



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

**Voto particular que formula el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2391-2023.**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo avocado por el Pleno núm. 2391-2023, interpuesto por doña Carmen Martínez Aguayo, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron sus derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

a) Las razones de mi discrepancia han quedado detalladamente expuestas en el Voto particular formulado a la sentencia dictada en el día de ayer, 2 de julio de 2024, que resolvió una demanda de amparo sustancialmente idéntica a la presente (RAA 2136-2023), al que por tanto me remito. En ambos recursos de amparo, y en otros tres que se deliberaron en el Pleno del día de hoy, se impugnó la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, confirmada en casación por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022 (junto con el auto de la misma Sala Segunda de 16 de febrero de 2023, que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia); resoluciones recaídas en la llamada causa de los “ERE” en la cual se condenó a cargos de relevancia en determinados periodos entre los años 2000 a 2009, en las Consejerías de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Economía y Hacienda, Justicia y Administración Pública, e Innovación, Ciencia y Empresa, de la Junta de Andalucía; o bien en el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), denominado a partir de 2004 Agencia para la Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). En el caso de la promotora del presente recurso de amparo, Sra. Martínez Aguayo, ésta desempeñó el cargo de Viceconsejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía del 26 de abril de 2004 al 24 de abril de 2009.

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

b-1. Respecto del delito de prevaricación:

(i) En concreto en el FJ 4.4.A), se afirma que la actividad de elaboración de los anteproyectos de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2005 a 2009 y su elevación al Consejo de Gobierno, fases en las que tuvo participación destacada la recurrente, no puede considerarse una “resolución” y un “asunto administrativo” a efectos de

integrar el delito de prevaricación del art. 404 CP por el que fue condenada (en concurso medial con otro delito de malversación de caudales públicos), al estar excluida aquella actividad de todo control por un órgano judicial, y tener cobertura legal en la partida 3 1 L (transferencias de financiación IFA/IDEA), una vez aquellos anteproyectos de presupuesto fueron aprobados por el Parlamento autonómico en los años correspondientes. De este modo, la interpretación efectuada por las sentencias impugnadas que interpretaron que concurrían los citados elementos del tipo delictivo del art. 404 CP, vulneró según la sentencia de la que discrepo el derecho fundamental de la recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE); criterio que la mayoría del Pleno ya había aplicado en la STC 93/2024, de 19 de junio (primer recurso de amparo de esta serie de los ERE, resuelto por el Tribunal).

(ii) En el FJ 4.4.B), i), que el procedimiento para la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias al programa 3.1 L en los años 2005 a 2008, si bien no se considera imprevisible que puedan considerarse resoluciones administrativas a los efectos del art. 404 CP (delito de prevaricación), no cabe sin embargo calificarlas de “arbitrarias” en orden a dicho precepto penal, por tener tales modificaciones su cobertura en aquella partida incluida en las sucesivas leyes de presupuesto.

Pues bien, respecto de ambos pronunciamientos debo remitirme a las consideraciones efectuadas en el apartado 2 del voto particular al RAA 2136-2023, en el que a su vez hice un amplio recordatorio del voto particular (apartados 2 a 4) firmado junto con los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la STC 93/2024, respecto de una queja constitucional similar a la que ahora se comenta y donde se aclaró: (1) que los trabajos preparatorios de un proyecto de ley de presupuestos es una actividad de “inequívoca naturaleza administrativa”, con cita de preceptos de nuestro ordenamiento que así lo respaldan; (2) que las actuaciones realizadas en ese procedimiento previo “no se mueven en el ámbito de la inconstitucionalidad de las leyes” y por tanto sí permiten su control por los tribunales penales; (3) que el sistema de financiación desplegado en los citados años por los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en esta causa, revestía una ilegalidad propia del delito de prevaricación (arbitrariedad), al degenerar en la falta de control que imponían las normas sobre subvenciones, sin que la aprobación parlamentaria de los proyectos de ley resultase “sanadora de todos los posibles vicios denunciados”; y (4) en particular, recordé en el voto particular al RAA 2136-2023 (mismo apartado 2), con remisión al voto particular conjunto a la STC 93/2024, apartado 4, el por qué carece igualmente de valor legal la documentación anexa que acompaña a los anteproyectos de presupuesto, incluyendo la memoria. Todo lo expuesto permite concluir que las sentencias recurridas no conculcaron el derecho fundamental a la



legalidad punitiva (art. 25.1 CE) de la recurrente, como erróneamente ha venido a apreciar la mayoría del Pleno de este Tribunal en la sentencia de la que ahora discrepo.

b-2. Respetto del delito de malversación:

(i) En el FJ 5.3.A), a), la sentencia de la que discrepo señala que la subsunción en la modalidad activa del delito de malversación del art. 432 CP (sustracción de caudales públicos), de los hechos probados que se refieren a irregularidades en la gestión global de las ayudas sociolaborales con cobertura en el programa 3.1 L, tanto la elaboración de los respectivos anteproyectos de ley como de modificaciones presupuestarias en los años 2005 a 2009, resulta imprevisible y por tanto contraria al derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) de la recurrente, con reiteración para ello de los motivos ya esgrimidos respecto del delito de prevaricación (no ser una actividad fiscalizable por los tribunales penales).

(ii) Otro tanto defiende la sentencia de la que discrepo en el FJ 5. 3 A), b) sobre la condena al recurrente por la modalidad omisiva del mismo delito de malversación (por no impedir el descontrol en la gestión), en cuanto a las ayudas sociolaborales con cobertura en aquel programa 3. 1 L.

En ambos casos, se trata de un argumento circular al que a su vez ya di contestación en el apartado 3 de mi voto particular al RAA 2136-2023 (trayendo de nuevo a colación el voto particular conjunto a la STC 93/2024), apartado 3 al que ahora me remito, insistiendo en que las normas y controles sobre subvenciones no fueron modificados por las leyes de presupuestos a las que se alude, de modo que tales controles regían en esos años y fueron deliberadamente obviados.

c) Finalmente, por lo que atañe a la estimación en el FJ 6.4 de la sentencia de la que ahora discrepo, sobre la queja de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) de la recurrente, procede que me remita a su vez a lo dicho en el apartado 4 de mi voto particular al RAA 2136-2023, donde expliqué que la sentencia de instancia que se ha impugnado disponía en las actuaciones de informes periciales concluyentes de la Intervención General de la Junta de Andalucía y de la Intervención General del Estado, no contradichos por los expertos que declararon en el plenario, acerca de la culpabilidad de los acusados en los hechos delictivos que se les atribuyen, medios de prueba de los que se hace un examen razonado que luego confirma la sentencia del Tribunal Supremo, sin que quepa hacer excepción por lo que hace a la aquí recurrente en cuanto al delito de malversación de caudales públicos. En concreto, por el reparto de aquellas ayudas otorgadas sin cobertura en la partida 3.1 L de las

leyes de presupuestos (tras la criba efectuada por la misma sentencia, en cuanto a los hechos susceptibles de ser enjuiciados en ese tipo penal).

Por tanto, no pueda calificarse de demasiado abierta o lábil la inferencia que aprecia el dolo eventual necesario para condenar a la recurrente, como afirma la sentencia que ahora respalda la mayoría del Pleno, la cual para llegar a ese desenlace se erige en tribunal de instancia formulando su propio juicio de valoración probatoria, llegando incluso a decir que sí existían otros datos en los que sustentar esa culpabilidad, los cuales sin embargo no revela, y que de tal guisa habrían sido ignorados por la Audiencia Provincial. El derecho a la presunción de inocencia de la recurrente, en definitiva, fue respetado por las sentencias recurridas, por lo que la demanda debió ser íntegramente desestimada.

Y en tal sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.