

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2411-2023 interpuesto por don Gaspar Zarrías Arévalo.

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 Gaspar Zarrías Arévalo por el delito continuado de prevaricación.

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

Don Gaspar Zarrías Arévalo fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa al considerarse probado que en su condición de consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía, consciente de que se eludía la fiscalización previa, participó en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y en su aprobación como proyectos de ley para los ejercicios de los años 2002 a 2009, en los que mediante el cambio de la clasificación presupuestaria, se consignaron en concepto de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA -que debían destinarse a gastos de explotación de IFA/IDEA-, las importantes cantidades de dinero que constan en los hechos probados, luego incrementadas sustancialmente mediante la aprobación de sucesivas modificaciones presupuestarias entre los años 2000 y 2008, para que se pudieran efectuar libérrimamente pagos (“ayudas sociolaborales”), sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno y sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

La sentencia, frente a la que formulo el presente voto particular, da respuesta al planteamiento del recurrente y para ello se remite a los argumentos expuestos en la STC 93/2024, de 19 de junio -recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez- en el que partiendo de la premisa del carácter no fiscalizable del contenido del anteproyecto o proyecto de ley y de que sobre los mismos no puede ejercerse más control que el político, concluye que los órganos judiciales han efectuado una interpretación del elemento del tipo del delito de

prevaricación administrativa (“resolución arbitraria en un asunto administrativo”) lesiva del derecho a la legalidad penal. Y, en relación con las modificaciones presupuestarias del programa 3.1L, considera que su calificación como arbitrarias es imprevisible al encontrarse amparadas por las sucesivas leyes de presupuestos.

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

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

b) La sentencia deja al margen de todo control aquello que tenga que ver con la actividad presupuestaria desde la fase inicial de elaboración de los presupuestos a la fase final de su ejecución y determina la 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 la memorias de las leyes de presupuestos las que habilitaban a la Administración autonómica a conceder ayudas y de este modo considerar que la disposición libérrima de fondos tenía cobertura presupuestaria, pues dicha afirmación además

de insostenible -como se ha indicado- es también contraria no solo a la abundante prueba pericial desplegada en el juicio sino a nuestra propia doctrina en virtud de la cual: “Las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las Leyes de Presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas” (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8).

Y en este sentido emito el presente voto particular.

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