuestarias y que fueron informadas de la gestión altamente irregular de las ayudas. Las pruebas acreditativas de ese conocimiento vienen conformadas por una serie de informes que se sucedieron en el tiempo y cuyo contenido, coincidente con el Informe que posteriormente elaboró la Intervención General de la Administración del Estado, acredita, sin duda, la ilegalidad de la gestión, el absoluto descontrol y la total discrecionalidad con la que se concedían las ayudas o se utilizaban los fondos» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 33.4, pág. 326).

Sostienen las sentencias de instancia y de casación que de los informes destaca el informe adicional de ayudas de 2003 «pero en los restantes se insiste en la ilegalidad del proceso que se estaba siguiendo lo que, unido al contenido del primer informe, revela que existió información continuada que permitió conocer lo que estaba sucediendo y posibilitó que se adoptaran decisiones para poner fin al dispendio de fondos públicos» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 33.4).

La convicción así obtenida una vez valorada la prueba practicada es reforzada por las siguientes afirmaciones de la sentencia del Tribunal Supremo, que están en la línea del pronunciamiento de la propia sentencia de la que discrepamos cuando ha considerado razonable atribuir a la recurrente la posición de garante: (a) Que el ejercicio de las propias competencias obligaba a que se actuara responsablemente y con la debida diligencia, por lo que no resulta creíble un absoluto desconocimiento de los hechos cuando lo que se afirma como desconocido era una flagrante infracción de la ley cometida en el núcleo de las propias competencias. (b) Que concurrían además otros hechos que se presentaban como fuentes diversas de conocimiento sobre la ilegalidad a la que todos los condenados contribuyeron desde su posición institucional –y que, ha de añadirse ahora, necesariamente tenían que haberles alertado sobre la elevada posibilidad de aparición de conductas desviadas en la administración de los fondos públicos, si es que se ignoraba que ese era el auténtico propósito inicial–, como los siguientes: (i) el origen político de la concesión de las ayudas y su relevancia dentro del programa político del Gobierno; (ii) la forma en que se gestó el cambio de presupuestación; (iii) las consecuencias inmediatas que ese cambio tuvo en orden a la supresión de controles y a la opacidad en la concesión de las ayudas; (iv) los problemas recurrentes que se produjeron en la contabilidad de los pagos realizados por el IFA/IDEA; (v) la intervención de alguno de los condenados en las gestiones previas con empresas para la concesión de las ayudas; (vi) el conocimiento de la normativa que cada uno debía tener en atención al cargo desempeñado; (vii) los criterios exigibles a una administración o el ejercicio del cargo mínimamente diligente; (viii) el contenido de los documentos formalizados para la aprobación de los créditos presupuestarios y las advertencias que se produjeron en distintos informes de la Intervención sobre la ilegalidad del proceso de presupuestación o sobre la forma en que se estaban gestionando las ayudas (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 45.3).

Pues bien, la extensa y pormenorizada fundamentación contenida en la sentencia de instancia y en la de casación permite descartar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues es perfectamente racional inferir de la misma la existencia de dolo en la recurrente.

c) La mínima actividad probatoria referida a la realización de la conducta típica por la 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».

d) La sentencia que resuelve el recurso de amparo 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 del dolo.

e) Con dicho modo de proceder se aparta en un asunto de tanta trascendencia del criterio rector que ha orientado desde los inicios del funcionamiento del Tribunal Constitucional –conforme a nuestra consolidada doctrina– 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 como el 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.

f) 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.

g) 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.

h) 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 en 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 que, en razón de lo expuesto, justifican de modo coherente la existencia del dolo en la malversación.

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.