

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2119-2023 interpuesto por don José Antonio Griñán Martínez.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional formulo el presente voto particular. Considero que el recurso de amparo debió ser desestimado al no existir vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la condena de don José Antonio Griñán Martínez por el delito de prevaricación en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos agravado por su especial gravedad.

1. *Remisión a los votos particulares ya formulados.*

Don José Antonio Griñán Martínez fue condenado como autor de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos. Se consideró probado que en su condición de consejero de Economía y Hacienda y miembro de la Junta de Andalucía intervino en la aprobación de los anteproyectos y proyectos de presupuestos de los años 2005 a 2009, así como en las sucesivas modificaciones presupuestarias producidas en los años 2004 a 2009. Su participación tuvo lugar conociendo las irregularidades que se estaban produciendo en relación con la gestión de las ayudas sociolaborales y las ayudas a empresas en crisis, consciente de que se eludía la fiscalización previa utilizando indebidamente las transferencias de financiación al IFA para efectuar libérrimamente pagos por los responsables de la Consejería de Empleo, sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno, sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones y contabilizándose indebidamente como gastos de explotación.

La presente sentencia reconoce la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación y malversación proyectando la doctrina expuesta en las SSTC 93/2024 -en relación con la prevaricación- y 94/2024 -en relación también con la malversación-, luego reiterada en las SSTC 95/2024, 96/2024, 97/2024, 98/2024. Es por ello que me debo remitir, en lo relativo a la doctrina acuñada en la sentencia, al

razonamiento expuesto en los votos particulares formulados frente a aquellas, debiendo insistir en:

a) El exceso de jurisdicción en que ha incurrido el Tribunal Constitucional: (i) al rectificar por vez primera al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica, que socava la jurisdicción del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (art. 117.3 y 123.1 CE), convirtiéndose el Tribunal Constitucional en un tribunal de casación; (ii) al sustituir la valoración de la prueba efectuada por los órganos judiciales conforme a criterios de calidad o de oportunidad, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en un tribunal de apelación.

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

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

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

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

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

g) Las quiebras lógicas en que incurre el razonamiento de la sentencia que estima el amparo y que se exponen en el apartado 3.2.2 del voto particular a la STC 93/2024. Entre las que destaca el argumento por el que se somete el delito consumado de prevaricación administrativa cometido por un miembro del Gobierno al aprobar un proyecto o anteproyecto de Ley a una especie de condición resolutoria derivada de la aprobación de la ley por el Parlamento, lo que supone introducir un factor de incertidumbre e imprevisibilidad contrario a la certeza en la que se asienta el principio de legalidad que se dice aplicar.

h) El insostenible argumento de la sentencia por el que “no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 3.1L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban”. Como indica la STS 749/2022: *“La aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales”*. Ninguno de los condenados estaba amparado, ni venía obligado por las sucesivas leyes de presupuestos para cometer los delitos. Las leyes eran neutras en la previsión de transferencias de financiación para gastos de explotación.

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

Y en este sentido emito el presente voto particular.

En Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veinticuatro.