



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

## **Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2485-2023**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno, 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. 2485-2023, interpuesto por don Antonio Vicente Lozano Peña, el cual a mi juicio debió ser inadmitido por falta de denuncia temporánea de dicha lesión, y subsidiariamente desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Antes de explicar las razones de este voto particular, procede recordar que el Pleno de este Tribunal ha dictado ya once sentencias en esta serie de recursos de amparo referida a la causa de los “ERE”, en el que se impugnaban las mismas resoluciones que aquí, 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 (así como 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). Todos los recurrentes resultaron condenados por el delito de prevaricación (art. 404 Código Penal -CP-), y algunos además -no es el caso del aquí recurrente- por el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en concurso medial con aquel otro, dada su participación en los hechos probados que las sentencias recurridas subsumen en los mencionados delitos y en virtud del correspondiente juicio de autoría, valiéndose de su condición de altos cargos de la Junta de Andalucía en los años 2000 a 2009. En el caso del Sr. Lozano Peña, fue Director General de Presupuestos de la Consejería de Economía y Hacienda, de abril de 2002 hasta abril de 2009, por tanto incluyendo los años objeto de investigación (2000-2009).

La sentencia recaída en el recurso de amparo 2485-2023 de la que ahora discrepo, despliega los mismos razonamientos que ya ha utilizado el Pleno en otras sentencias de esta serie para estimar, total o en su caso parcialmente, la queja que aquí se plantea. En concreto y en lo que aquí importa, a partir de la STC 93/2024, de 19 de junio (RAA 6971-2022, recurrente doña Magdalena Álvarez Arza).

De la fundamentación y el fallo de la STC 93/2024 manifesté mi disconformidad en un voto conjunto firmado con mis compañeros magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña

Concepción Espejel Jorquera Así lo he hecho también en las demás sentencias de la serie ya dictadas, con relación a esta misma queja. Constatado que la sentencia que ahora nos ocupa bebe directamente de los postulados que se contienen en aquélla, debo por fuerza reiterarme en las razones que ya he ofrecido para cuestionar su corrección y acierto, y que expondré de nuevo con detalle en este voto particular. No sin antes referirme a la indebida desestimación del óbice procesal opuesto por una de las partes personadas en este proceso de amparo.

*1. Las quejas por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) debieron inadmitirse por incumplimiento del requisito de invocación temporánea de la lesión en la vía judicial previa*

a) La representación procesal del Partido Popular opuso en su escrito de alegaciones del trámite del art. 52 LOTC, la excepción de inadmisibilidad consistente en el incumplimiento de la exigencia del art. 44.1.c) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esto es: “Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”. Así, respecto de la queja de la demanda de amparo por la vulneración por la sentencia de instancia del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente, queja por tanto que éste debió invocar ya en su recurso de casación para que fuera reparado su derecho por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se señala con relación a la condena por el delito de prevaricación, que “concurriría una causa de inadmisión, por falta de invocación previa de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados en los motivos primero y segundo de la demanda de amparo [el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE], con infracción del correspondiente apartado del art. 44.1 LOTC. No se mencionaban siquiera dichos derechos ni la doctrina constitucional que interpreta el contenido constitucional del derecho a la legalidad penal en la vertiente que exige racionalidad y previsibilidad de la motivación de las decisiones punitivas”, en dicho escrito de casación.

La sentencia de la que discrepo desestima el óbice alegado en el FJ 1.2 porque, dice, en dicho recurso de casación “se adujo tanto la indebida subsunción de las normas relativas a la prescripción de este delito (...); reprocha a la sentencia de la Audiencia Provincial (...) una indebida a subsunción [sic] de los hechos probados en el delito de prevaricación”, por considerar la Audiencia que encajan en este delito actuaciones como “la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y la tramitación de modificaciones presupuestarias, que no pueden considerarse como una ‘resolución’ recaída en ‘asunto administrativo’...”. Esto es

suficiente, añade, para que el Tribunal Supremo pudiera examinar la queja bajo la perspectiva de vulneración del “principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE”.

b) El óbice a mi juicio debió ser estimado. El escrito del recurso de casación no contiene una mínima fundamentación de por qué se habría producido la lesión constitucional que por vez primera se esgrime ante este Tribunal. Que nuestra doctrina sobre el cumplimiento del art. 44.1.c) LOTC, citada por la sentencia de la que discrepo (y que ya trajo a colación para resolver un óbice de procedibilidad similar en el RAA 2119-2023, dictada en este mismo Pleno), permita una flexibilidad en cuanto a los aspectos formales de la invocación, no implica en todo caso suprimir la carga de todo recurrente de tener que suministrar al órgano judicial los elementos de juicio necesarios para considerar que el error que se achaca a la resolución impugnada tiene relevancia constitucional y no solo de legalidad ordinaria pues afecta al contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, tal y como ha sido definido por este Tribunal. En el caso del art. 25.1 CE, por la doctrina que trae el FJ 3 de la propia sentencia.

En el recurso de casación del recurrente se incluye un primer motivo por “infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim”, por aplicación indebida del art. 404 CP (motivo “II. Segundo” [quiere decir, motivo I. Segundo]), en el que se ofrecen las razones por las que considera que los hechos probados no son subsumibles en dicho delito de prevaricación, cuestión ésta de legalidad ordinaria. No solo no se invoca nominalmente el derecho del art. 25.1 CE (disculpable), sino que no se explica sobre todo por qué el razonamiento de la sentencia de instancia incurre en algunas de las modalidades de vulneración de aquel derecho fundamental según nuestra reiterada doctrina. Por qué, en definitiva, esa subsunción de los hechos atribuidos al recurrente, en las correspondientes norma penal (arts. 404 CP), resulta “por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional-”, de modo que conduce “a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”, que como recuerda la sentencia de la que ahora discrepo, es lo que venimos exigiendo para declarar cometida la vulneración de ese derecho.

c) Ciertamente, como dice el FJ 1.2, el escrito de casación negó que la actividad de preparación de anteproyectos de ley de presupuesto, o la relativa a modificaciones presupuestarias, pudiera considerarse una “resolución” recaída en “asunto administrativo” ex art. 404 CP. Pero lo adujo en todo momento desde el plano de la legalidad ordinaria, sin cuestionar la falta de racionalidad o la ausencia de respeto al elemento axiológico propio de ese delito en la argumentación judicial que llevaba a esa subsunción, manifestando simplemente el

recurso de casación que aquellos actos “no son subsumibles” en el delito de prevaricación (pág. 36 del escrito).

La mera identificación de los hechos probados que se entiende han sido erróneamente calificados como delito, no satisface lógicamente por sí misma la carga de argumentar que se ha producido no un simple error jurídico, sino la conculcación del derecho fundamental del art. 25.1 CE, que es de lo que aquí se trata. Esa carga sí se levanta en el escrito donde plantea un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de casación (resolución ésta que sin embargo no causa en origen la lesión) y después en la demanda de amparo, pero no evita que se haya ya producido el óbice insubsanable del incumplimiento de la invocación temporánea de la lesión del derecho [art. 44.1.c) LOTC], para que, se insiste, la supuesta vulneración pudiera ser reparada por la sentencia de casación.

La tesis que aquí (y en la sentencia que resuelve el RAA 2119-2023) aplica la sentencia de la que discrepo, conduce materialmente a equiparar el motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, con la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, lo que resulta inasumible con arreglo, insisto, a la doctrina reiterada de este Tribunal sobre el contenido de este derecho fundamental. Quedan así desdibujados los límites entre la legalidad ordinaria y la constitucional, provocando un efecto-llamada para que en virtud de la “doctrina” que así se fija, pueda a partir de ahora alegarse en las demandas de amparo ante este Tribunal la lesión del art. 25.1 CE, debido a la mera desestimación en casación del motivo de infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

Tampoco cabe considerar levantada dicha carga procesal en el motivo cuarto del escrito de casación del recurrente, en fin, en el que se alega la “infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el artículo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ”, con cita de varios derechos fundamentales, también del “principio de legalidad”, pero sin desarrollo luego de argumentación alguna al respecto, centrado realmente el motivo en la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La estimación del óbice opuesto por la parte personada en este recurso, debió por tanto traer consigo la inadmisión de la queja de la demanda por lesión del derecho del art. 25.1 CE, en cuanto a la condena al recurrente por los delitos de prevaricación, resultando de aplicación nuestra reiterada doctrina acerca de la posibilidad de efectuar el control de los óbices de procedibilidad del recurso de amparo incluso en el trámite de sentencia (últimamente, SSTC 79/2023, de 3 de julio, FJ 2; 22/2024, de 12 de febrero, FJ 2; y 53/2024, de 8 de abril, FJ 2).



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

*2. Sobre la estimación parcial de la queja por vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al condenar al recurrente por el delito de prevaricación.*

La sentencia de la que ahora discrepo declara, en su FJ 4.4, que las resoluciones recurridas han infringido el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente por haberle condenado por un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP: (i) debido a su participación en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los ejercicios de los años 2003 a 2009 (FJ 4.4.A), y (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de los años 2002 a 2009, relacionadas con el programa 3.1 L de las leyes de presupuestos de dichos ejercicios (FJ 4.4.B).

Esta línea de argumentación de la sentencia ahora dictada, que como ya he indicado antes viene utilizándose desde la STC 93/2024, no resulta sostenible tampoco aquí a la luz de las siguientes consideraciones:

*2.1 La elaboración de anteproyectos y proyectos de ley puede ser considerada “asunto administrativo” por la jurisdicción penal.*

La idea que informa esta parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de ley de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones recaídas en un “asunto administrativo” que es el término que emplea el art. 404 CP [FJ 4.4.A)], presupuesto de que parten la sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo para fundar la condena por prevaricación del recurrente.

Las sentencias impugnadas no se refieren tanto a las leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía en los años 2002 a 2009 (ejercicios 2003 a 2009, por lo que se refiere al recurrente) como a los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a mi juicio, inequívoca naturaleza administrativa. Así se desprende también de lo expresado en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, y hasta de la STC 55/2018, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

La Ley 50/1997, del Gobierno, contiene una extensa regulación de cómo deben tramitarse los anteproyectos de ley antes de su elevación al Consejo de Ministros y de la remisión por este del proyecto de ley subsiguiente al Parlamento. Es cierto que esta ley se refiere al Gobierno de la Nación y no al de las Comunidades Autónomas, pero sería absurdo sostener que estos trabajos preparatorios tienen una doble naturaleza, “administrativa” cuando los lleva a cabo la Administración del Estado, y “no administrativa” o “legislativa” cuando se trata de las Comunidades Autónomas.

La Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, sí se refiere a todas las administraciones públicas, también a las Comunidades Autónomas, remitiendo a lo que dispongan sus Estatutos de Autonomía en cuanto a los órganos a quien corresponde la iniciativa legislativa, pero estableciendo con la naturaleza de “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE) algunas indicaciones generales de buena regulación.

Estos preceptos fueron impugnados por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y la STC 55/2018 estimó el recurso, pero no porque esa actividad previa a la remisión de un proyecto de ley a las Cortes Generales o a las diferentes Asambleas legislativas autonómicas - en aquel caso al Parlament de Cataluña- se integrara en la actividad legislativa, sino porque se trata de una actividad propia de las Comunidades Autónomas (“organización de sus instituciones de autogobierno”: art. 148.1.1 CE) y el Estatuto de Autonomía de Cataluña (arts. 150 y 159) reconocía a la Generalitat competencia para regular su propia organización y procedimiento, por más que en algunos casos esas directrices contenidas en el art. 129 de la Ley 39/2015 fueran coincidentes con las desarrolladas por la legislación autonómica.

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama “prelegislativa” es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo “común” (art. 149.1.18 CE), pero es “procedimiento administrativo”. Por eso tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad “no pued[a] ser objeto de control por ningún órgano judicial” [FJ 4.4.A)].



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

La mayoría de nuestro Tribunal cita de manera desviada el ATC 135/2004 (aludido en el FJ 4.3.B). En ese ATC 135/2004 inadmitimos la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado “*Plan Ibarretxe*”) y contra la resolución de la Mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo podía tramitarse como un procedimiento de reforma de la Constitución, y no como un procedimiento de reforma del Estatuto de Autonomía, como había hecho el Parlamento autonómico. Sostuvimos entonces, efectivamente, que ese proyecto de reforma no podía ser objeto de control por el Tribunal Constitucional porque su efecto era solamente abrir un procedimiento parlamentario cuyo resultado era incierto. De su tramitación podía resultar una norma o no resultar ninguna, y en el primer caso esa norma podía ser contraria a la Constitución o conforme con esta. Por lo tanto, no podía este Tribunal anular la propuesta de reforma ni impedir su debate.

Pero esta imposibilidad lógica de controlar vicios *hipotéticos* contenidos en proyectos de normas (o actos) que podrían suponer la anulación del producto final si no fueran corregidos nada tiene que ver con la posibilidad de examinar si en la elaboración de un anteproyecto de ley (que es un acto previo y diferente a la “decisión de elevar a las Cortes un proyecto de ley” como acto de gobierno conforme a la STC 45/1990 aludida en la sentencia 93/2024, FJ 4.4.1), la autoridad responsable ha incurrido *efectivamente* en un delito de prevaricación del art. 404 CP.

En abstracto, de la simple alteración de la partida presupuestaria que antes cobijaba los créditos concedidos al Instituto de Fomento de Andalucía (IFA, posteriormente Agencia para la Innovación y Desarrollo de Andalucía, IDEA), e incluso de la ampliación de sus competencias, no cabe colegir el designio último de los que promovieron tal cambio, que consistía en eludir los controles ordinarios existentes hasta entonces para el otorgamiento de subvenciones. No es en el ámbito de la inconstitucionalidad de leyes de presupuestos donde se mueven las sentencias impugnadas, sino en el de la creación de un marco jurídico aparentemente neutro a cuyo amparo pudiera actuarse disponiendo de ingentes cantidades de dinero sin control efectivo alguno.

En mi opinión, refrendada por la regulación establecida en la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. Por eso tengo que discrepar del FJ 4.4.A) de la sentencia, en que se da a esta actividad la naturaleza de actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier



órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Esto equivale a consagrar un ámbito de impunidad que sí me parece contrario a la Constitución.

Tal como lo veo, los actos prelegislativos son susceptibles de control penal, y por consiguiente no parece que pueda considerarse “imprevisible”, como hace la mayoría, la interpretación efectuada por las sentencias recurridas. Una cosa es que sea la primera vez que un asunto como este se haya planteado ante los tribunales penales y otra muy distinta que la respuesta dada por ellos a esta cuestión novedosa sea “imprevisible”.

## *2.2. Interpretación de las leyes de presupuestos efectuada por las sentencias recurridas*

a) La sentencia de la que discrepo reitera una y otra vez la idea de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las “características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria” (FJ 4.3), la naturaleza de la ley de presupuestos como “verdadera ley” (FJ 4.3.A,e), la posibilidad de modificar las leyes vigentes (FJ 4.3.B,b) y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional (FJ 4.3.A,f), para terminar concluyendo que la forma de razonar de las sentencias recurridas supone “privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley” de presupuestos” [FJ 4.4.A,b].

Si así hubiera sucedido, podría compartirse lo razonado por la mayoría. Pero esta parte de una premisa incorrecta. Las sentencias recurridas interpretan de otro modo las leyes de presupuestos.

La (supuesta) modificación legislativa se habría producido con la calificación de las ayudas sociolaborales como “transferencia de financiación”, según reconoce la mayoría en el FJ antes citado. Una modificación que se habría producido en las “memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L” cuyo contenido extracta la sentencia del Tribunal Supremo (FD 11, págs. 193-196), transcrita en este punto por el FJ 2.1 c) de nuestra sentencia (“9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuestos de la Junta de Andalucía...”).

b) Pues bien, tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como el Tribunal Supremo niegan razonadamente que esa calificación tuviera eficacia normativa y vinculante y habilitara la exclusión de los controles propios de las subvenciones.





TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla lo hace en su FD 15 (aludido en la STS, FD 23.1, pág. 256, última línea), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

“El debate del Presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. *Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañarlo*”.

Un precepto que le lleva concluir lo siguiente:

“...los únicos documentos objeto de debate, y por tanto de aprobación parlamentaria, son el texto articulado de la ley y los estados de gastos de cada uno de los entes públicos de la Comunidad Autónoma. Sin que el resto de documentos que, como documentación anexa, acompañan al proyecto de presupuesto, sean objeto de aprobación por el Parlamento, *ni, en consecuencia, adquieran fuerza de ley*”.

Y el Tribunal Supremo es igualmente concluyente: “ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones” (FD 23.2, pág. 262); las leyes de presupuestos “habilitaron unos créditos presupuestarios” pero no aprobaron “la forma de ejecución del gasto” ni su “concesión y pago eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones” (FD 11.1, págs. 189-190).

En lugar de detenerse en estos estos razonamientos, como corresponde a un recurso de amparo que debe examinar la razonabilidad de la interpretación efectuada por las sentencias recurridas, la sentencia de la que ahora discrepo cambia los términos del debate, hace supuesto de la cuestión y da por sentado lo que esos tribunales niegan: el valor de ley de la “documentación anexa” a los proyectos de ley de presupuestos.

Lo que era objeto de discusión ante la jurisdicción penal, y esta negó motivadamente, no era “el carácter formal o material” de la ley de presupuestos, cuestión hace tiempo “superada” como reconoce la mayoría citando la STC 76/1992, sino si la “documentación anexa” a la ley de presupuestos, donde se contiene ese cambio de calificación de créditos, supuso efectivamente una modificación, derogación o desplazamiento de la normativa general sobre subvenciones.

Por el sencillo expediente de omitir los razonamientos de las sentencias objeto de amparo, la sentencia ahora dictada asume apodícticamente que sí han producido ese cambio legislativo.

Pero la lectura del análisis de la “documentación anexa” al proyecto de ley de presupuestos ofrecido por las págs. 193-196 de la sentencia del Tribunal Supremo, transcritas en el FJ 2.1 c) de la misma sentencia, no permite sostener esta conclusión. Antes al contrario: estas “fichas”, “memorias” y “documentación anexa al proyecto de presupuestos” llaman varias veces “subvenciones” a las “ayudas sociolaborales” del programa 31L, de modo que difícilmente puede sostenerse que esa “documentación anexa” autorizara la elusión del régimen de estas.

c) Además, la conclusión de las sentencias recurridas sobre la ausencia de valor legal de esa “documentación anexa” a las leyes de presupuestos no vulnera el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, pues viene corroborada por importantes y evidentes argumentos constitucionales.

En primer lugar, esa “documentación anexa” no está publicada, ni se publica conjuntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno por aplicación de la máxima del art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza... la publicidad de las normas”. Si no hay publicidad, no puede haber “norma” vinculante, ni mucho menos “verdadera ley”, como asume la mayoría.

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su “documentación anexa”, por otra, viene corroborada por otras normas. No solo el art. 129.3 Reglamento del Parlamento de Andalucía, que cita la sentencia de la Audiencia de Sevilla en el pasaje antes transcrito (idéntico además a los arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 150.2 del Reglamento del Senado), sino también los arts. 34.5 y 35 de la Ley 5/1983, de Hacienda Pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria del Estado (LGP), igualmente citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (FD 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al “proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, *integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos*”, “se acompañará” cierta “*documentación complementaria*”, que incluye, entre otras, “*las memorias descriptivas de los programas de gasto y sus objetivos anuales*”. De la misma manera, el art. 35 de la Ley andaluza 5/1983 dice que “el proyecto de Ley de Presupuestos *y la documentación anexa* se remitirán al Parlamento” al menos dos meses antes de la expiración del anterior. Todo proyecto de ley del Gobierno va acompañado de cierta documentación (cfr. art. 88 CE y art. 26

de la Ley 50/1997, del Gobierno), pero no por ello esa documentación adquiere el rango y fuerza de la ley una vez aprobada esta.

En tercer lugar, nuestra doctrina también ha reconocido la naturaleza no normativa de las memorias y fichas presupuestarias (no publicadas): “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).

Finalmente, el ya citado art. 1 del Decreto-ley 4/2012 excluyó expresamente la aplicación de la normativa general de subvenciones, lo que evidencia, como ya he dicho, que las leyes de presupuestos anteriores no habían excluido la aplicación de esa normativa general.

### *2.3. Modificaciones presupuestarias*

En cuanto a modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 a 2009 [FJ 4.4.B)], por las mismas razones que entiendo que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 3.1L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias de aquellos años pueden escudarse en la ley de presupuestos.

Las leyes de presupuestos habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse. Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 3.1L 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.

Resulta, por tanto, infundada la afirmación de la sentencia de la que disiento según la cual el Tribunal Supremo ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para esos años de modo imprevisible, así como las modificaciones presupuestarias aprobadas a su través.

En esta sentencia se efectúa el análisis del carácter “arbitrario” de las resoluciones dictadas en asuntos administrativos, a efectos de su encaje en el art. 404 CP, no al tratar del procedimiento de aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos (como sí lo hace en otras sentencias de esta serie), sino al referirse a las modificaciones presupuestarias, reconociendo que el procedimiento que conduce a su aprobación reúne los elementos del tipo

penal, excepto el de la arbitrariedad. Pues bien, la definición de este concepto de arbitrariedad corresponde sin duda alguna a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y este explica que, según su jurisprudencia, se identifica la arbitrariedad como una ilegalidad patente, grosera, palmaria, clamorosa o flagrante, y señala como hechos relevantes de este caso los siguientes:

(i) que se cambió el sistema de financiación de las “ayudas sociolaborales” sin razón aparente;

(ii) que se hizo y mantuvo ese cambio a pesar de las múltiples advertencias de la intervención y los servicios jurídicos sobre las ilegalidades que se estaban produciendo;

(iii) que la consecuencia real del cambio fue la falta de control y absoluta ilegalidad de la concesión de subvenciones.

Por todo ello concluye: “A partir de estos hechos, dada la incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo y en atención a la finalidad directamente perseguida por los autores no cabe otra conclusión que la de afirmar la arbitrariedad e injusticia de las resoluciones objeto de enjuiciamiento” (STS, FD 30, pág. 296).

Ninguna de estas razones se analiza en la sentencia apoyada por la mayoría, sino que vuelve a reiterarse la idea -ya defendida en la STC 93/2024- de la aprobación parlamentaria como sanadora de todos los posibles vicios denunciados y a la imprevisibilidad de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Sevilla y por el Tribunal Supremo.

La razón de la condena al recurrente por parte de estos tribunales 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, el recurrente y otros funcionarios idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada como “relaciones laborales” y disfrazada como transferencia de crédito al IFA (posteriormente IDEA) para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no se deroga.

Efectivamente, las leyes de presupuestos hubieran podido derogar esa legalidad, o desplazarla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada “tercera etapa” de los ERE [STS, FD 1, “resumen de los hechos probados”, pág. 111, reproducido en el antecedente 2 a) de nuestra sentencia]. El art. 1 de este Decreto-ley estableció



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

expresamente que “a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas”, lo que evidencia que el criterio seguido en años anteriores de no seguir los trámites impuestos por esa “normativa general sobre subvenciones públicas” no se ajustaba a la legalidad vigente.

En esta situación no me parece que la respuesta penal de la actuación del recurrente pueda calificarse de imprevisible.

#### *2.4. Respeto por las resoluciones impugnadas del derecho fundamental del recurrente*

Colofón de lo que se expone, es que considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos del delito de prevaricación y su aplicación al caso que supera 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. Un canon que han superado anteriormente otras interpretaciones razonadas por los tribunales penales pero que pueden resultar más o menos controvertidas, como por ejemplo condenar por prevaricación a un particular a pesar de que el delito solo pueden cometerlo los “funcionarios” según la letra del Código Penal (SSTC 47/1995, de 14 de febrero, FJ 6; y 41/1998, de 24 de febrero, FFJJ 5 y 6), o la condena a un alcalde, también por prevaricación, por actos que incluyen algunos que la jurisdicción contencioso-administrativa consideró conformes con el Derecho administrativo (ATC 324/2003, de 20 de octubre, FJ 6).

Aplicando este mismo rasero de la razonabilidad, considero que la interpretación del delito de prevaricación efectuada en este caso por los tribunales competentes para ello, que son la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no es imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

La demanda de amparo por tal razón debió de inadmitirse en cuanto a los aspectos de la queja de lesión del art. 25.1 CE que se declaran con lugar, o subsidiariamente haberse desestimado en su integridad.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil veinticuatro