



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

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. 2136-2023, promovido por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, representado por el procuradora de los tribunales doña Patricia Roch Iglesias, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Alférez Domínguez, 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 2013 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 Antonio Vicente Lozano Peña y don José Antonio Griñán Martínez, representados por el procurador de los tribunales don Roberto 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 vicepresidenta de este tribunal, doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. El 30 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, actuando en nombre y representación de don Miguel Ángel Serrano Aguilar, bajo la dirección letrada del abogado don Juan Carlos Alférez Domínguez, 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 “ERES”, 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 y/o ejecución de un sistema 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:

«I) 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 05/10/1994 y Orden de 05/04/1995, 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 22 E, 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 conexión (*sic*) 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 cuanto 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 y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II) Segunda etapa.

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

Por ese motivo en el caso de la empresa IAMASA se tuvo que iniciar un expediente de convalidación del gasto y el Letrado del Servicio Jurídico adscrito a la Consejería de Empleo, a la vista de las deficiencias observadas por la Intervención Delegada, emitió informe el 09/02/2000 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 63 millones de pesetas y se rechazaron justificaciones de gasto en expedientes por cuantía de 80 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 22/05/1998, 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 (22 E), 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 7 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 sólo se fiscalizaba el pago a posteriori.

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

(i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia;

(ii) el calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería;

(iii) Los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el BOJA por orden de la Consejería de Hacienda.

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

(i) Comprobar el cumplimiento de la legalidad;

(ii) Examinar las cuentas anuales y

(iii) Examinar críticamente la gestión de los programas asignados al Instituto. Este control no tenía utilidad alguna para conocer el destino de las subvenciones, dado que se limitaba al control de la transferencia.

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18/04/2000 y 28/07/2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se

hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 3/11/2001 y 5/12/2001) por importe, respectivamente, de 500, 5.573, 1.225, 660 y 6.355 millones de pesetas.

Hasta el mes de julio de 2001 los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 07/07/2001 el Consejero de Empleo y el Presidente del IFA firmaron un Convenio Marco de colaboración para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente, materializando las ayudas y se establecía que habrían de suscribirse convenios particulares entre el Director General de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos.

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

A partir de 2002 y hasta el año 2009, con la finalidad de evitar todo control y con conciencia de los incumplimientos ya reseñados, se procedieron 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 31 L, que sustituía al 22 E.

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

- En 2002: 34.341.351 euros

- En 2003: 55.646.899 euros

- En 2004: 46.146.389 euros. (En este ejercicio el IFA cambió su denominación por Agencia para la Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y pasó a estar adscrito a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

- En 2005: 72.261.575 euros.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

- En 2006: 77.291.000 euros.

- En 2007: 79.207.500 euros.

- En 2008: 87.478.495 euros.

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

- Modificación de 15/10/2002, por importe de 9.944.099 €.

- Modificación de 21/10/2002, por importe de 22.253.204,17 €.

- Modificación de 07/12/2005, por importe de 799.895,97 €.

- Modificación de 07/11/2006, por importe de 9.300.000 €.

- Modificación de 27/11/2007, por importe de 7.448,503, 44 €.

- Modificación de 22/12/2008, por importe de 1.253.853, 89 €.

- Modificación de 22/12/2008, por importe de 6.011.836,20 €.

- Modificación de 22/12/2008, 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.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

- 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 77 empresas que presentaron EREs, 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 7.582 trabajadores.
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4.787 trabajadores.
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4.957 trabajadores.
- En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4.833 trabajadores.
- En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5.476 trabajadores.
- En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2.968 trabajadores.
- En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3.247 trabajadores.
- En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7.000 trabajadores.
- En el año 2009, fueron 1.379, afectando a un total de 30.821 trabajadores.
- En el año 2010, fueron 1.490, afectando a un total de 21.450 trabajadores.

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

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

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

(v) Además, a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron buena parte de estos fondos para fines completamente ajenos a las ayudas sociolaborales. Así, entre otros, con fondos del programa 31L se

pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del Servicio Andaluz de Empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112, de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales; se financió parte de la subida salarial de trabajadores de las empresas FCC y CESPAA, 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 16 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 01/04/2011, 13/03/2012 y 16/03/2012, hasta su derogación por Decreto Ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras 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 Real 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 intervino en este procedimiento específico desde el cargo de director general del Instituto de Fomento de Andalucía/Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IFA/IDEA), que desempeñó en el periodo comprendido entre junio de 2004 y mayo de 2008, en el que suscribió los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y en cumplimiento de los mismos ordenó el pago de las ayudas a empresas privadas y particulares, con cargo a los fondos recibidos de la partida presupuestaria 440 del programa 3.1 L, “transferencias de financiación”, que contabilizó en la cuenta de resultados de la agencia como gastos de explotación.

Por dichos hechos fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a la pena de 6 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de 17 años y 1 día de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviera, aunque fueran electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Se le impuso asimismo el pago de las 2/37 partes 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 presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en conexión con el derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de legalidad procesal (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Se refiere en primer lugar a la vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que atribuye a la providencia de 26 de julio de 2022 por la que el Tribunal Supremo hizo público el fallo de su sentencia de casación, que no fue notificada de forma completa hasta el día 14 de septiembre de 2022, por lo que durante el tiempo intermedio se presentó ante la sociedad al demandante de amparo como culpable, sin exponer los fundamentos jurídicos que llevaban a tal conclusión.

Cita en apoyo de este motivo la doctrina fijada en la STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, que cita a su vez la STEDH de 5 de febrero de 1995, caso *Alenet de Ribemont c. Francia*, y las SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, y 133/2018, de 13 de diciembre.

En segundo lugar, denuncia que la actuación del Tribunal Supremo vulnera la garantía procesal como parte del derecho a un proceso con todas las garantías en tanto que la sentencia debe notificarse en su integridad y en unidad de acto conforme a la normativa aplicable (arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266, 270 y ss. LOPJ). Añade el demandante que, al haber sido objeto de difusión masiva el fallo, le fue imposible reaccionar, lo que determinó indefensión.

En virtud de este motivo de amparo solicita que se declare la vulneración de estos derechos fundamentales con vistas a formular posteriormente reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la administración de justicia.

b) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), vulneraciones que atribuye a la sentencia de casación porque, con el fin de confirmar la subsunción jurídica de los hechos en el delito de malversación, incluyó datos fácticos que no estaban en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, ni en su fundamentación jurídica.

Se refiere a estas frases: “precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal” (págs. 348 y 349) y “se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones” (pág. 352).

La sentencia de instancia declaró probado que el objetivo perseguido por los encausados fue agilizar el trámite del pago de las ayudas en un contexto de crisis económica, lo que supuso una reducción de los controles, pero no que se buscara con ello disponer libremente de los fondos como si fueran propios. Esta finalidad de disposición ilegal de los fondos, o el ánimo de malversación, no aparece en el *factum* de la sentencia de instancia, como se recoge en el voto particular de las dos magistradas disidentes.

Mediante esta mutación fáctica el Tribunal Supremo pasa a atribuir dolo directo a todos los condenados por el delito de malversación de caudales públicos que no estaban integrados en la Consejería de Empleo, cuando en la sentencia de instancia se les atribuía un dolo eventual en la medida en que debieron conocer las actividades malversadoras de los otros encausados.

La sentencia de instancia tampoco estimó acreditado que la Intervención General hubiera efectuado una advertencia de riesgo de menoscabo de los fondos públicos, ni tan siquiera en el informe adicional al informe de cumplimiento de 2003.

El actor, que impugnó en su recurso de casación la imputación del delito de malversación a título de dolo eventual que hizo la Audiencia Provincial, por considerarla errónea al no desprenderse del cambio de forma de presupuestación de las ayudas, se ve sorprendido por el Tribunal Supremo cuando en su sentencia le atribuye una finalidad o conocimiento directo de que se iba a producir la malversación que no se desprendía del relato de hechos probados.

El Tribunal Supremo también ha vulnerado el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE al modificar el fundamento de la condena por malversación de caudales públicos basándola en que el actor actuó con dolo directo y de común acuerdo con los otros acusados.

En virtud de este motivo solicita la nulidad parcial de la sentencia de casación en los términos indicados.

c) Vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE al no relatarse en los hechos probados de la sentencia hechos subsumibles en los arts. 404 CP (prevaricación) y 432 CP (malversación). Esta vulneración la atribuye a la sentencia de la Audiencia Provincial, y a la del Tribunal Supremo por no haberla reparado.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia no contiene la descripción de ningún acto administrativo, con fecha y descripción concreta, dictado por el demandante de amparo. El demandante fue director de IFA/IDEA y como tal no tramitó ningún expediente de ayuda, porque dicho ente público actuó siempre como una mera caja pagadora en función de las órdenes de pago que emitía la Dirección General de Trabajo. Tampoco aprobó las cuentas anuales del ente, competencia que correspondía a su Consejo Rector, el demandante solo las formulaba. El IFA/IDEA tampoco realizaba ningún acto material de confección del presupuesto.

En cuanto a la malversación afirma que la sentencia ha creado un tipo nuevo, distinto del establecido por el legislador, pues el demandante no se apropió de caudales públicos ni consintió que ningún tercero se los apropiara. En el relato de hechos probados de la sentencia se describen lo que la sentencia considera que son desviaciones normativas en la tramitación de los distintos procedimientos administrativos o presupuestarios, pero eso en sí mismo no es suficiente para dar por probados los elementos objetivos y subjetivos del delito del art. 432 CP. La presunta comisión de un delito de prevaricación no puede conducir sin más a dar por probada la malversación, ni siquiera a título de dolo eventual. La sentencia, al excluir el enjuiciamiento de las ayudas individuales, ha dejado fuera del objeto de enjuiciamiento la finalidad pública e interés social de cada una de ellas. La concepción de que se malversa porque se prevarica no es conforme con el tipo penal y así se dice en el voto particular de las dos magistradas del Tribunal Supremo.

En virtud de este motivo solicita la nulidad plena de las resoluciones judiciales impugnadas.

d) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque al no existir un acervo probatorio concluyente para declarar la culpabilidad por delito de malversación, se ha verificado una valoración irracional, ilógica y arbitraria de la prueba.

El Informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003 de la Intervención, firmado en el año 2005 no tiene naturaleza jurídica de prueba y, por otra parte, afirmar, como hace la sentencia condenatoria, que todo aquel que hubiera tenido conocimiento de las irregularidades cometidas por otros a que se refiere dicho informe, tenía dolo de malversar, es una conclusión irracional y arbitraria.

En cualquier caso, dicho informe solo pone de manifiesto determinadas irregularidades procedimentales y administrativas, no contiene consideraciones o evidencias que pongan de manifiesto los elementos constitutivos de un dolo eventual de malversar en el demandante. Tampoco contenía ninguna advertencia de la existencia de hechos que pudieran constituir malversación.

En virtud de este motivo solicita la nulidad parcial de las resoluciones judiciales impugnadas en lo que se refiere a la condena por delito de malversación de caudales públicos.

En el otrosí de la demanda se solicita asimismo, con invocación del art. 56.2 LOTC, la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria en lo que se refiere a la pena de prisión, que el demandante empezó a cumplir el 2 de enero de 2023 en el centro penitenciario Sevilla I, argumentando que el mantenimiento la ejecución de la pena le produce un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad y que su suspensión no ocasionaría perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 288/2023, 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, 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 asimismo, en aplicación del art. 51 LOTC, requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla a fin de que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente recurso. También acordó requerir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 610-2020.

Se ordenó también 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 artículo 10.1, n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, “recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo que se tramita en dicha Sala con el número 2136-2023, interpuesto por don Miguel Ángel Serrano Aguilar”.

Por ATC 438/2023, de 26 de septiembre, el Pleno de este tribunal, tras recibir las alegaciones del recurrente, del Ministerio Fiscal y del Partido Popular, denegó la suspensión cautelar solicitada dada la duración de la pena de prisión que le había sido impuesta, de seis años y seis meses, superior al límite de cinco años que este Tribunal ha venido tomando en consideración para dirimir la aplicación de este tipo de medida.

5. Se han producido las siguientes incidencias en cuanto a comparecencia, personación y 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 de la 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 artículo 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 23 de septiembre de 2023, el actor formuló alegaciones en las que dio por reproducidos la totalidad de los argumentos contenidos en la misma, insistiendo particularmente en el motivo cuarto, en el que denunciaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia absoluta de prueba de cargo de la comisión de un delito de malversación de caudales públicos. Reproduce el voto particular emitido por dos de las magistradas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y aduce que la sentencia ha basado su condena únicamente en que tuvo conocimiento del Informe adicional al Informe de cumplimiento del ejercicio 2003, emitido por la Intervención del Control Financiero Permanente del IFA/IDEA, y en que por el solo hecho de su conocimiento asumió la eventualidad de que se malversasen fondos públicos, valoración que resulta manifiestamente irracional, arbitraria e ilógica, pues se trata de un informe que solo refleja irregularidades procedimentales y administrativas, y de cuya lectura no se obtiene información alguna que induzca a pensar que se estuvieran malversando fondos públicos, a lo sumo lo que el demandante pudo conocer años después no sería más que una situación pasada que pudiera pensarse que estaría corregida en el momento en que el actor accedió a dicho informe.

Añade que los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía, incluido el Informe adicional de 2003, no contenían advertencia ni conclusión alguna de la existencia de hechos que pudieran ser calificados como malversación de caudales públicos, y prueba de ello sería que el interventor general de la Junta de Andalucía, don Manuel Gómez, que venía acusado de malversación de caudales públicos, fue absuelto en la sentencia que se recurre.

d) Por escrito presentado igualmente el 23 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.

Rebate el primer motivo de amparo, relativo a la comunicación anticipada del fallo, porque la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuando dictó la providencia que lo daba a conocer, así como un comunicado de prensa con el mismo contenido, ya había concluido sus deliberaciones y solo estaba pendiente la redacción del voto particular anunciado. No hubo por lo tanto una filtración ni una imputación anticipada de la culpabilidad de los acusados, por lo que no se vulneraron sus derechos a la presunción de inocencia y al honor, debiendo prevalecer en la ponderación de los intereses en juego la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y el principio de publicidad de la justicia (art. 120.1 CE).

Rechaza el segundo motivo de amparo, que denunciaba que la sentencia de casación introdujo datos fácticos que no estaban en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, con el argumento de que las únicas divergencias apreciables entre ambas resoluciones judiciales son puramente jurídicas y referidas: (i) a la finalidad perseguida por los acusados, pues la sentencia de instancia asocia la agilización del sistema de subvenciones a un cúmulo de ilegalidades que detalla y que es consecuencia de la eliminación de controles; (ii) a la concurrencia de un dolo directo o eventual, distinción que es producto de la valoración jurídica de los hechos, no de una alteración del *factum* de la sentencia de instancia y (iii) los distintos criterios de autoría, fruto nuevamente de la aplicación de un distinto enfoque jurídico y argumental a los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida. Prosigue diciendo que la sentencia del Tribunal Supremo no introduce hechos nuevos cuando reitera la cita de las pruebas de cargo que hace la sentencia recurrida, y que dedica extensos razonamientos al examen de la concurrencia de los requisitos del delito de prevaricación y de malversación.

Rechaza el tercer motivo de amparo, relativo a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) porque se hizo una aplicación motivada y previsible de los tipos penales. El delito de prevaricación se justifica en que tanto el convenio marco como los convenios particulares tenían la consideración de resolución administrativa y condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin tramitación de expediente alguno. El delito de malversación de caudales públicos, en que el actor intervino directa y materialmente en el engranaje delictivo, desde su cargo de director general de IFA/IDEA, al suscribir los convenios particulares, cuando podía haberse negado a firmarlos. En este punto la aprobación parlamentaria de las transferencias de financiación no autorizaba el pago de subvenciones con cargo a las mismas, siendo prueba decisiva, aunque no única, de esta operativa el informe pericial elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado.

Rebate asimismo el cuarto motivo de amparo relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al delito de malversación de caudales públicos argumentando que la prueba se valoró de forma racional y motivada y que, contra lo que se afirma en la demanda de amparo, la condena no se basa únicamente en que el actor conoció el Informe adicional al Informe de cumplimiento del ejercicio de 2003 emitido por la Intervención de control financiero permanente del IFA/IDEA, sino que también se toman en consideración otros elementos de valor incriminatorio que aparecen detallados en la sentencia de instancia como son la firma de los convenios particulares que instrumentaron las ayudas, las competencias que ejerció como director de la citada agencia, la indebida contabilización de estos pagos como gastos de explotación propios de la agencia, las “salvedades por incertidumbre” que se hacían en los informes de auditoría externa en cuanto a la recepción de fondos de la Consejería de Trabajo para salvar los descubiertos que se iban generando en las cuentas de la agencia, y las observaciones sobre la inadecuación de la aplicación presupuestaria verificadas por un vocal en el consejo rector celebrado el 18 de octubre de 2005.

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 artículos 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 la tuviera por personada en el procedimiento a los efectos previstos en los artículos 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 Antonio Vicente Lozano y 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 acciones que a sus mandantes 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 se le tuviera por personado en el procedimiento, manifestando al mismo tiempo su adhesión al recurso de amparo formulado por don Miguel Ángel Serrano Aguilar 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 la Secretaría de Justicia del Pleno de 23 de octubre de 2023 se tuvieron por recibidos los nuevos 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 Sra. Rosch Iglesias, en nombre y representación de don Jesús María Rodríguez Román, al procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano Peña y 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 2 de noviembre de 2023, la representación procesal de don José Antonio Griñán Martínez evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los motivos primero y segundo del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla impugnadas en el mismo.

l) Por escrito presentado el 2 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Antonio Vicente Lozano Peña evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los motivos primero y segundo del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla impugnadas en el mismo.

m) 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.

n) 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 en concreto:

(i) Respecto del delito de prevaricación del art. 404 CP, que 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 Sres. Zornoza y Martínez Lago, las leyes de presupuestos posteriores a la Ley 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.

(ii) Respecto del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, porque no existió connivencia o acuerdo en el actuar delictivo, ni en forma de coautoría con división de funciones, que es lo que sostiene la Audiencia Provincial, ni como autoría individual, por la que se inclina el Tribunal Supremo. No se justifica la comisión por omisión, pues no se establece el fundamento de la supuesta posición de garante de los condenados, ni tan siquiera se cita el art. 11 CP. Tampoco se justifica la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, el Tribunal Supremo aprecia un dolo directo, separándose del criterio de la sentencia de instancia, que consideró el dolo eventual.

6. Por escrito presentado el 8 de enero de 2024, el Ministerio Fiscal formuló alegaciones en las que interesó la íntegra desestimación de la demanda de amparo.

La fiscal ante el Tribunal Constitucional que lo suscribe, tras identificar las resoluciones judiciales impugnadas en la demanda de amparo interpuesta por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, la fecha de presentación de esta, y los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia, examina con carácter preliminar el cumplimiento de los presupuestos procesales del art. 44 LOTC, y concluye que se han cumplido debidamente, indicando que el de previo agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria, se realizó mediante los recursos de casación contra la sentencia de instancia y el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de casación, apreciando asimismo que a través de los mismos se verificó la invocación tempestiva de la vulneración de los derechos fundamentales que se dicen lesionados. Seguidamente analiza los cuatro motivos de amparo esgrimidos en la misma.

Respecto del primero de ellos, sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho al honor, por la providencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2022 que anticipó el fallo de la sentencia que resolvió el recurso de casación mediante la reproducción de un comunicado de prensa, la fiscal, tras sintetizar las alegaciones efectuadas en el recurso de amparo en sustento de este motivo, y citar doctrina constitucional relativa tanto a la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4, y 77/2023, de 20 de junio, FJ 5), como al derecho al honor del art. 18.1 CE, aduce que el auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones realizó una ponderación adecuada de los intereses en juego al

desechar que se hubieran producido estas vulneraciones con base en la relevancia pública del asunto, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (artículo 20.1 d CE) y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 CE), así como la ausencia de una norma expresa que lo prohibiera.

En relación con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE) por la inclusión en la sentencia de casación de datos fácticos que no aparecen en la primera instancia, la fiscal, tras hacer una síntesis de las alegaciones del demandante, y de los fundamentos del auto del Tribunal Supremo que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, invoca doctrina constitucional sobre principio acusatorio (STC 45/2022, de 23 de marzo, FJ 10) y *reformatio in peius* (STC 102/2022, FJ 5) y concluye que el motivo no puede prosperar, porque las frases cuestionadas de la sentencia de casación no añadieron nada nuevo a lo declarado en los hechos probados de la sentencia de instancia, sino que los resumieron o concretaron, sin producir alteración o ampliación de los mismos.

Añade que, por lo demás, la alegada alteración de los hechos probados no tendría consecuencias en la condena del Sr. Serrano, porque no afecta a su conducta, tal y como está fijada en los hechos declarados probados en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en los que no se le imputa una participación en la elaboración de las leyes de presupuestos o en los procedimientos de modificación presupuestaria, sino que basa su condena en las conductas desplegadas en la fase de la ejecución de las ayudas a través de los pagos efectuados por el organismo IFA/IDEA, con fondos recibidos indebidamente como “transferencias de financiación” y destinados al pago de subvenciones excepcionales, que eran reflejados como “otros gastos extraordinarios”, mediante la firma de los convenios particulares por medio de los que se efectuaban los pagos, pese a haber sido advertido de la inadecuación del procedimiento y siendo conocedor de los desfases presupuestarios al concederse las ayudas sin una previa dotación presupuestaria. En consecuencia, considera que las expresiones contenidas en la sentencia de casación son meramente argumentativas e irrelevantes, en tanto que no tienen consecuencias en la fijación de los hechos que se le imputan al actor, ni tampoco producen un cambio en el título de imputación.

Sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la fiscal, tras sintetizar las alegaciones del demandante, y los fundamentos de la sentencia de casación que desestimó que

la sentencia de primera instancia hubiera incurrido en tal vulneración tanto en la condena por delito de prevaricación como de malversación de caudales públicos, invoca doctrina constitucional relativa a tal derecho fundamental, que proscribe las interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales (STC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3).

Aduce la fiscal que, de la misma manera que lo hizo el Tribunal Supremo, el recurrente hace una selección de los hechos probados incompleta, limitándose a reseñar los párrafos en los que se hace mención expresa a su nombre, cuando en los hechos probados se identifican otras actuaciones que se pueden imputar directamente al recurrente en atención al cargo que ostentaba y las funciones a él inherentes, que pueden fundamentar la subsunción hecha por el tribunal de los hechos en los tipos penales por los que ha sido condenado. Identifica los elementos fácticos relevantes para la incriminación del demandante que este omite mencionar en su escrito iniciador, entre otros, la firma de los convenios particulares y las consiguientes autorizaciones de pago, el fraccionamiento de la cuantía de las ayudas, la indebida contabilización en los presupuestos de la agencia IFA/IDEA como gastos de explotación de los importes de las transferencias de financiación, o el conocimiento y aceptación del resultado del desvío de los fondos, y concluye que en las resoluciones combatidas existe una descripción suficiente de las conductas que se han atribuido al recurrente que permite una adecuada subsunción en los tipos penales por los que ha sido condenado, por lo que no puede apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal invocado, al no haberse realizado una interpretación judicial de la norma irrazonable ni extensiva *in malam partem* que implique imprevisibilidad para el destinatario de la norma penal de manera que le impidiera acomodar su conducta a la ley, ni tampoco existe una creación judicial del tipo penal, a tenor de la motivación contenida en ambas resoluciones, en la que se justifica adecuadamente la subsunción realizada.

En relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por no existir un acervo probatorio para sustentar la declaración de culpabilidad por el delito de malversación de caudales públicos, la fiscal, tras hacer una síntesis de las alegaciones del demandante, y citar doctrina constitucional sobre el citado derecho (STC 184/2021, FJ 9) rebate la alegación de que la condena por malversación se funda únicamente en el conocimiento que el recurrente tuvo del Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del ejercicio 2003 emitido por la Intervención del Control Financiero Permanente del IFA/IDEA.

En este sentido, señala que la sentencia de la Audiencia Provincial, en su FJ 31, hace referencia a una pluralidad de elementos incriminatorios, entre ellos: el cargo desempeñado por el acusado, Director General de la agencia IFA/IDEA, en el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2004 y el 14 de mayo de 2008, y las competencias que le correspondían, conforme a la normativa vigente; que en el desempeño de ese cargo firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social; que fue responsable de formular las cuentas anuales en las que se recogía el modo en que la agencia contabilizaba presupuestariamente las transferencias de financiación, continuando con el sistema utilizado antes de su llegada, así como los pagos derivados de los convenios particulares, que se hacían constar como “otros gastos de explotación”, esto es, gastos ficticios, cuentas que eran firmadas por el coacusado Sr. Vallejo Serrano, como Consejero de Innovación, o bien por el propio demandante; el conocimiento que tenía de los informes de auditoría externa en los que se destacaba la incertidumbre sobre las cantidades que se mantenían en descubierto, al superar los compromisos asumidos en virtud de los convenios a las cantidades efectivamente recibidas por la agencia IFA/IDEA, vía transferencias de financiación, problema que fue expuesto en la sesión del Consejo Rector de 22 de julio de 2004, y que este déficit se mantuvo en años sucesivos, tal y como se reconoce por el propio actor en la carta remitida al entonces Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, de fecha 19 de abril del año 2007, exigiendo que se pusiera solución a este problema.

En cuanto a la prueba del elemento volitivo del delito de malversación de caudales públicos, la fiscal apunta que en la sentencia de la Audiencia Provincial se dice que desde que le fue notificado el informe de cumplimiento del ejercicio de 2003 conoció y consintió la utilización indebida de la agencia como entidad colaboradora, y que a pesar de tomar conocimiento de cómo se estaban concediendo las ayudas en la Dirección General de Trabajo (no se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico; no se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda; se ha omitido la fiscalización previa, concluyendo que se ha prescindido de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido), de la indebida presupuestación de las transferencias de financiación, y de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora, continuó con la firma de los convenios. También se considera acreditado con base en la prueba documental que el acusado fue conocedor de los posteriores informes de control financiero permanente de IDEA, conocimiento que también se desprende de su asistencia a las reuniones del Consejo Rector a partir de la sesión celebrada el día 28 de junio de 2004, hasta su

cese en el 2008. De todo ello deduce el tribunal de instancia que “el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados”.

La fiscal considera asimismo que la sentencia de la Audiencia Provincial dio contestación expresa a las alegaciones de descargo presentadas por su defensa sobre la supuesta carencia de conciencia de antijuridicidad y error en la creencia de estar obrando lícitamente y sobre el carácter no esencial de su participación en los hechos, destacando que hubiera bastado con que se hubiera negado a firmar los convenios particulares para que no se hubiera realizado el delito.

La fiscal reproduce asimismo los argumentos empleados en la sentencia de casación para confirmar la validez de la condena por el delito de malversación de caudales públicos, en virtud de los cuales el actor no fue condenado solo por haber tenido conocimiento del informe adicional de cumplimiento del IFA correspondiente al año 2003, sino que se estimó acreditado el conocimiento que tenía de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento en virtud de múltiple prueba distinta de aquel informe, que la sentencia de casación enumera sintéticamente, añadiendo que, pese a tal conocimiento, firmó un total de 40 convenios particulares, en virtud de los cuales se comprometió el pago de diversas cantidades en concepto de ayudas y subvenciones, con cargo a los fondos transferidos a la partida 440 del programa 3.1 L.

A la vista de lo expuesto, la fiscal concluye que “[a] este motivo hay que responder que, tal y como se puede apreciar del contenido de ambas, ni en la sentencia de la Audiencia Provincial ni en la dictada por el Tribunal Supremo se hace depender la acreditación del elemento subjetivo del injusto del delito de malversación exclusivamente del conocimiento del contenido de dicho informe. La conclusión a la que llega el tribunal parte de la valoración efectuada de manera conjunta con otros elementos de prueba, omitidos por el recurrente en el desarrollo del motivo de su demanda, como son el conocimiento de los informes de cumplimiento formulados por la intervención en años sucesivos, de su participación en las sesiones del Consejo Rector donde se trataban las cuestiones sobre el abono de las subvenciones, y la carta que dirigió al Director General de Trabajo y Seguridad Social poniendo de manifiesto las situaciones de descubierto por falta de traspaso de fondos suficientes para efectuar los pagos comprometidos mediante la firma de los convenios particulares. De todo ello los órganos jurisdiccionales, realizando la valoración de la prueba en el ejercicio de la función que les corresponde en exclusiva, concluyen que el

demandante de amparo, pese a ser conocedor de las ilegalidades cometidas durante los distintos ejercicios, continuó con el sistema establecido y firmó los convenios particulares por los que se consumaba la disposición de los fondos. En consecuencia, se considera que hay prueba de cargo suficiente para fundamentar el fallo condenatorio”.

En consecuencia, “no cabe considerar irracional o ilógica la conclusión alcanzada para dictar la condena del recurrente, cada uno de los acusados ostentaba sus respectivas responsabilidades y efectuó conductas diferentes en distintos periodos de tiempo, de lo que se deduce que la valoración concretamente efectuada por el Tribunal respecto del acusado es posible y se ajusta a las reglas de la lógica, y no puede tacharse de arbitraria o irrazonable, por lo que la consideración de otras interpretaciones como la sustentada por el recurrente, queda fuera del control que corresponde efectuar al Tribunal”.

7. Por providencia de 2 de julio de 2024 se señaló ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

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

1.1. Objeto del recurso y posiciones de las partes

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que le condenó como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de 6 años, 6 meses, y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de 17 años y un día; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestima el recurso de casación formulado por el demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-20) y (iii) el auto de 16 de febrero de 2013 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

El recurrente alega en su escrito de demanda las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: (i) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) como regla de tratamiento en conexión con el derecho al honor (art. 18.1 CE) como consecuencia de la publicación del fallo de la sentencia de casación antes de que le fuera notificada al demandante el 14 de septiembre de 2022; (ii) de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE) porque en la sentencia de casación se han incluido datos fácticos que no aparecen en el relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia para apreciar un dolo directo de malversar que no se desprende de aquel; (iii) del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) porque los hechos probados no son subsumibles ni en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP ni en el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, y (iv) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque no existe un acervo probatorio concluyente para declararle culpable del delito de malversación, de modo que la condena se basaría en una valoración irracional, ilógica y arbitraria de la prueba.

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

Las representaciones procesales de don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano Peña, don José Antonio Griñán Martínez y doña Carmen Martínez Aguayo, se han adherido al recurso de amparo e interesado su estimación, algunas de ellas con argumentos convergentes con el mismo, que han sido sintetizados en el antecedente de hecho 5, k), l), m) y n).

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

1.2. Orden de análisis de las quejas

Se considera procedente, por razones de ordenación sistemática de las materias a tratar, examinar en primer lugar la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (tercer motivo de amparo), y a continuación la relativa a la vulneración del derecho a la

presunción de inocencia (cuarto motivo de amparo) para, seguidamente, examinar las vulneraciones acaecidas en el grado de casación (motivos primero y segundo de amparo) cuyo análisis puede verse condicionado por la respuesta que reciban las anteriores.

2. Breve delimitación fáctica y jurídica del proceso “EREs” 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 (FD 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 “EREs”. 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 “EREs”; 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 “EREs”.

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 (CEDT) -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 22 E, era la relativa a “Transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro” (concepto 481.00.22 E). Las ayudas se tramitaban como subvenciones excepcionales estando sometidas a la normativa en materia de subvenciones, así como a la Intervención Delegada de la CEDT. 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 CEDT 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 22 E, sendas aplicaciones presupuestarias -conceptos 440.12.22 y 44.00.22- 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 472.00.22 E “Trasferencias corrientes a empresas privadas en materia de Relaciones Laborales, acciones que generan empleo” y 481.00.22 E “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 CEDT.

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 CEDT, 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 CEDT 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 (CEDT), y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social” (el Convenio Marco). En virtud de dicho Convenio, el IFA se comprometía a prestar asistencia técnica permanente a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (DGTSS), materializando las ayudas que, en su caso, otorgase la CEDT, a través de la DGTSS, 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, empresa 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 DGTSS de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

En la mayor parte de los convenios particulares suscritos entre la DGTSS y el IFA se hizo constar expresamente que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la DGTSS, autorizando ésta su pago. En ningún caso llegaron a constituirse las comisiones de seguimiento previstas en el Convenio Marco.

Tras la firma del Convenio Marco, el Consejo Rector del IFA debía de intervenir en la materialización del pago de las ayudas, aprobando, en su caso, los pagos derivados de la firma de cada convenio particular de importe superior a 450.000 euros. Las ayudas que superasen la cuantía de 1.200.000 euros debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

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 3.1 L, que sustituyó al 22 E, 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 la ley de presupuestos fueron presentados al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda, aprobación y control (art. 190 EAAnd.), acompañados, en lo que ahora interesa, de las correspondientes memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 3.1 L, de cuyo contenido la sentencia de instancia extrae las siguientes conclusiones, que reproduce la sentencia de casación (FD 11, págs. 193 a196):

«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 Financiero, 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 a 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, tanto como consecuencia de la aprobación de las leyes de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias, recogió en su presupuesto de explotación, en la rúbrica “Otros gastos de explotación”, los importes que preveía recibir del programa presupuestario 3.1 L. 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 DGTSS y el IFA/IDEA, en desarrollo del Convenio Marco.

Según consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, el Consejero de Empleo -don José Antonio Viera Chacón- y el Vicepresidente del IFA -don Antonio Fernández García-, para evitar dar información a los miembros del Consejo Rector del IFA ajenos a la Consejería de Empleo, así como que tuvieran que ser ratificadas por el Consejo de Gobierno las ayudas superiores a 1.200.000 euros y publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, 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 DGTSS 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 limita a verificar que se había efectuado el pago de las ayudas ordenado por la CEDT, a través de la DGTSS, ya que formalmente no se trataba de ayudas concedidas por el IFA/IDEA.

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

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

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

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

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

(iii) Al IFA/IDEA se le atribuyeron los fondos para el pago de las ayudas mediante transferencias de financiación. La utilización de estos créditos no estaba sometida a un control

previo, sino a un control *ex post*: el llamado “control financiero permanente”. Este control se limitaba a (i) comprobar la legalidad del pago; (ii) examinar las cuentas anuales; y (iii) 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 3.1 L, 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 3.1 L 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 “EREs”.

La causa matriz de los “EREs” 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 las 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 ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas”.

Entre la “pieza específica” y las piezas individuales existe, afirma la sentencia de casación, una posible zona de coincidencia, “la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema, y a la vez, dispusieron de fondos públicos [...]”. Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que “[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no sólo 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 proporcionó el descontrol generalizado 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 ayudas”. Esta división - reconoce el Tribunal Supremo- “podía 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 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” (FD 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 FD 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 18/04/2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01/12/2009, 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 [sic] de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22 E, 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 28/07/2000, 07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 13/11/2001, 05/12/2001, 15/10/2002, 21/10/2002, 18/03/2004, 17/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007, 22/12/2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 01/12/2009.

- Otorgamiento del Convenio Marco de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de

Fomento de Andalucía (IFA) de 17/07/2001, 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 28/01/2003 y posteriormente por los Directores Generales de dicho instituto.

- Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27/05/2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del Consejo Rector del IFA.

- Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa PICKMAN SA, según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el Consejo Rector del IFA en su sesión de 02/03/2004.

- Concesión de las ayudas sociolaborales.

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

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

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

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales (disposiciones relacionadas en el apartado b), ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital (apartado A), como las abonadas a empresas en crisis (apartado B) o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias (apartado C)”.

La sentencia de la Audiencia Provincial dedica el apartado vigésimo segundo de los hechos probados (págs. 91-96), al que se refiere el último párrafo que se acaba de transcribir de la sentencia del Tribunal Supremo, a fijar el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22 E y 3.1 L, 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 3.1 L 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 a 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, por un total de 3.386.017,00 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15/07/2003 a 2/03/2004.

- 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 26/09/2003, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como Consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180.304 euros, para la realización de cursos on line.

- Financiación de Campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, conforme al Protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, de fecha 14/04/2005, que supuso el abono a la entidad CENFORPRE de 491.424,43 euros, mediante la suscripción de póliza de rentas y de capital, en la que figuraba como beneficiario José Antonio Gómez Román.

- Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, S.A., FCC Medio Ambiente, S.A., y CESPAS, S.A., como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006, que puso fin a la conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada. El pago de estas cantidades se realizó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, S.A. y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276.222,24 euros,

- Colaboración en la financiación de dieciséis Muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo, por municipios andaluces, en los ejercicios 2002 a 2004, de los cuales 14 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, -sólo uno en Jaén y dos en Cádiz-.

- En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1.192.000 euros para el pago a la Fundación San Telmo, del “Curso de Alta Dirección de Instituciones Sociales”, para un total de 100 personas».

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

A partir de los hechos probados y los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Provincial, particularmente los contenidos en sus FFDD 18 y 31, se puede constatar que el sustrato material de la condena de don Miguel Ángel Serrano Aguilar es, en síntesis, el siguiente:

(i) Ocupó el cargo de director general de la agencia IFA/IDEA desde el 17 de junio de 2004 hasta el 14 de mayo de 2008, y firmó más de cuarenta convenios con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con cargo a los fondos de la partida presupuestaria 440 del programa 3.1 L, de acuerdo con lo previsto en el convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA para la materialización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social, o “convenio marco”, que había sido suscrito el 17 de julio de 2001 entre los entonces consejero de empleo y presidente de IFA.

(ii) En su calidad de director general de la agencia IFA/IDEA asistió con regularidad a las sesiones de su consejo rector, desde la celebrada el día 28 de junio de 2004 hasta su cese. Este consejo fue informado de un total de cincuenta y tres convenios particulares en el periodo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2008,

(iii) El Sr. Serrano Aguilar, según las sentencias, era responsable de formular las cuentas anuales de IFA/IDEA y mantuvo el modo de presupuestación y contabilización que se había seguido antes de su llegada al cargo, y que consistía en que en el presupuesto de explotación de la agencia, que tenía el formato y la estructura de una cuenta de pérdidas y ganancias, se consignaban las transferencias de financiación recibidas de la Consejería de Empleo como ingresos de la agencia, lo que era correcto, y como gastos, bajo la rúbrica de “otros gastos de explotación”, el importe de los pagos que se iban a efectuar con cargo a dichas transferencias, lo que era ficticio, tratándose de pagos a terceros y no de gastos propios, por lo que su anotación en el presupuesto de explotación respondía a los solos efectos de hacerlo cuadrar. No obstante, en la ejecución de los presupuestos anuales los pagos que se realizaron no se contabilizaron en las cuentas del balance como gastos de la agencia, sino como operaciones de cobro y pago realizadas por cuenta de la Consejería de Empleo, de acuerdo con su verdadera naturaleza económica y lo establecido en el plan general de contabilidad vigente para este tipo de empresas.

(iv) Las sentencias recurridas consideran que Don Miguel Ángel Serrano Aguilar tuvo conocimiento, por medio de determinados informes de auditoría externa y de control financiero permanente, de la incertidumbre y déficit generados, año tras año, por el desfase que se producía entre los compromisos de pago asumidos por la agencia y los créditos del programa 3.1 L, al no recibir transferencias de financiación en cantidad suficiente para sufragarlos. Este problema le llevó a enviar una carta el 19 de abril de 2007 al director general de trabajo exigiendo su solución.

La importancia del déficit se destaca en el informe de control financiero permanente correspondiente al ejercicio de 2003, formulado por la Intervención el 2005 y notificado al demandante el 25 de julio de 2005, informe que se acompañaba de un informe adicional (anexo III) en el que se exponía asimismo la imputación presupuestaria inadecuada que representaba el uso de las transferencias de financiación y la interposición de la agencia IFA/IDEA como

entidad colaboradora para el pago de este tipo de ayudas, junto a otras irregularidades que se habían detectado en el análisis de un grupo de expedientes, pese a lo cual don Miguel Ángel Serrano Aguilar continuó con la firma de los convenios. Advertencias semejantes se contenían en posteriores informes de la Intervención, que le fueron igualmente remitidos: informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2004; informe de auditoría de cumplimiento correspondiente al ejercicio 2005; informe definitivo de cumplimiento de 2006; informe definitivo de cuentas anuales del ejercicio 2006, e informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2007.

(v) Don Miguel Ángel Serrano Aguilar sabía, por ello, que las transferencias de financiación que recibía del Programa 3.1 L no se aplicaban a su destino propio, que era equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de la agencia que dirigía, sino a la concesión a terceros de subvenciones, eludiendo el control previo de la Intervención y su procedimiento específico. Asumió, de este modo, la eventualidad de que los fondos fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

(vi) Las sentencias impugnadas consideran que su participación en este procedimiento fue esencial, y no secundaria, porque de haberse negado a firmar los convenios, lo que estaba en su mano, no se hubieran realizado los pagos.

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, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales.

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

configura así como contenido de un derecho fundamental (art. 25.1 CE) [SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 21 de enero, FJ 2; 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; 14/2021, de 28 de enero, FJ 2).

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción” (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta puede burlarse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, FJ 3, y 24/2004, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4; 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, FJ 6; 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, 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, 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; 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 sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada” (STC 129/2008, FJ 3).

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

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

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

Como ya se ha expuesto, el demandante en amparo fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación. En la demanda se alega, en relación con el delito de prevaricación, que los hechos probados de la sentencia de instancia no pueden subsumirse en el art. 404 CP. El recurrente afirma que dicha declaración de hechos probados incurre en una “falta de concreción específica de un singular acto administrativo prevaricador”, sin que tal omisión en dicha parte de la sentencia pueda solventarse acudiendo a lo que, en su caso, pudiera contenerse sobre este particular en el relato jurídico.

Por lo que se refiere a su gestión en el IFA/IDEA afirma que dicha entidad, que no intervenía en la decisión de la concesión de las ayudas sociolaborales, se limitaba a hacer de mera caja pagadora de unos pagos cuya procedencia venía ya decidida (la concesión de las ayudas era acordada por la Consejería de Empleo). Por ello, no puede ser condenado por unos hechos en los que no participó. El recurrente alega que la circunstancia de haber recibido los informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía tampoco es motivo para condenarle por prevaricación. De igual modo, afirma que no puede ser condenado por haber sometido las cuentas anuales del IFA a la aprobación del consejo rector, al que asistía con voz, pero sin voto. Por ello, concluye que la mera formulación -que no aprobación- de dichas cuentas, que no son siquiera actos administrativos, no puede subsumirse en el tipo de prevaricación.

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

El Partido Popular niega que se haya producido una lesión del derecho a la legalidad penal en relación con la condena del recurrente por el delito de prevaricación. Considera que tanto el convenio marco como los convenios particulares tienen la consideración de resoluciones dictadas en asunto administrativo y condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin expediente alguno.

Aunque otros condenados en el mismo proceso judicial del que este trae causa se han personado y son parte en este recurso, solo las alegaciones presentadas por don Jesús María Rodríguez Román se refieren específicamente a las razones por las que la condena por el delito de prevaricación es lesiva del art. 25.1 CE. Afirma que se ha producido una extensión *in malam partem* de los conceptos típicos del art. 404 CP, toda vez que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos de gobierno y, por ello, no pueden ser revisados en vía jurisdiccional. La representación procesal del Sr. Rodríguez Román niega, además, que concurra el elemento típico “arbitraria” del art. 404 CP, dado que las leyes de presupuestos posteriores a 2001 contemplan las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales.

El Ministerio Fiscal descarta que se haya producido la lesión del art. 25.1 CE. Afirma que ni la interpretación judicial del art. 404 CP ni la subsunción de los concretos hechos declarados probados en el mencionado tipo penal puede considerarse imprevisible en el sentido en que este tribunal ha interpretado las exigencias que se derivan del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La fiscal sostiene que las resoluciones impugnadas identifican los elementos fácticos relevantes en los que se ha justificado la condena del recurrente, entre otros, la firma de convenios particulares y la consecuente autorización del pago de las ayudas.

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

A continuación, se va a efectuar un breve resumen de los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo que determinaron la desestimación del recurso de casación del Sr. Serrano Aguilar.

(i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sostiene que “[e]n relación con el delito de prevaricación el único hecho con relevancia típica protagonizado por el Sr. Serrano Aguilar es la firma de los convenios particulares” (STS, FD 137: pág. 1031).

(ii) El Tribunal Supremo considera que tales convenios “son resoluciones administrativas a efectos del art. 404 CP en cuanto constituyen el acto administrativo ejecutivo mediante el cual se pagaron las ayudas gestionadas y aprobadas al margen de lo establecido en la ley” (STS, FD 137: págs. 1031-1032).

(iii) La Sala Segunda rechaza el motivo del recurso de casación por el que el Sr. Serrano Aguilar adujo que todas las actuaciones realizadas por los integrantes del IFA/IDEA al pagar las ayudas sociolaborales se encontraban amparadas en la ley (en el art. 38 de la Ley General de la Hacienda Pública 5/1993, que habilitaba al citado organismo para actuar como caja pagadora, y en las memorias contenidas en las leyes de presupuestos y en las cuentas generales aprobadas por el Parlamento andaluz).

El Tribunal Supremo se opone a estos argumentos al considerar que “[l]a intervención del IFA/IDEA en el pago de las ayudas sociolaborales no puede dissociarse del ilegal sistema implantado, cuyo último eslabón era la intervención de la citada agencia, materializando los pagos mediante la previa firma de convenios”. Sostiene, además, que “[l]a actuación del señor Serrano Aguilar no venía obligada por el principio de especialidad presupuestaria y por el contenido de las memorias de las Leyes de Presupuestos porque la clasificación del gasto realizada en dichas leyes no obligaba al pago de subvenciones excepcionales mediante fondos recibidos vía transferencias de financiación, máxime si quien realizaba esos pagos conocía, como es el caso del recurrente, que los pagos eran parte de un entramado directamente diseñado para eludir los controles de las subvenciones excepcionales” (STS, FD 138.2: pág. 1036).

(iv) La Sala Segunda afirma, citando a la sentencia de instancia, que “en la agencia se conocía que las ayudas las concedía la Consejería de Empleo, lo que no se decía ni en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos. En la agencia conocían que

presupuestaban gastos ficticios para compensarlos con los ingresos procedentes de las transferencias de financiación, lo que obviamente tampoco se decía en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos” (STS, FD 138.2: pág. 1037). También se sostiene en la sentencia recaída en el recurso de casación que se hicieron muchas advertencias al Sr. Serrano Aguilar sobre este extremo (cita el informe de auditoría de cumplimiento sobre IDEA del año 2005) (*ibidem*).

(v) Por último, en lo que a este motivo del recurso se refiere, el Tribunal Supremo afirma que “ante el cúmulo de ilegalidades el Sr. Serrano Aguilar pudo oponerse a firmar los convenios y dejar de contribuir al sistema ilegal implantado para el pago de las ayudas socio laborales” (STS, FD 138.2: pág. 1039).

4.3. El valor de la ley en nuestro sistema constitucional

A) Una vez vistos los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si las resoluciones impugnadas han efectuado una interpretación de la norma aplicada lesiva del art. 25.1 CE, es preciso aludir a 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, adentrándose en el plano de la constitucionalidad. Ha de recordarse el valor que tiene la ley en nuestro sistema constitucional porque las sentencias impugnadas, si bien consideran que las leyes de presupuestos para los años 2002 a 2009 aprobaron el programa 3.1 L -“transferencias al IFA en materia de relaciones laborales”-, niegan que esta previsión legal tenga eficacia. Entienden que trae causa de un proyecto de ley que consideran ilegal, al establecer un sistema de presupuestación -las transferencias de financiación- que era contrario a la normativa presupuestaria en vigor en aquel momento. Las sentencias afirman que dicho cambio de presupuestación tenía por objeto instaurar un sistema de concesión de las citadas ayudas que eludiera los controles establecidos en la ley de subvenciones y de ello deducen su ilegalidad.

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 288/2023, de 5 de junio, FJ único, se afirma que este recurso tiene especial trascendencia constitucional 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.

B) La nuestra es una democracia constitucional y parlamentaria (arts. 9.1 y 1.3 CE). En atención a lo primero, incluso la ley queda sujeta a la Constitución y puede ser controlada su validez por el Tribunal Constitucional. En virtud de lo segundo, la Constitución atribuye a las Cortes Generales, que representan al pueblo español (art. 66.1 CE), la potestad legislativa del Estado, la aprobación de sus presupuestos y el control de la acción del gobierno (art. 66.2 CE), sin más límites que los que derivan de la propia Constitución. Así lo ha afirmado el tribunal en reiteradas ocasiones, entre otras en la STC 124/2018, de 13 de septiembre, FJ 11, en la que se sostiene que “[e]l papel esencial y de centralidad que en nuestro Estado juega el Parlamento aparece reflejado en la Constitución ya en su primer artículo, donde se declara que la ‘forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria’ (art. 1.3 CE). La soberanía nacional, advierte el apartado 2 del mismo precepto, ‘reside en el pueblo español’, y son las Cortes Generales las que, según expresa el art. 66.1 CE, le representan. De acuerdo con nuestra Constitución, España es una democracia parlamentaria donde las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución (art. 66.2 CE)” (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 3, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11)”. En consecuencia, el Parlamento constituye la institución central de la democracia como forma de estado, es decir, del Estado constitucional democrático.

C) Del carácter central que la Constitución otorga al Parlamento deriva la posición privilegiada de la ley que conlleva su presunción de legitimidad constitucional y que determina que tanto los particulares como los poderes públicos estén sometidos a su imperio (art. 9.1 CE). Por ello, dejando aparte ahora la prelación de fuentes que impone el Derecho de la Unión Europea o el internacional, los órganos judiciales no pueden dejar de aplicarla, salvo en aquellos casos en los que la consideren inconstitucional y planteen cuestión de

inconstitucionalidad ante este tribunal (art. 161.1 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas (art. 6 LOPJ) o, en su caso, declaradas nulas por los órganos judiciales para garantizar la supremacía constitucional, cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

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, se va a enjuiciar a continuación la queja aducida por el demandante.

Antes de ello el tribunal debe recordar que el único hecho relevante para condenar al recurrente por haber cometido un delito de prevaricación es que el demandante, en su condición de director general de la agencia IFA/IDEA entre los años 2004 a 2008, firmó convenios particulares. Así lo ha considerado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se ha transcrito anteriormente, al enjuiciar si la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla es respetuosa con las exigencias que se derivan del art. 25.1 CE, al partir del siguiente presupuesto:

“En relación con el delito de prevaricación el único hecho con relevancia típica protagonizada por el Sr. Serrano Aguilar es la firma de los Convenios particulares” (STS, FD 137: pág. 1031).

En efecto, las sentencias recurridas aprecian el delito de prevaricación al considerar que el recurrente firmó convenios particulares y a través de ellos se pagaron ayudas al margen de lo establecido en la ley. Para enjuiciar esta queja ha de examinarse si la interpretación de los elementos típicos del delito de prevaricación (“resolución”, “asunto administrativo” y “arbitraria”) efectuada por los órganos judiciales es imprevisible o extravagante y, como consecuencia de ello, se ha efectuado una interpretación extensiva *in malam partem* del tipo.

No corresponde al tribunal determinar la naturaleza jurídica de los actos por los que el Sr. Serrano Aguilar, en su condición de director general de la agencia IFA/IDEA, firmó convenios con particulares. Tan solo ha de analizar si las sentencias impugnadas, al considerar

estos actos como resoluciones recaídas en un asunto administrativo, incurren en la infracción del art. 25.1 CE antes señalada. Como la Sala Segunda pone de manifiesto, de acuerdo con su propia jurisprudencia, el concepto de “resolución” contenido en el art. 404 CP no hace referencia necesariamente al concepto de “acto administrativo”, sino que a los efectos de apreciar si la conducta enjuiciada es una resolución recaída en un asunto administrativo es suficiente con que se trate de un acto adoptado por un empleado público o una autoridad administrativa en el ejercicio de su cargo y que tenga carácter decisorio. Es claro que, en este caso, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los actos enjuiciados, son actos dictados por una autoridad -un director general de un organismo público- que tienen, además, carácter decisorio. En consecuencia, no puede considerarse una interpretación imprevisible ni extravagante el que las resoluciones judiciales impugnadas hayan considerado la firma de convenios por el recurrente en su condición de titular de la Dirección General del IFA/IDEA como una resolución recaída en un asunto administrativo.

Cuestión distinta es si estas “resoluciones” pueden considerarse arbitrarias, que es otro de los elementos típicos del art. 404 CP. El Tribunal Supremo las califica como tal porque parte de la base de que “el pago de las ayudas sociolaborales no puede dissociarse del ilegal sistema implantado, cuyo último eslabón era la intervención de la citada agencia [IFA/IDEA], materializando los pagos mediante la previa firma de convenios particulares” (STS, FD 138.2: pág. 1036). Se añade además que “[l]a actuación del Sr. Serrano Aguilar no venía obligada por el principio de especialidad presupuestaria y por el contenido de las memorias de las Leyes de Presupuesto porque la clasificación del gasto realizada en dichas leyes no obligaba al pago de subvenciones excepcionales mediante fondos recibidos vía transferencias de financiación, máxime si quien realizaba esos pagos conocía, como es el caso del recurrente, que los pagos eran parte de un entramado directamente diseñado para eludir los controles de las subvenciones excepcionales” (*ibidem*).

Esta subsunción es imprevisible. No puede considerarse acorde con las pautas interpretativas generalmente aceptadas entender que una actuación amparada en las leyes de presupuestos, concretamente en el programa 3.1 L, es ilegal cuando esa actuación se lleva a cabo de acuerdo con lo que las memorias de las leyes de presupuestos establecen al respecto. El recurrente, por el cargo que ostentaba, venía obligado a conocer los programas establecidos en las leyes de presupuestos referentes al organismo en el que ejercía un puesto directivo y no

puede ser condenado por actuar conforme a lo que expresamente se disponía en las memorias que determinaban los objetivos del programa, cómo había de ejecutarse y quién debía hacerlo.

Las sentencias recurridas transcriben estas memorias en sus pasajes más relevantes. El objetivo del programa 3.1 L es, como se expone en las resoluciones judiciales, entre otros, “atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis”. También se incluyen entre estos objetivos “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” (STS, FD 11.2: pág. 193, donde se transcribe un pasaje del FD 16 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 571 y ss) que, a su vez, reproduce el contenido de las memorias de los informes económico-financieros).

Las resoluciones impugnadas ponen de manifiesto cómo estas memorias determinan el órgano encargado de ejecutar el programa 3.1 L, que es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. Este centro directivo “tiene atribuidas las competencias que corresponden a la Consejería en materia de relaciones laborales”. En estos documentos a los que aluden las sentencias, se detalla que la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social 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” (STS, FD 11.2: pág. 194).

A pesar de ello, ni la Audiencia Provincial de Sevilla ni la Sala Segunda del Tribunal Supremo extraen consecuencia alguna del cambio normativo que se produce en el año 2002 y que incluye por primera vez el programa 3.1 L en la Ley de Presupuestos que tiene como objeto otorgar transferencias al IFA en materia de relaciones laborales, tal y como se acaba de exponer. Como se ha afirmado en la STC XXX/2024 (RA 6971-2022) FJ 4.3.4, “[e]l legislador no se vincula para el futuro, sino que el ordenamiento jurídico institucionaliza procesos para el cambio, siendo el procedimiento legislativo -y sus actos preparatorios- el más relevante.”

Una vez en vigor el programa presupuestario 3.1 L previsto en las leyes de presupuestos para los años de 2004 a 2008 resulta imprevisible que los actos dictados a su amparo se

consideren manifiestamente ilegales, pues la firma de los convenios tenía cobertura en una norma con rango de ley. Sin embargo, las sentencias impugnadas consideran que la firma de los convenios era el último eslabón de una operación que tiene su origen en la elaboración de unos anteproyectos de ley que califican de “ilegales”, al entender que no eran acordes con la normativa entonces vigente en materia presupuestaria. Estas pretendidas ilegalidades tenían como objeto, según las resoluciones judiciales recurridas, establecer un sistema presupuestario que permitiera la concesión de las ayudas sociolaborales eludiendo los controles propios de las subvenciones. Por ello, entienden que las leyes de presupuestos que prevén este sistema no pueden aplicarse en el sentido que de ellas se deriva, pues se incurriría en una “incontestable ilegalidad” (pág. 296). Tal forma de razonar no se compece con el sistema de fuentes. Ni un proyecto de ley puede ser objeto de control judicial (ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6) ni puede negarse a quien tiene iniciativa legislativa proponer una nueva regulación que modifique la que se encuentra en vigor en aquel momento [STC XXX/2024 (RA 6971-2022) FJ 4.3.3]. Solo de este modo puede garantizarse el carácter dinámico consustancial a un ordenamiento jurídico moderno [SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 7 y XXX/2024, (RA 6971-2022) FJ 4.3.4]

Las resoluciones impugnadas, al llegar a la conclusión de que el recurrente por firmar convenios al amparo de la ley de presupuestos, de acuerdo con lo dispuesto en las memorias que los acompañan, han incurrido en el delito de prevaricación es una aplicación del precepto penal imprevisible. No puede considerarse delictivo realizar actos que la ley ampara.

La interpretación imprevisible, en el sentido que a este término le ha otorgado el tribunal a los efectos de apreciar si el aplicador del Derecho ha incurrido en una infracción del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), trae causa del indebido entendimiento del sistema institucional constitucionalmente previsto del que parten las resoluciones impugnadas.

Los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para rechazar la alegación del recurrente suponen privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento de Andalucía en el entramado institucional diseñado estatutariamente, que es coincidente con lo establecido en la Constitución. 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 -art. 128 RC y 130 RPA-, veto presupuestario, etc.) y otra, muy distinta, es 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.

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

Otra cosa sería que se hubiera considerado que se actuó en fraude de ley. No es este, sin embargo, el motivo que ha determinado la condena del recurrente, pues, precisamente, lo que las resoluciones judiciales le imputan es haber aplicado un concepto presupuestario legalmente establecido que permitió la concesión de las ayudas sociolaborales sin los controles que, con carácter general, se exigen a las subvenciones. Es, por tanto, la propia ley la que establece que se puedan transferir fondos al IFA a través del concepto presupuestario “transferencia de financiación”. Por esta razón, deducen las sentencias impugnadas que este gasto no estaba sometido a controles previos. En consecuencia, no puede considerarse que se haya aplicado la ley para conseguir un fin prohibido por el ordenamiento jurídico, pues la finalidad que tiene este cambio normativo es, precisamente, establecer un sistema de presupuestación que permitiera atribuir fondos al IFA para que este organismo pudiera otorgar las ayudas sociolaborales sin las exigencias del procedimiento subvencional.

A tenor de lo expuesto, es indubitado que las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2004 a 2008, en su programa 3.1 L, establecieron un sistema de atribución de fondos para la concesión de ayudas sociolaborales al IFA (las transferencias de financiación) que habilitaban a la Administración autonómica a conceder estas ayudas. Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las referidas leyes de presupuestos tienen este alcance, han

efectuado, también por este motivo, una aplicación absolutamente imprevisible del elemento típico arbitrariedad.

Por las consideraciones expuestas, procede estimar este motivo del recurso.

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

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

El recurrente considera que las resoluciones impugnadas, al calificar las conductas declaradas probadas por la Audiencia Provincial como delito de malversación, proceden a una subsunción indebida en el tipo penal del art. 432 CP, lesiva del derecho fundamental a la legalidad sancionadora previsto en el art. 25.1 CE.

Los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia describen, en opinión del actor, meras desviaciones normativas en la tramitación de los distintos procedimientos administrativos o presupuestarios. Tales conductas serían, según alega, insuficientes para considerar que sustrajo o consintió la sustracción de caudales públicos. A su juicio, las resoluciones impugnadas trasladan, sin más, el contenido del injusto propio de la prevaricación al ámbito de la malversación. Se declara probada la omisión de trámites y controles en la gestión global de las ayudas sociolaborales, pero en ningún caso que dichas ayudas, concretamente consideradas, carecieran individualmente de una finalidad pública o social legitimadora, ya que la determinación de ese concreto aspecto quedó fuera del objeto de enjuiciamiento de la “pieza específica”.

A juicio del actor, la omisión generalizada de ciertos controles y trámites en la gestión global de las ayudas sociolaborales no resulta subsumible en el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, pues este precepto exige que la autoridad o funcionario público sustraiga o consienta que otro sustraiga dichos caudales. Esto implica, en su opinión, destinarlos a finalidades ajenas a su naturaleza pública. La mera gestión irregular de los fondos, que no cumple con todos los requisitos de procedimiento o control, no implica por sí sola, según alega el actor, su sustracción. Afirma, en todo caso, el recurrente que los hechos probados no ofrecen un soporte suficiente para justificar esa subsunción.

Entre las alegaciones de los otros condenados que han comparecido en este proceso de amparo, solo las presentadas por Jesús María Rodríguez Román se refieren específicamente al delito de malversación. En lo que ahora interesa, se considera en ellas que la condena del recurrente por dicho delito carece de todo fundamento.

El Partido Popular se opone a la estimación de la queja y destaca que la condena por delito de malversación de caudales públicos obedece, entre otros aspectos, a que el actor intervino directa y materialmente en la fase de gestión de las ayudas, pues, como director general de IFA/IDEA, suscribió varios convenios particulares que condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin tramitación de expediente alguno.

El Ministerio Fiscal estima, por su parte, que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal, al no haberse realizado una interpretación ni irrazonable ni extensiva *in malam partem* que implique imprevisibilidad de la aplicación del art. 432 CP. Reprocha, en particular, al recurrente que, al formular esta concreta queja, haya omitido toda referencia a los hechos probados de la sentencia de la Audiencia que le atribuyen específicas actuaciones en el ejercicio del cargo de director de IFA/IDEA, que, como la firma de los convenios particulares o el pago y consiguiente reflejo contable de las ayudas, pueden fundamentar sin dificultad, a juicio del Ministerio Fiscal, la subsunción hecha por los órganos judiciales.

La queja así delimitada opera en dos planos distintos, pues, como se explicó al compendiar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la legalidad penal [*vid. supra* FJ 3], el requisito de previsibilidad de la conducta penalmente sancionada se proyecta, por un lado, sobre la interpretación que los órganos judiciales realizan de la norma penal misma y, por otro, sobre la concreta operación de subsunción de los hechos declarados probados. El recurrente sostiene, como se ha expuesto, que la disposición de bienes públicos con omisión de formalidades y garantías legales no tiene cabida, en general, en el tipo de malversación del art. 432 CP y estima, al tiempo, que la subsunción de los hechos declarados probados en dicho precepto penal resulta, en todo caso, imprevisible. Nuestro análisis se estructurará examinando separadamente esos dos planos.

5.2. *Enjuiciamiento de la queja en relación con el alcance de la interpretación del tipo penal*

El recurrente cuestiona, en primer lugar, la interpretación de la norma penal efectuada por las sentencias impugnadas en cuanto estas incluyen, en abstracto, dentro de la tipicidad del delito de malversación, la realización de actos de disposición con omisión total o generalizada de los controles y los procedimientos legamente establecidos, sin considerar necesaria la acreditación adicional de su aplicación concreta a un destino ajeno a fines que puedan considerarse públicos. Sobre esta primera vertiente de la queja han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) No ha existido, en primer lugar, controversia alguna en el pleito *a quo* en torno a la norma penal aplicable, que es el art. 432.1 CP en la redacción dada a ese apartado por la propia LO 10/1995, de 23 de noviembre -redacción que actualmente no está en vigor, pues fue modificada, primero, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y, más tarde, por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre-.

El aludido precepto castiga, en la referida redacción, a la autoridad o funcionario público que “con ánimo de lucro *sustrajere* o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones” [énfasis añadido]. Tal descripción de la conducta típica responde a la estructura tradicional que, en nuestro derecho, ha tenido el delito de malversación desde el Código penal de 1848, pues dicha infracción penal se ha configurado desde entonces, con la sola excepción de la citada reforma de la LO 1/2015, como *tipo de apoderamiento* que requiere la sustracción de un bien mueble con ánimo de lucro. No basta la gestión desleal del patrimonio público que da lugar a la irrogación de un perjuicio (como en el *tipo de daño* introducido por la citada LO 1/2015, de 30 de marzo), sino que se requiere, tal y como alega el recurrente de amparo, la *sustracción* de los caudales, como acto apropiativo.

No obstante, esa configuración estructural del delito de malversación como tipo de apoderamiento no implica, sin más, frente a lo que sostiene el actor en su demanda, que no sea constitucionalmente posible la subsunción en el art. 432 CP de una conducta que consiste en la realización de actos de disposición con apartamiento absoluto de los trámites y controles legalmente exigibles. Debe analizarse, para alcanzar una conclusión válida al respecto, la

argumentación utilizada por las resoluciones impugnadas y contrastarla con las pautas exegéticas que fueron anticipadas en el FJ 3, a propósito de la exposición de la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental a la legalidad penal. Esto exige, en particular, verificar el respeto al tenor literal de la norma y la razonabilidad metodológica y axiológica de la interpretación efectuada por los órganos judiciales.

b) Las resoluciones impugnadas, en especial la sentencia casacional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contienen una argumentación dirigida a justificar una interpretación del alcance del tipo penal según la cual la noción de *sustracción* resulta compatible con la disposición definitiva de los caudales en una situación de omisión absoluta de los trámites, controles y formas exigidas en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo reconoce en su sentencia que la inclusión de esta clase de supuestos en la estructura apropiativa de la malversación de 1995 ofrece “mayores dificultades” que en el delito de administración desleal de patrimonio público introducido por la ya derogada LO 1/2015. Considera, pese a ello, que también puede entenderse, sin forzar el sentido literal posible de la norma y en coherencia con el bien jurídico protegido, que la *sustracción* requerida por el tipo penal se produce cuando “el caudal público [se] aparta definitivamente del patrimonio público desviándolo de las necesidades del servicio”. Esto ocurriría, en todo caso, cuando los actos de disposición de los caudales públicos se realizan de forma “arbitraria” y “libérrima”, como si se tratase de bienes pertenecientes a la autoridad que dispone de ellos, con completo apartamiento de los cauces, procedimientos y controles legalmente aplicables. Según razona el Tribunal Supremo, la autoridad o funcionario dispone, en ese tipo de supuestos, del dinero público “como si fuera propio”. La finalidad pública, concluye la sentencia, “viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales”, por lo que un incumplimiento “absoluto” de esas exigencias implica, en sí misma, la sustracción a una finalidad legítima y, con ello, un acto dispositivo que conlleva una apropiación.

La resolución apoya estas consideraciones en su doctrina previa, citando varias sentencias (SSTS 908/2021, de 24 de noviembre; 685/2021, de 15 de septiembre, y 606/2017, de 7 de septiembre) en las que la esencia de la sustracción de los bienes a su finalidad pública radica en la realización del acto de disposición con omisión de todas las formalidades legalmente exigibles, que aseguran la sujeción del funcionario actuante al interés general.

c) El control que corresponde realizar a este tribunal de la interpretación que acaba de exponerse se circunscribe al examen de la razonabilidad de la motivación que la sustenta, pues no compete a la jurisdicción constitucional determinar la interpretación última de la norma penal, como tampoco dirimir la disyuntiva interpretativa que enfrenta la tesis del órgano judicial y la del recurrente.

Con esa premisa, en aplicación del triple parámetro de control de razonabilidad propio de art. 25.1 CE [*vid. supra* FJ 3], debe concluirse que la interpretación del delito de malversación contenida en las resoluciones impugnadas no vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

(i) No desborda, en primer lugar, el tenor literal del art. 432 CP la inclusión en el verbo típico *sustraer* de la acción que consiste en disponer de forma definitiva de los caudales o efectos en ausencia de toda finalidad pública. El Tribunal Supremo apoya, de hecho, esa comprensión del verbo rector del tipo en la definición del diccionario de la RAE, que incluye en su primera acepción las conductas de “apartar” o “separar”. Es claro que tales conductas de *apartamiento* o *separación* pueden ir referidas a las finalidades características del tipo de patrimonio (en este caso público) gestionado.

(ii) El Tribunal Supremo sustenta su interpretación, en el plano metodológico, en elementos normativos relevantes en la configuración del delito de malversación, como la ubicación sistemática del art. 432 CP o el *sujeto activo*. De dichos elementos infiere, sin incurrir en quiebras lógicas, que el tipo penal no solo protege la indemnidad del patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad económica de las administraciones.

Subraya la sentencia casacional, en este punto, que el delito de malversación guarda una estrecha relación con “la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos” y con la garantía de “los deberes de fidelidad y transparencia” de los funcionarios. Desde tal orientación teleológica, estima, con amplia exposición de los precedentes jurisprudenciales, que la interpretación del delito de malversación se ha ido adaptando a formas vez más complejas de gestión del patrimonio público. No se apoya, en definitiva, la resolución casacional en pautas metodológicas que puedan considerarse lesivas del art. 25.1 CE.

(iii) Desde una perspectiva axiológica, la conexión que la sentencia del Tribunal Supremo establece entre la noción de *sustracción* y el manejo arbitrario de los fondos públicos resultante del incumplimiento absoluto de las normas de gestión y control aplicables tampoco resulta reprochable. La importancia que ha adquirido en la sociedad actual la lucha de los poderes públicos contra la corrupción permite concebir el bien jurídico protegido más allá de su dimensión patrimonial, conectándolo con la cláusula constitucional que exige a las autoridades y funcionarios que componen las administraciones públicas servir con objetividad (y no arbitrariamente) a la consecución de los intereses generales (art. 103 CE).

Ningún reproche puede hacerse, en suma, a las resoluciones impugnadas, desde la óptica del art. 25.1 CE, en lo que se refiere a la determinación del significado y alcance del delito del art. 432 CP, pues la interpretación cuestionada por el actor respeta el tenor literal de la norma y se apoya en una argumentación que, tanto metodológica como axiológicamente, resulta adecuada a las exigencias del derecho fundamental a la legalidad penal.

5.3. Enjuiciamiento de la queja en relación con la subsunción de los hechos probados en el delito de malversación

En lo que se refiere al juicio de subsunción propiamente dicho, las conclusiones antes alcanzadas en el FJ 4 en relación con el delito de prevaricación tienen influjo directo sobre la evaluación de la posible vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por delito de malversación.

Hemos de distinguir, por tal razón: (A) la subsunción en el tipo penal de malversación de aquellos hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación en ejecución del programa 3.1 L en el tiempo en el que el recurrente de amparo fue director de IFA/IDEA (desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008) y (B) la subsunción en el delito de malversación de las concretas aplicaciones, en el mismo periodo de tiempo, de fondos públicos sin cobertura en el programa 3.1 L.

A) Hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación en ejecución del programa 3.1 L

a) En lo que se refiere a la condena por malversación derivada de la gestión global llevada a cabo por el recurrente de amparo de los fondos correspondientes al programa 3.1 L, han de hacerse las siguientes precisiones iniciales:

(i) La sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla declara probado [*vid.* más ampliamente *supra* FJ 2, 4)] que el actor, en su condición de director del IFA/IDEA, firmó más de cuarenta convenios con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con cargo a la partida presupuestaria 440 del programa 3.1 L.

También estima probado que el recurrente asistió con regularidad a las sesiones del Consejo Rector de la agencia IFA/IDEA. Le responsabiliza, igualmente, de la aprobación de cuentas anuales en las que se recogían como “otros gastos de explotación” los importes que IFA/IDEA recibía de la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas. También considera acreditado que dichas cuentas reflejaban esas operaciones como una actividad de mera intermediación, conforme a la cual, y puesto que el IFA/IDEA solo procedía a efectuar los pagos, los importes que iban a percibirse de la Consejería de Empleo con cargo a la partida 440 (destinadas a materializar los pagos) se reflejaban como un activo y los compromisos de pago que después iba asumiendo el IFA/IDEA por orden de la citada Consejería se reflejaban como un pasivo.

(ii) Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo estiman que esas actuaciones se efectuaban con la intención de sortear los diversos controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Para la Audiencia Provincial, el actor, al actuar de ese modo, se representaba necesariamente la alta probabilidad de que los caudales gestionados se sustrajeran a su finalidad pública. Para el Tribunal Supremo, la finalidad última del recurrente de amparo (compartida por los demás condenados) era materializar una gestión de las ayudas “libérrima y arbitraria”, situación que, como ya se ha explicado, el alto tribunal estima equivalente a la sustracción de los caudales a la consecución de cualquier finalidad que pueda considerarse pública.

(iii) En el fundamento relativo al juicio de autoría del recurrente de amparo, la sentencia de la Audiencia Provincial sostiene que las actuaciones que este realizó como director del IFA/IDEA supusieron una aportación esencial para la efectiva sustracción de los fondos

públicos que estaban a su cargo. Según señala la Audiencia “sin la firma de los convenios, los delitos no hubieran podido cometerse” [FD 31, pág. 1069]. Destaca la resolución que el recurrente de amparo “continuó con la firma de los convenios” pese a que tenía conocimiento: (i’) de cómo estaba concediendo las ayudas la Dirección General de Trabajo (con omisión de fiscalización previa y prescindiendo “de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido”); (ii’) de la “indebida presupuestación de las transferencias de financiación” y (iii’) de “la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora” [FD 31, págs. 1068-1069]. También considera una aportación esencial a la efectiva sustracción de los fondos públicos que el recurrente realizara pagos “tanto de convenios como de resoluciones, conociendo la ilegalidad de los mismos” [FD 31, pág. 1069].

b) Realizadas las precisiones anteriores sobre los hechos atribuidos al actor en las resoluciones impugnadas, hemos de determinar si la subsunción de tales hechos en un delito de malversación del art. 432 CP ha vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal del art. 25.1 CE. Para enjuiciar este extremo, hemos de realizar las siguientes consideraciones:

(i) Las resoluciones impugnadas atribuyen las supuestas irregularidades cometidas por el actor a la ejecución de las determinaciones contenidas en el programa 3.1 L, esto es, a los efectos jurídicos asociados a un determinado sistema de presupuestación que imponía una forma de gestión y control radicalmente distinta a la exigible en el ámbito de las subvenciones.

Según compendia la sentencia casacional, fue la utilización de un “indebido criterio de presupuestación” (concretamente, la inclusión de las ayudas sociolaborales en el programa 3.1 L correspondiente a las transferencias de financiación) lo que determinó: (i’) que la Consejería de Empleo no tramitara los expedientes de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis ante la Intervención de la Junta de Andalucía, porque los fondos para materializar dicha concesión habían sido transmitidos a IFA/IDEA; (ii’) que IFA/IDEA tampoco tramitara expediente alguno, pues dicho ente no concedía las ayudas, sino que simplemente procedía a su pago; (iii’) que los pagos no fueran sometidos a fiscalización previa, pues ese régimen de control no era aplicable a las transferencias de financiación, y (iv’) que los pagos se contabilizaran como gastos de explotación, cuando, en realidad, no lo eran [FD 37.2, pág. 349].

(ii) Hecha esta constatación, resulta de especial relevancia que el referido sistema de presupuestación, y en particular las transferencias de financiación comprendidas en la partida

440 del programa 3.1 L, fuera aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de Andalucía de los años 2002 a 2009, pues esa aprobación parlamentaria implica que las previsiones sobre la concesión y gestión de ayudas sociolaborales se incorporaron al ordenamiento jurídico como normas con rango de ley. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes de presupuestos en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis (en concepto de “transferencias de financiación”) no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales.

En particular, las leyes de presupuestos aprobadas en el período en el que el recurrente de amparo fue director de la agencia IFA/IDEA (2004-2008) contemplaban expresamente que dicha agencia procedería a la firma de convenios particulares con la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis y que el pago de dichas ayudas se materializaría mediante transferencias de financiación a IFA/IDEA, conductas estas (firma de convenios y pago de las ayudas) que son, precisamente, las que se atribuyen al recurrente de amparo a efectos de condenarle por el delito de malversación del art. 432.1 CP.

(iii) Con estas premisas, no puede estimarse en modo alguno previsible, desde la óptica propia del art. 25.1 CE, que una actuación de una autoridad o funcionario público que está amparada en las determinaciones contenidas en leyes de presupuestos aprobadas por un Parlamento pueda dar lugar a una condena penal por delito de malversación, por más que esas determinaciones impliquen la supresión de los controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición *ilícita* de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

(iv) Es importante reseñar, finalmente, que para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las sucesivas leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de Andalucía de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda Pública de Andalucía o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Las sentencias de

instancia y casación son claras al considerar que existe una correspondencia absoluta entre el sistema de presupuestación aprobado por las leyes presupuestarias y el consiguiente sistema global de gestión de los fondos públicos sin sujeción al régimen de las subvenciones, rechazando, en diversos pasajes, que uno y otro puedan ser desconectados, ya que son eslabones sucesivos en la materialización de una *ilegalidad* originaria, contenida en el sistema de presupuestación inicialmente establecido. Es esa tesis de los órganos judiciales la que es objeto de escrutinio en este recurso de amparo y la que conduce, como se ha expresado, a apreciar que se ha producido una subsunción completamente imprevisible en el delito de malversación. A ella, por tanto, ha de ceñirse nuestro enjuiciamiento.

La jurisdicción que nos corresponde ejercer en este proceso constitucional se circunscribe a la revisión de una condena penal desde la perspectiva tuitiva que es propia del derecho a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Basta, por ello, con constatar que las leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 -que no fueron impugnadas ni cuestionadas ante este Tribunal- estaban en vigor y amparaban el modo de gestión globalmente seguido por el recurrente de amparo en su calidad de director de IFA/IDEA.

En definitiva, la subsunción en el delito de malversación basada en el hecho de haber gestionado los fondos públicos recibidos para el pago de las ayudas sociolaborales según las determinaciones del programa 3.1 L, resultaba manifiestamente imprevisible, pues se trataba de un sistema de gestión establecido por una ley que ni siquiera fue impugnada o cuestionada ante este Tribunal. En todo caso, la responsabilidad política en la que se pueda incurrir por la gestión de los asuntos públicos es una cuestión ajena a esta jurisdicción.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que, en calidad de director de IFA/IDEA, el recurrente hizo de las ayudas sociolaborales a empresas contempladas en el programa 3.1 L.

B) Hechos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 3.1 L

La condena por malversación incluye una serie de conductas -algunas de las cuales se materializaron en el período de tiempo en que el recurrente fue director de IFA/IDEA- cuya ilicitud no obedece a la supresión de trámites y controles como consecuencia del sistema de

presupuestación utilizado sino a dos factores diferentes: a) por una parte, a la concesión de las concretas ayudas del programa 3.1 L, por parte de las autoridades de la Consejería de Empleo, en ausencia de todo fin público, cuestión de la que se ocupa el FD 45 de la sentencia de la Audiencia Provincial; b) por otra, a la asignación de fondos públicos a fines distintos y ajenos a los recogidos para el programa 3.1 L, concretamente en los supuestos especificados en la letra C) del hecho probado vigésimo segundo.

a) La Audiencia Provincial considera que las ayudas del programa 3.1 L fueron concedidas por “los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo” [FD 45, pág. 1722] sin que concurriera “el fin público o social” que constituía su causa legítima. Distingue, en este punto, dos clases de ayudas: (i) las que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo (EREs) en situaciones de insolvencia de la empresa empleadora (beneficiaria de la ayuda) y (ii) las que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de EREs.

(i) En cuanto a las ayudas que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones por rescisión de la relación laboral en situaciones de ERE, la Audiencia estima que la Consejería de Empleo otorgó este tipo de ayudas sin comprobar que las empresas beneficiarias carecieran de capacidad económica para afrontar el pago de las indemnizaciones de los trabajadores afectados. La administración pública andaluza asumió, de ese modo, “los costes de los ERES de empresas sin determinar si estas [eran] solventes o no” [FD 47, pág. 1711], lo que “facilitaba a estas empresas la reducción de plantillas, sin el coste económico que ello conlleva”, con “el consiguiente lucro para las mismas” [FD 45, pág. 1712].

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

Concluye la Audiencia que los fondos del programa 3.1 L fueron, en todos estos casos, objeto de disposición para realizar pagos “completamente ajenos al interés público” [FD 45, pág. 1720], lo que sintetiza señalando que tanto las ayudas concedidas para la cobertura de situaciones de ERE como las “restantes subvenciones” se otorgaron sin que se acreditara “la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos”, lo que “supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público” [FD 45, pág. 1721].

Como puede comprobarse, la ilicitud de estos actos de disposición de los fondos públicos del programa 3.1. L trasciende la mera omisión de trámites y procedimientos propios de la normativa de las subvenciones y está asociada a la ausencia, en el momento de la concesión de las ayudas por parte de la Consejería de Empleo, de una causa legítima, concretamente de una situación de insolvencia de la empresa beneficiaria que justificase que fuera la administración pública andaluza, y no la propia empresa afectada, la que asumiera los pagos correspondientes.

Es claro que las leyes de presupuestos no legitimaban la disposición de los fondos presupuestados sin la concurrencia de los fines públicos propios de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, por lo que esta concreta forma de disposición de los caudales por parte de la Consejería de Empleo, asociada a la ausencia de causa justificativa, no está abarcada por los razonamientos relativos a la imprevisible subsunción en el delito de malversación de la forma global de gestión del programa 3.1 L derivada del sistema de presupuestación utilizado [vid. supra FJ 5.3 A)].

b) Por su parte, en todos los casos comprendidos la letra C) del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, la carga de ilicitud que se atribuye a los actos de disposición tampoco está en la omisión de determinados controles o procedimientos propios del régimen de subvenciones sino en el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos contemplados en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 3.1 L. Estaríamos, por tanto, ante actos de disposición cuya ilicitud no se atribuye a la estricta aplicación del sistema de presupuestación establecido en las normas presupuestarias en vigor. Al contrario, se habrían realizado con apartamiento de los fines legítimos que dicho sistema de presupuestación contemplaba.

En relación con todos estos casos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 3.1 L, sea por ausencia o por desviación de su fin público, el recurrente de amparo nada alega en su demanda. El actor se limita a señalar en ella, en este concreto punto, que quedaron fuera del objeto de conocimiento de la llamada “pieza específica” todos los actos de disposición materializados con fondos públicos correspondientes al programa 3.1 L. La realidad es, sin embargo, que [como se explica en el FJ 2. 2] se estableció expresamente que formaba parte del objeto de la “pieza específica” el enjuiciamiento de los concretos actos de disposición realizados por quienes desde sus cargos de responsabilidad política intervinieron en la fase de ejecución de las ayudas sociolaborales y, en particular, de quienes actuaron, como es el caso del actor, en calidad de directores del IFA/IDEA.

Constatado este extremo, es claro que el recurrente no ha desplegado argumentación alguna en relación con la relevancia penal de estos otros supuestos, en los que los fondos públicos fueron objeto de disposición en ausencia de fin público o al margen de los fines presupuestariamente previstos para el programa 3.1 L. No ha aportado, en definitiva, ningún elemento de juicio que pueda llevarnos a considerar que la subsunción realizada por los órganos judiciales resulta, en estos casos, contraria a las exigencias del art. 25.1 CE. Ha de desestimarse, por ello, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción en el delito de malversación de estas otras conductas.

6. Enjuiciamiento de la queja relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con la condena por delito de malversación de caudales públicos respecto de las ayudas concedidas en ausencia de fin público y las partidas desviadas del programa presupuestario 3.1 L declaradas en la sentencia de instancia

6.1 Posiciones de las partes

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

Señala en este sentido que la sentencia condenatoria parte de la concepción de que todo aquel que hubiera tenido conocimiento de las irregularidades plasmadas en el informe adicional al informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2003 tenía dolo de malversar lo que, a su juicio, resulta una conclusión ilógica y arbitraria. Reclama que el tribunal resuelva sobre la racionalidad de dicha aseveración y ello bajo la afirmación de que de la mera lectura del informe no cabe entender la asunción de eventualidad de que la Dirección General de Trabajo estuviera malversando fondos públicos.

Apoya esta conclusión en los siguientes elementos: (i) con posterioridad al informe adicional al informe definitivo de cumplimiento del ejercicio del año 2003 no se recabó ningún otro informe adicional, lo que lleva a concluir que las irregularidades ya habían sido subsanadas; (ii) las presuntas irregularidades puestas de relieve no describen la conducta de apropiación de los caudales públicos o el desvío de su finalidad del interés general; (iii) no se apreciaron por los interventores indicios de riesgo o menoscabo de los fondos públicos ya que no se emitieron informes de actuación.

La representación procesal del Partido Popular rebate este motivo argumentando que la prueba se valoró de forma racional y motivada y que la condena no se basa únicamente en el conocimiento del contenido del informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio de 2003 emitido por la Intervención de control financiero permanente del IFA/IDEA, porque concurren otros elementos de valor incriminatorio identificados igualmente en la sentencia de instancia, entre ellos: la firma de los convenios particulares que instrumentaron las ayudas, las competencias que ejerció como director de la citada agencia, la indebida contabilización de estos pagos como gastos de explotación propios de la agencia, las “salvedades por incertidumbre” que se hacían en los informes de auditoría externa ante los descubiertos que se iban generando en las cuentas de la agencia, y las observaciones sobre la inadecuación de la aplicación presupuestaria verificadas por un vocal en el consejo rector del IFA/IDEA celebrado el 18 de octubre de 2005.

Por su parte, el ministerio fiscal resume la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia y a continuación procede a extraer los elementos fácticos contenidos en las sentencias de instancia y de casación rebatiendo las alegaciones efectuadas por el demandante sobre que la condena se funda, única y exclusivamente, en el conocimiento del informe adicional al informe de cumplimiento de ejercicio 2003. En este sentido, afirma que los

argumentos empleados en la sentencia de casación para confirmar la validez de la condena por delito de malversación no orbitan en solitario sobre aquel extremo sino, también, del conocimiento que tenía de la ilegalidad misma del sistema de concesión de ayudas que se deduce “de los informes de cumplimiento formulados por la intervención en años sucesivos, de su participación en las sesiones del Consejero Rector donde se trataban las cuestiones sobre el abono de las subvenciones, y la carta que dirigió al Director General de Trabajo y Seguridad Social poniendo de manifiesto las situaciones de descubierto por falta de traspaso de fondos suficientes para efectuar los pagos comprometidos mediante la firma de convenios particulares”. Por ello rechaza la existencia del vacío probatorio y la ausencia de motivación que se denuncia.

6.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales

Como se ha expuesto *supra*, la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que el actor suscribió con la Dirección General de Trabajo más de cuarenta convenios particulares para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con fondos procedentes de transferencias de financiación y que actuó con conocimiento de la eventualidad de que los mismos fueran desviados de toda finalidad pública por la falta de controles que caracterizaba el procedimiento de concesión.

La sentencia del Tribunal Supremo declara que este relato fáctico basta para justificar la aplicación del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP (FFDD 139 y 140) y que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque es fruto de una valoración debidamente motivada de las pruebas practicadas (FFDD 140 y 141). Considera que la defensa del actor “prescinde por completo del relato de hechos probados en el que se describe, de forma pormenorizada y exhaustiva, el procedimiento ilegal de concesión de las ayudas que se instauró a partir del ejercicio de 2000 y en el que intervino directa y materialmente el acusado como Director General de IFA/IDEA suscribiendo los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, pese a conocer que no se seguía procedimiento alguno, que los expedientes no eran fiscalizados ni en la Consejería de Empleo, ni en la entidad pública porque dichos expedientes quedaban depositados en la Consejería, que no contenían solicitud, memoria económica, requisitos o justificación de la finalidad pública de la ayuda, que el IFA actuaba

indebidamente como entidad colaboradora y que se estaba generando un déficit presupuestario por asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria”.

De hecho, la propia sentencia de casación, a la hora de dar adecuada respuesta a los argumentos de la defensa en cuanto a la ausencia de prueba respecto al debido conocimiento de los actos de disposición que integran el delito de malversación, se remite a sus propios fundamentos jurídicos tercero y trigésimo noveno (folio 1042), que afirman que “la conducta ilícita abarcaría la totalidad de las ayudas sociolaborales y demás subvenciones identificadas en la sentencia por las correspondientes partidas presupuestarias” sin perjuicio, claro está, de otorgar este carácter ilícito también a concretas disposiciones “destinadas a fines distintos y ajenos a los mencionados en las concretas partidas presupuestarias”.

Así viene afirmado también en la página 1045 al consignarse que, como señalaba la sentencia de instancia (FD 47), el Sr. Serrano Aguilar fue condenado por “asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados” siendo que “su actuación formó parte de un sistema en el que el pago de las ayudas era el último eslabón, pero ese pago era necesario, por lo que, sabiendo cómo se estaban gestionando las ayudas, pudo y debió impedirlo, negándose a firmar los convenios particulares que le pasaban a la firma y no permitiendo que la agencia de la que era director actuara como entidad colaboradora, dando cobertura al pago de las ayudas sin control y sin siquiera bases reguladoras”. En definitiva, para las resoluciones judiciales impugnadas, el demandante formaba parte del “engranaje” destinado al uso ilegal de las transferencias de financiación lo que lleva a afirmar el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acababa concluyendo que el recurrente participó de forma consciente en la totalidad de los hechos expuestos en el *factum* de la sentencia a él atribuidos, al resultar acreditados por prueba suficiente al efecto, y, por tanto, que ninguna vulneración de su derecho a la presunción de inocencia se ha producido.

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

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

Al respecto hemos consignado reiteradamente que este derecho queda configurado como “el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas” (STC 31/1981, de 28 de julio), de tal manera que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en “una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado” (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8). Esta idoneidad incriminatoria, además, “debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)” (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8).

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

realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)".

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

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

Es, precisamente, la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal. Así, hemos afirmado en numerosas ocasiones la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la

actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Esta conclusión se ha fundamentado en dos razones de diferente índole: (i) por un lado, en que la Constitución no atribuye esa tarea de valoración a este Tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, y, (ii) por otro, en que el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria (STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). De esta manera, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

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

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3). Este control no es posible si los órganos judiciales descuidan su deber, lo que nos ha llegado a exigir que “deba asegurarse estrictamente la garantía formal de que el razonamiento efectuado por el tribunal conste expresamente en la sentencia, ya que sólo así podrá verificarse si aquel formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 117/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 12) y que ninguno de los elementos constitutivos de delito se haya presumido en contra del acusado” (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

6.4. Enjuiciamiento de la queja



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal *ex art. 25.1 CE*, por integrarse en los títulos de prevaricación y malversación de los arts. 404 y 432 CP la gestión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis desde la agencia IFA/IDEA, en ejercicios presupuestarios en los que dicho procedimiento tenía respaldo legal (*vid. supra* FFJJ 4 y 5) obliga a delimitar el análisis de la participación del demandante en dicho procedimiento desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). No obstante, aún esclarecido que la condena vinculada a la forma global de gestión del programa 3.1 L es inconciliable con el derecho a la legalidad penal, resta un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional: nos referimos a las disposiciones de fondos efectivamente realizadas desde la Consejería de Empleo en ausencia de fin público y a las disposiciones enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigésimo segundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 3.1 L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo. Esta posibilidad de pervivencia de la condena por malversación exige, sin embargo, una cuidadosa verificación de que la sentencia de instancia proporciona, por sí misma, sin necesidad de integración o reelaboración alguna, motivos suficientes para considerar acreditado, con el grado de certeza que la doctrina constitucional exige para enervar la presunción de inocencia, la participación personal del demandante de amparo en la realización de tales disposiciones.

Consecuentemente, el control externo que este tribunal debe realizar, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de un engarce lógico y reconocible entre el resultado de la prueba y el relato fáctico que le sirve de sustrato, demanda, en un caso como el presente, orientar el foco de control en la concurrencia en la sentencia de instancia de elementos fácticos y argumentales de una precisión suficiente para justificar la atribución personal al demandante de amparo, don Miguel Ángel Serrano Aguilar, de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en los programas presupuestarios en el tiempo en el que ejerció el cargo de director general de la agencia IFA/IDEA, esto es, desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008.

Acotado este sustrato fáctico, en virtud del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es deber de este tribunal comprobar si, de acuerdo con su fundamentación jurídica, se ha motivado suficientemente, y conforme a criterios racionales y lógicos, el engarce necesario

entre las conductas anteriormente expuestas y la participación del demandante de amparo, entendiendo que ello solo se producirá cuando se realice de un modo “coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (STC 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 2).

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

La motivación efectuada en la sentencia de instancia para concretar la participación en los hechos del Sr. Serrano Aguilar (SAP, FD 31: págs. 1048 a 1079) va dirigida claramente a constatar que intervino en el engranaje dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 3.1.L por disponer de ellos sin atender a un fin público o para fines distintos y ajenos a los previstos en dicho programa.

En efecto, así aparece recogido a lo largo del citado fundamento jurídico donde se expone con gran profusión que el demandante, como director general del IFA/IDEA, “firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social” y que “era responsable de formular las cuentas anuales (...) [e]n ellas se recogía el modo en el que la agencia contabilizaba las transferencias de financiación. Siguiendo el sistema ya utilizado antes de su llegada, incluyendo los pagos derivados de los convenios particulares, cuyo importe llegaba vía transferencia de financiación, en el apartado ‘otros gastos de explotación’” (SAP, FD 31, pág. 1058). La resolución añade que era concedor

de los informes de auditoría externa y del descubierto existente por los compromisos asumidos por el propio IFA/IDEA a raíz de la suscripción de los convenios particulares siendo dicho conocimiento acreditado no solo de su propia posición dentro del IFA/IDEA sino, también, a través de una carta que el recurrente dirigió al entonces director general de trabajo, don Francisco Javier Guerrero, exigiendo que se pusiera una solución al problema derivado del déficit.

Continúa la resolución consignando que el conocimiento que tuvo el demandante del informe adicional al informe definitivo de cumplimiento de ejercicio 2003 -así como otros posteriores informes de control financiero permanente de IFA/IDEA- acredita la plena consciencia por parte del encausado del indebido uso del instrumento “transferencias de financiación” y de cómo se estaban concediendo las ayudas por la Dirección General de Trabajo sin el debido procedimiento administrativo previo de control, a pesar de lo cual continuó con la firma de los convenios.

Sin embargo, la profundidad del análisis de la prueba que las resoluciones impugnadas efectúan respecto al conocimiento y participación del Sr. Serrano Aguilar en la ejecución de un indebido sistema de presupuestación para la concesión de ayudas sociolaborales no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquel en la asignación de fondos del programa 3.1 L en ausencia de interés público o a fines ajenos a los recogidos en los propios programas presupuestarios [disposiciones contenidas en el hecho probado vigésimo segundo, apartado C), de la sentencia de instancia].

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

Resulta especialmente relevante la argumentación relativa al elemento subjetivo, ya que la conducta malversadora no puede provenir del uso de un procedimiento de presupuestación

que contempla el pago de ayudas a través de las transferencias de financiación y la firma de convenios, amparado por la ley, sino, en su caso, de la disposición de los fondos presupuestados para fines no previstos en el programa o incluso carentes de tal interés público. El elemento subjetivo del injusto debe proyectarse sobre esas concretas disposiciones.

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

(i) Los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y entre ellos, de manera determinante, el informe adicional (anexo III) al informe de cumplimiento de 2003 (“informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social”), argumentando que “[d]e esta disposición de fondos públicos participaron de forma activa desde el ejercicio 2000 hasta el 2009, los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo” y también los “otros acusados, por realizar las conductas descritas en los hechos probados, conociendo las aludidas deficiencias a través de los informes de control financiero de la intervención General de la Junta de Andalucía” [SAP, FD 45, 4, D): pág. 1722].

(ii) El déficit generado en la Consejería de Empleo y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de ayudas, que lleva a apreciar en los condenados por malversación “una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación” en virtud de “la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización” [SAP, FD 45, 4, M): pág. 1732].

Ese juicio de inferencia, sin embargo, no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el Sr. Serrano Aguilar hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria. Ciertamente es que, a través de los informes de control financiero, y, particularmente, a través del informe adicional al informe de cumplimiento de año 2003 (notificado en 2005), tuvo conocimiento que las ayudas no se sujetaban a los requisitos del procedimiento aplicable a

las subvenciones excepcionales -y que a partir de ese conocimiento es razonable concluir que se representó los riesgos de desvío que esa minoración de controles podría generar-. Ahora bien, este riesgo era inherente al sistema de presupuestación legalmente establecido. Por ello, para apreciar que el Sr. Serrano Aguilar incurrió en las conductas que se le imputan no basta con poner de manifiesto que las ayudas concedidas no se ajustaban al procedimiento subvencional (conducta que estaba amparada en lo dispuesto en las leyes de presupuestos), sino que es preciso acreditar que participó activa u omisivamente con conocimiento de que los fondos públicos del programa 3.1 L se estaban concediendo sin que existiera un fin público que justificara su concesión o para fines distintos de los previstos en dicho programa 3.1 L.

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

En particular, el informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003, al que las resoluciones judiciales otorgan una importancia decisiva en la formación de su convicción, recoge el análisis específico que el interventor general de la Junta de Andalucía, don Manuel Gómez Martínez, acusado y absuelto en la causa, encargó a la interventora Sra. Rosario Lobo, que se hiciera sobre una muestra de veinte convenios particulares, seleccionados de entre los 144 convenios que se suscribieron en los años 2001 a 2004 -por lo tanto, con cargo a fondos de los programas 22 E y 3.1 L-. Los convenios fueron remitidos por la Dirección General de Trabajo, y el informe de la Intervención concluye que todos ellos presentaban las mismas deficiencias, sirviendo de muestra el convenio suscrito con la empresa Hytasal, en el que se detectan, entre otras, las siguientes deficiencias: “[i]mputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario”; “[n]o consta solicitud presentada por los interesados”; [n]o 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); “[n]o se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes”; “[n]o se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse”; “[n]o constan

autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía”. En el texto del “protocolo de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de la Junta de Andalucía e HYTASAL”, que operaba como instrumento jurídico de concesión de la ayuda, la Intervención detecta también irregularidades, como: “[n]o consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo”; “[n]o consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual”; “[n]o se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono”; “[n]o se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda”; “[r]especto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas”; “[n]o se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500.000 euros”; “[s]e ha omitido la fiscalización previa”, o “[e]l importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10.285.137,38 euros, en lugar de 10.500.000,00 euros”.

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

La sentencia de instancia valora, asimismo, la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa. La sentencia dice que “[p]reguntados a este respecto, en las sesiones del juicio, los peritos de la IGAE, únicos que han visto todos y cada uno de los 270 expedientes de ayudas derivados del programa 22E y 31L, confirmaron que todas y cada uno de las deficiencias transcritas en el informe de HYTASAL, son plenamente extensibles no sólo a la muestra de 20, sino a todos y cada uno de los 270 expedientes que ellos han analizado, con la matización de las diferencias básicas entre ayudas sociolaborales, con suscripción de pólizas de renta colectiva y ayudas a empresas en crisis”. Añade que “[l]os 18 puntos ya reseñados, expuestos por la interventora Sra. Lobo, facilitan de manera evidente el poder afirmar que no se siguió procedimiento administrativo alguno, faltando los requisitos más elementales en la tramitación de cualquier subvención, destacando la interventora la imputación presupuestaria

inadecuada, pues no se debe utilizar el artículo 440 transferencias al IFA, sino el 47 o el 48, según el beneficiario. En relación con la opacidad del sistema, confirma el informe de la interventora que la subvención no se ha incluido en la base de datos, ni consta que convenio particular alguno haya sido previamente informado por el Letrado del Gabinete Jurídico, adscrito en la Consejería de Empleo, como era preceptivo” (SAP, FD 4, págs. 264 y 265).

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

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

Ello no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión -cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse-, sencillamente, que la sentencia no ha completado el razonamiento capaz de trazar la vinculación entre los convenios suscritos por el demandante, a los que se refiere el relato de hechos probados, sin mayor especificación de su contenido y contexto, con las desviaciones expuestas en otro apartado del mismo relato de hechos probados, razonamiento que es necesario

para satisfacer el canon de motivación reforzada exigible a una sentencia condenatoria desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de los derechos fundamentales concernidos por las penas impuestas.

La resolución judicial de instancia (SAP, FD 23: pág. 696) atribuye directamente dicho desvío de fondos a los responsables de la Consejería de Empleo señalando que “sin el mecanismo ya descrito hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través del IFA/ IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del expediente debido, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades, sino que, suponiendo éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo”. Esta fundamentación se repite a lo largo de la sentencia de instancia, como en el FD 9 o el FD 35 (pág. 1261) donde se afirma que “[a] pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 3.1 L, lo cierto es que los responsables de la Consejería de Empleo, utilizaron estos fondos para fines completamente ajenos”. Y así, a simple modo de ejemplo, se encuentra que con fondos del programa 3.1 L se pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del servicio andaluz de empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112 de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales”. Asimismo, en el FD 45, donde se concluye que se hicieron pagos completamente ajenos al interés público, “[c]omo son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución”, a empresas que no habían acreditado su falta de capacidad económica, sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, o incluyendo beneficiarios que no pertenecían a las mismas. Sin embargo, como ya se ha indicado, ninguna argumentación se realiza a lo largo de estos fundamentos jurídicos dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

Consecuentemente, y desde la perspectiva del análisis efectuado en las resoluciones judiciales impugnadas, no se considera mínimamente motivado que el Sr. Serrano Aguilar

hubiera realizado los hechos que la sentencia declara probados -la firma de convenios particulares- con conocimiento de que la Consejería de Empleo concedía ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 3.1 L, y consiguientemente con representación del riesgo concreto de que dicha situación se pudiera reproducir, lo que permite concluir que su presunción de inocencia no ha sido respetada por los órganos judiciales que pronunciaron la condena y que desestimaron el recurso de casación subsiguientemente impuesto y debe llevar a la estimación del amparo respecto a este motivo.

La estimación de esta queja, bastante para declarar la nulidad de la condena por delito de malversación, hace innecesario pronunciarse sobre el segundo motivo de amparo, en el que se achaca al Tribunal Supremo haber incurrido en una nueva vulneración del mismo derecho a la presunción de inocencia por haber introducido elementos fácticos que no aparecían en la sentencia de la Audiencia Provincial, con el fin de justificar la concurrencia en el demandante de amparo de una intencionalidad, o dolo directo de malversar, que la sentencia de instancia no apreció. Constituye una queja distinta la relativa a las vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación, lo que se abordará a continuación.

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

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

El primer motivo de la demanda denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), del derecho al honor (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esa plural denuncia se vincula con la comunicación pública por parte del Tribunal Supremo del fallo condenatorio mediante providencia de 26 de julio de 2022, casi dos meses antes de la notificación de la sentencia que desestimó el recurso de casación. Se alega en primer lugar que, al anunciar ese día que sería condenado “sin que de manera real lo hubiere sido toda vez que, hasta la firma y publicación de la sentencia en septiembre de 2022, no se quebró la presunción de inocencia”, el Tribunal Supremo presentó al recurrente como culpable cuando aún gozaba de la condición de inocente y así lo mantuvo hasta el 13 de septiembre de 2022. Esa actuación

desconocería la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) así como la del Tribunal Constitucional, que protege esa faceta en el marco del derecho al honor y no como vertiente del derecho tutelado en el art. 24.2 CE (STC 133/2018, de 13 de diciembre).

Se aduce en segundo lugar que el señalamiento como culpable por parte del poder público sin dar razón de los motivos de ello vulnera la garantía procesal como parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ya que la sentencia debe notificarse en su integridad y en unidad de acto (arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266, 270 y ss. LOPJ), generando indefensión, pues, al ser objeto de inmediata difusión masiva, el demandante careció de cualquier posible reacción. A su entender, las lesiones reseñadas no podrían justificarse con el argumento de la “relevancia pública del caso” esgrimido en el comunicado del órgano judicial, interés que en absoluto sería parangonable a los derechos fundamentales sacrificados. Ante la imposibilidad de reparar la lesión denunciada mediante la restitución del derecho que advierte el recurrente, la conclusión es que solo podrá venir de la mano de una indemnización sustitutoria por los daños y perjuicios desencadenados, de modo que la declaración de la vulneración abrirá la vía para el ejercicio de las acciones oportunas para reclamar la indemnización.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes, el Partido Popular acoge los argumentos vertidos en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones para rechazar el motivo.

La fiscal solicita asimismo la desestimación de esta queja en aplicación de la doctrina constitucional (reproduce extractos de las SSTC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4; 77/2023, de 20 de junio, FJ 5, y 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4). Argumenta que “la providencia se dicta por el órgano jurisdiccional que ya ha dictado un fallo respecto del hoy recurrente, confirmando la sentencia condenatoria” y que “[l]a presunción de inocencia en el ámbito procesal queda enervada mediante el dictado de una sentencia firme en la que se realice un pronunciamiento de condena”, como son las sentencias de casación. En este caso, advierte, la sentencia “ya ha sido dictada tras alcanzar la mayoría de votos que requiere la ley, según se dispone en el art. 255 de la LOPJ, y la publicación únicamente ha de esperar a la redacción del voto particular que ha sido anunciado por dos miembros del tribunal en el momento de la votación, una vez concluida la deliberación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 260.2

también de la LOPJ, que establece que el voto particular debe notificarse de manera simultánea con la sentencia, es por tanto preceptivo esperar a la redacción del voto particular, lo que provoca el retraso que determina la decisión de anticipar el contenido del fallo”. Respecto a esta actuación considera que, si bien la normativa citada por el Tribunal Supremo para justificar la comunicación se refiere a supuestos diferentes y no se puede aplicar al presente, la ponderación efectuada para justificar el anticipo del fallo es adecuada, por cuanto que atiende al interés de la difusión de una noticia con relevancia pública con referencia a un proceso de gran repercusión, social y mediática, sin que se hayan vulnerado los derechos a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y al honor del recurrente.

En el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente se formularon quejas análogas que fueron descartadas en el FD 41 del auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 por remisión a lo respondido a otro recurrente en el segundo fundamento de dicho auto. En él se parte de distinguir el contenido necesario de una sentencia, su notificación y la publicación anticipada del fallo, para subrayar (i) que esta última es un actuación no prevista en la ley, pero tampoco prohibida y prevista para determinadas resoluciones; (ii) que se viene realizando con habitualidad por las distintas Salas del Tribunal Supremo en atención a la demanda de noticias por la sociedad y para evitar los efectos perniciosos de la falta de publicidad, como las filtraciones; (iii) que la sentencia ya había sido deliberada y el texto estaba concluso a falta de los votos particulares; (iv) que la “publicación anticipada del fallo, con una sucinta motivación, que se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal, no puede equipararse a una condena pública sin motivación”; y (v) que la comunicación pública de un hecho de indudable relevancia informativa “se hizo ponderando otros derechos como el de libre comunicación y recepción de información de los ciudadanos”.

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

7.2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal

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

A) Doctrina constitucional

La doctrina constitucional, aunque reconoció tempranamente como contenido del derecho a la presunción de inocencia el derecho a ser tratado como inocente hasta que exista una condena respetuosa de las exigencias constitucionales y legales (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1), limitó el ámbito de aplicación de la regla de tratamiento como exigencia del art. 24.2 CE a los procesos penales en curso y a determinadas actuaciones procesales efectuadas por los órganos judiciales. Esa regla de tratamiento ha operado de forma señalada en el marco de las decisiones sobre prisión preventiva, donde excluye la posibilidad de fundamentar la medida cautelar personal en argumentos atinentes a la culpabilidad del sujeto, que convertirían la prisión preventiva en una pena anticipada respecto de un inocente [SSTC 57/2008, de 28 de abril, FJ 5; 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3 c), o 5/2020, de 15 de enero, FJ 11]. En esta línea, más recientemente el Tribunal ha considerado asimismo contraria al derecho a la presunción de inocencia la inclusión de la cuantía de la pena de multa interesada por la acusación en el importe de la fianza impuesta al acusado por cuanto “anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia” (STC 69/2023, de 19 de junio, FJ 3).

Fuera de estos contornos, el Tribunal, vino negando a esta “dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia” la consideración de “derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución” [así por primera vez en la STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, o últimamente en la STC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4 a)]. Y ello a pesar de entender que “el derecho a la presunción de inocencia opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a éstos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo (SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2)” [STC 133/2018, FJ 4 a)]. A la lesión del derecho al honor (art. 18 CE) se ha reconducido el examen cuando se alega la vulneración del derecho a ser tratado como no autor o partícipe en hechos delictivos en decisiones judiciales fuera del proceso penal, por ejemplo, al apreciar una cuestión prejudicial penal en la jurisdicción civil (STC 166/1995, FJ 3) o al examinar las conclusiones de una comisión de investigación parlamentaria (STC 133/2018, FJ 4). Pero también cuando se enjuician manifestaciones del poder público realizadas al margen de un

proceso, como las manifestaciones a la prensa de un Gobernador Civil que atribuyen a un detenido la pertenencia al comando terrorista que se dice autor de un atentado (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2) o las declaraciones de diversas personas con responsabilidades gubernamentales que atribuían la comisión de delitos a políticos catalanes (por todas, STC 91/2021, de 21 de abril, FJ 8.3).

Como pone de relieve la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 5 a), a partir de las sentencias dictadas por el Tribunal en relación con la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva (SSTC 8/2017, de 19 de enero; 10/2017, de 30 de enero, y 85/2019, de 19 de junio), la doctrina constitucional empieza a dotar de autonomía a la dimensión del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y a proyectarla más allá del estricto proceso penal; y con ello, aproxima esa exigencia a su entendimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto en dichas resoluciones como en la STC 97/2020, de 21 de julio, en la que se dirime la posible afectación de la regla de tratamiento por la aplicación del art. 384 bis LECrim por las autoridades parlamentarias, se consolida el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que, en consonancia con los pronunciamientos sobre el art. 6.2 CEDH, impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo, bien porque no fue condenado en el proceso penal, bien porque todavía no ha habido o no ha culminado el proceso penal; y la consideración de que ese contenido se sitúa y se examina con carácter autónomo en sede de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), desligado del derecho al honor (art. 18 CE).

La citada STC 77/2023, atinente a las conclusiones del dictamen de una comisión de investigación parlamentaria, avanza definitivamente en la doctrina constitucional sobre la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia para reconocer de manera expresa a ese contenido carácter autónomo en sede de presunción de inocencia y perfilar el parámetro de control constitucional. En su fundamento sexto:

(i) Afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que “tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración”.

(ii) Especifica que ese contenido “impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración”, así como imputar “ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías”.

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

B) Algunos aspectos relevantes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentado lo anterior y en atención a la importancia que en la conformación del contenido *iusfundamental* examinado ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 6.2 CEDH, resulta conveniente tener en cuenta algunas manifestaciones de dicha doctrina para dilucidar la vulneración aducida en la demanda.

a) En primer lugar, el Tribunal Europeo sitúa en la presunción de inocencia como garantía procesal las declaraciones previas a una condena penal que puedan dar la impresión de que la persona es culpable, acompañando a otros elementos relativos a la carga de la prueba, las presunciones legales sobre los hechos y el Derecho, el derecho a no declarar contra uno mismo o la publicidad antes del proceso. Considera así que, “[e]ntendido como una garantía procesal en el contexto de un proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia establece algunas exigencias y límites en cuanto a [...] las declaraciones prematuras del tribunal o de otras autoridades públicas sobre la culpabilidad del acusado”. Es en un segundo momento, cuando la garantía procesal ya ha operado en el proceso penal y en aras de la eficacia de la misma, donde sitúa la protección de quienes han sido absueltos o respecto de los que se ha acordado el sobreseimiento, prohibiendo que sean “tratados por las autoridades y funcionarios públicos como si de hecho fueran culpables del delito por el que se los acusó”, lo que constituye un segundo aspecto del derecho a la presunción de inocencia (STEDH -GS- de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, §§ 93-94). En otras palabras, la eficacia extraprocesal del art. 6.2

CEDH se identifica con actuaciones posteriores al proceso penal, pero conectadas con él. Pero ello no impide a que la interdicción de declaraciones que denoten la culpabilidad de quien no ha sido condenado conforme a la ley opere durante el desarrollo del proceso penal, dentro del proceso, en las resoluciones que se van adoptando, y fuera de él, en especial, respecto de las declaraciones públicas sobre el investigado o acusado.

b) La prohibición del art. 6.2 CEDH se extiende tanto a manifestaciones prematuras por parte del tribunal penal de que la persona inmersa en un proceso penal es culpable, esto es, sin que se haya demostrado que lo es con arreglo a la ley, como a las declaraciones realizadas por otros funcionarios o autoridades sobre investigaciones penales pendientes que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y prejuzguen la evaluación de los hechos por parte de la autoridad judicial competente (por todas, STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Alenet de Ribemont c. Francia*, § 36).

c) Cuando de declaraciones vertidas en decisiones judiciales se trata, examina el Tribunal la presencia de razonamientos y términos que, más allá de una constatación formal, sugieran que el órgano judicial considera culpable al acusado, por ejemplo, al resolver sobre la prórroga de la prisión preventiva (STEDH de 19 de septiembre de 2006, asunto *Matijasevic c. Serbia*; de 15 de octubre de 2013, asunto *Gutsanovi c. Bulgaria*, §§ 202-203) o en la resolución de apelación (STEDH de 22 de abril de 2021, asunto *Avaz Zeynalov c. Azerbaiyán*, 2021, § 69). La declaración de culpabilidad ulterior no obsta al mantenimiento del derecho a la presunción de inocencia hasta el momento en que se prueba legalmente la culpabilidad, pues el art. 6.2 CEDH rige el proceso penal en su conjunto, con independencia del resultado de la acusación (asunto *Matijasevic c. Serbia*, § 49), si bien la intervención de un tribunal superior puede rectificar las declaraciones controvertidas de un tribunal inferior y eliminar cualquier expresión que sugiera culpabilidad (STEDH de 22 de marzo de 2022, asunto *Benghezal c. Francia*, § 36).

d) Más allá de las manifestaciones vertidas en resoluciones judiciales, el art. 6.2 CEDH exige que los representantes del Estado —en primer lugar, los jueces que conocen del caso, pero también los representantes de otras autoridades públicas— se abstengan de declarar en público que el acusado es culpable de la comisión del delito en cuestión antes de que su culpabilidad haya sido debidamente establecida por el tribunal (por todas, *Alenet de Ribemont c. Francia*, §§ 36-37). Se siguen los mismos criterios de que no es precisa una declaración formal de culpabilidad, sino que basta con que de lo manifestado se desprenda que la autoridad considera

culpable a la persona (STEDH de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavents c. Letonia*, § 126) y de que la posterior condena de un acusado “no puede borrar el derecho inicial a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida” (STEDH de 21 de julio de 2015, asunto *Neagoie c. Rumanía*, § 49).

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

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

7.2.2. Enjuiciamiento de la queja

A) Puntualizaciones

El examen de la queja formulada por el recurrente conforme a los parámetros reseñados requiere efectuar tres puntualizaciones, atinentes a la concreta actuación cuestionada y al momento procesal en el que se dice producida la lesión.

a) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento en su dimensión extraprocesal se predica en la demanda de la difusión pública del comunicado que anticipa el fallo desestimatorio del recurso de casación. No se cuestiona la difusión pública del resultado negativo para el recurrente, sino que esa difusión se efectuara sin que se hubiera

notificado íntegramente la sentencia e incidiera así en el derecho a no ser tratado como culpable en tanto no lo haya fijado así una condena firme conforme a Derecho. De este modo, la vulneración alegada sobre la que debemos pronunciarnos queda circunscrita al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, en la que queda subsumida la vulneración al derecho al honor [STC 77/2023, FJ 7 C)], sin que se haya alegado la posible injerencia en el derecho a la intimidad fruto de la difusión.

b) Conviene también dejar claro desde este momento que la prohibición de efectuar manifestaciones que denoten una consideración como culpable de quien, sometido al proceso penal, aún no ha sido condenado en firme vincula sin duda al juez penal competente, aun cuando se trate del tribunal penal de casación y en fases anteriores se haya dictado ya una condena. Tanto este Tribunal (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 6) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de mayo de 2011, asunto *Konstas c. Grecia*, §§ 35-36) proyectan la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, en particular, su significado como regla de tratamiento, a todo el proceso penal, de modo que no es sino hasta la firmeza de los pronunciamientos condenatorios cuando puede considerarse enervada. En este mismo sentido, el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343 expresa que “[e]s aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión”.

c) Por otro lado, ciertamente el devenir del proceso penal implica ir adoptando decisiones fundadas tanto en la existencia de indicios de comisión de un delito, por ejemplo, la adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva o la apertura de juicio oral, como en la certeza más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del sujeto cuando se dicta sentencia condenatoria no firme. Se trata de pronunciamientos compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, pero en los que también debe evitarse reflejar la opinión de que la persona es culpable cuando se asientan en la sospecha de culpabilidad (considerando 16 y art. 4.1 de la citada Directiva) y que, a pesar de su posible sentido condenatorio (donde obviamente es admisible la referencia a la persona como culpable, art. 4.1 Directiva), tienen un componente eventual que solo la firmeza de la resolución confirma, poniendo fin a la exigencia de no tratar a la persona investigada, acusada o condenada como culpable.

B) Contenido del comunicado de prensa

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

**“COMUNICADO DE PRENSA
CASO ERE**

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

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

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

1. ABSOLVEMOS del delito continuado de prevaricación administrativa a don JAVIER AGUADO HINOJAL, a don JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ GARCÍA y a doña LOURDES MEDINA VARO, declarando de oficio las costas procesales de primera instancia y las derivadas de sus recursos de casación.

2. CONDENAMOS a don JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS, como autor responsable de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa, en relación de concurso ideal, apreciando la atenuante analógica y muy cualificada de reparación del daño, con la consiguiente reducción de sanciones, imponiéndole la pena de prisión de TRES AÑOS, con la accesoria de

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

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

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

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

En Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil veintidós”.

C) Desestimación de la queja

La lectura de la nota reseñada desde la óptica de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento conduce a este Tribunal a rechazar la existencia de la vulneración denunciada.

El art. 24.2 CE prohíbe declaraciones públicas del órgano judicial competente, sea en primera instancia o en ulteriores, que den la impresión de que el acusado es culpable sin que exista una resolución firme que así lo establezca. Sin embargo, en el presente caso no existe una manifestación sobre la culpabilidad del recurrente que suponga tratarle como autor de los delitos de prevaricación y malversación sin respaldo en una condena conforme a la ley. La declaración cuestionada constituye una información ofrecida por el órgano competente para

resolver el recurso de quien de forma notoria fue condenado en primera instancia en una causa mediática, como se reconoce en la demanda, que da a conocer el resultado desfavorable al respecto, que tiene, a su vez, el efecto de confirmar la condena, ya que con el pronunciamiento se agotan los recursos disponibles para el condenado. Según indica el comunicado, se ha deliberado y ya existe una decisión cerrada del tribunal encargado de resolver el recurso de casación, que es quien la difunde, aun cuando se demore la notificación íntegra de la sentencia al momento en que esté redactado el voto discrepante.

En tales circunstancias no puede afirmarse que se trata como culpable a quien no ha sido condenado en firme, pues justamente lo que se anuncia decidido de forma definitiva por el único órgano judicial que así puede hacerlo es la desestimación del recurso de casación que implica la firmeza de la sentencia condenatoria. Dicho de otro modo, existe una primera condena bien conocida que de forma asimismo notoria ha sido recurrida en casación y, en atención a la relevancia pública del asunto y ante el riesgo de difusión de información no fidedigna, se informa por quien debe resolver el recurso de acuerdo con las normas de competencia de que ha sido desestimado tras la deliberación, anunciando que existe una resolución que debe completarse antes de ser notificada con el texto del voto particular, del que también se da sucinta noticia. Efectivamente, unos dos meses después se notifica la sentencia íntegra, donde se exponen las consideraciones que han llevado a la Sala Segunda a desestimar el recurso del ahora demandante de amparo. En momento alguno se aprecia una actuación o una declaración en términos que sugieran la consideración como culpable de una persona cuya culpabilidad no se ha probado en un proceso con todas las garantías, solo la información por quien la ley designa para resolver sobre tal culpabilidad de que ha apreciado que concurre.

La ausencia de una previsión legal que contemple la actuación cuestionada no determina la existencia de una lesión de la regla de tratamiento que impone el art. 24.2 CE. La finalidad de la llamada dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia es proteger frente a atribuciones de culpabilidad no fundadas en una condena dictada en un proceso público con todas las garantías, no garantizar la práctica procesal de notificación de la sentencia íntegra que indica la normativa (art. 260.2 LOPJ). Resulta por tanto que la anticipación del fallo y la emisión de un comunicado al respecto no lesiona el derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal.

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

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

7.3.1. Doctrina sobre el derecho a no padecer indefensión

En relación con la queja de que se ha producido una irregularidad procesal causante de indefensión, debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, entre sus múltiples vertientes, el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria, se vincula con las garantías del proceso debido reconocidas en el art. 24.2 CE y requiere indefensión material. Así se ha puesto de relieve, entre muchas, en las SSTC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4; 91/2021, de 22 de abril, FJ 4.4; 121/2021, de 2 de junio, FJ 5.4; o 47/2022, de 24 de marzo, FJ 6.3.A); o 131/2023, de 23 de octubre, FJ 2, todas ellas atinentes a procesos penales. Cabe destacar ahora los siguientes extremos de esta jurisprudencia:

(i) Por lo que atañe al proceso penal, ya la STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, subraya que, “[s]egún constante y reiterada doctrina de este tribunal —entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989—, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos”, que, entre otras exigencias, precisa “la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa”.

(ii) Igualmente reiterada es la jurisprudencia que limita la relevancia constitucional de la indefensión a la indefensión material: “la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [la] garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión ‘material’ y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías ‘en relación con algún interés’ de quien lo invoca (STC 90/1988)” (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2; en análogo sentido, SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7).

7.3.2. *Enjuiciamiento de la queja*

Es cierto que, como subraya el demandante, no existe ningún precepto que prevea la publicación anticipada del fallo y, sin embargo, el art. 260.2 LOPJ indica la necesidad de notificar conjuntamente el texto de las sentencias con los votos particulares. Y también lo es que las referencias que efectúa el Tribunal Supremo en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones a los arts. 787.6 y 789.2 LECrim (relativos a las sentencias *in voce*) no son asimilables, pues no son una habilitación de la publicidad de la anticipación del fallo sin motivación, sino supuestos de notificación de una sentencia con una motivación sucinta. Sin embargo, que esa previsión no exista y pueda hablarse incluso de irregularidad procesal no significa que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías se hayan lesionado.

En primer lugar, porque no existe una infracción de la normativa procesal en sentido estricto, ni de los preceptos invocados por el recurrente –arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266 y 270 LOPJ–, que en ningún caso contemplan una prohibición, ni explícita ni implícita, de anticipar el fallo, sino normas sobre la estructura, contenido, notificación y acceso a las sentencias; ni del art. 260.2 LOPJ. El Tribunal Supremo notifica en septiembre la sentencia íntegra, que se data en su encabezamiento el 13 de septiembre de 2022. Con ello respeta tanto

esa última previsión de integración del voto en la sentencia (art. 260.2 LOPJ) como las anteriores citadas en la demanda, relativas a la notificación de las sentencias el día que se firmen o el día siguiente (art. 160 LECrim), a la disposición específica sobre la sentencia en el procedimiento abreviado (art. 768 LECrim), a la estructura (encabezamiento, antecedentes, hechos probados, fundamentos de derecho y fallo) con que deben formularse las sentencias (art. 248 LOPJ), al depósito y acceso a las mismas (art. 266 LOPJ) y al deber de notificar las resoluciones judiciales a todos los que sean parte en el pleito, puedan verse perjudicados o dispongan las propias resoluciones de conformidad con la ley (art. 270 LOPJ).

En segundo lugar y de forma determinante, porque no se concreta la indefensión que el recurrente ha sufrido, que parece identificar genéricamente y sin ulterior argumento con la imposibilidad de reaccionar dada la inmediata difusión masiva, cabe entender que de cara a la opinión pública. En ningún caso aduce, ni este Tribunal aprecia, que se haya causado indefensión al recurrente en el proceso, donde, como se ha dicho, le fue notificada la sentencia del Tribunal Supremo conforme a la ley, iniciándose entonces el plazo para agotar las posibilidades de cuestionamiento de la decisión de condena; señaladamente, para formular el incidente de nulidad de actuaciones, que efectivamente planteó y fue resuelto por la Sala Segunda. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

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

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

La estimación del tercer y cuarto motivos de amparo, que nos ha llevado a declarar que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal del recurrente (art. 25.1 CE) por subsunción impredecible de los hechos probados en los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos; y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por deficiente motivación del juicio de autoría, determinan que deba declararse la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, y de las resoluciones posteriormente adoptadas por la Sala de lo Penal del

Tribunal Supremo (sentencia de casación y auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones) en tanto en cuanto no repararon tales vulneraciones.

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 Miguel Ángel Serrano Aguilar y, en su virtud,

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

2º. Restablecerle en estos derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y del auto del mismo tribunal de 16 de febrero de 2013.

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

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dos de julio de dos mil veinticuatro.