



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2411-2023

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

1. Consideración preliminar

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

Es procedente, por ello, que me remita a las consideraciones expuestas en el voto particular que suscribí juntamente con los magistrados Enríquez Sancho y Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque en cuanto la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como “cabecera” de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto también por delito de prevaricación. Se trata de Gaspar Zarrías Arévalo, quien fuera consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía de 1996 a 2009, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de derecho 40 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 2.4 de la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

Conviene recordar que las sentencias impugnadas en amparo condenaron al recurrente y a otros altos cargos de la Junta de Andalucía en la pieza específica del “caso de los

ERES de Andalucía”, que planificaron un sistema de concesión y ejecución de ayudas sociolaborales excepcionales eludiendo el control del gasto público. Para ello idearon un mecanismo relativamente sencillo y sumamente eficaz, para la finalidad perseguida. Ese mecanismo fue el cambio de clasificación presupuestaria del gasto, asignándose las ayudas a la partida 440.12 del programa 3.1.L (transferencias de financiación al IFA) por la Consejería de Empleo y ejecutándolas el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), luego denominado a partir de 2004 como Agencia de Innovación y Desarrollo en Andalucía (IDEA). De esta suerte, durante los años 2002 a 2009 no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas, al otorgarse sin expediente de concesión (en muchos casos); sin publicidad en la concesión; sin fiscalización; sin informe de la Consejería de Presidencia sobre la notificación a la Comisión Europea; sin solicitud de los interesados y sin acreditarse la personalidad de los solicitantes; entre otras graves irregularidades que socavaron las reglas y los principios por los que se rige la actividad administrativa subvencional.

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

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

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



disiento, equivale a consagrar un inadmisibile ámbito de impunidad que resulta patentemente contrario a la Constitución.

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

Pero la sentencia aprobada por la mayoría va aún más lejos y, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la de otros condenados en la “pieza específica del caso de los ERES de Andalucía”, no merecía reproche penal desde la perspectiva del delito de prevaricación por el que ha sido condenado, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que “en su programa 3.1.L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias, habilitaban a la Administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía” (fundamento jurídico cuarto), lo que habría supuesto la supresión de los controles y procedimiento propios del régimen de subvenciones.

Lo mismo se afirma respecto de las conductas calificadas de prevaricación por las sentencias impugnadas en amparo relativas a las modificaciones presupuestarias amparadas en el programa 3.1.L, habidas con posterioridad a la aprobación de las distintas leyes de presupuestos, pues, asimismo, encontrarían cobijo en el “sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales”, según sostiene la mayoría del Pleno en la sentencia de la que disiento.

En definitiva, la sentencia de este Tribunal parte de una suerte de efecto sanador de la ley de presupuestos de cualquier conducta que, de forma directa o indirecta, tuviese cobijo en el

programa 3.1.L., pues a su través se habría introducido un nuevo sistema de presupuestación que conllevó la eliminación de los controles y procedimientos propios del régimen de subvenciones, en particular, la fiscalización previa por parte de la Intervención de la Junta de Andalucía. Se viene a afirmar que resulta imprevisible condenar por prevaricación conductas amparadas en lo dispuesto en el programa 3.1.L incorporado a las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009. La Ley curaría, según la mayoría del Tribunal, todo vicio y haría inatacable la actuación de los gestores públicos, que estarían habituados para actuar al margen de cualquier procedimiento y sin el control previo exigible en cualquier disposición de fondos públicos.

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

Semejante premisa, la de la supuesta cobertura de la actuación del recurrente en la legalidad presupuestaria, descansa en una errónea apreciación del contenido de las leyes de presupuestos consideradas. No es cierto que las sentencias de la jurisdicción penal que condenaron al recurrente hayan privado de toda relevancia a la circunstancia de la aprobación parlamentaria de las sucesivas leyes de presupuestos. Lo que sucede es que, frente a lo que de manera incorrecta ha entendido la mayoría en la sentencia de la que disiento, es que, en realidad, la introducción del programa 3.1.L en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no supuso la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones, por cuanto las propias leyes de presupuestos, en su articulado, dispusieron lo contrario, ya sea porque declararan la vigencia de la normativa subvencional, ya sea porque nada regulasen en sentido contrario. Así se expresa tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla como en la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ambas resoluciones judiciales niegan con razón, por otra parte, el pretendido valor legal (tampoco normativo, por supuesto, pues no son normas jurídicas) que se pretende dar a las memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 3.1.L. La ausencia de eficacia vinculante de esa documentación anexa a las leyes de presupuestos resulta corroborada por diversos instrumentos legales, como ya se señaló en el voto particular conjunto a la STC 93/2014, a lo que se añade que esa documentación no está publicada, ni se publica juntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno, por aplicación del principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). A lo que se añade que nuestra jurisprudencia también ha negado expresamente que las memorias y fichas



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

presupuestarias tengan naturaleza normativa: “Las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las Leyes de Presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas” (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8). El argumento que utiliza la mayoría en la sentencia de la que discrepo, según el cual han de interpretarse las partidas presupuestarias conforme a la memoria, es fruto de un voluntarismo jurídico que no se puede compartir.

En cuanto a las modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 y 2005 a 2008, por las mismas razones que entendemos que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 440 del programa 3.1.L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias pueden escudarse en la ley de presupuestos.

En suma, las leyes de presupuestos andaluzas consideradas habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse, ni su régimen de control (o de falta de control, según el parecer mayoritario de este Tribunal). Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 3.1.L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones.

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

Ciertamente, las cosas podrían haber sucedido de otro modo. Las leyes de presupuestos andaluzas hubieran podido derogar esa legalidad, o excluirla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada “tercera etapa” de los ERES (fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Supremo, “resumen de los hechos probados”), cuyo art. 1 estableció expresamente que “a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas”. En tal hipótesis, el problema se desplaza al control de la ley. Pero no es el caso. Las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no

establecieron en su articulado la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones y semejante supresión no puede inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria. Esta singular deducción de la sentencia respaldada por la mayoría de este Tribunal constituye una interpretación creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 3.1.L y solo y exclusivamente en esa partida.

La consecuencia de ello es que las conductas enjuiciadas del recurrente fueron correctamente subsumidas en el delito de prevaricación, porque el programa 3.1.L. no concedía una cobertura legal para conceder ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido. La omisión de aquellos controles permitió que se dispusiera libremente de las ingentes cantidades dinerarias a las que se refieren los hechos probados de las sentencias impugnadas en amparo, ocasionando un grave quebranto a la hacienda pública.

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

En un precepto original en el Derecho Constitucional contemporáneo, la Constitución en su art. 31.2 establece que: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

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



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

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

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

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

Las Administraciones públicas son instituciones serviciales o vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros enunciadas a lo largo del texto constitucional como los que figuran en el art. 9.3 (seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad), el art. 14 (igualdad e interdicción de trato discriminatorio), y los arts. 9.2 y 105 (participación y transparencia), por solo citar algunos. No

hace falta insistir en que el art. 103.1 CE impone *in fine* que el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho sea pleno, o sea completo, sin excepción ni matiz, lo que corrobora el enunciado del art. 106.1 CE.

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

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

La sentencia de este Tribunal descubre con la linterna de Diógenes el argumento de la salvadora ley de presupuestos que todo lo ampara y que borra toda responsabilidad penal en la conducta del recurrente y de otros implicados en la pieza específica del conocido como “caso de los ERES de Andalucía”. Esa ley es convertida en omnipotente pues sirve asimismo para eliminar los controles. Sin perjuicio de reiterar que, en realidad, no es cierto que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 establecieran la modificación o supresión de los controles propios del régimen de subvenciones (sin que tal presunta supresión pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria), baste ahora añadir que la sentencia de este Tribunal olvida que no basta con el sometimiento a la ley (que, insisto no suponía en el presente caso la supresión del régimen propio del control de las ayudas y subvenciones), sino que se exige también el sometimiento *al ius*. La ley no agota el ámbito del derecho, que es algo más. Y en ese algo más están desde luego los principios actuales de actuación de las Administraciones Públicas, que enuncian muy en particular los arts. 9.3, 31.2,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

103.1, 105 y 106.1 CE, y los propios principios generales del Derecho, que no tienen por qué ser norma escrita y que sintetizan nuestra cultura jurídica, que es la propia de un Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Y, por supuesto, en el *ius* están también los principios del Derecho de la Unión Europea, a los que luego me referiré.

He recordado ya que entre los principios constitucionales que rigen inexcusablemente la actuación de las Administraciones públicas está el de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), patentemente vulnerado según las sentencias condenatorias impugnadas en amparo. Quizás el redactor de la ponencia devenida inexorablemente en sentencia con el apoyo de la mayoría del Pleno confunde este concepto con el de discrecionalidad. La discrecionalidad está perfectamente fundamentada en la actuación administrativa, pero el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ejercerse al puro arbitrio o capricho de quienes lo lleven a efecto. La sentencia de este Tribunal, en fin, margina oculta los límites jurídicos de la actuación administrativa para permitir a los cargos públicos ejercer libérrimamente sus competencias desde criterios de pura oportunidad, y con absoluta ajenidad a cualquier control. La conclusión es clara: se sacrifica la objetividad de la actuación administrativa, que se convierte en inmune e inatacable, creando, pues, un espacio de impunidad en el que determinados gobernantes gozan de un escudo protector que repele cualquier control o fiscalización, y que, por supuesto es un espacio ennegrecido, oscuro, por no transparente, y tales espacios son inconciliables con la naturaleza del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

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

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

Tanto en uno como en otro ordenamiento el control del gasto público es la herramienta principal para luchar contra el fraude y contra la corrupción. A los principios constitucionales en materia de gasto público y su control ya nos hemos referido. Por lo que atañe a los principios

del Derecho de la Unión Europea en esta materia cabe añadir ahora que toda norma, con independencia de su rango, así como toda resolución o actuación que directa o indirectamente persiga disminuir o eludir el control del gasto público, estará poniendo en peligro los intereses financieros del poder público y sería, contraria al Derecho de la Unión Europea.

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

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

a) Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del art. 325.1 TFUE, esta disposición impone a los Estados miembros el deber de luchar contra el fraude y *toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros* de la Unión mediante medidas disuasorias y eficaces. Medidas de lucha que deben ser equivalente a las medias implementadas en el ámbito nacional.

b) Por otra parte, en lo referente a la expresión «toda actividad ilegal», que figura en el art. 325.1 TFUE, recuerda el Tribunal de Justicia que ese concepto comprende en particular todo acto de corrupción de los funcionarios o todo *abuso* cometido por estos en el desempeño de un cargo público, que pueda afectar a los intereses financieros de la Unión, en forma, por ejemplo, de apropiación indebida de los fondos de la Unión. En este contexto, poco importa que los actos de corrupción se traduzcan en una acción o una omisión del funcionario de que se trate, habida cuenta de que una omisión puede ser tan perjudicial para los intereses financieros

de la Unión como una acción y estar intrínsecamente vinculada a tal acción, como ocurre, por ejemplo, *con la omisión por parte de un funcionario de efectuar los controles y las comprobaciones exigidas respecto de los gastos cubiertos por el presupuesto de la Unión o la autorización de gastos inadecuados o incorrectos de los fondos de la Unión.*

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

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

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

En tal sentido, y enlazando con lo anteriormente expuesto, rechazo por completo la premisa de la que parte la sentencia de este Tribunal para exonerar de responsabilidad penal a los gestores de los fondos del conocido como “caso de los ERES de Andalucía”, que no es otra que la de considerar, equivocadamente, que su actuación estaba amparada por la ley de presupuestos de cada ejercicio considerado. Como ya he advertido, es insostenible que el mero enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 3.1.L implique un control del gasto diferente. El tipo de control vendrá determinado por la naturaleza y finalidad del gasto, no

simplemente por la partida donde se encuentren los fondos. Una cosa es que el recurrente y el resto de implicados de la Junta de Andalucía pretendiesen a partir de la inclusión de esa partida presupuestaria evitar el control previo de las ayudas y otra muy distinta que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 que incluyeron esa partida no establecieron en su articulado la modificación o supresión del régimen de control de ayudas y subvenciones, sin que esa pretendida modificación legal pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria, como se pretende en la sentencia de este Tribunal.

En todo caso, es cierto que ha quedado acreditado, como resulta de las sentencias impugnadas en amparo, que en el conocido como “caso de los ERES de Andalucía”, se buscó de manera intencionada la elusión de los controles ordinarios del gasto público, lo que supuso la debilitación de los mecanismos para prevenir la corrupción. La eliminación de estos controles, en abstracto, ya es reprochable, pero, además, teniendo en cuenta que los fondos fueron gestionados sin las mínimas garantías de publicidad y concurrencia competitiva para su obtención por los particulares, la debilitación de los controles facilitó la aparición de los casos de corrupción.

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

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

En suma, para la mayoría del Tribunal en la sentencia de la que disiento, la actuación del recurrente estaba en todo momento amparada en la ley, careciendo de trascendencia penal desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal (previsibilidad). Y ello porque nadie podía



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

prever racionalmente que por cumplir escrupulosamente la ley se pudiese estar incumpliendo esta.

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

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

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

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

Parafraseando al maestro Lucas Verdú diríamos que la justicia constitucional es la autoconciencia que la Constitución tiene de su propia validez y eficacia. En una sentencia como la presente, tal autoconciencia es inencontrable, porque no hay razones que sustenten en Derecho la solución encontrada por la mayoría de este Tribunal al problema sometido a su enjuiciamiento.

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

eliminación del régimen de controles de las ayudas y subvenciones previsto en la normativa aplicable.

Ninguna de las leyes de presupuestos en cuestión, por otra parte, fue impugnada, pero si alguna o varias se hubieran impugnado habría dado lo mismo, pues era incuestionable que la mera inclusión de una partida económica (la partida 440 del famoso programa 3.1.L) no era inconstitucional. Adviértase en este sentido que cuando este Tribunal ha admitido, en su STC 90/2017, de 5 de julio, la posibilidad de impugnar mediante la vía del recurso de inconstitucionalidad unas determinadas partidas presupuestarias incluidas en una ley de presupuestos (en aquel caso destinadas a financiar el referéndum de autodeterminación de Cataluña) lo ha hecho por su conexión con el mandato previsto en una disposición contenida en el articulado de esa ley. Esto es, lo que se impugna es el mandato imperativo contenido en un precepto del articulado de la ley de presupuestos, mandato directamente vinculado a las concretas partidas presupuestarias a las que aquel precepto se remite y que, por esa vinculación, pueden también ser válidamente impugnadas en un recurso de inconstitucionalidad. Por ello, solo si el reproche de inconstitucionalidad que se dirige frente al precepto legal prospera, cabrá entonces extender esa censura a las concretas partidas a las que ese precepto de la ley de presupuestos remite, por ser esas partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento al mandato que aquel precepto contiene.

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

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

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

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

ii) Socava la posición institucional que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE), injiriéndose el Tribunal Constitucional en funciones que son propias de aquel, con el pretexto de que allí donde deben garantizarse los derechos fundamentales, allí debe estar este Tribunal, olvidando que la jurisdicción constitucional debe evitar (por su propia naturaleza de jurisdicción de garantías) caer por desfiladeros abruptos.

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

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

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

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

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

La reiteración argumental en este voto puede resultar melancólica, pero responde al cumplimiento del deber que me incumbe como magistrado y a mi convicción de que la

deliberación ha de ser el camino irrenunciable para encontrar la luz, particularmente necesaria para el guardián de la Constitución. No estará de más recordar que quien fuera presidente de este Tribunal, el magistrado Tomás y Valiente, ya aludió en 1994, en una conferencia titulada “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, a “la importancia de las deliberaciones y a la conveniencia de que estas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas” (publicada en el libro “La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995). No creo que tan atinada recomendación haya sido seguida en el presente caso y otros similares.

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