

LOS CONTORNOS DE LA CRIMINALIDAD DEL GOBERNANTE: LAS SENTENCIAS DE LOS ERE DE ANDALUCÍA

The boundaries of criminality of politicians: the sentences of the ERE of Andalusia

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Universidad de Cantabria

demigueljm@unican.es

Cómo citar/Citation

De Miguel Bárcena, J. (2025).

Los contornos de la criminalidad del gobernante:
las sentencias de los ERE de Andalucía.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 29(2), 235-262.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.2.08>

Resumen

El presente estudio lleva a cabo un análisis crítico de las sentencias que resuelven los recursos de amparo del caso de los ERE de Andalucía, centrándose en las decisiones que abordan la vertiente más política del mismo. El análisis se realiza teniendo en cuenta la tensión entre la jurisdicción constitucional y ordinaria, la tradicional problemática de la criminalidad del gobernante y, por último, un posible sesgo *propter amicitiam* que pondría en cuestión la independencia del Tribunal Constitucional. A pesar de estar ante recursos de amparo que garantizan derechos fundamentales especialmente relevantes, el trabajo intenta precisar su incidencia indirecta en el orden constitucional de los poderes.

Palabras clave

Legalidad penal; tutela judicial efectiva; separación de poderes; Tribunal Constitucional; recurso de amparo.

Abstract

This study analyses the Constitutional Court's judgments on the ERE case in Andalusia. It focuses on decisions that address the more political faces of the case. The analysis also considers the tension between constitutional and ordinary jurisdiction, the traditional problem of the ruler's criminality and a possible *propter amicitiam* bias that puts into question the independence of the Constitutional Court. Although these judgments guarantee relevant fundamental rights, the work attempts to clarify their indirect impact on the constitutional order of powers.

Keywords

Criminal legality; effective judicial protection; separation of Powers; Constitutional Court; amparo.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO DE LOS ERE: LA RESPUESTA PENAL A UN PROBLEMA SOCIOLOGICO DE FONDO. III. LA ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO: ¿JUSTICIA PROPTER AMICITIAM? IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA: UN LÍMITE DIFUSO. V. LA PRETENSIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO. VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS PRELEGISLATIVOS: ¿EL RESURGIMIENTO DEL «ACTO POLÍTICO»? 1. El Tribunal Supremo y (la lucha contra) las inmunidades del poder. 2. La democracia constitucional tolera espacios de inmunidad jurisdiccional. 3. La ley como valladar ante el derecho penal: ¿sentencias incongruentes? VII. LA DOBLE CUESTIÓN SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en las que se declaran nulas, en el contexto de los debidos recursos de amparo, las decisiones de la Audiencia de Sevilla y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en adelante TS) en las que se condenó a diversos miembros del Consejo de Gobierno y de la administración de la Junta de Andalucía por haber intervenido, a lo largo de más de diez años, en el diseño o ejecución de concesión de ayudas sociolaborales. Son un total de doce sentencias: en diez de ellas se estimaron parcialmente los recursos (SSTC 93/2024, de 19 de junio; 94/2024, de 2 de julio; 95/2024 a 98/2024, de 3 de julio; 99/2024 y 100/2024, de 16 de julio, y 102/2024 y 103/2024, de 17 de julio) y en las otras dos se desestimaron íntegramente (SSTC 90/2024, de 17 de junio, y 101/2024, de 16 de julio).

Las diez sentencias parcialmente estimatorias, que cuentan todas ellas con varios votos particulares discrepantes, declaran la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE); cinco de ellas añaden la declaración de vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (SSTC 94/2024; 96/2024 a 98/2024 y 100/2024). Todas proceden al restablecimiento del derecho o de los derechos vulnerados mediante la declaración de nulidad de las sentencias condenatorias. En algunos casos, se acompaña de la «retroacción del proceso al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento respetuoso con el derecho fundamental vulnerado», lo que implica, por disposición expresa de las sentencias, que ese nuevo pronuncia-

miento excluya el enjuiciamiento penal por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos, su aprobación posterior como proyectos de ley en las sesiones del Consejo de Gobierno y haber realizado diversas modificaciones presupuestarias.

Este comentario va a abordar el núcleo duro de lo que periodísticamente se ha considerado como la vertiente política del «caso de los ERE». Por ello, y porque se repiten sustancialmente los planteamientos de defensa de los recursos y los argumentos del TC en casi todas las sentencias, vamos a centrarnos en tres de los amparos resueltos: la STC 93/2024, referida a doña Magdalena Álvarez; la STC 99/2024, referida a don Manuel Chaves, y, por último, la STC 100/2024, referida a don José Antonio Griñán. La significación pública de los parcialmente amparados es notable y, como acabamos de señalar, las sentencias que les afectan tienen los ingredientes necesarios para abordar las dimensiones constitucionales de los pronunciamientos: la criminalidad del gobernante en relación con el orden constitucional de los poderes, los límites entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional cuando se trata de aplicar derecho penal y, por último, el problema de una respuesta jurisdiccional global que parece afectada por un cierto sesgo *propter amicitiam*¹.

II. EL CASO DE LOS ERE: LA RESPUESTA PENAL A UN PROBLEMA SOCIOLOGICO DE FONDO

La «trama de los ERE» está asépticamente explicada en los antecedentes de todos los recursos de amparo. De acuerdo con los hechos probados por las sentencias de la Audiencia de Sevilla y el TS, la denominada «pieza específica» del caso ERE se divide temporalmente en tres etapas. En la primera, que llega hasta el año 2000, la Junta de Andalucía, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, articuló un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos a empresas en situación de crisis financiera. Estas ayudas, que suponían la disposición gratuita de fondos públicos en favor de empresas para también resolver problemas parti-

¹ En el momento de enviar a evaluar este comentario se han publicado, respectivamente, un importante y pormenorizado análisis del caso de los ERE ante el TC (Ruiz Robledo, 2025) y una revisión interesante de la institución del recurso de amparo teniendo en cuenta las circunstancias del mismo caso (Rodríguez Ramos, 2025). El sintagma «criminalidad del gobernante» que utilizamos varias veces en este trabajo tiene su origen en el libro clásico de Díez-Picazo (2000).

culares de trabajadores, tenían la consideración de subvención y su concesión estaba sujeta a todas las garantías previstas por la Ley 5/1983, de 9 de julio, general de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En particular, es necesario destacar el control previo de la Intervención de la Junta y seguimiento posterior conforme al art. 85 *bis* de la citada ley.

Todo este sistema cambió, como recuerda Poveda Sánchez (2017: 15 y ss.), cuando en 1999 fue necesario atajar la crisis de la empresa cárnica Hijos de Andrés Molina SA de Jaén. En ese año, como consecuencia de la crisis económica que se alargaba toda la década, el paro alcanzó en Andalucía el 33 % de la población activa y la Junta buscaba salvar empresas. En la empresa cárnica referida se conocieron dos de los protagonistas de la «parte baja» del caso de corrupción: Francisco Javier Guerrero y Juan Lanzas. Y a la empresa cárnica se le aplicó, junto a Puleva, el primer régimen subvencional excepcional con el que empezaron a tramitarse los expedientes para buscar nuevos socios industriales, prejubilar trabajadores y conceder ayudas que permitieran salvar los balances. La Intervención delegada de la Consejería de Empleo comenzó a poner reparos y la Comisión Europea declaró en 1999 que el sistema subvencional previo (del que Molina había consumido en ese año más de 10 000 millones de pesetas) era contrario a la normativa comunitaria que prohibía ayudas de Estado. En ese contexto y caso particular, nació el sistema de los ERE que terminó desplegándose durante toda la década del 2000 en Andalucía.

En esta segunda fase, el Gobierno y Parlamento autonómicos optaron por un régimen de transferencias directas a empresas vehiculadas a través del Instituto de Fomento de Andalucía (en adelante, IFA), en materia de relaciones laborales. Al IFA se le hacía llegar el dinero como transferencias para compensar sus cuentas por un presunto desfase en gasto corriente. De este modo, en la Ley de Presupuestos anual la Intervención solo constataba que se había inyectado dinero al IFA, pero sin poder aclarar el destino final de esos fondos, pese a que la documentación anexa a las diferentes partidas seguía refiriéndose a la legislación subvencional. Una vez en el IFA, la Consejería de Empleo dispuso de los recursos para repartirlos discrecionalmente —sin control previo de la Intervención y sin cumplir con las normas reguladoras de las subvenciones—, pues las ayudas no se publicaban en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA)* ni se anotaban en las cuentas del ente como subvenciones. Hasta el mes de julio de 2001, los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 7 de julio de 2001 el consejero de Empleo y el presidente del IFA firmaron un convenio marco de colaboración para la formalización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente. También se estableció que las

ayudas habrían de suscribirse mediante convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos².

A partir de 2002 y hasta el año 2009, con la finalidad de evitar todo control y con conciencia de los incumplimientos ya reseñados, se procedió a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» en el nuevo programa 31L, que sustituía al anterior 22E. El montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y luego 31L, de los que se dispuso todos estos años, para atender compromisos asumidos frente a terceros para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis mediante el mecanismo de las transferencias de financiación, desde la Consejería de Empleo a la Agencia IFA/IDEA, ascendió a más de seiscientos ochenta millones de euros.

Según consta en las sentencias del TC aquí analizadas y siguiendo lo expuesto en las sentencias de la Audiencia de Sevilla y el TS, el sistema de los ERE tuvo cinco consecuencias que navegaban entre los ilícitos administrativos y penales³. Primera: debido a la falta de publicidad y libre concurrencia y a la inexistencia de bases reguladoras muchas empresas y trabajadores se vieron privados de la posibilidad de solicitar y que les fueran concedidas ayudas. Segunda: la ausencia de mecanismos de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas permitió la inclusión de beneficiarios que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas por la Consejería de Empleo. Tercera: la no exigencia de justificación de requisitos previos y la ausencia de cualquier tipo de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios posibilitó que un número indeterminado de estos siguiera percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado

² El convenio marco no fue publicado en el *BOJA* y no fue objeto de informe previo, ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA. Además, nunca se constituyeron las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco y en los convenios particulares se hacía constar que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

³ Tras descubrirse el fraude de los ERE, la Consejería de Empleo de la Junta inició en 2012 de oficio una revisión de las subvenciones concedidas a empresas a partir de la instrucción penal que se estaba llevando a cabo, tramitándose más de trescientos expedientes que en su gran mayoría concluyeron mediante resoluciones en las que se declaraba la nulidad de aquellas y se exigía a cada beneficiario su devolución, en virtud del art. 36.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Muchas de esas empresas recurrieron las decisiones en la jurisdicción contencioso-administrativa, dando lugar a una saga de sentencias de la Sala Tercera del TS (Gayo Rubio, 2017).

de nuevo al mercado laboral, o pese a haber pasado a situación de incapacidad. Cuarta: un gran número de ayudas a empresas en crisis careció, además, de objeto concreto y respondió a fines muy diversos, como pago de nóminas, deudas, minutas por servicios profesionales, avales, o simplemente no estaban suficientemente especificados. Y quinta y última: a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron parte de estos fondos para fines completamente ajenos a las ayudas sociolaborales.

En 2010 se abandonaron las transferencias de financiación y se presupuestaron las partidas para la concesión de las ayudas, publicándose las primeras bases reguladoras de las mismas, mediante las órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 y 13 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por el Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

El caso de los ERE implicó la apertura, a lo largo de diez años, de unas cien piezas separadas para enjuiciar diversas conductas de los numerosos partícipes. En lo que a nosotros nos interesa, la Audiencia de Sevilla y luego la Sala de lo Penal del TS condenaron a Manuel Chaves y Magdalena Álvarez como autores de un delito de prevaricación (art. 404 CP) y a José Antonio Griñán como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos (art. 432 CP). En los tres casos, las conductas sancionadas consistieron en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos, su aprobación como proyectos de presupuestos entre 2002 y 2009 y la aprobación de diversas modificaciones presupuestarias que afectaron al programa 31L hasta su cese en abril de 2009.

La mera descripción del sistema de atribución irregular de ayudas de los ERE no impide otras consideraciones sobre su naturaleza y el contexto socio-lógico en el que se desplegó. Un sistema así, con notable enraizamiento social, también es la expresión de un modelo político de fondo donde se confunde el partido y las instituciones y donde el enriquecimiento ilícito de unos pocos, eventualmente castigado, suele terminar encubriendo redes clientelares complejas de muy difícil desarticulación. La corrupción es una infracción de la legalidad con perfiles jurídicos propios, pero cuando alcanza ciertos estadios cuantitativos y cualitativos es el preludio de la decadencia constitucional de los países (García, 2013).

III. LA ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO: ¿JUSTICIA PROPTER AMICITIAM?

Todos los recursos de amparo sobre los ERE fueron admitidos a trámite por el TC porque cumplían con el requisito de la especial trascendencia constitucional previsto en el art. 50.1 LOTC. En los autos del TC —en nuestro caso AATC 284, 285 y 287/2023, de 5 de junio— se señaló que los amparos planteaban un problema de un derecho fundamental sobre el que no existía doctrina constitucional. En concreto, dos aspectos: primero, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial de las actuaciones prelegislativas del Gobierno en la elaboración de los presupuestos; segundo, en el caso del ATC 287/2023 (José Antonio Griñán), la proyección de la regla que rechaza actuaciones de los funcionarios y de los poderes públicos que traten como culpable a quien no ha sido legalmente declarado como tal (art. 24 CE).

Los asuntos trascendían también el caso concreto para plantear una cuestión jurídica de repercusión social relevante y por tener unas consecuencias políticas generales en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno, el Parlamento y el Poder Judicial. Los autos contaron con un voto particular de dos magistrados —César Tolosa y Enrique Arnaldo— que defendieron la inadmisión de los recursos, recordando, entre otros aspectos, el precedente de que el TC había inadmitido los recursos de amparo interpuestos por las personas condenadas en otros procesos penales sobre corrupción con especial relevancia social y política (caso *Nóos* o trama *Gürtel*). Además, negaban que los recursos de amparo plantearan, con carácter subsidiario, quejas relativas a la vulneración de los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Sobre dichas cuestiones ya existiría una consolidada doctrina constitucional, por lo que no se estaría ante un supuesto en el que se «plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional». Y, sobre todo, consideraban que el TC no tenía competencia para definir o interpretar los elementos objetivos y subjetivos de tipos penales, al tratarse de una cuestión de estricta legalidad ordinaria.

No es necesario trazar una estadística de largo recorrido para saber que son muy pocos los recursos de amparo admitidos a trámite por el TC. Por ejemplo, en la Memoria de 2024 se señala que se presentaron 9796 y que solo 154 fueron admitidos a trámite: 1,57 %. Y tampoco es menester, ahora, realizar una valoración de la reforma de la LOTC que en 2007 incorporó el requisito de la especial trascendencia constitucional en lo relativo a la admisión de los amparos. Lo importante es señalar que un buen número de recursos de ciudadanos anónimos, con análogas y a veces más justificadas pretensiones en

idéntico sentido, no han sido ni estimados ni desestimados, al ser inadmitidos por carecer de «especial trascendencia constitucional», lo que convierte en aleatorias y carentes de seguridad jurídica muchas peticiones de protección de derechos fundamentales lesionados de los ciudadanos en el ámbito propiamente jurisdiccional. Por ello, se ha señalado que en la admisión de los amparos del caso ERE el TC habría actuado *propter amicitiam* (Rodríguez Ramos, 2024)⁴.

IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA: UN LÍMITE DIFUSO

Los comentarios más inmediatos a las sentencias de los amparos de los ERE incidieron en un posible exceso de jurisdicción por parte del TC. Diversos votos particulares así lo expresaron. Por ejemplo, el magistrado César Tolosa señaló en su voto a la STC 93/2024: «La sentencia de la que manifiesto mi discrepancia ha devastado los límites de la jurisdicción constitucional, al irrumpir en el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria y suplantar la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley (art. 123 CE)». En su voto particular a la STC 100/2024, la magistrada Concepción Espejel afirmó que «el Tribunal (constitucional) ha excedido sus competencias invadiendo las que corresponden al Tribunal Supremo para la interpretación de los tipos penales, para efectuar el juicio de subsunción y para la valoración de las pruebas, orillando el canon pacíficamente aplicado en los recursos de amparo». Por último, el magistrado Enrique Arnaldo apuntó en su voto particular a la STC 99/2024 que esta «incurre 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».

Todo sistema que cuenta con dos jurisdicciones, una ordinaria y otra constitucional, tiende a cierto conflicto, pues la pluralidad de instancias conlleva la posibilidad de que se produzcan interpretaciones diferentes de un mismo

⁴ La expresión latina *propter amicitiam* puede ser traducida «por razón de amistad» (política, en este caso). No es una expresión desconocida en el ordenamiento español. Por ejemplo, los arts. 23.2 y 24 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, prevén abstenciones y recusaciones de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en caso de tener amistad íntima con alguno de los sujetos intervenientes en el procedimiento. Lo mismo para la abstención y recusación de jueces y magistrados previstas en el art. 219.9.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Evidentemente, aquí se usa la expresión en un sentido amplio o impropio.

precepto legal teniendo la Constitución como referencia (García Morillo, 1985). La conflictividad alcanza niveles más intensos cuando existen vías para hacer que la interpretación realizada por el juez constitucional se imponga a la realizada por la instancia ordinaria, dejando a esta última sin valor alguno (art. 5.1 LOPJ). Ello sucede, principalmente, en aquellos modelos donde *a posteriori* el TC puede conocer de forma incidental de la adecuación de la actuación judicial a la Constitución, sobre todo en el marco de la garantía de derechos fundamentales. En el caso español, es bien conocida la «guerra de Cortes» mantenida principalmente por un TS que, denunciando a menudo la extralimitación del TC en su función de garante de la Constitución en relación con la legalidad ordinaria, condujo a situaciones institucionales inauditas que no es preciso recordar (Aguado Renedo, 2006). De todos modos, es opinión común que la reforma del recurso de amparo introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ayudó a rebajar la tensión entre el TS y el TC, porque estuvo encaminada a conseguir que la tutela de los derechos fuera realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria (Carrasco Durán, 2013).

El TC tiene jurisprudencia sólida en el sentido de precisar los límites de su propia jurisdicción con respecto a la legalidad ordinaria. Por ejemplo, la STC 162/1992, de 26 de octubre, señaló que «desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no le corresponde (a este Tribunal) en principio la interpretación de la legalidad ordinaria, sino fiscalizar —en defensa de tales derechos— que la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por los tribunales sea acorde con la Constitución» (FJ 4). En relación con el recurso de casación, el TC también ha mantenido una postura de *self-restraint* que ha ayudado a suavizar las relaciones con el TS: «[...] la especial consideración que ha de mantener este Tribunal (Constitucional) con respecto a la legalidad procesal por parte de Jueces y Tribunales, que se extrema, según ha declarado nuestra doctrina, en el caso del recurso de casación ante el Tribunal Supremo [...], a quien está conferida la función de interpretar la ley ordinaria» (STC 27/2009, de 26 de enero, FJ 2). Estas cautelas, sin embargo, pueden no ser suficientes en momentos determinados porque «la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la simple legalidad, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables» (STC 50/1984, de 5 de abril, FJ 3). Aragón Reyes (2006) lo ha recordado de forma diáfana: «Cuando se interpreta la legalidad ordinaria debe hacerse de conformidad con la Constitución y, sobre todo en el contexto de los recursos de amparo, es frecuente que el TC se vea en la disyuntiva de *aplicar* —y no solo interpretar— justicia no constitucional o *legal*» (cursivas nuestras).

Como ya dijimos en la introducción, las sentencias de amparo del caso de los ERE suponen, en primer lugar, una anulación parcial de dos sentencias previas (Audiencia de Sevilla y TS) con retroacción de actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte un nuevo pronunciamiento en un contexto complicado: la posible prescripción de los delitos y la presunta —en nuestra opinión por lejana y diríamos que accidental— conexión del fallo constitucional con el derecho comunitario y los intereses financieros de la Unión⁵. Además, llama la atención el lenguaje que el TC utiliza en algunos pasajes para referirse a las actuaciones de la Audiencia y el TS. Por ejemplo, en casi todas ellas (véase, en tal sentido, el fundamento jurídico 4 de la STC 93/2024) se reprocha a los órganos judiciales ordinarios «su *desconocimiento* de los elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional» (cursivas nuestras), tales como el carácter parlamentario del Estado o la separación de poderes. Cuando se aborda la interpretación de los tipos penales o de conceptos jurídicos básicos («resolución» o «asunto administrativo») por las sentencias parcialmente anuladas, tal interpretación es calificada por el TC como «insostenible» o «absolutamente imprevisible». Admoniciones lingüísticas que parecen lejos de la prudencia institucional.

Al margen de estas cuestiones de estilo, resulta claro que cuando se trata de garantizar derechos fundamentales, en este caso a la legalidad penal (art. 25.1 CE) o a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), es difícil delimitar *a priori* el alcance de la jurisdicción constitucional con respecto a la legalidad ordinaria. Con la debida contención y al margen de la identidad de los amparados, el TC tiene el mandato constitucional de proteger la libertad de los ciudadanos, sobre todo si estamos ante la potestad sancionadora del Estado [arts. 53.1 y 161.1 a) CE]. Para tal fin, por ejemplo, en todas las sentencias aquí tratadas, el TC alude a un pronunciamiento —la STC 129/2008, de 27 de octubre— en el que reivindica su capacidad «para evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales» de determinados preceptos penales (FJ 3).

Pues bien, la STC 129/2008 desestimó en realidad el recurso de amparo considerando que el fraude de ley tributaria era una modalidad de defraudación y, en consecuencia, la subsunción de la conducta no era

⁵ Sin entrar en este debate, de límites complejos y que podría conducir a un cuestionamiento de la autoridad jurisdiccional del TC a través del cuestionamiento de la ejecución de sus decisiones, véase el Auto 657/2025, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, que decide presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque entiende que los amparos del TC lesionan los intereses financieros de la Unión.

una interpretación extensiva del art. 305 CP, cuando la ley penal en blanco que configura ese tipo delictivo, reenviando a la Ley General Tributaria, resulta que es una ley que diferencia claramente entre conductas constitutivas de infracción y las que solo incurren en fraude de ley. Más paradójico resulta que cuando el TC se reivindica como intérprete excepcional de la legalidad ordinaria en once sentencias previas donde verifica la adecuada subsunción de conductas en los tipos penales (FJ 3 de la STC 93/2024), únicamente se estimara la vulneración del principio de legalidad penal en tres de ellas (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, 142/1999, de 22 de julio, y 262/2006, de 11 de septiembre) y ninguna de las condenas previas fuera dictada por el TS, máxima autoridad jurisdiccional a la hora de aplicar la legislación ordinaria (arts. 117.3 y 123.1 CE).

A pesar de estas carencias argumentales, siempre a nuestro modo de ver, los amparos de los ERE contienen importantes novedades con respecto a los (difusos) límites de la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Y esas novedades, que en nuestra opinión no deberían abrir ninguna nueva batalla entre el TC y el TS, dada la tendencia de la última década (Lascuraín, 2023), tendrán que concretarse en cambios de relevancia que no podrán ser desoídos por los órganos y poderes implícitamente interpelados en sus fundamentos jurídicos. Por un lado, el TS tendrá que revisar algunas doctrinas que pecan de interpretación extensiva de los tipos delictivos. Por otro, el legislador tendrá que reformar los delitos de malversación, reintroduciendo la tradicional figura de la malversación imprudente por *culpa in vigilando*, eliminada del Código Penal de 1995, al tiempo que se perfeccionan las actuales figuras delictivas del capítulo de las malversaciones reinsertando la administración desleal de caudales públicos, extirpada de forma arbitraria en la reforma de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, para satisfacer a políticos independentistas (Rodríguez Ramos, 2024). Esta reforma de 2022 perdió su espuria *ratio legis* una vez que se promulgó la Ley Orgánica de Amnistía 1/2024, de 10 de junio.

V. LA PRETENSIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO

En las tres sentencias estudiadas, hay un núcleo invariable de los recurrentes en amparo que será sobre el que gire el razonamiento que finalmente lleve a reconocer la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Los representantes de Magdalena Álvarez, Manuel Chaves y José Antonio Griñán sostuvieron a este respecto lo siguiente: en su condición de miembros del Gobierno de la Junta, los recurrentes fueron condenados por la comisión de un delito continuado de prevaricación por

elaborar los anteproyectos de ley de presupuestos, por aprobarlos como proyectos de ley en el Consejo de Gobierno y por la realización de modificaciones presupuestarias. Se sostiene que las resoluciones impugnadas realizaron una interpretación extravagante y extensiva de los elementos básicamente del tipo del delito de prevaricación (art. 404 CP) que infringía el art. 25.1 CE.

En concreto, se adujo que las actuaciones realizadas en el contexto de los anteproyectos de ley de presupuestos y el hecho de haber participado como miembros del Consejo de Gobierno en su aprobación como proyectos de ley no podían considerarse «resoluciones» a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo del Código Penal. También se alegó que no cabía entender que tales actos recayeran en un «asunto administrativo» ni que pudieran calificarse de «arbitrarios»: no puede ser ilegal un proyecto de ley que es idéntico en su contenido a la ley finalmente aprobada por el Parlamento. Los mismos argumentos aducidos en el motivo anterior, *mutatis mutandis*, llevaron a los recurrentes a sostener que también esta vertiente del principio de legalidad penal había sido vulnerada por los órganos judiciales al apreciar que las modificaciones presupuestarias por las que fueron condenados pueden subsumirse en el art. 404 CP. Por último, también se denunció en la demanda que las sentencias impugnadas eran manifestamente arbitrarias, al fundarse en razonamientos que incurrián en quiebras lógicas (seguimos el fundamento jurídico 4 de las SSTC 93, 99 y 100/2024).

En el caso de José Antonio Griñán la pretensión de amparo fue distinta porque también fue condenado en concurso medial como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos (art. 432 CP). Al respecto, el recurso consideró, igualmente, que su participación, en calidad de consejero de Economía y Hacienda, en la elaboración de los presupuestos de la comunidad autónoma de Andalucía no le daba la capacidad de disposición requerida en el tipo del art. 432 CP, que exige que la autoridad o funcionario público tenga los caudales a su cargo. Entender que en la fase de presupuestación hay capacidad de disposición de las cantidades presupuestadas constituye una interpretación imprevisible del tipo penal, pues solo quien gestiona los fondos públicos —en este caso concreto, la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico— puede disponer de ellos. El consejero de Economía y Hacienda carecería de funciones de revisión o supervisión de los gastos efectuados por otras consejerías; nada se le podía reprochar, por tanto, en relación con la disposición de los caudales. Las mismas razones llevaron a los representantes de Griñán a negar la previsibilidad de la posición de garantía que las resoluciones impugnadas le atribuían. La aprobación de un proyecto de ley de presupuestos sería una conducta puramente neutra. El Consejo de Gobierno pretendía, con ella, disminuir los controles para agilizar la concesión

de las ayudas, pero esa actuación fue dolosamente utilizada por terceros con fines ilícitos⁶.

El recurso de Griñán también contenía quejas sustantivas en torno al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En primer lugar, se denunciaba su vulneración al considerar el demandante que no existía acervo probatorio suficiente para declarar la concurrencia de dolo eventual respecto a la final disposición de fondos y al haberse realizado una valoración irracional, arbitraria e ilógica de la prueba practicada a fin de concluir la condena del recurrente. En segundo lugar, la demanda alegaba la vulneración de la presunción de inocencia en su dimensión «del derecho al honor» (art. 18 CE), como consecuencia de la publicación anticipada del fallo (STC 100/2024, FJ 6 y 7).

VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS PRELEGISLATIVOS: ¿EL RESURGIMIENTO DEL «ACTO POLÍTICO»?

La argumentación principal de las SSTC 93, 99 y 100/2024 giró en torno a la cuestión que vamos a tratar en el siguiente apartado: si la interpretación de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» previstos en el art. 404 CP, realizada por la Sentencia 490/2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de diciembre, y por la Sentencia 749/2022 del TS, de 13 de septiembre, fue conforme al art. 25.1 CE. Como ya hemos dicho, las sentencias ordinarias apreciaron la existencia de delito de prevaricación al considerar que los recurrentes habían participado en la elaboración de diversos anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos durante la década del 2000. Tales actuaciones habrían sido delictivas al tratarse de resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo. En el caso de José Antonio Griñán, igualmente, esta cuestión también fue clave, porque su condena por delito de malversación en concurso medial (432.1 CP) fue parcialmente amparada por el TC al estar su conducta protegida por el programa 31L aprobado en las sucesivas leyes de la comunidad autónoma. A continuación, nos referiremos siempre a los razonamientos de la Sala de lo Penal del TS.

⁶ Las magistradas Ana M.^a Ferrer García y Susana Polo García emitieron dos votos particulares a la sentencia del TS —lo formula la primera y se adhiere al mismo la segunda— en los que criticaron la decisión de condenar a algunos de los acusados del caso de los ERE en concurso medial por malversación de caudales públicos.

1. EL TRIBUNAL SUPREMO Y (LA LUCHA CONTRA) LAS INMUNIDADES DEL PODER

El art. 404 CP señala lo siguiente: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años». El TS dedicó, siguiendo la pauta argumental de la Audiencia de Sevilla, más de sesenta páginas de su sentencia a concretar el significado de «resolución en asunto administrativo» en conexión con los actos prelegislativos. Los recurrentes de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla defendieron en la casación ante el TS que las resoluciones dictadas en los procesos de elaboración de los anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos no se dictaron en «asunto administrativo» alguno, por lo que no podían ser constitutivas de un delito de prevaricación. Tales resoluciones serían decisiones de *trámite*, sin valor autónomo y sin trascendencia frente a terceros: en definitiva, «*actos políticos* inmunes a todo control jurisdiccional» (cursivas nuestras).

Frente a esta tesis, que después hará en parte suya el TC, el TS señala que el Gobierno y la Administración no pueden escudarse ni en la doctrina del «acto político» ni en la inmunidad que proporciona el carácter legislativo de las normas para incumplir el régimen de control de subvenciones establecido en la ley y perseguir fines ilícitos mediante conductas de relevancia penal. Así las cosas, para el TS (FJ 20 y ss.), la «resolución administrativa» es una especie del acto administrativo, mientras que la «resolución en asunto administrativo» a la que alude el art. 404 CP es más genérica e incluye todo acto decisorio sobre el fondo dictado en asunto administrativo, lo que permitiría incluir, por ejemplo, declaraciones de voluntades bilaterales como los contratos administrativos. Por lo tanto, la Sala de lo Penal del TS parte de una premisa metodológica arriesgada, pero, a nuestro modo de ver, atendible: los conceptos centrales del art. 404 CP adquieren sentido propio en el marco del derecho penal, no del derecho administrativo y su régimen tradicional de control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de la Administración. Con ello, desde luego, se produce una tensión entre la lucha (penal) contra nuevas formas de criminalidad de quien ostenta el poder público y un principio de intervención mínima penal entendido aquí en un sentido impropio⁷.

⁷ La intervención mínima, como señala Magro Servet (2023), no trata solo de que la conducta no sea típica por poco importante, sino que puedan existir dudas sobre esa tipicidad ante el caso concreto y la forma en la que se plantean los hechos ocurridos.

A la vista de todo ello, el TS hace una indagación sobre el valor de los actos que se producen en un procedimiento legislativo. El problema, por tanto, estriba en determinar si las decisiones adoptadas en los procesos prelegislativos de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos o las adoptadas en los procesos de aprobación de las modificaciones presupuestarias son o no «actos de gobierno», caracterizados por la discrecionalidad propia del acto político⁸. La STC 45/1990, de 15 de marzo, declaró que «no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 CE, está sujeta al derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley»⁹.

Ahora bien, partiendo de que el concepto de «resolución» del art. 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, el TS descarta que los actos prelegislativos puedan considerarse simples actos políticos sin relevancia jurídica. La remisión de un proyecto de ley de presupuestos al Parlamento —que sí sería un acto político en los términos clásicos— va precedida de un extenso expediente administrativo, conforme a lo previsto en las leyes, donde se van produciendo distintas resoluciones en tres fases distintas¹⁰. En el caso analizado habría una primera fase en la que los

⁸ Como se sabe, el control de los actos del gobierno se ha ido ampliando progresivamente hasta el punto de que el concepto de «acto político», incluso de acto de gobierno, estaría en franca decadencia y en la doctrina administrativista se utiliza la categoría más amplia de acto discrecional para enmarcar los límites de la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para todas estas cuestiones sigue siendo imprescindible el trabajo de Garrido Cuenca (1998).

⁹ En su libro clásico sobre el tema, García de Enterría (1983: 50 y ss.) glosa el art. 2 de la antigua Ley de la Jurisdicción de 1956, que se refería a los actos políticos del Gobierno no fiscalizables por la jurisdicción contenciosa («Cuestiones que se suscitan en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar»). Dado que la disposición citada habría incurrido «en un grave motivo de censura, que es el intento de ofrecer una justificación teórica de este fenómeno de la impunidad jurisdiccional de los llamados actos políticos» (p. 53), García de Enterría proponía integrar en dos esferas claras los actos políticos distintos de los actos administrativos y, por lo tanto, no controlables jurisdiccionalmente: los actos de relaciones internacionales y los actos de relación interconstitucional, como la remisión de proyectos de ley al Parlamento (p. 59). Todo ello porque no procedían de la Administración como persona.

¹⁰ La idea de que el proceso de elaboración de los proyectos de presupuestos debe de ajustarse a las normas —leyes presupuestarias y órdenes ministeriales y de conse-

órganos superiores de la Junta y de las distintas consejerías remitieron los respectivos anteproyectos de estados de gastos y los anteproyectos de estados de ingresos y gastos, siguiendo lo dispuesto en el art. 39.5 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma y los arts. 33 y 34 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de Andalucía. A tal fin la Consejería de Hacienda, en desarrollo de la Ley General de la Hacienda Pública, dictaba anualmente órdenes en las que se establecían con detalle las *normas* que habían de seguirse por las consejerías para la elaboración de sus anteproyectos.

La segunda fase se integraba por las actuaciones realizadas a través de la Dirección General de Presupuestos para elaborar el anteproyecto, que culminaba con la elaboración definitiva que era competencia del consejero de Hacienda. Del conjunto de normas aplicables se puede concluir, según el TS, de un lado, que el proceso de elaboración estaba regulado en la ley y en las normas reglamentarias de desarrollo, y, de otro, que la intervención de la Consejería de Hacienda a través de la Dirección General de Presupuestos no consistía en una mera agregación de los trabajos presupuestarios de las distintas consejerías, sino también en una función de análisis y control, ya que podía introducir modificaciones y dictar instrucciones. Esta segunda fase culminaba con la elaboración del anteproyecto de ley de presupuesto, para su posterior elevación al Consejo de Gobierno, que correspondía al consejero de Hacienda (art. 34 de la Ley 5/1983).

Después de pasar el filtro de la Comisión General de Viceconsejeros, la tercera y última fase venía determinada por el estudio y aprobación del proyecto de ley de presupuestos por el Consejo de Gobierno autonómico. El Consejo de Gobierno adoptaba dos decisiones distintas: la aprobación del anteproyecto de ley y su remisión al Parlamento. El art. 35 de la Ley 5/1983 dispone que «el proyecto de ley del presupuesto y la documentación anexa se remitirá al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda y aprobación». Norma que debía interpretarse a la luz de otra norma más general, aplicable por aquel entonces a todos los proyectos de ley: el art. 26.1 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno de la Comunidad Autónoma, en el que se atribuía al Consejo de Gobierno la competencia para «aprobar los anteproyectos de Ley, autorizar su remisión al Parlamento y acordar, en su caso, su retirada». Según el TS, este último precepto no hacía sino trasponer el esquema constitucional en el que corresponde al Gobierno la iniciativa legislativa (art. 88 CE).

jerías— no parece desconocida para la doctrina financiera (García Pascual, 2005: 298 y ss.).

En el caso de los ERE ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas habría modificado el régimen jurídico aplicable a las subvenciones. Sin embargo, según el TS,

los distintos proyectos de ley, con la finalidad última de eludir los controles legales y los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a las subvenciones, incluyeron a sabiendas una clasificación presupuestaria contraria a Derecho. Por tanto, la decisión final del gobierno de elevar o no el proyecto de ley al Parlamento es una decisión política pero la aprobación del proyecto de ley es una resolución que culmina el procedimiento prelegislativo. El hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad (STS 749/2022, FJ 23.3).

2. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL TOLERA ESPACIOS DE INMUNIDAD JURISDICCIONAL

En las tres sentencias aquí analizadas, el TC repite básicamente los mismos argumentos, aunque con algunos matices. El *leading case* para resolver todos los amparos del caso de los ERE es la STC 93/2024, demandante Magdalena Álvarez, así que en ella nos apoyaremos. No merece la pena entrar en el profuso recordatorio del TC sobre su doctrina en torno al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) (FJ 3). Como ya dijimos en el tercer epígrafe, lo fundamental aquí era confirmar la competencia del TC para fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales a los casos concretos, cuestión que se despeja con la alusión a la STC 129/2008, de 27 de octubre. La reciente STC 51/2025, de 26 de febrero, referida a un delito electoral de una funcionaria municipal, vuelve a demostrar lo deferente que es el TC con la jurisdicción ordinaria cuando aborda amparos referidos al derecho fundamental a la legalidad penal en conexión a la aplicación concreta de tipos y que atañen a ciudadanos comunes.

Para explorar si la interpretación del art. 404 CP de la Audiencia de Sevilla y el TS ha vulnerado el art. 25.1 CP porque hacen una exégesis extensiva e imprevisible del tipo penal, el TC parte de un recordatorio básico de la estructura orgánica del Estado constitucional contemporáneo. En esa estructura, el Gobierno tiene la iniciativa legislativa, la ley tiene un carácter privilegiado «porque el Derecho moderno es Derecho decidido y por ello puede ser cambiado» (FJ 4.3.4) y el TC tiene el monopolio del control de las normas con rango de ley. Del principio de separación de poderes cabe deducir, además, «que, si los proyectos de ley tuvieran que respetar el contenido de las normas nunca podrían llevarse a cabo las modificaciones de leyes existentes»

(FJ 4.3.4) y que «cuando un poder del Estado se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones se altera el diseño institucional constitucionalmente previsto» (FJ 4.3.5). Y está claro que, para el TC, quienes se han extralimitado en su labor de control jurisdiccional han sido la Audiencia de Sevilla y el TS.

Las sentencias del TC en los amparos de los ERE no dialogan con las sentencias del TS y la Audiencia Provincial de Sevilla. O, dicho de otra manera: estamos ante un diálogo aparente porque el TC cambia los parámetros de la discusión. Como hemos visto en el epígrafe anterior, el TS tiene un cuidado notable, partiendo de la sentencia de la Audiencia, a la hora de diferenciar lo que son «actos de gobierno» ajenos a todo control jurisdiccional —los clásicos actos políticos— de lo que es una actividad administrativa preparatoria cuya consideración conjunta puede ser constitutiva de reproche penal. Sin precisar claramente dónde empieza y termina la dimensión administrativa del Gobierno y la dimensión política de la Administración, el TC se centra en proteger «la prerrogativa del Poder Ejecutivo de presentar proyectos de ley» porque estamos ante «un acto político que se incardina dentro de las funciones de gobierno que la Constitución le atribuye» (FJ 4.3.3)¹¹. El objetivo tendría sentido si el TS hubiera puesto en duda la discrecionalidad y oportunidad política de presentar un proyecto de ley de presupuestos al Parlamento de Andalucía. Pero, como ya hemos señalado, en ningún momento lo hace.

A partir de aquí, el TC va construyendo espacios de discrecionalidad en lo referido a la preparación prelegislativa y el contenido de los proyectos de ley del Gobierno (autonómico). Véase: «El contenido del anteproyecto o del proyecto, en tanto tales, es infiscalizable y no puede ejercerse más control que el político» (FJ 4.3.3). También: «El contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial» [FJ 4.4.1 a)]. Por último: «Los anteproyectos y proyectos normativos [...] no pueden ser objeto de juicios de legalidad» [FJ 4.4.1 b)]. Para legitimar esta postura, el TC recurre varias veces al ATC 135/2004, de 20 de abril, donde se abordó la inconstitucionalidad —que no ilegalidad— anticipada de un proyecto de reforma de estatuto de autonomía. La comparación no parece adecuada en términos metodológicos. En cualquier caso, teniendo en cuenta esta premisa general, el TC entra después a enjuiciar la conformidad con el art. 25.1 CE de la interpretación realizada por los órganos judiciales ordinarios de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» previstos en el art. 404 CP.

¹¹ Conviene apuntar, aunque sea a pie de página, que al derecho constitucional español nunca le ha interesado precisar desde un punto de vista teórico y práctico los límites de la dimensión administrativa del Gobierno y la dimensión política de la Administración. Al respecto, tómese como ejemplo el trabajo de Pérez Francesch (1998).

Pues bien, el TC entiende inasumible que el TS —y por ende la Audiencia de Sevilla— haga en su interpretación de tales conceptos del tipo penal abstracción del derecho administrativo, su doctrina sobre las fuentes del derecho y sus instrumentos de control jurisdiccional. En este último aspecto, quizá podría haberse observado que la realidad normativa ofrece ejemplos en los que la actividad administrativa del Gobierno se entremezcla con otras jurisdicciones ajenas a este sector material cuando se trata de hacer un control efectivo de sus decisiones¹².

En cualquier caso, para el TC el ejercicio de la iniciativa legislativa no puede generar actos que formen parte de un procedimiento administrativo. Estaríamos ante simples «actos», sin adjetivar, que, aunque formen parte de un «procedimiento» más amplio y concluyan en un acto de Gobierno, no adoptan la forma de «decisión administrativa» y no se encuentran sometidos a la disciplina del derecho administrativo¹³. De forma más clara: «La elaboración de un anteproyecto o un proyecto de ley no es una actividad administrativa, sino una actividad propia de la función de gobierno estricto» [FJ 4.4.1 a)]. Esa función no puede considerarse una potestad «reglada», en el sentido que se da, por ejemplo, en el art. 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, tampoco puede ser controlada ni administrativa ni penalmente (precisión nuestra, porque la ley y disposición citadas no son aludidas por el TC en las sentencias aquí analizadas).

De esta forma, desde una aproximación estrictamente constitucional, la Audiencia de Sevilla y el TS realizaron una interpretación extensiva de la prevaricación administrativa (art. 404 CP) y, por conexión, del delito de

¹² Por ejemplo, el art. 76 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria señala que «el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse». Ese juez, según los arts. 92.1 y 95 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pertenece al orden penal y revisa actos administrativos.

¹³ El voto particular de los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera llama la atención sobre el hecho de que el TC iría contra su propia jurisprudencia en esta cuestión, pues la STC 55/2018, de 24 de mayo, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad de la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha considerado que la actividad prelegislativa es propia de un «procedimiento administrativo», aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE (STC 93/2024).

malversación en concurso medial que se atribuyó a José Antonio Griñán (art. 432 CP) (FJ 5, STC 100/2024). La consecuencia inmediata y directa es que se vulneró judicialmente el derecho fundamental a la legalidad penal de los recurrentes en los tres recursos aquí abordados (art. 25.1 CP).

3. LA LEY COMO VALLADAR ANTE EL DERECHO PENAL: ¿SENTENCIAS INCONGRUENTES?

Las sentencias de la Audiencia de Sevilla y del TS sobre el caso de los ERE parecen racionales y estar apoyadas en elementos indicios suficientes que las nutren de consistencia lógica. Sin embargo, también se aprecian contradicciones como la de asumir un concierto delictivo entre los acusados, con el fin de que quienes se encontraban en el tramo final pudieran repartir fondos a su arbitrio. Con la excepción del caso de José Antonio Griñán y su condena por malversación, las sentencias del TC aquí analizadas no entraron en cuestiones como la apuntada al considerarlas propias del enjuiciamiento ordinario, dándolas en gran medida por buenas porque el otorgamiento de los amparos fue parcial. Y es que, aunque la opinión publicada parece no haberse percatado, el TC consideró las condenas por prevaricación administrativa de los recurrentes conformes al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) cuando se estaba ante verdaderas modificaciones presupuestarias en las que aquellos participaron. Esas modificaciones, según el TC, eran «resoluciones recaídas en asunto administrativo» aprobadas formalmente por la Consejería de Hacienda y el Consejo de Gobierno autonómico, por lo que su interpretación en conexión con el art. 404 CP no podía ser considerada contraria al art. 25.1 CP. Cuando estas modificaciones no se realizaron bajo el paraguas del programa 31L, es decir, bajo el amparo de la ley de presupuestos, el delito de prevaricación administrativa persiste y la exégesis de la justicia ordinaria no es arbitraria en términos constitucionales (STC 93/2024, FJ 4.4.2; STC 99/2024, FJ 3.5 B, y STC 100/2024, FJ 4.4 B).

Por lo tanto, la impresión que causan los pronunciamientos aquí analizados es que el TC ha llevado a cabo una construcción *ad casum* que utiliza la inviolabilidad jurisdiccional de la ley en general para terminar protegiendo actividades de gobernantes que se consideran correctamente probadas y sancionadas cuando el derecho penal no encuentra el obstáculo de la ley de presupuestos en particular. Llama la atención que, cuando el TC aborda en la Sentencia 93/2024 [FJ 4.4.1 b)] la conformidad con el art. 25.1 CP de la interpretación del TS del concepto «arbitraria» del art. 404 CP, llegue a apuntar que este ha invadido la jurisdicción constitucional porque ha apreciado «que la ley de presupuestos en ese punto no ha llevado a cabo una modificación del régimen de concesión de las ayudas sociolaborales».

Según el TC, esa consideración supone un «desconocimiento» de la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado por el Estatuto (art. 106). Y, así, se afirma: «Los jueces, que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), tienen el deber de respetar la ley de presupuestos cualquiera que sea el juicio que su contenido les merezca», teniendo a su disposición la cuestión de inconstitucionalidad si consideran que contraviene en algún extremo la Constitución o el Estatuto [STC 93/2024, FJ 4.4.1 b)]. En definitiva, la pretendida ilegalidad de la actividad prelegislativa de los recurrentes habría sido sanada porque finalmente «se convirtió en un sistema de presupuestación que, al estar previsto en una ley no puede ser objeto de control por los órganos judiciales, sino solo, en su caso, por este tribunal» [STC 93/2024, FJ 4.4.1 c)].

Esta afirmación final deja en el aire una pregunta y una (cierta) perplejidad, respectivamente. La pregunta, cómo podría atajar el TC con sus competencias clásicas —recurso y cuestión de inconstitucionalidad— un entramado de corrupción como el aquí descrito. Se nos antoja verdaderamente complicado si tenemos en cuenta, para empezar, los fútiles debates parlamentarios que se tienen alrededor de los proyectos de ley de presupuestos cada final de año. La perplejidad tiene carácter técnico y ha sido destacada en los votos particulares: como el TC apenas dialoga con el TS, llega a atribuir a este una conclusión a la que no llega, y que no es otra que la de haber señalado que las leyes de presupuestos habrían modificado —o, mejor dicho, derogado— el régimen jurídico aplicable a las subvenciones mediante las transferencias corrientes al IFA.

Pues bien, como afirman los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera en su voto a la STC 93/2024, tanto la Audiencia Provincial como el TS entendieron razonadamente que la «documentación anexa» a los presupuestos, fichas y memorias que no tienen valor legal, siguió denominando «subvenciones» a las «ayudas sociolaborales» del famoso programa 31L, por lo que la ley de presupuestos, aunque diseñó mediante la fórmula de las transferencias directas un sistema para eludir los controles administrativos y contables más elementales, no podía prejuzgar el modo en que esas ayudas debían concederse con la legislación de subvenciones vigente; mucho menos, añadimos nosotros, amparar finalmente el uso y destino irregular de recursos públicos.

VII. LA DOBLE CUESTIÓN SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Para cerrar este comentario, resulta necesario traer una de las pretensiones principales abordadas en el recurso de amparo de José Antonio Griñán, ya referenciadas en el epígrafe quinto de este trabajo y que volvemos a recordar: la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en su

dimensión «del derecho al honor» (art. 18 CE), por razón de la publicación anticipada del fallo casacional, y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al no existir acervo probatorio suficiente para declarar el dolo eventual con respecto al delito de malversación, respectivamente.

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la vertiente del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento que opera dentro y fuera del proceso penal cristaliza en la doctrina consignada en la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 6, donde se destacan tres elementos¹⁴. Primero, que, frente a la tradicional reconducción al derecho al honor, la jurisprudencia constitucional afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que «tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad». Segundo, especifica que ese contenido «impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración». En tercer y último lugar, en sintonía con la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), fija que la lesión del derecho queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un «estado de sospecha» sino que vayan más allá, reflejando «la sensación de que la persona en cuestión es culpable» (STEDH, Gran Sala, de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, FJ 93).

En la Sentencia 100/2024, analizado el comunicado de prensa del TS, de 22 de julio de 2022, donde se anticipaba el fallo de la sentencia que recaía sobre José Antonio Griñán, el TC rechaza que desde la óptica de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento existiera la vulneración denunciada, ya que no hubo una manifestación sobre la culpabilidad del demandante que supusiera tratarle como autor de los delitos de prevaricación y malversación sin respaldo en una condena conforme a la ley. La nota de prensa cuestionada constituyó una información ofrecida por el órgano competente para resolver el recurso de quien de forma notoria fue condenado en primera instancia en una causa mediática. En tales circunstancias no podía afirmarse que se tratara como culpable a quien no ha sido condenado en firme, pues justamente lo que se anunció como decidido de forma definitiva por el único órgano judicial que así puede hacerlo es la desestimación del recurso de casación que implicaba la firmeza de la sentencia condenatoria (STC 100/2024, FJ 7.2.2).

¹⁴ Un comentario a esta decisión, en Marañón Gómez (2023). Sobre la dimensión extra-procesal de la presunción de inocencia ya existía doctrina constitucional previa; véase, a este respecto, la STC 244/2007, de 10 de diciembre.

La otra dimensión de la presunción de inocencia, relacionada con el derecho a un proceso con todas las garantías del señor José Antonio Griñán (art. 24.2 CE), se conecta con la inexistencia de un acervo probatorio suficiente en instancia para declarar el dolo eventual con respecto al delito de malversación. El Ministerio Fiscal había rechazado ese motivo del amparo porque en las sentencias de la Audiencia de Sevilla y del TS había quedado acreditado que Griñán conocía con «alta probabilidad» que se estaba produciendo el resultado delictivo consistente en la distribución fraudulenta de fondos públicos con entrega a personas físicas o jurídicas que en modo alguno tenían derecho a aquellos. Además, como garante de los fondos no adoptó las medidas necesarias para evitar su desvío, produciéndose con su omisión un resultado perjudicial para el bien jurídico protegido. En este caso, la prueba de cargo de la concurrencia de dolo eventual en la conducta del demandante no se sustentó en prueba directa, sino en una serie de elementos objetivos probados que permiten a los órganos judiciales afirmar que Griñán «asumió la eventualidad» de que los fondos transferidos pudieran destinarse a fines distintos al interés público.

El TC rechazó la postura del Ministerio Fiscal al considerar que no se motivó mínimamente en instancia que Griñán hubiera realizado los hechos que la sentencia declara probados con conocimiento de que la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico concedía ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, con el consiguiente riesgo concreto de que dicha situación se pudiera reproducir, lo que le permite concluir que su presunción de inocencia no fue respetada por los órganos judiciales que pronunciaron la condena (Audiencia de Sevilla) y que rechazaron el recurso de casación subsiguientemente interpuesto (TS). Ello llevó a la estimación plena del amparo por vulneración del art. 24.2 CE (STC 100/2024, FJ 7.2.2).

Como dijimos en el cuarto epígrafe, los límites entre la jurisdicción ordinaria y constitucional son siempre difusos. Sin embargo, el fundamento jurídico 6 de la STC 100/2024 parece un desbordamiento patente del papel que la Constitución atribuye a la institución de garantías en relación con la existencia de prueba de cargo válida y si, a falta de convicción directa de los hechos, el juicio inferencial en la llamada prueba de indicios no resulta tan abierto que conduzca a varios resultados posibles, sin despejar posibles dudas razonables sobre la culpabilidad de un acusado en un proceso penal¹⁵. Como se pone de

¹⁵ La injerencia del TC en relación con la actividad probatoria de la jurisdicción ordinaria, en particular del TS, no es nueva y cuenta con antecedentes notables, como la STC 138/2012, de 20 de junio, que condujo mediante un recurso de amparo a la legalización del partido político Sortu.

manifiesto en los votos particulares, la sentencia sustituye casi por completo, con sus propias apreciaciones de convicción probatoria, las vertidas por la sentencia de la Audiencia de Sevilla y confirmadas en la casación. Y que ello es así lo demuestra que el TC en el ya mencionado fundamento jurídico 6 efectúa su completa valoración de pruebas obrantes en las actuaciones, por ejemplo, los informes y las declaraciones de peritos de la Intervención General de la Junta de Andalucía, con respecto al IFA y los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. Con ello el TC parece que se erigió en un órgano casacional, en un asunto en el que las pruebas fueron practicadas en un juicio oral con garantías de inmediación, contradicción y defensa no solo no cuestionadas, sino susceptibles en nuestra opinión de enervar la presunción de inocencia del acusado más allá de toda duda razonable. Este exceso jurisdiccional, mucho nos tememos, solo puede explicarse por el triste aroma de justicia *propter amicitiam* que recorre a las sentencias aquí analizadas.

VIII. CONCLUSIONES

No es necesario valorar en el apartado conclusivo las virtudes o defectos de las sentencias de amparo aquí analizadas. El lector tiene suficientes datos para tener opinión propia y seguramente distinta de la aquí sostenida en las cuestiones técnicas exploradas. Me parece (abandono el plural mayestático), sin embargo, que, si pudiéramos abstraernos del contexto de los pronunciamientos —recursos de amparo e *ius puniendi* del Estado—, se abre paso al respecto algunas preguntas en torno a sus posibles efectos en un tiempo de declive del Estado de derecho y creciente inmunidad del gobernante y la mayoría parlamentaria que lo sostiene. Efectivamente, varias veces se ha utilizado en este comentario el concepto de inmunidad para describir la política constitucional que parece desprenderse de las sentencias de los ERE. Traído del derecho administrativo, nunca hay que olvidar que dicho concepto se acuñó en el marco de las luchas revolucionarias para someter el poder a la ley y a la ideología del constitucionalismo, no para lo contrario (García Majado, 2022).

En abstracto, la ley ha pasado de escudo de la libertad a simple medio técnico de la organización colectiva, asediada por la razón contractual (Esteve Pardo, 2024). En las sentencias aquí analizadas el TC emprende una labor, creo que poco meditada, de revalorización del legislador con fines atendibles —garantizar la efectividad del principio de legalidad penal e impedir la aplicación extensiva de los tipos—, pero con un influjo general controvertido: la convalidación (involuntaria) de actividades criminales no cuestionadas en lo esencial de un caso que pudiera tener vasos comunicantes con otros asuntos que surjan en el futuro (piénsese en el alcance de los *lobbies* y su incidencia en

la praxis legislativa). En un párrafo un tanto enigmático de la STC 93/2024 (FJ 4.4.1), se deja caer que en el recurso a la ley autonómica de presupuestos para intentar eludir los controles subvencionales a la concesión de ayudas sociolaberales habría un «fraude de ley», ilícito atípico que no puede tener encaje en el derecho penal ni en el derecho constitucional si se trata de sancionar conductas (Atienza y Ruiz Manero, 2000). Esa alusión intempestiva al posible fraude de ley (en realidad fraude constitucional) parece invertir de una manera un tanto distraída e inconsciente la filosofía de fondo que inspira el constitucionalismo: de límite del poder a garante de actividades administrativas poco edificantes que tienen conexión directa con la corrupción clientelar a gran escala.

Preocupa más, en todo caso, la situación en la que queda tras estas sentencias la justicia constitucional en España. Puede haber un problema de incoherencia doctrinal que revela la falta de independencia y calidad profesional de un órgano decisivo para el buen funcionamiento de la democracia representativa. Aunque no sea posible establecer un término de comparación preciso y coherente, la deferencia mostrada en los argumentos de los amparos de los ERE hacia la actividad que se desarrolla en la zona gris del Gobierno, que navega entre lo político y lo administrativo, no se cohonesta bien con la posición del propio TC en lo que respecta al control exhaustivo, por ejemplo, de los actos parlamentarios no legislativos celebrados por el Parlamento de Cataluña en el contexto del *procés*, incardinados en el Título V LOTC para ser sometidos a un exigente control constitucional¹⁶. Y lo mismo podría decirse de la comparación —siempre odiosa— entre los amparos parciales de los ERE, anclados en el principio *pro libertatis*, y la contundencia y unanimidad mostrada por el TC en la resolución de los amparos de los condenados penalmente por la insurrección autonómica de 2017. Estando los contornos de la criminalidad del gobernante en juego, pareciera que ambos temas hubieran sido enjuiciados por tribunales constitucionales distintos; y quizá no faltan señales y razones para creer que así ha sido.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2006). Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema. *Revista General de Derecho Constitucional*, 1, 14.
- Aragón Reyes, M. (2006). Relaciones Tribunal Constitucional - Tribunal Supremo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, 169-178.

¹⁶ Véase, a este respecto, la STC 143/2024, de 20 de noviembre, que anuló un acto de trámite de la Mesa del Parlamento de Cataluña de admisión de una iniciativa legislativa popular independentista.

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- Carrasco Durán, M. (2013). El incidente de nulidad de actuaciones. Problemas y algunas soluciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 103-124.
- Díez-Picazo, L. M. (2000). *La criminalidad del gobernante*. Barcelona: Crítica.
- Esteve Pardo, J. (2024). *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*. Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/jj.16394362>.
- García de Enterría, E. (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas.
- García López, E. (2013). La corrupción ¿un problema jurídico o un estadio sociológico-moral? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 35, 68-74.
- García Majado, P. (2022). *De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Morillo, J. (1985). *El amparo judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- García Pascual, J. (2005). *Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Garrido Cuenca, N. (1998). *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos frances y español*. Barcelona: Cedecs.
- Gayo Rubio, A. (2017). Comentario de sentencias del Tribunal Supremo relativas a subvenciones que fueron concedidas por personas encausadas en el proceso penal de los ERE. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 98, 159-177. Disponible en: <https://doi.org/10.46735/raap.n98.24>.
- Lascuraín, J. A. (2023). Las relaciones del Tribunal Constitucional con el Tribunal Supremo en la última década (2014-2023). *Almacén de derecho* [blog], 23-12-2023. Disponible en: <https://is.gd/Vjzk0I>.
- Magro Servet, V. (2023). El principio de intervención mínima del derecho penal y su aplicación práctica (Referencia a la reciente STS 185/2023 de 15 de marzo de 2023). *Diario La Ley*, 10258, 4.
- Marañón Gómez, R. (2023). El derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en las comisiones de investigación. *Revista de las Cortes Generales*, 116, 571-586. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1791>.
- Pérez Francesch, J. L. (1998). *El Gobierno*. Madrid: Tecnos.
- Poveda Sánchez, J. E. (2017). *Caso ERE. Las entrañas de la corrupción institucional en Andalucía*. Salamanca: Comunicación Social.
- Rodríguez Ramos, L. (2024). ¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luces y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces. *Diario La Ley*, 10597, 1-16.
- Rodríguez Ramos, L. (2025). ¿Crisis del amparo constitucional? Paliativos y posible trasplante sistemático. A propósito de las sentencias del caso «ERE». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 134, 243-280. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.134.08>.
- Ruiz Robledo, A. (2025). La ley presupuestaria como el bálsamo de fierabrás que sana todos los delitos de los gobernantes. Un comentario a las SSTC de los ERE.

Revista Española de Derecho Constitucional, 134, 327-358. Disponible en:
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.134.10>.

Jurisprudencia citada

a) Jurisprudencia ordinaria

Auto 657/2025, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Sentencia 490/2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de
19 de diciembre.
STS 749/2022, de 13 de septiembre.

b) Jurisprudencia constitucional

AATC 284, 285 y 287/2023, de 5 de junio.
STC 50/1984, de 5 de abril.
STC 45/1990, de 15 de marzo.
STC 162/1992, de 26 de octubre.
STC 111/1993, de 25 de marzo
STC 142/1999, de 22 de julio.
STC 262/2006, de 11 de septiembre.
STC 244/2007, de 10 de diciembre.
STC 129/2008, de 27 de octubre.
STC 27/2009, de 26 de enero.
STC 155/2009, de 25 de junio.
STC 138/2012, de 20 de junio.
STC 55/2018, de 24 de mayo.
STC 77/2023, de 20 de junio.
STC 90/2024, de 17 de junio.
STC 93/2024, de 19 de junio.
STC 94/2024, de 2 de julio.
SSTC 95/2024 a 98/2024, de 3 de julio.
SSTC 99/2024 y 100/2024, de 16 de julio.
SSTC 102/2024 y 103/2024, de 17 de julio.
STC 101/2024, de 16 de julio.
STC 143/2024, de 20 de noviembre.
STC 51/2025, de 26 de febrero.
STC 137/2025, de 26 de junio.

c) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, Gran Sala, de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*.