

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17484 *Pleno. Sentencia 103/2024, de 17 de julio de 2024. Recurso de amparo 2485-2023. Promovido por don Antonio Vicente Lozano Peña respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:103

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. 2485-2023, promovido por don Antonio Vicente Lozano Peña, representado por el procurador de los tribunales don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de don José María Calero Martínez, contra: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016; (ii) la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 601-2020, y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 dictado en el mismo recurso. Han sido parte el Partido Popular, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don 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; 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 José Antonio Griñán Martínez, representado por el procurador de los tribunales don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez; y doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. El 13 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por el procurador don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano Peña, bajo la

dirección letrada del abogado don José María Calero Martínez, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

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

a) Por 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, en el marco de la denominada «pieza específica» del caso «ERE», se condenó a diversos miembros del Consejo de Gobierno y de la administración de la Junta de Andalucía –incluyendo desde presidentes de la Comunidad a directores generales– por haber intervenido, a lo largo de casi diez años, en el diseño de un sistema ilegal de concesión de ayudas sociolaborales.

Según el resumen efectuado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia de casación (folios 97 y siguientes) los hechos en los que se habría articulado el sistema de concesión ilegal de ayudas sociolaborales se dividirían en tres etapas diferentes:

«l) Primera etapa.

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

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

Los expedientes para la concesión de estas ayudas se integraban por los siguientes documentos: memoria justificativa, acreditación de la personalidad del solicitante, documento acreditativo de la situación de hecho que amparaba la solicitud (resolución de la autoridad laboral del ERE) y compromisos asumidos para el caso de que variara la situación laboral de los perceptores. La Dirección General de Trabajo elevaba una propuesta de resolución al consejero de Empleo que era al 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 públicas en favor de empresas y para conseguir una actuación de interés público o social, tenían la consideración de subvención y estaban sujetas en su concesión a distintas normas, de entre las que cabe destacar el título VII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de concesión de subvenciones de la Junta de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Resulta necesario destacar, por último, que de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículos 77, 81 y concordantes) la concesión de subvenciones estaba sujeta a control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y estaba también sometida a seguimiento y control posterior, conforme a lo previsto en el artículo 85 *bis* de la citada ley.

II) Segunda etapa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y en la fiscalización posterior de la actividad del IFA, realizada a través del llamado "control financiero permanente", conforme a lo previsto en el [...] 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 no fue publicado en el "BOJA" y no fue objeto de informe previo, ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA. Además, nunca se constituyeron las comisiones de seguimiento previstas en el convenio

marco y en los convenios particulares se hacía constar que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

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

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

- En 2002: 34 341 351 €.
- En 2003: 55 646 899 €.
- En 2004: 46 146 389 €. [En este ejercicio el IFA cambió su denominación por Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y pasó a estar adscrito a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa].
- En 2005: 72 261 575 €.
- En 2006: 77 291 000 €.
- En 2007: 79 207 500 €.
- En 2008: 87 478 495 €.

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

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

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

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

- En muchos casos no ha existido expediente de concesión de la ayuda.
- El director general de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- Se ha omitido la fiscalización previa.
- No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.

- No se consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión las subvenciones concedidas a empresas.
- No consta memoria explicativa de la excepcionalidad de las subvenciones, ni los requisitos que se exigen para ser beneficiario, ni se detalla la forma en que debería realizarse la justificación del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la ayuda.
- Los convenios de colaboración por el que se han concedido las ayudas no adoptan ni la forma ni los contenidos mínimos que exige la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.
- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía", ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
- La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
- No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

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

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

- En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7582 trabajadores.
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4787 trabajadores.
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4957 trabajadores.

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

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

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

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

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

III) Tercera etapa.

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

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

Este [...] decreto estableció en su primer artículo que "[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, en particular, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, el título VIII del texto refundido de la Ley general de hacienda

pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, así como el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la administración de la Junta de Andalucía", lo que supone una excepción al régimen general y evidencia que el criterio seguido en los años anteriores no era conforme a Derecho.

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

b) El demandante fue condenado porque participó en este procedimiento específico desde su puesto de director general de Presupuestos en la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, cargo que ocupó desde el mes de abril de 2002 hasta el mes de abril de 2009, participando en la tramitación de los anteproyectos de presupuestos correspondientes a los años 2003 a 2009, en los que se incluyó la partida presupuestaria de transferencias de financiación al ente público IFA/IDEA, como vía para conceder ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, así como en varias modificaciones presupuestarias en el programa 31L que incrementaron dicha partida para el mismo fin, y en una modificación que afectó al programa 32H.

Por dichos hechos fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del Código penal (CP) a la pena de nueve años de inhabilitación especial, con la consiguiente privación definitiva de todo cargo público de carácter electivo o de designación, en cualquier administración pública, que tuviera, y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena. Se le impuso asimismo el pago de 1/37 parte de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

c) El actor interpuso recurso de casación que fue desestimado íntegramente por sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

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

3. El recurrente invoca en su demanda de amparo la vulneración de los siguientes derechos:

a) Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados relativos al actor en el art. 404 CP (delito de prevaricación administrativa).

Se trata de una aplicación del precepto imprevisible porque desborda el marco de conductas que el legislador quiso sancionar penalmente, incluyendo otras que por estar referidas a funcionarios y autoridades que a impulso de directrices políticas proponen una ley al Parlamento, deben quedar exentas del examen jurisdiccional en general y con mucho más motivo del juicio penal, para asegurar el equilibrio de poderes en una sociedad democrática.

La aplicación que se ha hecho de la norma penal en este caso es insostenible, porque el proceso prelegislativo no es un «asunto administrativo», la tramitación del mismo no puede dar lugar a «resoluciones», especie respecto del acto administrativo definida en el art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquellas otras derivadas del mismo. La utilización inadecuada de las transferencias de financiación no incurre en una aplicación arbitraria del Derecho, la actuación en las modificaciones presupuestarias siguiendo el informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía no puede considerarse realizada «a sabiendas» de su

ilegalidad. El proceso prelegislativo de elaboración del anteproyecto de ley de presupuestos no es un asunto administrativo.

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla y del Tribunal Supremo incurren en contradicción, pues afirman que existe un procedimiento reglado previo a la adopción de la decisión política, pero no identifican ningún incumplimiento de las normas procedimentales y terminan afirmando que resolución es la decisión final de remitir el proyecto, incurriendo en el imposible semántico de tener por decisión lo que solo es una propuesta de decisión. Solo la decisión del Parlamento otorga eficacia jurídica legislativa a lo que solo es un proyecto. Lo único objetable es el uso inadecuado de un instrumento presupuestario, pero ello queda lejos del marco de revisión penal.

La sentencia de la Audiencia Provincial describe en sus hechos probados una actuación del ahora demandante de amparo que resulta inequívocamente regular, ordinaria y ajustada al cumplimiento de sus obligaciones y facultades: elevar la correspondiente propuesta tras haber dado fe el jefe de servicio responsable del expediente del cumplimiento de la normativa. La explicación que ofrece el Tribunal Supremo para afirmar que incurrió en arbitrariedad es insuficiente, pues lo funda en que se cambió el sistema de presupuestación sin una razón sólida que lo justificara (fundamento de Derecho 30), cuando en el relato de hechos probados se recoge de manera reiterada y persistente que la razón del cambio fue lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de las ayudas, quien ocupa la dirección general a partir de 2002 ni participó ni pudo participar desde su posición orgánica en dicha modificación, y se trata de razones políticas que quedan fuera del control de los tribunales de justicia en un Estado democrático.

Aduce que el único precepto que se invoca como desconocido es el art. 18 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, por el que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, que se refiere a las transferencias de financiación. Este precepto no está diciendo que el destino único y exclusivo de dichas transferencias deba ser equilibrar el balance de las empresas de la Junta de Andalucía, por lo que la interpretación que del mismo verificó el Consejo de Gobierno y, en ejercicio de sus funciones, el director general de Presupuestos no es irrazonable ni disparatada, que es lo que exigiría la arbitrariedad. También es irrazonable considerar que el actor actuó «a sabiendas» de incurrir en arbitrariedad en una resolución administrativa, pues todas las modificaciones presupuestarias fueron informadas favorablemente por la Intervención General y así se declara probado. La sentencia de instancia absuelve al interventor y condena a quienes siguen su criterio de legalidad, lo que resulta irrazonable.

b) Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por inaplicación irrazonable, inesperada e imprevisible de la regulación de la prescripción del delito contenida en los arts. 130, 131 y 132 CP.

La sentencia de la Audiencia Provincial identifica los actos que considera «resolución» y en lo que concierne al demandante lo concreta en el acuerdo de elevación de la propuesta de modificación presupuestaria a la consejera de Economía y Hacienda, doña Magdalena Álvarez Arza, para su aprobación, lo que se produjo el 21 de octubre de 2002. El actor fue imputado por auto de 28 de junio de 2013, cuando ya habían transcurrido más de diez años.

c) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por ausencia de explicación del elemento objetivo del tipo, «resolución en asunto administrativo»; alternativamente, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia al haber incurrido el Tribunal Supremo en modificación de aspectos fácticos esenciales de la sentencia de instancia, concretamente, en la determinación de las resoluciones consideradas prevaricadoras, incluyendo unas denominadas «memorias favorables».

El Tribunal Supremo dice que su condena no se ha limitado a hechos puntualmente acaecidos en el año 2002, sino también a su intervención en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias desde

el 15 de octubre de 2002 al 22 de diciembre de 2008, razón en la que se basa para no acoger su alegación de prescripción. También se refiere a unas «memorias favorables» que no es posible saber a qué actos aluden. La presunción de inocencia exige concreción de los hechos en que se funda la condena, en términos comprensibles e identificables. En este caso la respuesta dada por el Tribunal Supremo en sentencia a su recurso de casación supone una ininteligible ampliación de los actos que motivan la condena. El auto del Tribunal Supremo que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, por su parte, trata de justificar su intervención creadora haciendo una crítica del desorden e imprecisión de la sentencia de instancia que, en su caso, debiera haber motivado su anulación.

En el suplico de la demanda se solicita la anulación de las resoluciones impugnadas.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 295/2023, de 5 de junio, en el que, previa avocación de la decisión, admitió a trámite el presente recurso de amparo «porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)], y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

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

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

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

Por providencia de 20 de junio de 2023 el Pleno de este tribunal acordó, conforme al 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 2485-2023, interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña».

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

a) Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 24 de julio de 2023 se tuvo por recibida de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla copia en formato digital de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y los emplazamientos practicados. Observándose que no se había emplazado a todas las partes del mencionado procedimiento, se acordó remitir nuevo oficio a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, a fin de que procediera a emplazar a todas las partes, a excepción del recurrente, en el presente proceso y de las ya emplazadas, con entrega de copia de la demanda, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente recurso de amparo.

b) Por escrito presentado el 25 de julio de 2023, el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, actuando en nombre y representación del Partido Popular, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento, así como la acumulación de los recursos de amparo dimanantes de la misma causa penal. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este tribunal de 27 de julio de 2023, se admitió su personación y, a tenor de lo dispuesto en el art 52 LOTC,

se acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, a la parte recurrente, al Partido Popular y al Ministerio Fiscal para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

c) Por escrito presentado el 22 de septiembre de 2023, el actor formuló alegaciones en las que reitera de forma resumida los fundamentos esgrimidos en su recurso.

d) Por escrito presentado el 26 de septiembre de 2023, el Partido Popular formuló alegaciones en las que interesó la desestimación del recurso de amparo. En síntesis, manifiesta su sustancial conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos de las resoluciones judiciales impugnadas, al tiempo que reprocha al recurso de amparo haber hecho una selección parcial y fragmentada de los fundamentos de la condena.

Aduce, al inicio del escrito, que los motivos primero y segundo del recurso de amparo incurrir en la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 44.1 c) LOTC, porque la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) se hizo valer en el incidente de nulidad de actuaciones. Aunque también afirma que al haber planteado en casación una temática de fondo similar a la que se alega como base de la censura casacional, se dará respuesta a todos los motivos.

Rebate el primer motivo de amparo, relativo a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación inesperada e imprevisible del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, porque tanto la sentencia de instancia como la de casación –de cuyos fundamentos hace citas muy extensas– justificaron acertadamente el juicio positivo de tipicidad en la consideración de que el procedimiento prelegislativo de elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos constituye, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias aplicables, un procedimiento de naturaleza administrativa, y que los actos y decisiones que fueron objeto de incriminación y condena constituyeron por ello resoluciones idóneas para realizar el tipo objetivo del delito de prevaricación, lo que se justificó en abundante cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo así como en algunos precedentes del Tribunal Constitucional –se insiste en la STC 238/2007, de 21 de noviembre– que harían razonablemente previsible la aplicación de la norma penal. Destaca asimismo el relevante papel que la Dirección General de Presupuestos tuvo en la tramitación y aprobación de los anteproyectos de ley. Las mismas consideraciones se aplicarían a las modificaciones presupuestarias.

Rechaza igualmente el segundo motivo de amparo, que denuncia vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por inaplicación irrazonable de la prescripción del delito de prevaricación, arts. 130, 131 y 132 CP, porque se funda en una tergiversación del relato de hechos probados, que no se circunscribe a un hecho puntual cometido el 21 de octubre de 2002, como se afirma en el recurso, sino que se extiende a la intervención del recurrente en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 22 de diciembre de 2008, lo que excluiría la prescripción del delito, como debidamente se razona en la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 88).

Desecha finalmente el tercer motivo de amparo, relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la sentencia de casación se limitó a precisar los hechos de la sentencia de instancia atribuidos al actor, en lo relativo a su intervención en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias, con sus informes y memorias, sin que ello hubiera supuesto la introducción de alteraciones fácticas esenciales, tal y como se explica y razona en el auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

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

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

g) Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don José Antonio Griñán Martínez, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento con el fin de sostener los derechos y ejercitar las acciones que a su mandante pudieran corresponder.

h) Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, actuando en nombre y representación de doña Carmen Martínez Aguayo, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena, solicitó que se le tuviera por personada en el procedimiento, manifestando al mismo tiempo su adhesión al recurso de amparo formulado por don Antonio Vicente Lozano Peña en todo lo que pueda favorecer a su mandante, por entender que los fundamentos, alegaciones y vulneraciones de derechos fundamentales denunciados son plenamente aplicables y predicables de doña Carmen Martínez Aguayo.

i) Por diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023 se tuvieron por recibidos los emplazamientos practicados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla y se acordó tener por personados y parte en el proceso a la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de don Francisco Vallejo Serrano, a la misma procuradora señora Rosch Iglesias, en nombre y representación de don Jesús María Rodríguez Román, al procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de don José Antonio Griñán Martínez, y a la procuradora doña Olga Coca Alonso, en nombre y representación de doña Carmen Martínez Aguayo.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, se dio vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, a las citadas partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

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

k) Por escrito presentado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de doña Carmen Martínez Aguayo evacuó escrito de alegaciones en el que manifestó su adhesión al presente recurso de amparo en todo lo que pudiera favorecer a su mandante, por entender que los fundamentos, alegaciones y vulneraciones de derechos fundamentales denunciados son plenamente aplicables a la misma, lo que conllevaría la revocación de las sentencias impugnadas y su absolución.

l) Por escrito presentado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román evacuó escrito de alegaciones en el que solicitó la estimación del presente recurso de amparo, que se declarase la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y que se declarasen nulas las sentencias impugnadas en el mismo.

Aduce que, en lo concerniente al delito de prevaricación del art. 404 CP, se ha verificado una interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos típicos «resolución» y «asunto administrativo», porque los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos o de gobierno, y no pueden ser considerados como asunto administrativo susceptible de revisión en vía jurisdiccional, incluida la penal, y porque no puede existir una ley ilegal, ni ilegalidades dentro de una ley. Conforme se dictamina en el informe pericial de los profesores señores Zornoza y Martínez Lago, las leyes de presupuestos posteriores a la

Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, que contemplaron transferencias de financiación para finalidades no previstas en el art. 18.1 de esta ley, permiten descartar la ilegalidad de las partidas presupuestarias objeto de incriminación, pues procedía resolver el conflicto de normas conforme a los principios generales de que la ley especial prevalece sobre la general y la ley posterior deroga a la anterior. En cuanto a las modificaciones presupuestarias, el informe favorable del interventor general de la Junta de Andalucía, que resultó absuelto en la causa, y del interventor adjunto a la agencia IFA/IDEA excluye la existencia de una ilegalidad palmaria, manifiesta y evidente.

m) Por escrito presentado el 22 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Francisco Vallejo Serrano evacuó escrito de alegaciones en el que aduce que se ha vulnerado el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) porque se ha verificado una interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos típicos del delito de prevaricación, «resolución» y «asunto administrativo». Argumenta que no puede existir una ley ilegal, ni ilegalidades dentro de una ley, y que en este caso se incurre en una auténtica aporía pues se funda la condena en la supuesta ilegalidad de una partida presupuestaria incluida en las leyes de presupuestos por no ajustarse a lo prevenido en otra ley, la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas. 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. Por otra parte, las transferencias de financiación no son ilegales, resultando incoherente, ilógico y arbitrario condenar a su mandante y al recurrente, mientras que se absuelve al señor interventor general de la Junta de Andalucía, que informó favorablemente todas las modificaciones presupuestarias, siendo conocedor de la citada figura presupuestaria «transferencias de financiación», y garante de la legalidad presupuestaria.

6. Por escrito presentado el 8 de enero de 2024, el Ministerio Fiscal formuló alegaciones en las que interesó la estimación parcial de la demanda de amparo interpuesta por don Antonio Vicente Lozano Peña, solicitando su otorgamiento únicamente respecto de la condena por el delito de prevaricación, en lo concerniente a su participación en la aprobación de los sucesivos anteproyectos de leyes de presupuestos, interesando: a) que se declare vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) en relación con dicho aspecto de la condena; y b) que se le restituya en la integridad de su derecho, acordando a tal efecto 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 fallo respetuoso con el derecho vulnerado. Respecto de las restantes vulneraciones denunciadas, interesa su desestimación.

La fiscal ante el Tribunal Constitucional que suscribe el escrito de alegaciones, tras identificar las resoluciones judiciales impugnadas en la demanda de amparo, y sus motivos de queja, empieza manifestando que se cumplen los requisitos de admisibilidad, pasando al examen del primero de ellos, que denuncia la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por arbitraria aplicación del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, a cuyo fin expone y aplica los parámetros de control que la doctrina constitucional (por todas, STC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1.1), ha establecido para juzgar la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal, que se cifran en: (i) el respeto al tenor literal del precepto; (ii) un soporte metodológico, que excluye una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante; y (iii) un soporte axiológico, que proscribiera una base valorativa que resulte ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional.

Desde el punto de vista metodológico, la fiscal, tras destacar la novedad que representa ver aplicado el tipo de la prevaricación administrativa del art. 404 CP a la decisión de un Gobierno de presentar al Parlamento un proyecto de ley, manifiesta que la argumentación empleada en las resoluciones judiciales para justificarla presenta graves deficiencias. La fiscal considera que se ha de partir de que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han

rehusado entrar a revisar tal tipo de decisiones gubernamentales: El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la naturaleza de la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley (STC 45/1990, de 15 de marzo) o sobre la adopción por el Consejo de Ministros de acuerdos en materia presupuestaria o asimilada a ella (SSTS 1035/2016, 1036/2016, 1037/2016, 1038/2016 y 1039/2016), precedentes en los que ha establecido que no tiene sentido admitir un recurso contra un proyecto de ley que no es aún norma y que puede sufrir modificaciones o incluso no ser aprobado en su tramitación parlamentaria, ni cercenar las facultades del Gobierno en el ejercicio de la iniciativa legislativa sometiendo al Parlamento a tuteladas innecesarias, cuando el órgano legislativo puede modificar el proyecto de ley y cuando se dispone de instrumentos jurídicos que pueden corregir las ilegalidades que se adviertan en la ley finalmente aprobada; la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en aquellos casos en los que ha descartado revisar la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno porque se trata de una actuación no regulada por el Derecho Administrativo.

Frente a tan claros planteamientos, las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo reconocen a la jurisdicción penal una capacidad para controlar la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno, basada en su supuesta naturaleza administrativa, que resulta metodológicamente inconsistente porque: (i) 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; (ii) el que esa actividad prelegislativa se halle regulada por normas de organización, procedimiento y delimitación de sus contenidos, ni excluye por definición su naturaleza política ni supone forzosamente que esté sujeta al Derecho administrativo; y (iii) en el Reglamento del Parlamento de Andalucía la iniciativa del Consejo de Gobierno está claramente integrada en el proceso legislativo, como materia propia del mismo. Por tales razones, el argumento de que la aprobación del anteproyecto de ley es un acto recaído en asunto administrativo porque finaliza un procedimiento de elaboración previo convierte el presupuesto en consecuencia. Tratándose de un acto que, conforme al art. 108 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, no tiene otra repercusión formal o material en la esfera jurídica que la de provocar la apertura de la fase parlamentaria del procedimiento legislativo, no es posible concretar ningún daño específico a personas o servicios públicos, lo que también constituye una exigencia del delito de prevaricación. Afirma que «[n]o se desprende de la motivación judicial examinada una razón concluyente que permita suponer –y mucho menos tener por acreditado– que en el momento de los hechos el recurrente en amparo se hallara en situación de contemplar como razonablemente previsible que, en su calidad de director general de Presupuestos, pudiera ser condenado por prevaricación administrativa como consecuencia del ejercicio (por irregular que hubiera sido la tramitación del procedimiento o por jurídicamente cuestionable que pudiera resultar su contenido) de la iniciativa legislativa prevista en el Estatuto de Autonomía y en el Reglamento del Parlamento andaluz».

La fiscal también observa contradicciones metodológicas insalvables en otros momentos de la argumentación judicial, como cuando el tribunal penal, para ejercer su jurisdicción y evitar la impunidad, se autoatribuye una capacidad autónoma de control de la legalidad de un acto que, en ese mismo plano de la legalidad, e incluso de su constitucionalidad material, han rehusado ejercer la jurisdicción contenciosa y la constitucional, lo que entra en colisión con uno de los principios esenciales del Derecho penal, el de intervención mínima y *ultima ratio*, de reconocida dimensión constitucional (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5), o cuando distingue en la actuación del Consejo de Gobierno una vertiente política, consistente en la remisión del proyecto de ley al Parlamento, y una vertiente administrativa o gubernativa, que estaría sujeta a un control de legalidad y a la exigencia de responsabilidad penal a sus autores, punto en el que surge nuevamente el factor de imprevisibilidad de la represión penal. Considera que «la sensación de impunidad que subjetivamente pueda suscitar –incluso al tribunal que juzga los hechos– la eventual limitación del *ius puniendi* en determinados supuestos no puede hacerse valer como fundamento de una condena sin una previa reflexión relativa,

precisamente, a la ponderación de principios e intereses constitucionales sobre los que se asienta el ejercicio del poder público, incluido el de la potestad jurisdiccional que invoca la sentencia».

Desde el punto de vista axiológico-constitucional, la fiscal califica de inasumible el planteamiento de que los tribunales del orden jurisdiccional penal puedan fiscalizar la legalidad de los proyectos de ley antes –o al margen– de su toma en consideración, su valoración, enmienda y aprobación, o no, por los parlamentos, pues esta lógica contradice abiertamente la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y menoscaba el principio de separación de poderes y la autonomía del Poder Legislativo en el ejercicio de la potestad legislativa que le atribuye el art. 66.2 CE, como manifestación directa de la voluntad popular (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5), razón por la que «a juicio de esta Fiscalía, una correcta contemplación del posible conflicto 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. [...] No cabe invocar la autonomía penal frente a la autonomía parlamentaria, porque, como se desprende de la repetidamente mencionada STC 70/2022 no es planteable siquiera la interacción en el ejercicio de ambas potestades constitucionales: el ejercicio de la jurisdicción está sometido al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y por tanto no puede interferir en su elaboración, que corresponde en exclusiva a las Cortes y a los parlamentos autonómicos, a partir de la iniciativa legislativa de cualquiera de los sujetos legitimados para adoptarla. En consecuencia, resulta inevitable llegar a la conclusión de que el razonamiento de las sentencias impugnadas que, al no abordar en absoluto un tratamiento constitucional de ese conflicto de legitimidades, anteponiendo a cualquier otra consideración el ejercicio eficaz de la jurisdicción penal, carece de un soporte axiológico verdaderamente conforme a los valores de la Constitución. Es decir, se apoya en "una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional" y de este modo obtiene "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)».

Por el contrario, la fiscal ante el Tribunal Constitucional sostiene en su escrito de alegaciones que el juicio que merece la incriminación penal de las modificaciones presupuestarias en las que el recurrente en amparo intervino en el desempeño de su cargo de director general de Presupuestos debe ser completamente distinto, porque al ser tales modificaciones presupuestarias actos de aplicación de la ley, y no de modificación de la misma, competencia del Consejo de Gobierno o, en su caso, a la Consejería de Hacienda, su subsunción en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP era admisible, sin que ello supusiera incurrir en una interpretación de la norma penal extravagante o ajena a los modelos aceptados por la comunidad jurídica, desde un punto de vista metodológico, ni en los problemas de índole axiológica que suscitaba la incriminación penal de los actos de elaboración de las leyes de presupuestos. Considera por ello que, en el marco de estas modificaciones presupuestarias, la motivación ofrecida en las resoluciones judiciales para aseverar la arbitrariedad del uso de la aplicación de las transferencias de financiación para conceder subvenciones sin sujeción a control estaba suficientemente justificada.

La fiscal rebate los restantes motivos de amparo con estos argumentos:

(i) No se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida inaplicación del instituto de la prescripción, porque las resoluciones judiciales impugnadas, en los hechos y en los fundamentos jurídicos, basan la condena por delito de prevaricación en la intervención que el actor tuvo en los procesos de elaboración y aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos anuales de presupuestos mientras desempeñó su cargo de director general de Presupuestos, en el período de 2002 a 2009, y no únicamente, como se afirma la demanda, en su intervención en la modificación presupuestaria de 21 de diciembre de 2002.

(ii) Las resoluciones judiciales impugnadas precisaron suficientemente las actuaciones prevaricadoras que el actor realizó en el ejercicio de sus competencias. No se observa en la sentencia casacional una ampliación de los hechos probados, que quedaron descritos y detallados en el relato fáctico de la sentencia de la Audiencia Provincial, con el complemento de su fundamento de Derecho 35. El Tribunal Supremo lo que hizo fue concretar las resoluciones susceptibles de tipificación penal a partir del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, que era genérica pero suficiente, y con la argumentación jurídica realizada para el juicio de subsunción, que se contenía en los fundamentos 35 y 45, precisando, a continuación, que se incluían las resoluciones dictadas en el proceso de elaboración y aprobación de los presupuestos y modificaciones presupuestarias de acuerdo con las declaraciones y razonamientos de la sentencia de instancia.

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

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y óbices procesales.

1.1 Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que condenó al demandante de amparo como autor de un delito continuado de prevaricación, previsto en el art. 404 CP, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para todo cargo público de carácter electivo o de designación en cualquier administración pública; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestima el recurso de casación formulado frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020), y el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia recaída en el recurso de casación.

El recurrente alega en su escrito de demanda las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: (i) la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al considerar que las resoluciones judiciales han efectuado una subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de prevaricación (art. 404 CP); (ii) la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la inaplicación, inesperada e imprevisible, de la regulación de la prescripción contenida en los arts. 130, 131 y 132 CP, y (iii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la ausencia de explicación del elemento objetivo de la «resolución en asunto administrativo». Alternativamente, aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, al incluirse en la respuesta al motivo casacional del apartado motivo I (prescripción) la modificación de aspectos fácticos esenciales de la sentencia; concretamente, en la determinación de las resoluciones consideradas tales a efectos del delito de prevaricación, incluyendo unas denominadas «memorias favorables».

El Partido Popular formuló alegaciones en las que interesó la desestimación del recurso de amparo. No obstante, en relación con los motivos primero y segundo en los que se fundamenta este recurso [la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por haber efectuado una subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de prevaricación y por no haber apreciado la prescripción del delito de prevaricación], alega, como cuestión previa, que el derecho fundamental que ahora se aduce en amparo (el consagrado en el art. 25.1 CE) no fue invocado en la vía judicial y, por este motivo, no cumple el requisito procesal que establece el art. 44.1 c) LOTC. En lo que se refiere a la cuestión de fondo, esta parte procesal manifiesta su sustancial

conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos de las resoluciones judiciales impugnadas. Además, aduce que en el recurso de amparo se ha efectuado una selección parcial y fragmentada de los fundamentos de la condena. Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.

La representación procesal de doña Carmen Martínez Aguayo se adhiere al presente recurso en todo lo que pueda favorecer a su mandante. La representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román y la de don Francisco Vallejo Serrano solicitan la estimación del recurso al apreciar que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) al efectuar una interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos típicos «resolución» y «asunto administrativo».

El Ministerio Fiscal presentó alegaciones en las que interesó la estimación parcial del recurso de amparo interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña. Solicita su otorgamiento únicamente respecto de la condena por el delito de prevaricación, en lo concerniente a su participación en la aprobación de los sucesivos anteproyectos de leyes de presupuestos. Respecto de las restantes vulneraciones aducidas solicita su desestimación.

1.2 Óbice procesal.

Como se acaba de indicar, el Partido Popular aduce, como cuestión previa, que los motivos primero y segundo del recurso de amparo incurrir en la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 44.1 c) LOTC, al no haberse invocado en la vía judicial la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Como ha señalado el Tribunal en la STC 100/2024, de 16 de julio, FJ 1.2, en un supuesto similar al que ahora se suscita, el hecho de que la argumentación del recurso de casación no sea igual que la expuesta en el recurso de amparo no determina que haya de apreciarse esta causa de inadmisibilidad, pues la jurisprudencia constitucional no exige esta coincidencia (STC 41/2012, de 29 de marzo, FJ 4). El Tribunal, desde siempre, ha interpretado este requisito de forma flexible, rechazando una interpretación excesivamente rigorista (entre otras muchas, STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 6). Por ello, ha declarado que el requisito que establece el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se reconoce el derecho supuestamente vulnerado, ni tampoco la mención de su *nomen iuris*. Como ha indicado, la citada STC 41/2012, FJ 4, «lo decisivo es que a través de las alegaciones que se formulen en la vía judicial (STC 162/1990, de 22 de octubre, FJ 2), de los términos en que se ha planteado el debate procesal (STC 145/1993, de 26 de abril, FJ 2), o de la descripción fáctica o histórica o de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 2) se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida. En definitiva, se ha de poner en conocimiento del órgano judicial el "hecho fundamentador de la vulneración" (STC 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3), de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto a la que se hizo valer ante los órganos judiciales y evitar así que el recurso de amparo se convierta en un remedio alternativo e independiente de protección de los derechos fundamentales (STC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, por todas)».

En el presente caso se cumplen estos requisitos. Como reconoce la representación procesal del Partido Popular, las cuestiones que ahora se plantean fueron suscitadas en el recurso de casación. En este recurso se adujo tanto la indebida subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación como la inaplicación de las normas relativas a la prescripción de este delito. En efecto, en los motivos casacionales, el ahora recurrente en amparo reprocha a la sentencia de la Audiencia Provincial tanto «la inaplicación indebida de los arts. 130, 131 y 132 CP», que son los que regulan la prescripción, como una indebida subsunción de los hechos probados en el delito de

prevaricación. En relación con esta última queja se alegó, entre otras cosas, que al haber considerado constitutivo del delito de prevaricación actuaciones como son la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y la tramitación de modificaciones presupuestarias, que no pueden considerarse como una «resolución» recaída en «asunto administrativo», se había efectuado una interpretación que desbordaba las previsiones del tipo legal de este delito. Este planteamiento es suficiente para que el Tribunal Supremo haya podido examinar si la Audiencia Provincial ha efectuado una aplicación de los elementos típicos del delito de prevaricación (art. 404 CP) y del instituto de la prescripción acorde con las exigencias del principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

General de Trabajo y Seguridad Social de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

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

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

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

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

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

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

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

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

- Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades.
- Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda a sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
- Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica.

- Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
- Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.
- Esta Dirección General instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
- El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.
- La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas.
- Realización de transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz.
- Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de la seguridad social.
- El programa presupuestario 31 L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, centro directivo que tiene 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 y asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e impulso a la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo».

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

El IFA/IDEA, como consecuencia tanto de la aprobación de las leyes de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias, recogió en su presupuesto

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

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

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

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

d) En el año 2010 se abandonaron las transferencias de financiación al IDEA y se presupuestaron en los correspondientes programas las partidas destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, publicándose las bases reguladoras de las convocatorias para su concesión mediante Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 y de 13 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por el Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de la Junta de Andalucía, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

En el citado decreto-ley se estableció que a estas ayudas sociolaborales no les eran de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, previendo una completa regulación de las mismas, referida, entre otros extremos, a los criterios de concesión, los sistemas de control, las obligaciones de colaboración y declaración, las acciones de reintegro, el régimen disciplinario, así como su sujeción a una fiscalización previa.

e) En resumen, el sistema de otorgamiento de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis hasta el año 2010 fue el siguiente:

(i) En la década de los años 1990 estas ayudas se tramitaron como subvenciones excepcionales, siendo concedidas y pagadas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

(ii) Desde el año 2000 hasta el año 2010, las ayudas las concedió la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, y el pago lo efectuaba el IFA/IDEA. Su régimen se establecía en los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, al amparo del convenio marco de 17 de julio de 2001.

(iii) Al IFA/IDEA se le atribuyeron los fondos para el pago de las ayudas mediante transferencias de financiación. La utilización de estos créditos no estaba sometida a un control previo, sino a un control *ex post*: el llamado «control financiero permanente».

Este control se limitaba a comprobar la legalidad del pago; examinar las cuentas anuales, y analizar críticamente los programas asignados al instituto.

(iv) Al IFA/IDEA se le dotó de fondos, al principio, durante los años 2000 y 2001, mediante modificaciones presupuestarias y, después, estableciendo en las leyes de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009 unas partidas presupuestarias específicas, en el programa 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 garantizaran la publicidad y conocimiento general por los posibles destinatarios de las ayudas, sin registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía, sin establecer el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas de rentas abonadas por la Consejería de Empleo y sin exigencia de justificación alguna o seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, todo lo cual permitió que percibieran las rentas de las pólizas personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado o que siguieran percibiéndolas quienes ya se habían incorporado al mercado laboral.

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

(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 vigesimosegundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital [apartado A)], como las abonadas a empresas en crisis [apartado B)] o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias [apartado C)]».

La sentencia de la Audiencia Provincial dedica el apartado vigesimosegundo de los hechos probados (págs. 91-96), al que se refiere el último párrafo que se acaba de transcribir de la sentencia del Tribunal Supremo, a fijar el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y 31L, de los que se dispuso año tras año para atender a los compromisos asumidos frente a terceros mediante el mecanismo de las transferencias de financiación al IFA/IDEA para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Tras cuantificar su importe anual, la sentencia de instancia distingue entre los fondos del programa 31L que tuvieron por objeto ayudas sociolaborales, a las que dedica el subapartado A); los destinados a empresas en crisis, que son objeto del subapartado B), y finalmente, los que se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de dicho programa, que describe en el subapartado C).

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

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

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

– Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el consejero de Gobernación, por el cual la Consejería de Empleo realizará las actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 Andalucía, de las dependencias correspondientes a las alas noroeste y Suroeste

de la sexta planta del edificio Pabellón de Italia. Los gastos de esta cesión se compensaron contablemente con otros saldos de la agencia IDEA dentro de la comunidad de bienes "Centro de Empresas Pabellón de Italia".

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

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

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

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

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

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

Los hechos por los que ha sido condenado don Antonio Vicente Lozano Peña están descritos en los hechos probados (págs. 31 a 96) y en los fundamentos de Derecho 35 y 49.13 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1207 a 1273 y 1807, respectivamente).

Don Antonio Vicente Lozano Peña ocupó el cargo de director general de Presupuestos. En el ejercicio de este cargo, el recurrente, bajo la dependencia directa del titular de la viceconsejería de Economía y Hacienda, tenía competencia, entre otras materias, para estudiar y elaborar el anteproyecto de la ley de presupuestos de ingresos y gastos, la obtención de antecedentes e informes y demás documentación necesaria para su elaboración y la coordinación de los distintos centros directivos que intervienen en esta tarea.

La Audiencia Provincial de Sevilla al precisar los hechos que han determinado la condena del recurrente por delito de prevaricación (fundamento de Derecho 49.13) se limita a señalar que esta condena fue por participar «en las modificaciones presupuestarias y anteproyectos de presupuestos que se tramitaron en ese periodo de tiempo» [en el que ejerció como director general de Presupuestos (del 21 de abril de 2002 al 26 de abril de 2009)]. Precisa, no obstante, que «entre las modificaciones presupuestarias, se encuentra la de diciembre de 2004, por la que se incrementó al alza el programa 32H, cuyos fines eran totalmente ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales».

De lo expuesto en el fundamento de Derecho 35 de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1207 a 1273) cabe deducir que las modificaciones presupuestarias por las que ha sido condenado, además de la expresamente señalada de 9 de diciembre de 2004

relativa al programa 32H, son aquellas que afectaban al programa 31L. De todo ello ha de entenderse que el recurrente ha sido condenado por los siguientes hechos:

- a) Intervenir en la tramitación del anteproyecto de presupuestos para los años 2003 a 2009.
- b) Participar en las modificaciones presupuestarias que se tramitaron durante el tiempo que fue director general de Presupuestos vinculadas al programa 31L
- c) Participar en la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 por la que se incrementaron los fondos del programa 32H. Se considera acreditado que esos fondos fueron utilizados para el pago de las ayudas sociolaborales previstas en el programa 31L.

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

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y 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 praevia*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y

se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

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

d) En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de las normas penales conforme con el art. 25.1 CE, es doctrina reiterada de este tribunal que se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí» (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). El art. 25.1 CE «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 27 de octubre,

FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

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

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

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

(i) Alegaciones del recurrente.

Como ya se ha indicado, el recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación a la pena de nueve años de inhabilitación especial. El demandante aduce que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) al haber realizado una subsunción irrazonable de los hechos probados en el art. 404 CP (delito de prevaricación administrativa).

Alega que los órganos judiciales han efectuado una aplicación imprevisible del art. 404 CP al sancionar penalmente conductas que, por estar referidas a funcionarios y autoridades que a impulso de directrices políticas proponen una ley al Parlamento, deben quedar exentas del examen jurisdiccional en general, y con mayor motivo del juicio penal. Entiende que solo así se puede asegurar el equilibrio de poderes en una sociedad democrática. El demandante aduce que ni el proceso prelegislativo es un «asunto administrativo» ni su tramitación puede dar lugar a «resoluciones». A su juicio, este concepto se refiere a los actos administrativos que ponen fin a un procedimiento administrativo. Aduce también que su participación en las modificaciones presupuestarias, al actuar siguiendo el informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, no puede considerarse una actuación arbitraria.

Por otra parte, denuncia que las sentencias impugnadas incurren en contradicción, pues, sostienen que existe un procedimiento reglado previo a la adopción de la decisión política, pero no identifican ningún incumplimiento de las normas procedimentales. Además, tienen por decisión lo que solo es una propuesta, lo que, según el actor, es un «imposible semántico». Afirmar que lo único objetable es el uso inadecuado de un instrumento presupuestario, pero, a su juicio, ello queda lejos del marco de revisión penal.

El demandante considera que las resoluciones judiciales describen, en términos inequívocos, que su actuación fue regular, ordinaria y ajustada al cumplimiento de sus

obligaciones –elevar la correspondiente propuesta tras haber dado fe el jefe de servicio responsable del expediente del cumplimiento de la normativa–. Sostiene que la explicación que ofrece el Tribunal Supremo para afirmar que incurrió en arbitrariedad es insuficiente, pues la funda en que se cambió el sistema de presupuestación sin una razón sólida que lo justificara (fundamento de Derecho 30), cuando en el relato de hechos probados se recoge de manera reiterada y persistente que la razón del cambio fue lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de las ayudas. Alega, además, que dado el cargo que ocupó ni participó ni pudo participar desde su posición orgánica en dicha modificación. Asimismo, señala que se trata de razones políticas que quedan fuera del control de los tribunales de justicia en un Estado democrático.

Aduce que el único precepto que se invoca como desconocido es el art. 18 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, por el que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, que se refiere a las transferencias de financiación. A su juicio, este precepto no establece que el destino único y exclusivo de dichas transferencias deba ser equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas o fundaciones de la Junta de Andalucía. Considera que el citado precepto no impide que se pueda utilizar ese sistema de presupuestación para otros fines y, por tanto, su utilización en este caso del referido concepto presupuestario no es manifiestamente irrazonable, lo que impide apreciar que esta actuación incurra en arbitrariedad.

También sostiene que es irrazonable considerar que el actor actuó «a sabiendas» de incurrir en arbitrariedad en una resolución administrativa, pues todas las modificaciones presupuestarias fueron informadas favorablemente por la Intervención General y así se declara probado. La sentencia de instancia absuelve al interventor y condena a quienes siguen su criterio de legalidad, lo que resulta irrazonable.

Por todo ello, considera que los órganos judiciales, al apreciar que ha incurrido en un delito de prevaricación, han vulnerado el derecho a la legalidad penal que consagra el art. 25. CE.

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

El Partido Popular se opone a este motivo del recurso al apreciar que los órganos judiciales no han efectuado una aplicación imprevisible del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Esta parte procesal entiende que tanto la sentencia de instancia como la de casación justificaron acertadamente el juicio positivo de tipicidad en la consideración de que el procedimiento prelegislativo de elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos constituye, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias aplicables, un procedimiento de naturaleza administrativa, y que los actos y decisiones que fueron objeto de incriminación y condena constituyeron por ello resoluciones idóneas para realizar el tipo objetivo del delito de prevaricación (cita abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo e invoca la STC 238/2007).

El Ministerio Fiscal interesó la estimación de este motivo del recurso únicamente en lo concerniente a la participación del demandante en la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos. La fiscal, partiendo tanto de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como la de este tribunal, considera que no puede ser objeto de impugnación la iniciativa legislativa del Gobierno, pues tales actuaciones no se encuentran sujetas al Derecho administrativo y, además, conlleva someter al Parlamento a tutelas innecesarias. Afirma que resulta metodológicamente inconsistente considerar que la iniciativa legislativa del Gobierno tiene naturaleza administrativa dado que la atribución al Gobierno de la referida iniciativa no determina su naturaleza administrativa; alega, además, que tampoco permite atribuirle tal carácter el hecho de que la actividad prelegislativa se halle regulada por normas de organización, de procedimiento y de delimitación de sus contenidos. Junto a ello afirma que en el Reglamento del Parlamento de Andalucía la iniciativa del Consejo de Gobierno está claramente integrada en el procedimiento legislativo. A la misma conclusión llega desde la perspectiva axiológica-constitucional. Considera que la jurisdicción penal no puede

fiscalizar la legalidad de los proyectos de ley, pues este enjuiciamiento es contrario a la jurisprudencia constitucional y a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y menoscaba el principio de división de poderes.

Por el contrario, sostiene que no puede apreciarse que la incriminación por las modificaciones presupuestarias en las que el recurrente intervino en el desempeño de su cargo de director general de Presupuestos lesione el art. 25.1 CE por haber efectuado una interpretación y aplicación de la norma penal que tipifica el delito de prevaricación imprevisible.

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

El Tribunal Supremo rechaza el motivo por el que el recurrente adujo que las aprobaciones de los anteproyectos de leyes de presupuestos no pueden ser calificadas como resolución administrativa a efectos penales. De igual modo, desestima la queja en la que sostiene que la condena por delito de prevaricación por efectuar modificaciones presupuestarias lesiona el art. 25.1 CE.

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

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

(iii) También considera que «lo que se debe determinar en este caso no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 del Código penal, que es 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 calificadas como resolución en asunto administrativo en el sentido del art. 404 CP.

4.3. Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si la interpretación que de la norma aplicada efectúan las resoluciones impugnadas es lesiva del art. 25.1 CE, es preciso recordar cuáles son los elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional, toda vez que el fundamento de la condena parte de una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento que trasciende del ámbito de la legalidad y se adentra en el plano de la constitucionalidad. Esta cuestión es de gran relevancia en este caso dado que el Tribunal apreció la especial trascendencia del recurso [art. 50.1 b) LOTC] por considerar que las cuestiones en él planteadas afectan a la esencia de las relaciones institucionales entre los poderes que conforman el Estado. En el ATC 295 /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 de las actuaciones prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias. Es a este tribunal al que corresponde en último término la interpretación de las cuestiones que se plantean en este recurso, al ser inherentes a la configuración propia del Estado constitucional.

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

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

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

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

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

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

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

B) Para la resolución de este recurso de amparo es importante también analizar la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley. El ahora recurrente ha sido condenado por incurrir en un delito de prevaricación, por participar entre otras actuaciones, en la tramitación, en su condición de director general de Presupuestos, en la elaboración de los anteproyectos de la ley de presupuestos para los años 2003 al 2009.

a) En la STC 93/2024 y en la jurisprudencia allí citada el Tribunal ha establecido que los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control jurídico. «[L]a

necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público» (STC 93/2024, FJ 4.3.3, y ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6).

b) La iniciativa legislativa es el cauce institucionalizado para la modificación de las leyes y normas con rango de ley preexistentes. Por ello, como con detalle se expone en la STC 93/2024, FJ 4.3.4, «el proyecto [de ley] cuyo contenido contraviene la normativa existente mientras que es proyecto no puede someterse a un juicio de legalidad –en ese momento es un acto inexistente para el Derecho– y, una vez que se ha aprobado, al haberse convertido en ley, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad. Este juicio solo puede efectuarse respecto de la ley aprobada, no respecto de los actos que conforman su procedimiento de elaboración, que nunca tienen eficacia *ad extra* y, como meros actos de trámite, una vez dictado el acto final, esto es, la ley, carecen de autonomía respecto de ella».

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

C) «El principio de división de poderes determina que los diversos poderes que conforman nuestro Estado han de ejercer sus atribuciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los estatutos de autonomía. Cada uno de ellos tiene constitucionalmente atribuido su ámbito competencial, que viene delimitado, no solo por un ámbito material, sino también por la forma en que han de relacionarse entre ellos. Cuando un poder del Estado se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones se infringe el principio de separación de poderes y se altera el diseño institucional constitucionalmente previsto» (STC 93/2024, FJ 4.3.5).

4.4 Enjuiciamiento de la queja.

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

Para ello, han de distinguirse los distintos hechos por los que ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación: A) la participación en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios de los años 2003 a 2009; B) la participación en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de 2002 a 2009 relacionadas con el programa 31L de las leyes de presupuestos correspondientes a los referidos ejercicios; y C) la participación en la tramitación de la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004.

A) La participación en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios 2003 a 2009.

A efectos de apreciar si los órganos judiciales han realizado una interpretación extensiva de los elementos típicos del art. 404 CP y han vulnerado por ello el art. 25.1 CE, como alega el recurrente, es preciso examinar, en primer lugar, si la interpretación que las sentencias recurridas han realizado de los conceptos «resolución arbitraria en un asunto administrativo» (art. 404 CP) es o no lesiva del art. 25.1 CE. Para ello, es necesario atender a la naturaleza jurídica de los anteproyectos de ley.

De conformidad con lo dispuesto en la STC 93/2024, es claro «que las actuaciones realizadas cuando el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa no pueden considerarse en modo alguno una actuación administrativa», sino una «actividad propia de la función de gobierno en sentido estricto, pues es una prerrogativa que corresponde al Gobierno en virtud de su posición institucional, no a la organización a su servicio, que es la administración pública» [FJ 4.4.1 a)]. Como ya ha afirmado el Tribunal en la citada STC 93/2024, dichas actuaciones ni tienen el carácter de definitivas ni el hecho de que existan normas que disciplinen cómo han de elaborarse los proyectos de ley y su aprobación como proyecto de ley los convierte en actos reglados. De lo anterior se deduce «que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control por ningún órgano judicial. Excluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)» [FJ 4.4.1 a)].

Las consideraciones que acaban de hacerse son incompatibles con las contenidas en las sentencias recurridas en las que se sostiene que las actuaciones realizadas con ocasión de la 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 las actuaciones realizadas por el recurrente, en su condición de director general de Presupuestos, en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2003 al 2009 puedan ser calificadas como resoluciones recaídas en asunto administrativo. Al haberlo entendido así las sentencias impugnadas han incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» que vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25 CE.

Por otra parte, el recurrente ha alegado que los órganos judiciales han incurrido en un exceso y han efectuado una «expansión inaceptable de su jurisdicción», provocando un desequilibrio en el sistema de poderes del Estado al proyectar su actuación fuera de su marco propio, condicionando la actuación del Parlamento al someter a escrutinio penal las propuestas dirigidas a la sede de la soberanía popular.

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

De acuerdo con lo establecido en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 b), una cosa «es que el Gobierno, por la posición que ocupa en el sistema de poderes, tenga atribuida en exclusiva la iniciativa legislativa en materia presupuestaria y que dicha posición sea generadora de consecuencias jurídicas en el procedimiento legislativo (poder de retirada del proyecto hasta su aprobación definitiva –arts. 128 del Reglamento del Congreso y 130 del Reglamento del Parlamento de Andalucía–, veto presupuestario, etc.) y otra, muy distinta, sostener 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. Los principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado y a los que se ha hecho referencia anteriormente, niegan tal posibilidad».

En suma, como ha afirmado el Tribunal en relación con esta misma cuestión en la STC 93/2024, y por las razones allí expuestas, ha de concluirse que la apreciación de los elementos típicos del art. 404 CP efectuada por las resoluciones impugnadas respecto

de la participación del recurrente en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios 2003 a 2009 es contraria al art. 25.1 CE.

B) Las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha señalado en este mismo fundamento jurídico, apartado 4.1, el recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación al haber participado, en su condición de director general de Presupuestos, en las modificaciones presupuestarias relativas al programa 31L de las leyes de presupuestos.

Asimismo, las resoluciones judiciales impugnadas han considerado que la participación del actor en la tramitación de la modificación presupuestaria aprobada para el pago de ayudas sociolaborales por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 por importe 2 994 876 € en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo») es constitutiva también de un delito de prevaricación.

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

a) 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 un asunto administrativo» del art. 404 CP calificar a las modificaciones presupuestarias como actos administrativos.

Cuestión distinta es si esta clase de actos pueden considerarse arbitrarios. Las sentencias recurridas así lo consideran. Las resoluciones judiciales impugnadas llegan a esta conclusión al entender que se realizaron prescindiendo de las exigencias procedimentales y materiales con el fin de eludir los controles exigidos por la normativa subvencional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 24.2, págs. 265 a 271). En efecto, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo estiman que las modificaciones presupuestarias efectuadas no respetan la normativa presupuestaria, en particular la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998, y por ello aprecian su manifiesta ilegalidad.

En la STC 93/2024, FJ 4.4.2, se sostiene que, aunque no es función del Tribunal enjuiciar la corrección jurídica de dicha apreciación, «sí entra dentro de sus atribuciones el efectuar un juicio externo de las razones que llevan a los órganos judiciales a resolver en el sentido expuesto, pues solo de este modo puede verificarse que las resoluciones judiciales, al calificar como manifiestamente ilegales las modificaciones presupuestarias efectuadas, no han desbordado los límites que impone el art. 25.1 CE». El Tribunal consideró en el fundamento jurídico 4.4.2 de la mencionada sentencia que para hacer tal juicio externo no puede desconocerse que, desde el año 2002, se incluyó en las leyes de presupuestos el programa 31L, que tiene por objeto otorgar transferencias de financiación al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales. En los documentos que acompañan a dichas leyes, «en particular, en las memorias –transcritas en sus pasajes más relevantes en las sentencias que ahora se recurren– se hace referencia a la finalidad que con ese programa se pretende, quién ha de ejecutarlo y cómo debe hacerlo». Estos datos, a los que ahora procede remitirse, quedaron expuestos en el la STC 93/2024, FJ 4.4.2.

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

presupuestarias– dictados al amparo del programa 31L incluido en las leyes de presupuestos.

b) Una vez expuesta la doctrina que debe aplicarse a este extremo, procede examinar si las modificaciones presupuestarias en cuya elaboración participó el demandante de amparo tenían cobertura en el programa 31L. La Audiencia Provincial de Sevilla, en relación con el recurrente, no enumera las modificaciones presupuestarias en las que participó, sino que, como se ha expuesto en el fundamento jurídico 2.4, se limita a afirmar que se le condena por el delito de prevaricación por «las modificaciones presupuestarias [...] que se tramitaron en ese periodo de tiempo [en el que ejerció como director general de Presupuestos (del 21 de abril de 2002 al 26 de abril de 2009)]», especificando únicamente la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 por la que incrementó el programa 32H. No obstante, como se ha indicado también en el citado fundamento jurídico 2.4 de esta sentencia, de lo expuesto en el fundamento de Derecho 35 de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1207 a 1273) cabe deducir que las modificaciones presupuestarias por las que ha sido condenado el recurrente, además de la expresamente señalada de 9 de diciembre de 2004 relativa al programa 32H, son aquellas que afectaban al programa 31L.

De acuerdo con lo doctrina expuesta, no pueden considerarse arbitrarias las actuaciones realizadas por el recurrente en relación con las modificaciones presupuestarias relativas al programa 31L pues al referirse al citado programa, estaban amparadas en la ley de presupuestos. 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 su participación en la modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004 por la que se incrementó el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo») por importe de 2 994 876 €. Los fines de este programa no eran la concesión de ayudas sociolaborales, por lo que, al ser dedicados estos fondos a ayudas sociolaborales, su consideración por las resoluciones judiciales impugnadas como resolución arbitraria recaída en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP.

5. La vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por la inaplicación, inesperada e imprevisible, de la regulación de la prescripción contenida en los arts. 130, 131 y 132 CP.

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

(i) Bajo esta alegación lo que el demandante de amparo denuncia es que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por no haber aplicado los preceptos del Código penal que regulan la prescripción. Aduce en la demanda de amparo que la sentencia de la Audiencia Provincial identifica los actos que considera «resolución» y en lo que a él se refiere lo concreta en el acuerdo de elevación de la propuesta de modificación presupuestaria a la consejera de Economía y Hacienda, doña Magdalena Álvarez Arza, para su aprobación, lo que se produjo el 21 de octubre de 2002. El actor afirma que fue imputado por auto de 28 de junio de 2013, cuando ya habían transcurrido más de diez años.

(ii) El Partido Popular se opone a este motivo del recurso. Alega que se funda en una tergiversación del relato de hechos probados, que no se circunscribe a un hecho puntual cometido el 21 de octubre de 2002, como se afirma en el recurso, sino que se extiende a la intervención del recurrente en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 22 de diciembre de 2008, lo que excluiría la prescripción del delito, como debidamente se razona en la sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 88.

El Ministerio Fiscal también se opone a este motivo del recurso aduciendo argumentos similares a los alegados por el Partido Popular. Sostiene que las resoluciones judiciales impugnadas fundamentan la condena por delito de prevaricación en la intervención que el actor tuvo en los procesos de elaboración y aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos anuales de presupuestos mientras desempeñó su cargo de director general de Presupuestos y no únicamente, como afirma la demanda, en su intervención en la modificación presupuestaria de 21 de diciembre de 2002.

5.2 Argumentos por los que la sentencia del Tribunal Supremo desestima esta queja.

La sentencia del Tribunal Supremo, en el fundamento de Derecho 88, desestimó el motivo del recurso de casación por el que el recurrente adujo la prescripción del delito de prevaricación. Según se expone en esta sentencia, «[s]iendo cierto que la fundamentación jurídica de la resolución adolece de cierta imprecisión a la hora de determinar qué decisiones adoptadas, tanto en la elaboración de los proyectos de ley como en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, pueden ser calificadas de resolución a efectos del delito de prevaricación, para determinar los hechos que delimitan el delito objeto de condena debe acudir exclusivamente al juicio histórico de la sentencia y basta leer el relato fáctico para apreciar que los hechos por los que ha sido condenado no se limitan a una intervención puntual en el año 2002 sino a su intervención en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de presupuestos y las modificaciones presupuestarias desde el 15 de octubre de 2002 al 22 de diciembre de 2008, de ahí que no pueda acogerse la alegación de que el delito de prescripción esté prescrito por haber transcurrido más de diez años entre la fecha del hecho y la fecha en que se dirigió el proceso contra él.»

5.3 Enjuiciamiento de la queja.

Esta queja no puede prosperar. Ha de indicarse, en primer lugar, que la estimación parcial del primer motivo del recurso de amparo deja parcialmente sin contenido el segundo de los dos motivos. Según se ha afirmado en el fundamento jurídico anterior, de la subsunción de los hechos imputados al recurrente en el delito de prevaricación solo puede considerarse acorde con las exigencias que se derivan del art. 25.1 CE los relativos a su participación en la modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 por importe 2 994 876 € en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo»).

Como consecuencia de ello, resulta innecesario examinar la queja por la que se aduce que las resoluciones judiciales, al no haber apreciado la prescripción del delito de prevaricación a pesar de haber transcurrido más de diez años desde que elevó la propuesta de modificación presupuestaria a la consejera de Economía y Hacienda, doña Magdalena Álvarez, para su aprobación, lo que se produjo el 21 de octubre de 2002 hasta que fue imputado, que fue por auto de 28 de junio de 2013. Esa concreta modificación presupuestaria se refería al programa 31L, por lo que al tener cobertura en la ley de presupuestos para el año 2002, el recurrente, al participar en su tramitación, actuó amparado en la ley, lo que determina, como se ha señalado, que las resoluciones judiciales, al apreciar que esos hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación hayan efectuado una aplicación de la norma penal imprevisible lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Una vez apreciada esta vulneración constitucional en relación con esta concreta modificación presupuestaria, la queja por la que se aduce la vulneración del referido derecho fundamental por la inaplicación de los preceptos del Código penal que regulan la prescripción respecto de esta concreta actuación, decae.

En todo caso, no está de más de señalar que los órganos judiciales, al estimar que el delito de prevaricación no estaba prescrito, no efectuaron una interpretación y aplicación imprevisible ni extravagante de las normas en materia de prescripción. Las sentencias

impugnadas no aplicaron la prescripción al considerar que los hechos imputados no se limitaron, como sostiene el recurrente, a una actuación puntual realizada el 21 de octubre de 2002, sino que tuvieron lugar entre el 15 de octubre de 2002 al 22 de diciembre de 2008. Por ello, al tratarse de hechos que se consideraron constitutivos de un delito continuado de prevaricación, los órganos judiciales aplicaron lo dispuesto en el art. 132.1 CP, en el que expresamente se dispone que en tales casos los términos de prescripción se computarán «desde el día en que se realizó la última infracción», lo que determinó que no se apreciara la prescripción, dado que entre la fecha que se realizó la última infracción y el auto de imputación (que se dictó el 18 de junio de 2013) no habían transcurrido los diez años necesarios para ello. En consecuencia, no puede apreciarse que la interpretación ni la aplicación que efectuaron los órganos judiciales de las normas relativas a la prescripción sea contraria al derecho a legalidad penal (art. 25.1 CE).

6. Vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva como consecuencia de haber ampliado la sentencia del Tribunal Supremo las resoluciones consideradas prevaricadoras.

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

(i) En el tercer motivo de la demanda de amparo se alega que la sentencia del Tribunal Supremo ha vulnerado el derecho del señor Lozano Peña a la presunción de inocencia, por ausencia de explicación de un elemento objetivo del tipo, el de «resolución en asunto administrativo», y, «alternativamente», sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, porque para desestimar el motivo casacional en el que se hacía valer la inaplicación indebida de los arts. 130, 131 y 132 CP, sobre prescripción del delito, modifica aspectos fácticos esenciales de la sentencia de instancia, ampliando las resoluciones que se consideraban prevaricadoras. Se refiere a un pasaje del fundamento de Derecho 88 (pág. 657) en el que se afirma que los hechos por los que ha sido condenado ya no se limitan a la intervención puntual en el año 2002 (la elevación por el demandante a la consejera de Economía y Hacienda de la modificación presupuestaria que fue aprobada el 21 de octubre de 2002), sino que pasan a abarcar toda su intervención en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias desde el 15 de octubre de 2002 al 22 de diciembre de 2008, y a otro pasaje del fundamento de Derecho 27, en el que se afirma que las «memorias favorables» también constituyen resolución a los efectos del art. 404 CP, utilizando un concepto que la demanda tilda de confuso.

Añade que el auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023, de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones promovido, entre otros condenados, por el demandante, viene a reconocer que la sentencia de casación completó el relato fáctico de la sentencia de instancia, aunque se justifica en que para ello utilizó los materiales de la misma, que aparecían desordenados o carentes de la necesaria claridad y precisión. Afirma que así se lesiona el principio de presunción de inocencia porque el señor Lozano Peña solo pudo conocer los hechos por los que fue condenado en virtud de las explicaciones ofrecidas en la sentencia de casación, cuando ya no le cabía otra forma de reacción procesal que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, y la presentación de esta demanda de amparo, lo que afecta al proceso debido.

(ii) La representación procesal del Partido Popular interesa la desestimación de este motivo alegando que incurre en una selección fragmentada y parcial de los hechos atribuidos al demandante en la sentencia de instancia, planteamiento que rechaza haciendo cita literal de los pasajes del relato de hechos probados de la sentencia de instancia que refieren la participación del demandante de amparo en los procedimientos de elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias, de su fundamento de Derecho 35, en el que se valoran las pruebas de cargo sobre las que se funda su intervención en los mismos, y de su fundamento 45 en el que se argumenta el juicio de subsunción jurídica. Considera asimismo que la sentencia del Tribunal Supremo mantiene una identidad sustancial en su aspecto fáctico

con la sentencia de instancia, a la que no añade nada relevante, al recapitular los hechos atribuidos al demandante en su fundamento 91.3, y centrar en su fundamento 18 el juicio de subsunción jurídica en las resoluciones de elaboración de los instrumentos presupuestarios que se identifican en el relato de hechos probados, considerando que la mención a las memorias favorables es una referencia a las modificaciones presupuestarias que no genera ningún tipo de indefensión.

(iii) El Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones analiza de forma conjunta este motivo de amparo con el motivo de amparo precedente, relativo, como ya se ha indicado, a la vulneración del derecho a la legalidad penal por inaplicación del instituto de la prescripción, por entender que ambos parten del mismo presupuesto: que la única vez que el demandante dictó un acuerdo de elevación de una propuesta de modificación presupuestaria para su aprobación, con relevancia penal, fue en la modificación aprobada el día 21 de octubre de 2002 por la consejera de Economía y Hacienda, y que la sentencia de casación amplía, a su juicio de forma ininteligible, este sustrato fáctico para incluir su intervención en la elaboración de los proyectos de ley y de las modificaciones presupuestarias que se produjeron durante el tiempo en que ejerció el cargo de director general de Presupuestos, añadiendo asimismo las «memorias favorables» como resolución punible.

El fiscal rebate esta argumentación porque la sentencia de instancia no basó la condena del señor Lozano Peña en una única intervención en el año 2002, sino que abarcó la elaboración de los proyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias que salieron adelante con su informe favorable desde la de 15 de octubre de 2002 hasta la de 22 de diciembre de 2008. Señala que la sentencia de instancia, en su fundamento de Derecho 35, describió las resoluciones que el demandante de amparo adoptó para que estos instrumentos presupuestarios fueran aprobados, con la ilegal clasificación del gasto que en ellos se hacía, haciendo una síntesis de los razonamientos desarrollados en dicha resolución. Concluye que la sentencia de casación se limitó a concretar las resoluciones susceptibles de tipificación penal siguiendo la descripción verificada en el relato de hechos probados y su subsunción en los fundamentos de Derecho 35 y 45.

6.2 Síntesis de los argumentos de las resoluciones judiciales.

6.2.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla declara probado que el señor Lozano Peña tuvo una intervención de naturaleza resolutive en los anteproyectos de leyes de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias que sirvieron de fundamento a la incriminación del delito continuado de prevaricación del art. 404 CP en base a (i) las atribuciones propias de su cargo, tal y como se configuraban en la normativa aplicable (entre otros, Decreto 137/2000, de 16 de mayo, que regulaba la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda y órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda que regulaban la elaboración del presupuesto y su estructura); (ii) los documentos obrantes en la causa en los que se formalizaron sus decisiones, en especial, los propios expedientes; (iii) el informe pericial de la Intervención General de la Administración del Estado, que analizó el contenido de las memorias de varios presupuestos donde se reconocía el déficit del programa 31L; (iv) algunos testimonios, como el de don Francisco Gómez Millán, que depuso sobre el trámite de las modificaciones presupuestarias y la posibilidad de que fueran rechazadas con causa justificada las que no fueran correctas; y (v) las declaraciones prestadas por el propio demandante, en calidad de investigado, en fase sumarial, ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla, los días 19 de septiembre de 2013 y 12 de mayo de 2014, y en el plenario.

En lo que concierne a la delimitación de las resoluciones calificadas de prevaricadoras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla declara probado que don Antonio Vicente Lozano Peña fue director general de Presupuestos desde el 21 de

abril de 2002 hasta el 26 de abril de 2009, y que en el ejercicio de su cargo tuvo intervención decisiva en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos, que incorporaron en el programa 31L la aplicación de transferencias de financiación al IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, y en las modificaciones presupuestarias que incrementaron los créditos asignados inicialmente a la misma, tratándose de las modificaciones presupuestarias que serían aprobadas los días 15 y 21 de octubre de 2002, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 22 de diciembre de 2008 [fecha en la que se aprobaron tres modificaciones presupuestarias que incrementaron el programa 31L: una por importe de 1 253 853,89 €, otra por importe de 6 011 836,20 € y la tercera por importe de 8 000 000 € (si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y al estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la Intervención delegada de la Consejería de Empleo)].

También se señala su participación en una modificación presupuestaria que afectó al programa 32H. La sentencia de la Audiencia Provincial relata que siendo manifiesta la insuficiencia de crédito en el ejercicio 2004 para atender los compromisos ya asumidos por la Consejería de Empleo, a través de su Dirección General de Trabajo, el 18 de marzo de 2004 se tramitó una modificación presupuestaria que minoró el crédito inicial del programa 31L. En la memoria justificativa de necesidades urgentes para la aplicación 441.51 del programa 31L, suscrita por el acusado don Francisco Javier Guerrero Benítez el 7 de julio de 2004, se recogió que los compromisos de ejercicios anteriores ya alcanzaban el importe de 74 470 000 €. Como una vez aprobada una modificación presupuestaria que disminuye el crédito de un programa –31L– no se puede aprobar otra en el mismo ejercicio que lo incremente, «se tramitó una modificación presupuestaria que incrementaba el programa 32H "Servicio Andaluz de Empleo", por importe de 2 994 876 €, y que fue aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004, a propuesta de la Consejería de Empleo, previa tramitación favorable por la Consejería de Economía y Hacienda, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros». La memoria justificativa de esta modificación «prácticamente transcribía los datos consignados en la memoria de necesidades presupuestarias urgentes para el programa 31L, de julio de 2004, realizada por Francisco Javier Guerrero Benítez. A pesar de que los fines del programa 32H eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas, el director general de Presupuestos, el acusado Antonio Vicente Lozano Peña, tramitó la modificación y el interventor general, el acusado Manuel Gómez Martínez informó a favor de la misma. Consta en la contabilidad de IDEA que ese dinero se recibió y se destinó al pago de ayudas del programa 31L» (Hecho probado noveno, págs. 67 y 68).

La sentencia de instancia afirma asimismo que «pese al conocimiento de las normas aplicables a la materia y de los datos que arrojaba el seguimiento de la ejecución de los presupuestos y evaluación del programa 31L, de la Consejería de Empleo y de IFA/IDEA, se elaboraron los proyectos de presupuestos y se tramitaron las modificaciones presupuestarias, ya reseñadas. Vulnerando la finalidad legal de la partida presupuestaria, transferencia de financiación, que no era otra que la cobertura de las pérdidas de una entidad pública». Y en lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias, que «el acusado adoptaba el acuerdo de elevación de la propuesta al consejero de Economía y Hacienda. Acuerdo este que supone dar por concluida la tramitación de la misma» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 35, pág. 1232), citando «a título de ejemplo» los expedientes de modificación presupuestaria de 15 de octubre de 2002, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007.

Se afirma que el señor Lozano Peña, como director general de Presupuestos, recibía toda la información económica y presupuestaria de las empresas públicas y tenía encomendada la elaboración de su presupuesto de explotación y capital, señalando que en relación con el de IFA/IDEA «el necesario cuadro del presupuesto del ente, hasta el

ejercicio 2009, obligaba a compensar los ingresos presupuestarios de las transferencias de financiación, con un incremento presupuestario ficticio de otros gastos de explotación. Así, año tras año se introdujeron en el presupuesto de IFA-IDEA gastos ficticios que nunca se iban a producir» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 35, pág. 1233).

La Audiencia Provincial de Sevilla destaca asimismo que a la Dirección General de Presupuestos correspondía elaborar los estados de gastos de los anteproyectos de presupuestos, lo que constituía una actuación administrativa que revelaba una innegable capacidad resolutoria. Asimismo, el acuerdo del director general de Presupuestos de «elevar» el anteproyecto «está resolviendo en vía administrativa una fase del proceso de presupuestación. Que no es un acto de mero trámite, sino que tiene sustantividad propia, al ser esencial y necesario» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 35, pág. 1242). Al igual que sucedía con «la decisión de elevar el expediente de modificación al órgano competente para su aprobación, [que] no era de mero trámite, como se desprende no solo de la normativa reguladora, sino también de las declaraciones de algunos testigos en el acto del juicio» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 35, pág. 1247). Las irregularidades e incumplimientos en las que incurrían las modificaciones presupuestarias «hubieran justificado sobradamente que el director general de Presupuestos no hubiera "elevado" para su aprobación, los expedientes de modificaciones presupuestarias» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 35, pág. 1248).

Se añade que «sabiendo que las subvenciones eran concedidas por la Consejería de Empleo, era igualmente conocido por el director general de Presupuestos, que una vez que el interventor de la Consejería de Empleo había fiscalizado el expediente de transferencia de financiación, era materialmente imposible la fiscalización previa de la concesión de subvenciones, dado que no existía ningún procedimiento que permitiera tramitar otro expediente para dicha concesión, al carecer de crédito presupuestario para ello, por haberse consumido el crédito de transferencia de financiación, al realizar el envío de fondos a IFA-IDEA», que ello «propició que las subvenciones sociolaborales fueran concedidas por la Consejería de Empleo al margen del presupuesto, imposibilitando así su fiscalización previa, lo que favoreció un descontrol absoluto», destacándose que «[l]o anteriormente expuesto es válido tanto para la elaboración de los proyectos de presupuestos, como para las modificaciones presupuestarias que aumentaron los créditos del programa 22E, posteriormente 31L» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 35, págs. 1256 y 1257).

6.2.2 Sentencia y auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La sentencia de casación, por su parte, desestima el motivo de infracción de preceptos constitucionales por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (motivo casacional tercero, apartado tercero) tras analizar los medios de prueba que tomó en consideración la sentencia de instancia y concluir que fueron valorados de manera racional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 91, págs. 672 a 692). Destaca el Alto Tribunal la relevancia que tenía la Dirección General de Presupuestos en la elaboración de los instrumentos presupuestarios, así como el conocimiento que había alcanzado el demandante de amparo, como titular de esa dirección general y por su integración en los grupos de trabajo constituidos para su elaboración, de la inadecuación del sistema de presupuestación y del déficit que generaba. Afirma que siendo el señor Lozano Peña «el encargado de la realización última de los anteproyectos de ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporó a estos, tras su examen, los proyectos de presupuestos correspondientes al IFA/IDEA, en los que se recogían unos gastos ficticios, por inexistentes» (pág. 680) y que «a partir del contenido de las memorias de los distintos presupuestos tuvo conocimiento que la Dirección General de Empleo concedía subvenciones por encima de la disponibilidad presupuestaria de cada año, razón por la que en el presupuesto del ejercicio siguiente parte de la cantidad presupuestada se tenía

que destinar a la cobertura de las cantidades ya comprometidas en el ejercicio anterior», lo que permitió al tribunal de instancia deducir de manera razonable que «como las subvenciones se concedían sin cobertura presupuestaria previa se concedían sin la tramitación del previo expediente de gasto, todo ello en contravención de la normativa presupuestaria» (págs. 680 y 681). La Sala hace referencia a continuación al contenido de las memorias de los presupuestos para los años 2005 a 2008, así como a las memorias de las modificaciones presupuestarias de 7 de julio y 9 de diciembre de 2004. De estas últimas concluye que «[e]l señor Lozano Peña utilizó el programa 32H, del Servicio Andaluz de Empleo y elevó la propuesta de modificación presupuestaria al Consejo de Gobierno, para su aprobación por un importe aproximado de tres millones de euros» con conocimiento de que «los fines contenidos en la ficha presupuestaria del programa 32H no estaban destinados a la concesión de ayudas sociolaborales» (pág. 685).

A la alegación del recurrente de que no se le había atribuido una resolución administrativa con valor a los efectos del art. 404 CP, pues se había limitado a trasladar a la Consejería de Economía y Hacienda una solicitud de modificación presupuestaria, el Tribunal Supremo contesta que «[l]a cuestión que se plantea es sustantiva y no probatoria, dado que el análisis de si el hecho, es decir, si la resolución dictada es o no susceptible de incardinarse en el artículo 404 CP pertenece al juicio de tipicidad. Por otra parte, el señor Lozano Peña no ha dictado una sola resolución, como se afirma, sino reiteradas resoluciones ya que entendemos por tales aquellas que pusieron fin a la tramitación en su departamento u oficina tanto de los anteproyectos de presupuestos, como de las modificaciones presupuestarias, acordando su elevación al consejero» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 91.2, pág. 693).

El auto de 16 de febrero de 2023, por el que el Tribunal Supremo inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido, entre otros condenados, por el señor Lozano Peña, desestima en su fundamento de Derecho 11 la alegación de vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva por indebida ampliación en la sentencia de casación de los hechos inculcatorios referentes al delito de prevaricación. El auto, tras examinar el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, concluye que «las resoluciones calificadas de prevaricadoras en relación con el recurrente, como director general de Presupuestos, fueron las dictadas en el proceso de elaboración y aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos anuales de presupuestos en los que intervino en el ejercicio de su cargo» y que «en el fundamento jurídico destinado a dar respuesta al recurso de casación formulado por su defensa (FJ 35) se precisó qué actuaciones del director general de Presupuestos fueron prevaricadoras, en el ejercicio de sus competencias» (pág. 53). Se afirma que no es cierto que la Sala haya ampliado indebidamente los hechos referidos en la sentencia de instancia, sino que los ha precisado, dada la descripción genérica realizada en el relato fáctico, y que la cuestión que se plantea «en ningún caso se ha realizado a espaldas de la defensa y sin que esta pudiera alegar y probar lo conducente a su derecho», por lo que no se ha producido la indefensión que proclama.

6.3 Enjuiciamiento de la queja.

El enjuiciamiento de la vulneración de los derechos fundamentales de don Antonio Lozano Peña a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva que, conforme a las alegaciones vertidas en el tercer motivo de la presente demanda de amparo, se seguiría de la ampliación en la sentencia de casación del sustrato fáctico de su condena por delito de prevaricación del art. 404 CP, deviene prácticamente innecesario como consecuencia de la declaración que se ha efectuado en el fundamento jurídico 4.4 de que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal. En efecto, en dicho fundamento se establece que la proyección de ese título de imputación sobre los actos de preparación y aprobación de anteproyectos de leyes de presupuestos y de modificaciones presupuestarias en lo relativo al programa 31L, en los que intervino el señor Lozano Peña, resulta inconciliable con las exigencias del derecho fundamental a la legalidad

penal del art. 25.1 CE por resultar, en las circunstancias concurrentes en este caso, impredecible. Este fundamento de ilegalidad constitucional conduce irremisiblemente a la nulidad de ambas sentencias y, consiguientemente, a que pierda en gran medida – aunque no del todo, como veremos– relevancia la cuestión suscitada en este motivo de amparo, que es la relativa al momento procesal, instancia o grado, en que el relato fáctico sobre el que se construyó tal juicio de subsunción jurídica quedó definitivamente conformado.

No es ocioso, sin embargo, observar la debilidad argumental de las alegaciones que se hacen en este motivo de amparo, pues la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla verifica un relato de la elaboración de los instrumentos presupuestarios que fueron tramitados y aprobados en el tiempo en el que el señor Lozano Peña ejerció su cargo de director general de Presupuestos, en el que afloran datos reveladores de su intervención personal en ellos, y de su conocimiento de los efectos y consecuencias que traía consigo el sistema de presupuestación que se incorporaba a las mismas (*vid. supra* FJ 6.2.1). Por otra parte, en lo relativo a las referencias a las memorias de los anteproyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias que se hacen en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es fácilmente observable que cumplen una función más bien expositiva o argumental del conocimiento de la finalidad perseguida (sufragar el déficit de los ejercicios anteriores) por lo que no puede afirmarse con propiedad que el Tribunal Supremo hubiera efectuado, con dicha mención, un extensión material del número y tipo de las resoluciones objeto de incriminación como prevaricadoras.

En cualquier caso, lo dicho no dispensa a este tribunal de la necesidad de verificar un juicio específico de si los vicios constitucionales denunciados en este motivo de amparo alcanzan de una manera relevante a la modificación presupuestaria del programa 32H que fue aprobada el 9 de diciembre de 2004, pues, habiéndose producido esta modificación fuera del ámbito de cobertura del programa 31L, su calificación como ilegal y prevaricadora no resultaba impredecible por las razones ya expuestas. De modo que el enjuiciamiento de este aspecto de la condena penal desde la perspectiva de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia se revela necesaria en tanto que de dicho juicio dependerá el alcance que se otorgue a la presente sentencia.

Como se ha expuesto de manera detallada anteriormente, la modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004, incrementó el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo») por un importe de 2 994 876 €, con unos fondos que posteriormente utilizaría la agencia IDEA para fines propios del programa 31L, pues dichos fondos se incorporaron a la contabilidad de la agencia IFA/IDEA con ese propósito.

Las vicisitudes relacionadas con la aprobación de esta modificación presupuestaria, así como las relativas a la modificación de julio de 2004 que redujeron el programa 31L, de la que trae causa, aparecen relatadas de manera circunstanciada en el hecho probado noveno, páginas 67 y 68, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, donde se hace explícita la participación personal del señor Lozano Peña en estas líneas: «A pesar de que los fines del programa 32H eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas, el director general de Presupuestos, el acusado Antonio Vicente Lozano Peña, tramitó la modificación y el interventor general, el acusado Manuel Gómez Martínez informó a favor de la misma. Consta en la contabilidad de IDEA que ese dinero se recibió y se destinó al pago de ayudas del programa 31L». No es posible afirmar, por lo tanto, que el señor Lozano Peña desconociera que estos hechos eran una parte del relevante del sustrato fáctico sobre el que se había construido el juicio de subsunción jurídica que llevó a su condena por delito de prevaricación, lo que se recuerda nuevamente en el fundamento de Derecho 49.13, en el momento de individualización de la pena: «Entre las modificaciones presupuestarias, se encuentra la de diciembre de 2004, por la que se incrementó al alza el programa 32H, cuyos fines eran totalmente ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales» (pág. 1807). Por lo

demás, se trata de hechos cuya acreditación tiene una inequívoca base documental –la documentación administrativa y contable obrante en las actuaciones– que dota de la necesaria solidez, en orden a enervar el principio de presunción de inocencia, a la inferencia de la participación del demandante en su realización.

Por las razones expuestas, procede la desestimación de este tercer motivo de amparo.

7. Conclusiones y alcance del fallo.

En el fundamento jurídico 4.4 de esta resolución hemos declarado que la condena por delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP impuesta al señor Lozano Peña por haber participado en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos de los ejercicios de 2003 a 2009 y en las modificaciones presupuestarias relativas al programa 31L, fue contraria a las exigencias del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). El restablecimiento del derecho conculcado hace preciso declarar la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, así como de la sentencia y auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por otra parte, en el mismo fundamento jurídico hemos expresado las razones por las que la modificación presupuestaria que fue aprobada el 9 de diciembre de 2004, en la que se incrementó otro programa, el 32H, no fue impredecible ni contraria al art. 25.1 CE, lo que determina que sea procedente asimismo ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial de Sevilla a los efectos de que dicte una nueva resolución que se ciña a esta concreta modificación presupuestaria.

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 interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña y, en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y del auto del mismo tribunal de 16 de febrero de 2013, ordenando la retroacción del proceso al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento respetuoso con el derecho fundamental vulnerado, en los términos que se indican en el fundamento jurídico siete de esta sentencia.

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

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

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

Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2485-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con el máximo respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de

amparo avocado por el Pleno núm. 2485-2023, interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña, el cual a mi juicio debió ser inadmitido por falta de denuncia temporánea de dicha lesión, y subsidiariamente desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Antes de explicar las razones de este voto particular, procede recordar que el Pleno de este tribunal ha dictado ya once sentencias en esta serie de recursos de amparo referida a la causa de los «ERE», en el que se impugnaban las mismas resoluciones que aquí, la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, confirmada en casación por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022 (así como el auto de la misma Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2023 que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia). Todos los recurrentes resultaron condenados por el delito de prevaricación [art. 404 del Código penal (CP)], y algunos además –no es el caso del aquí recurrente– por el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en concurso medial con aquel otro, dada su participación en los hechos probados que las sentencias recurridas subsumen en los mencionados delitos y en virtud del correspondiente juicio de autoría, valiéndose de su condición de altos cargos de la Junta de Andalucía en los años 2000 a 2009. En el caso del señor Lozano Peña, fue director general de Presupuestos de la Consejería de Economía y Hacienda, de abril de 2002 hasta abril de 2009, por tanto incluyendo los años objeto de investigación (2000-2009).

La sentencia recaída en el recurso de amparo 2485-2023 de la que ahora discrepo, despliega los mismos razonamientos que ya ha utilizado el Pleno en otras sentencias de esta serie para estimar, total o en su caso parcialmente, la queja que aquí se plantea. En concreto y en lo que aquí importa, a partir de la STC 93/2024, de 19 de junio (recurso de amparo avocado núm. 6971-2022, recurrente doña Magdalena Álvarez Arza).

De la fundamentación y el fallo de la STC 93/2024 manifesté mi disconformidad en un voto conjunto firmado con mis compañeros magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera Así lo he hecho también en las demás sentencias de la serie ya dictadas, con relación a esta misma queja. Constatado que la sentencia que ahora nos ocupa bebe directamente de los postulados que se contienen en aquella, debo por fuerza reiterarme en las razones que ya he ofrecido para cuestionar su corrección y acierto, y que expondré de nuevo con detalle en este voto particular. No sin antes referirme a la indebida desestimación del óbice procesal opuesto por una de las partes personadas en este proceso de amparo.

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

a) La representación procesal del Partido Popular opuso en su escrito de alegaciones del trámite del art. 52 LOTC, la excepción de inadmisibilidad consistente en el incumplimiento de la exigencia del art. 44.1 c) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esto es: «Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello». Así, respecto de la queja de la demanda de amparo por la vulneración por la sentencia de instancia del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente, queja por tanto que este debió invocar ya en su recurso de casación para que fuera reparado su derecho por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se señala con relación a la condena por el delito de prevaricación, que «concurriría una causa de inadmisión, por falta de invocación previa de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados en los motivos primero y segundo de la demanda de amparo [el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE], con infracción del correspondiente apartado del art. 44.1 LOTC. No se mencionaban siquiera dichos derechos ni la doctrina constitucional que interpreta el contenido constitucional del derecho a la legalidad penal en la vertiente que exige racionalidad y previsibilidad de la motivación de las decisiones punitivas», en dicho escrito de casación.

La sentencia de la que discrepo desestima el óbice alegado en el fundamento jurídico 1.2 porque, dice, en dicho recurso de casación «se adujo tanto la indebida subsunción [...] de las normas relativas a la prescripción de este delito [...]; reprocha a la sentencia de la Audiencia Provincial [...] una indebida a subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación», por considerar la Audiencia que encajan en este delito actuaciones como «la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y la tramitación de modificaciones presupuestarias, que no pueden considerarse como una "resolución" recaída en "asunto administrativo"». Esto es suficiente, añade, para que el Tribunal Supremo pudiera examinar la queja bajo la perspectiva de vulneración del «principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE».

b) El óbice a mi juicio debió ser estimado. El escrito del recurso de casación no contiene una mínima fundamentación de por qué se habría producido la lesión constitucional que por vez primera se esgrime ante este tribunal. Que nuestra doctrina sobre el cumplimiento del art. 44.1 c) LOTC, citada por la sentencia de la que discrepo (y que ya trajo a colación la STC 100/2024, de 16 de julio, para resolver un óbice de procedibilidad similar en el recurso de amparo avogado 2119-2023), permita una flexibilidad en cuanto a los aspectos formales de la invocación, no implica en todo caso suprimir la carga de todo recurrente de tener que suministrar al órgano judicial los elementos de juicio necesarios para considerar que el error que se achaca a la resolución impugnada tiene relevancia constitucional y no solo de legalidad ordinaria pues afecta al contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, tal y como ha sido definido por este tribunal. En el caso del art. 25.1 CE, por la doctrina que trae el fundamento jurídico 3 de la propia sentencia.

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

c) Ciertamente, como dice el fundamento jurídico 1.2, el escrito de casación negó que la actividad de preparación de anteproyectos de ley de presupuestos, o la relativa a modificaciones presupuestarias, pudiera considerarse una «resolución» recaída en «asunto administrativo» ex art. 404 CP. Pero lo adujo en todo momento desde el plano de la legalidad ordinaria, sin cuestionar la falta de racionalidad o la ausencia de respeto al elemento axiológico propio de ese delito en la argumentación judicial que llevaba a esa subsunción, manifestando simplemente el recurso de casación que aquellos actos «no son subsumibles» en el delito de prevaricación (pág. 36 del escrito).

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

[art. 44.1 c) LOTC], para que, se insiste, la supuesta vulneración pudiera ser reparada por la sentencia de casación.

La tesis que aquí (y en la STC 100/2024) aplica la sentencia de la que discrepo, conduce materialmente a equiparar el motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, con la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, lo que resulta inasumible con arreglo, insisto, a la doctrina reiterada de este tribunal sobre el contenido de este derecho fundamental. Quedan así desdibujados los límites entre la legalidad ordinaria y la constitucional, provocando un efecto-llamada para que en virtud de la «doctrina» que así se fija, pueda a partir de ahora alegarse en las demandas de amparo ante este tribunal la lesión del art. 25.1 CE, debido a la mera desestimación en casación del motivo de infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

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

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

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

La sentencia de la que ahora discrepo declara, en su fundamento jurídico 4.4, que las resoluciones recurridas han infringido el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente por haberle condenado por un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP: (i) debido a su participación en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios de los años 2003 a 2009 [FJ 4.4 A)], y (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de los años 2002 a 2009, relacionadas con el programa 31L de las leyes de presupuestos de dichos ejercicios [FJ 4.4 B)].

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

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

La idea que informa esta parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de leyes de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones recaídas en un «asunto administrativo» que es el término que emplea el art. 404 CP [FJ 4.4 A)], presupuesto de que parten la sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo para fundar la condena por prevaricación del recurrente.

Las sentencias impugnadas no se refieren tanto a las leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía en los años 2002 a 2009 (ejercicios 2003

a 2009, por lo que se refiere al recurrente) como a los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a mi juicio, inequívoca naturaleza administrativa. Así se desprende también de lo expresado en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y hasta de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

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

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

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

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

La mayoría de nuestro Tribunal cita de manera desviada el ATC 135/2004 [aludido en el fundamento jurídico 4.3 B)]. En ese ATC 135/2004 inadmitimos la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado «Plan Ibarretxe») y contra la resolución de la mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo podía tramitarse como un procedimiento de reforma de la Constitución, y no como un procedimiento de reforma del Estatuto de Autonomía, como había hecho el Parlamento autonómico. Sostuvimos entonces, efectivamente, que ese proyecto de reforma no podía ser objeto de control por el Tribunal Constitucional porque su efecto era solamente abrir un procedimiento parlamentario cuyo resultado era incierto. De su tramitación podía resultar una norma o no resultar ninguna, y en el primer caso esa norma podía ser contraria a la Constitución o conforme con esta. Por lo tanto, no podía este tribunal anular la propuesta de reforma ni impedir su debate.

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

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

En mi opinión, refrendada por la regulación establecida en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. Por eso tengo que discrepar del fundamento jurídico 4.4 A) de la sentencia, en que se da a esta actividad la naturaleza de actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Esto equivale a consagrar un ámbito de impunidad que sí me parece contrario a la Constitución.

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

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

a) La sentencia de la que discrepo reitera una y otra vez la idea de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las «características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 4.3), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» [FJ 4.3 A) e)], la posibilidad de modificar las leyes vigentes [FJ 4.3 B) b)] y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional [FJ 4.3 A) f)], para terminar concluyendo que la forma de razonar de las sentencias recurridas supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» de presupuestos» [FJ 4.4 A)].

Si así hubiera sucedido, podría compartirse lo razonado por la mayoría. Pero esta parte de una premisa incorrecta. Las sentencias recurridas interpretan de otro modo las leyes de presupuestos.

La (supuesta) modificación legislativa se habría producido con la calificación de las ayudas sociolaborales como «transferencia de financiación», según reconoce la mayoría en el fundamento jurídico antes citado. Una modificación que se habría producido en las «memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L» cuyo contenido extracta la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196), transcrita en este punto por el fundamento jurídico 2.1 c) de nuestra sentencia («9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuesto anual de la Junta de Andalucía»).

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

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

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

Un precepto que le lleva a concluir lo siguiente:

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

Y el Tribunal Supremo es igualmente concluyente: «ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 262); las leyes de presupuestos «habilitaron unos créditos presupuestarios» pero no aprobaron «la forma de ejecución del gasto» ni su «concesión y pago [...] eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones» (fundamento 11.2, págs. 189-190).

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su «documentación anexa», por otra, viene corroborada por otras normas. No solo el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de

Andalucía, que cita la sentencia de la Audiencia de Sevilla en el pasaje antes transcrito (idéntico además a los arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 150.2 del Reglamento del Senado), sino también los arts. 34.5 y 35 de la Ley 5/1983, de hacienda pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 de la Ley 47/2003, general presupuestaria del Estado (LGP), igualmente citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al «proyecto de ley de presupuestos generales del Estado, *integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos*», «se acompañará» cierta «*documentación complementaria*», que incluye, entre otras, «*las memorias descriptivas de los programas de gasto y sus objetivos anuales*». De la misma manera, el art. 35 de la Ley 5/1983 establecía que «[e]l proyecto de ley de presupuestos y la *documentación anexa* se remitirán al Parlamento» al menos dos meses antes de la expiración del anterior. Todo proyecto de ley del Gobierno va acompañado de cierta documentación (cfr. art. 88 CE y art. 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno), pero no por ello esa documentación adquiere el rango y fuerza de la ley una vez aprobada esta.

En tercer lugar, nuestra doctrina también ha reconocido la naturaleza no normativa de las memorias y fichas presupuestarias (no publicadas): «las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8).

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

2.3 Modificaciones presupuestarias.

En cuanto a modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 a 2009 [FJ 4.4 B)], por las mismas razones que entiendo que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 31L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias de aquellos años pueden escudarse en la ley de presupuestos.

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

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

En esta sentencia se efectúa el análisis del carácter «arbitrario» de las resoluciones dictadas en asuntos administrativos, a efectos de su encaje en el art. 404 CP, no al tratar del procedimiento de aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos (como sí lo hace en otras sentencias de esta serie), sino al referirse a las modificaciones presupuestarias, reconociendo que el procedimiento que conduce a su aprobación reúne los elementos del tipo penal, excepto el de la arbitrariedad. Pues bien, la definición de este concepto de arbitrariedad corresponde sin duda alguna a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y este explica que, según su jurisprudencia, se identifica la

arbitrariedad como una ilegalidad patente, grosera, palmaria, clamorosa o flagrante, y señala como hechos relevantes de este caso los siguientes:

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

Por todo ello concluye: «A partir de estos hechos, dada la incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo y en atención a la finalidad directamente perseguida por los autores no cabe otra conclusión que la de afirmar la arbitrariedad e injusticia de las resoluciones objeto de enjuiciamiento» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 30, pág. 296).

Ninguna de estas razones se analiza en la sentencia apoyada por la mayoría, sino que vuelve a reiterarse la idea –ya defendida en la STC 93/2024– de la aprobación parlamentaria como sanadora de todos los posibles vicios denunciados y a la imprevisibilidad de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Sevilla y por el Tribunal Supremo.

La razón de la condena al recurrente por parte de estos tribunales es clara: como con arreglo a la Ley 5/1983, de hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, el recurrente y otros funcionarios idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada como «relaciones laborales» y disfrazada como transferencia de crédito al IFA (posteriormente IDEA) para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no se deroga.

Efectivamente, las leyes de presupuestos hubieran podido derogar esa legalidad, o desplazarla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE [sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 1, «Resumen de los hechos probados», pág. 111, reproducido en el antecedente 2 a) de nuestra sentencia]. El art. 1 de este Decreto-ley estableció expresamente que «a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas», lo que evidencia que el criterio seguido en años anteriores de no seguir los trámites impuestos por esa «normativa general sobre subvenciones públicas» no se ajustaba a la legalidad vigente.

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

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

Colofón de lo que se expone, es que considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos del delito de prevaricación y su aplicación al caso que supera el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. Un canon que han superado anteriormente otras interpretaciones razonadas por los tribunales penales pero que pueden resultar más o menos controvertidas, como por ejemplo condenar por prevaricación a un particular a pesar de que el delito solo pueden cometerlo los «funcionarios» según la letra del Código penal (SSTC 47/1995, de 14 de febrero, FJ 6, y 41/1998, de 24 de febrero, FFJJ 5 y 6), o la condena a un alcalde, también por prevaricación, por actos que incluyen algunos que la jurisdicción contencioso-

administrativa consideró conformes con el Derecho administrativo (ATC 324/2003, de 20 de octubre, FJ 6).

Aplicando este mismo rasero de la razonabilidad, considero que la interpretación del delito de prevaricación efectuada en este caso por los tribunales competentes para ello, que son la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no es imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

La demanda de amparo por tal razón debió de inadmitirse en cuanto a los aspectos de la queja de lesión del art. 25.1 CE que se declaran con lugar, o subsidiariamente haberse desestimado en su integridad.

Y en este sentido emito mi voto particular.

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

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcobilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2485-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña, el cual a mi parecer debió ser desestimado, por las razones defendidas durante la deliberación y en los términos que seguidamente paso a exponer.

1. Consideración preliminar.

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

Es procedente, por ello, que me remita a las consideraciones expuestas en el voto particular que suscribí juntamente con los magistrados Enríquez Sancho y Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque en cuanto la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como «cabecera» de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto también por delito de prevaricación. Se trata de don Antonio Vicente Lozano Peña, quien fuera director general de presupuestos de la Junta de Andalucía desde el mes de abril de 2002 al mes de abril de 2009, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 35 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 2.4 de la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

Conviene recordar que las sentencias impugnadas en amparo condenaron al recurrente y a otros altos cargos de la Junta de Andalucía en la pieza específica del «caso de los ERE de Andalucía», que planificaron un sistema de concesión y ejecución de ayudas sociolaborales excepcionales eludiendo el control del gasto público. Para ello idearon un mecanismo relativamente sencillo y sumamente eficaz, para la finalidad perseguida. Ese mecanismo fue el cambio de clasificación presupuestaria del gasto,

asignándose las ayudas a la partida 440.12 del programa 31L («Transferencias de financiación al IFA») por la Consejería de Empleo y ejecutándolas el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), luego denominado a partir de 2004 como Agencia de Innovación y Desarrollo en Andalucía (IDEA). De esta suerte, durante los años 2002 a 2009 no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas, al otorgarse sin expediente de concesión (en muchos casos); sin publicidad en la concesión; sin fiscalización; sin informe de la Consejería de Presidencia sobre la notificación a la Comisión Europea; sin solicitud de los interesados y sin acreditarse la personalidad de los solicitantes; entre otras graves irregularidades que socavaron las reglas y los principios por los que se rige la actividad administrativa subvencional.

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

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

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

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

Pero la sentencia aprobada por la mayoría va aún más lejos y, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la de otros condenados en la «pieza específica del caso de los ERE de Andalucía», no merecía reproche penal desde la perspectiva del delito de prevaricación por el que ha sido condenado, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que «en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias, habilitaban a la administración

autonómica a conceder estas ayudas por tal vía» (FJ 4, por remisión a lo declarado en la STC 93/2024, 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 calificadas de prevaricación por las sentencias impugnadas en amparo relativas a las modificaciones presupuestarias amparadas en el programa 31L, habidas con posterioridad a la aprobación de las distintas leyes de presupuestos, pues, asimismo, encontrarían cobijo en el «sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales», según sostiene la mayoría del Pleno en la sentencia de la que disiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administraciones públicas son instituciones serviciales o vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a

determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros enunciadas a lo largo del texto constitucional como los que figuran en el art. 9.3 (seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad), el art. 14 (igualdad e interdicción de trato discriminatorio), y los arts. 9.2 y 105 (participación y transparencia), por solo citar algunos. No hace falta insistir en que el art. 103.1 CE impone *in fine* que el sometimiento de la administración pública a la ley y al Derecho sea pleno, o sea completo, sin excepción ni matiz, lo que corrobora el enunciado del art. 106.1 CE.

Si el fraude fiscal es una de las agresiones más graves al interés común de los ciudadanos, la malversación de los caudales públicos es otra no menos importante. Como la lucha contra el fraude fiscal, la lucha contra la corrupción es otro objetivo o mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos. Ese mandato deriva del deber constitucional de realizar una asignación equitativa de los recursos públicos en el marco de una programación y ejecución basada en los criterios de eficiencia y economía (art. 31.1 CE). La justicia financiera no se limita a la vertiente del ingreso; debe atender con la misma fuerza a la del gasto ¿De qué vale defender la ética en el ingreso si luego no se exige la correlativa ética en el gasto? La mala, negligente o indebida gestión de los recursos públicos compromete el cumplimiento de los fines de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). El Tribunal del que formo parte ha renunciado de nuevo a formar una doctrina en cuestión tan nuclear como de tan vieja raigambre en la sociedad. En efecto, ya la Carta Magna inglesa de 1215 reconoció el derecho de los ciudadanos, no solo a consentir tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió el *Bill of Rights* de 1689 y más adelante la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y nuestra Constitución de Cádiz de 1812.

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

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

He recordado ya que entre los principios constitucionales que rigen inexcusablemente la actuación de las administraciones públicas está el de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), patentemente vulnerado según las sentencias condenatorias impugnadas en amparo. Quizás el redactor de la ponencia devenida inexorablemente en sentencia con el apoyo de la mayoría del Pleno confunde este concepto con el de discrecionalidad. La discrecionalidad está perfectamente

fundamentada en la actuación administrativa, pero el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ejercerse al puro arbitrio o capricho de quienes lo lleven a efecto. La sentencia de este tribunal, en fin, margina los límites jurídicos de la actuación administrativa para permitir a los cargos públicos ejercer libérrimamente sus competencias desde criterios de pura oportunidad, y con absoluta ajenidad a cualquier control. La conclusión es clara: se sacrifica la objetividad de la actuación administrativa, que se convierte en inmune e inatacable, creando, pues, un espacio de impunidad en el que determinados gobernantes gozan de un escudo protector que repele cualquier control o fiscalización, y que, por supuesto es un espacio ennegrecido, oscuro, por no transparente, y tales espacios son inconciliables con la naturaleza del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

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

Si bien el Derecho de la Unión Europea no es directamente aplicable en el asunto que nos ocupa, al no tener los fondos públicos malversados origen comunitario, no puede desconocerse que los principios del Derecho de la Unión sobre el control del gasto público son muy relevantes para analizar la regularidad de la actuación de los gestores de los caudales públicos. En tal sentido, no me parece aventurado afirmar que esa gestión, en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», y como se desprende de las sentencias condenatorias que se impugnan en amparo, ha sido contraria no solo a los principios del Derecho interno, sino también a los principios del Derecho de la Unión Europea.

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

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

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

a) Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del art. 325.1 TFUE, esta disposición impone a los Estados miembros el deber de luchar contra el fraude y *toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros* de la Unión mediante medidas

disuasorias y eficaces. Medidas de lucha que deben ser equivalente a las medias implementadas en el ámbito nacional.

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

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

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

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

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

En todo caso, es cierto que ha quedado acreditado, como resulta de las sentencias impugnadas en amparo, que en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», se

buscó de manera intencionada la elusión de los controles ordinarios del gasto público, lo que supuso la debilitación de los mecanismos para prevenir la corrupción. La eliminación de estos controles, en abstracto, ya es reprochable, pero, además, teniendo en cuenta que los fondos fueron gestionados sin las mínimas garantías de publicidad y concurrencia competitiva para su obtención por los particulares, la debilitación de los controles facilitó la aparición de los casos de corrupción.

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

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

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

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

Las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos del delito de prevaricación, y que su aplicación al caso en dichas resoluciones judiciales supera sin dificultad el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. La subsunción de la conducta del recurrente, a partir de los hechos declarados probados [sobre los que a este tribunal nada le cabe decir: art. 44.1 b) LOTC], en el delito de prevaricación, que han efectuado la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no es irrazonable ni imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE. La sentencia de este tribunal incurre en un claro exceso de jurisdicción, al suplantar a los órganos judiciales del orden penal en la función que constitucionalmente les corresponde ex art. 117.3 CE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) Socava la posición institucional que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE), injiriéndose el

Tribunal Constitucional en funciones que son propias de aquel, con el pretexto de que allí donde deben garantizarse los derechos fundamentales, allí debe estar este tribunal, olvidando que la jurisdicción constitucional debe evitar (por su propia naturaleza de jurisdicción de garantías) caer por desfiladeros abruptos.

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

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

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

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

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

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

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

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2485-2023

En el ejercicio de la facultad conferida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el respeto debido a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña, el cual debió ser desestimado, porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

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

1. En primer término, considero que se han realizado descalificaciones gratuitas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla. Entiendo improcedente que se recordara a dichos tribunales los pilares de nuestro sistema constitucional que no ignoraron, y que se les reprochara haber efectuado «una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos "resolución" y "asunto administrativo"».

2. Por otro lado, pongo de relieve nuevamente la omisión en esta sentencia, como en las anteriores, del debido análisis de los razonamientos contenidos en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre el juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa. Considero que, si los sólidos argumentos contenidos en la sentencia de casación y el relato fáctico de la sentencia de instancia hubieran sido correctamente analizados en las sentencias de este tribunal, de las que discrepo, y si se hubiera contemplado la trama criminal descrita por el Tribunal Supremo en su conjunto, observando el canon de constitucionalidad aplicable en supuestos como los que nos ocupan, ello hubiera debido llevar a la desestimación de los recursos de amparo planteados.

3. Además, y a mi juicio, en estas sentencias se ha desbordado el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria, suplantando la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley.

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

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

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

5. Tampoco comparto la interpretación de las leyes de presupuestos efectuada por las sentencias recurridas. En mi opinión, las leyes de presupuestos habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse. Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones. Resultan, por tanto, infundadas las afirmaciones según las cuales el Tribunal Supremo ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002, 2003 y 2004 de modo imprevisible.

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

6. Reitero que la estimación de la vulneración del art. 25.1 CE por la condena por delito de prevaricación con base en la consideración de que las conductas constitutivas de infracción penal estaban amparadas por las sucesivas leyes de presupuestos también justificaría los fraudes que se enjuician en los procesos diferentes a la «pieza específica» de los responsables políticos, lo que provocaría un estado de impunidad difícilmente soportable. Además, la consecuencia última que pudiera derivar de la decisión del Pleno es que, dada la atipicidad de las conductas o bien la estructura de las causas de justificación (a modo de cumplimiento de un deber o de estado de error de prohibición), a la postre nadie estaría obligado a devolver el dinero defraudado.

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

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

Estimo, que el Tribunal ha excedido sus competencias invadiendo las que corresponden al Tribunal Supremo para la interpretación de los tipos penales, para efectuar el juicio de subsunción orillando el canon pacíficamente aplicado en los recursos de amparo. Las sentencias recurridas están ampliamente motivadas, no resultan en modo alguno erróneas o arbitrarias, lo que debió comportar la inadmisión a trámite de los recursos por falta de especial trascendencia constitucional y, en el estadio procesal en el que nos encontramos, a la desestimación íntegra de todos los recursos planteados por no haberse vulnerado el principio de legalidad penal y, en su caso, el de presunción de inocencia.

Por lo expuesto, formulo el presente voto particular.

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

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2485-2023 interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional formulo el presente voto particular. Considero que el recurso de amparo debió ser desestimado al no existir vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la condena de don Antonio Vicente Lozano Peña por el delito continuado de prevaricación.

Remisión a los votos particulares ya formulados.

Don Antonio Vicente Lozano Peña fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa al considerarse probado que en su condición de director general de Presupuestos de la Junta de Andalucía desde abril de 2002 a abril de 2009, consciente de que se eludía la fiscalización previa, participó en la elaboración de sucesivos anteproyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias en los que se cambió la clasificación presupuestaria, se consignó en concepto de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA –que debían destinarse a gastos de

explotación de IFA/IDEA–, las importantes cantidades de dinero que constan en los hechos probados, para que se pudieran efectuar libérrimamente pagos («ayudas sociolaborales»), sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno y sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

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

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

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

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

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

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

e) La inadecuación del principio de irresponsabilidad penal establecido en la sentencia con las obligaciones de España derivadas del artículo 325 TFUE, apartado 1, cuando la acuñada doctrina de la irresponsabilidad penal de los miembros del Gobierno tenga su proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

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

g) Las quebras lógicas en que incurre el razonamiento de la sentencia que estima el amparo y que se exponen en el apartado 3.2.2 del voto particular a la STC 93/2024, entre las que destaca el argumento por el que se somete el delito consumado de

prevaricación administrativa cometido por un miembro del Gobierno al aprobar un proyecto o anteproyecto de ley a una especie de condición resolutoria derivada de la aprobación de la ley por el Parlamento, lo que supone introducir un factor de incertidumbre e imprevisibilidad contrario a la certeza en la que se asienta el principio de legalidad que se dice aplicar.

h) El insostenible argumento de la sentencia por el que «no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 31L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban». Como indica la STS 749/2022 «[l]a aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales». Ninguno de los condenados estaba amparado, ni venía obligado por las sucesivas leyes de presupuestos para cometer los delitos. Las leyes eran neutras en la previsión de transferencias de financiación para gastos de explotación.

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

Y en este sentido emito el presente voto particular.

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