

EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS SENTENCIAS SOBRE LOS ERE

**The role of the Constitutional Court as a guarantor
of fundamental rights and the Supreme Court's ruling
on the "ERE" (collective redundancy procedures)**

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Universidad Carlos III

tomas.salcedo@uc3m.es

Cómo citar/Citation

De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2025).

El papel del Tribunal Constitucional como garante de derechos fundamentales y las sentencias sobre los ERE.
Revista Española de Derecho Constitucional, 134, 281-326.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.134.09>

Resumen

El artículo aborda, en primer lugar, en términos generales, desconectados del concreto caso de los ERE, la posición de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en materia de garantías de los derechos fundamentales y de su articulación con la de los órganos judiciales, y, entre ellos, con el Tribunal Supremo. La posición del TC determina que, en materia de garantías, esté siempre por encima del Tribunal Supremo. Sin embargo, el TC, a lo largo del tiempo, ha pasado del casuismo de sus primeras decisiones sobre vulneración o no de los derechos por las sentencias de los órganos del Poder Judicial a una sistematización de tales razones estableciendo criterios de autolimitación para evitar sustituir las decisiones judiciales por las suyas propias en asuntos en que la interpretación de las leyes a la vista de los hechos podía admitir varias opciones legítimas. Se trata de una autolimitación y no de un límite que le venga impuesto necesariamente por la Constitución.

Cualquier reproche desde los órganos judiciales no tendría así soporte, salvo en lo que se refiere a la concreta determinación de los hechos y su descripción, reservada en principio a los órganos judiciales presentes en las pruebas. Pero, en la valoración y calificación de los hechos probados, el TC sí puede discrepar de la que

hayan hecho los órganos judiciales, aunque ha de hacerlo con prudencia y contención para evitar convertirse en la práctica en una tercera instancia, pero no porque lo tenga prohibido, si entiende claramente que ha habido lesión de derechos fundamentales, sino porque puede haber casos de duda en que tanto la interpretación de la ley como la subsunción de los hechos en las leyes tengan márgenes legítimos de interpretación.

En segundo lugar, se aborda la cuestión de las concretas sentencias del TC sobre los ERE —de la 93/2024 a la 103/2024— que declararon la vulneración del derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia por parte del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Sevilla. Por una parte, se expone cómo, tanto en su motivación como en la forma de hacerla, las sentencias del TC se ajustan escrupulosamente a la doctrina tradicional del TC. Por otra parte, motiva sin asomo de duda que se ha vulnerado el principio de legalidad penal cuando la condena por prevaricación por haber participado los condenados en un proyecto de ley se basa en una interpretación irrazonable del concepto de «resolución» en «asunto administrativo», que olvida, además, que tal proyecto acabó siendo ley. Lo mismo ocurre con la presunción de inocencia, pues no existe prueba de cargo alguna sobre el hecho de que los condenados sabían que un alto cargo estaba, en algunos casos, desviando fondos públicos para fines ajenos a los previstos.

Palabras clave

Derecho a la legalidad penal; presunción de inocencia; conflictos entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo; prevaricación; malversación; proyecto de ley; asunto administrativo; resolución; prejudicialidad administrativa; jurisdicción constitucional; garantías constitucionales; supremacía del Tribunal Constitucional; auto-limitación.

Abstract

The article first addresses, in general terms and without regard to the specific case of the ERE, the position of the Constitutional Court's jurisdiction regarding the guarantees of fundamental rights and its relationship with that of the judicial bodies, including the Supreme Court. The Constitutional Court's position determines that, in matters of guarantees, it always prevails over the Supreme Court. However, over time, the Constitutional Court has moved from the casuistry of its first decisions on whether rights were violated or not by the judgments of the judiciary to a systematization of such reasons, establishing self-limiting criteria to avoid substituting judicial decisions for its own in matters where the interpretation of the laws in light of the facts could admit several legitimate options. This is a self-limitation and not a limit necessarily imposed by the Constitution.

Any criticism from the judicial bodies would thus be unfounded, except with regard to the specific determination of the facts and their description, reserved in principle to the judicial bodies present in the evidence. However, in its assessment and qualification of the proven facts, the Constitutional Court may disagree with the assessment made by the judicial bodies, although it must do so with prudence and restraint to avoid becoming in practice a third instance, not because it is forbidden to do so, if it clearly understands that there has been an infringement of fundamental rights, but because there may be cases of doubt in which both the interpretation of the Law and the subsumption of the facts in the laws have legitimate margins of interpretation.

Secondly, the issue is addressed of the specific rulings of the Constitutional Court on the ERE (Employment Regulations)—from 93/2024 to 103/2024—which declared the violation of the right to criminal legality and the presumption of innocence by the Supreme Court and the Provincial Court of Seville. On the one hand, it is explained how, both in their motivation and in the manner of issuing them, the Constitutional Court's rulings scrupulously adhere to the traditional doctrine of the Constitutional Court. On the other hand, it establishes beyond a shadow of a doubt that the principle of criminal legality has been violated when the conviction for prevarication for the convicted persons' participation in a draft law is based on an unreasonable interpretation of the concept of “resolution” in an “administrative matter”, which also ignores that the draft law ultimately became law. The same applies to the presumption of innocence, as there is no evidence whatsoever that the convicted knew that a high-ranking official was, in some cases, diverting public funds for purposes other than those intended.

Keywords

Right to criminal legality; presumption of innocence; conflicts between the Constitutional Court and the Supreme Court; prevarication; embezzlement; draft law; administrative matter; resolution; administrative prejudiciality; constitutional jurisdiction; constitutional guarantees; supremacy of the Constitutional Court; self-restraint.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL ALCANCE IRRESTRICTO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOBRE LA CONVENIENCIA DE AUTOCONTENCIÓN: 1 El TC como supremo en materia de garantías constitucionales y el Tribunal Supremo. 2. Sistematización posterior de los criterios de fondo de estimación de los recursos de amparo con especial referencia al derecho a la legalidad penal. 3. Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la necesidad de remitir al orden jurisdiccional correspondiente las cuestiones prejudiciales de carácter administrativo. III. EXAMEN DE LA EVENTUAL CONFORMIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS ERE CON LAS PAUTAS Y CRITERIOS DE ANÁLISIS QUE EL TC VIENE APLICANDO EN LOS RECURSOS DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS DE ÓRGANOS JUDICIALES: 1. La doctrina general sobre el derecho a la legalidad penal y la presunción de inocencia. 2. Aplicación de la doctrina del TC a los hechos que se subsumen en el tipo de prevaricación. 3. Aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional a los hechos que se subsumen en el tipo penal de la malversación. IV. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La pasión y la presión política que han rodeado la inadmisible malversación de recursos públicos en algunas de las ayudas, cometida por un concreto alto cargo de la Consejería de Empleo —y por quienes se hayan beneficiado o colaborado con plena conciencia en ello—, ha enturbiado la serena valoración de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (TC) que —como supremo órgano en materia de garantías constitucionales— declaró en varias sentencias de junio y julio pasados (desde la 93/2024, de 19 de junio, hasta la 103/24, de 17 de julio) las violaciones del derecho fundamental a la legalidad penal y a la presunción de inocencia en que habían incurrido las sentencias dictadas tanto por la Audiencia Provincial de Sevilla (APS, en lo sucesivo) como por el Tribunal Supremo (TS, en lo sucesivo).

No es la primera vez, ni mucho menos, que el Tribunal Constitucional (TC) declara, con ocasión de recursos de amparo, que sentencias del Supremo o de otros órganos del Poder Judicial —y de diferentes órdenes jurisdiccionales— han violado derechos y libertades fundamentales. Sería innumerable la lista de sentencias anuladas por esas violaciones, sin que ello quiera decir nada, en absoluto, sobre el buen hacer de la Justicia española ni del propio Tribunal Supremo (TS) en la inmensa mayoría de los casos, pues lo mismo

ocurre en casi todos los países con cortes o tribunales constitucionales. Tampoco significa anomalía alguna ni en nuestro país ni en los demás con jurisdicción constitucional, sino algo normal en cuanto buscado, precisamente, por el sistema, por más que en algún momento ha suscitado polémicas en determinados casos concretos (Gimeno Sendra, 2001; Alcácer Guirao, 2010; De la Oliva Santos, 1996; Díez Picazo Giménez, 1996; Sarrión Esteve, 2009; 2011; Méndez López, 2009)¹.

Precisamente por eso, en gran parte de los casos esas declaraciones del TC y anulaciones de decisiones del Poder Judicial se han producido sin reacción por parte de miembros de la carrera judicial o de los magistrados integrantes de los propios órganos, autores de las sentencias anuladas. Si en algunos supuestos sí se han producido reacciones es por las singulares características de algunos de esos casos (Bacigalupo, 2005: 336-338)² que dieron lugar a debatir si hubo algún exceso por parte del TC en dichos concretos casos, aunque no hay límites precisados ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que más bien se han ido configurando como autolimitación del propio Tribunal³.

¹ Se ha llegado a hablar en distintos países europeos en algunos casos de «guerra de los tribunales» o «guerra de las Cortes», copiando la terminología empleada en Italia y Alemania, donde también se han producido conflictos. Los autores citados en el texto dan cuenta detallada en sus trabajos de los conflictos suscitados por sentencias del TC en relación con los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, penal o contencioso-administrativo), con citas concretas de las sentencias desencadenantes: Gimeno Sendra (pp. 103 y 108-109), Alcácer (pp. 17-18 y 46-59), De la Oliva (pp. 23-27 y 43-50), Díez Picazo Giménez (pp. 71-72 y 166), Sarrión (pp. 35-53) y Méndez López (pp. 226-228).

² Es el caso de la STC 186/2001, en que por dos veces anuló el TC sendas sentencias del TS y en el segundo caso porque le pareció que la indemnización de 25 000 euros otorgada a Isabel Preysler por una lesión a su intimidad era insuficiente; lo que motivó decidir que la que valía era la indemnización superior acordada en su día por la Audiencia y no por el Supremo, lo que suscitaba la cuestión de si se había inmiscuido en la función de juzgar de la jurisdicción ordinaria. También el caso de la STC 7/1994, sobre indefensión de la demandante, en asunto de filiación, en que el demandado se había negado a la prueba biológica, lo que determinó desestimar la demanda por falta de prueba.

³ Más adelante se desarrollará esta afirmación, pudiendo adelantarse ahora que el único límite a la función de tribunal de garantías de derechos y libertades (art. 123.1 de la Constitución) vendría constituido por la apreciación de los hechos que, en principio, solo correspondería, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de Estrasburgo, al órgano judicial que ha tenido contacto con

En lo que sigue se abordarán, en primer lugar, dos cuestiones esenciales. La primera, para analizar si la jurisdicción constitucional que corresponde al Tribunal Constitucional en garantía de derechos fundamentales tiene, con carácter general y al margen del concreto caso de los ERE, algunas limitaciones que no puede traspasar el TC (II) a tenor de lo que puede desprenderse de la propia Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La segunda cuestión esencial es la dedicada a analizar las sentencias dictadas por el TC entre junio y julio de 2024 sobre los ERE y si se han ajustado a las pautas y criterios del propio Tribunal o si ha ido algo más allá de los criterios de autolimitación que el TC se ha autoimpuesto (III).

Tras examinar la doctrina general sobre el derecho a la legalidad penal y la presunción de inocencia (1), se analizará su aplicación a los hechos que se subsumen en el tipo de prevaricación (2), así como a los hechos subsumidos en el tipo penal de la malversación (3), y acabar con unas conclusiones finales (IV).

II. SOBRE EL ALCANCE IRRESTRICTO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOBRE LA CONVENIENCIA DE AUTOCONTENCIÓN

Ha habido ocasiones en que la declaración de nulidad por el Tribunal Constitucional de sentencias de la jurisdicción ordinaria por vulneración de derechos fundamentales ha dado pie a que se haya hablado de intromisiones del TC en el Poder Judicial invocando el art. 123.1 de la Constitución en su título VI («Del Poder Judicial»), que, al reconocer al Tribunal Supremo como el «órgano judicial superior en todos los órdenes», haría a este inmune a todo control por el TC. También se ha invocado, en uno de los votos particulares y en comentarios (Nuevo López, 2024; Coarasa, 2024; López de Lerma, 2024; Serrato, 2024), el art. 117.3 de la Constitución, que reserva en exclusiva a los juzgados y tribunales determinados por las leyes la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos⁴.

aquella prueba, que exige presencia del juzgador durante su práctica (testifical, pericial, declaración de los inculpados y eventual careo) y su valoración conjunta (Sentencia *Atutxa* del TEDH, de 13 de junio de 2017).

⁴ El voto particular del magistrado Cesar Tolosa en el epígrafe 3.2.1 a la sentencia 93/2024 sostiene: «[...] se erige, por primera vez desde que el Tribunal Constitucional ejerce su cometido constitucional, en máximo intérprete de la legalidad penal y suplanta también por vez primera desde que ejerce su jurisdicción la función de

Nada de eso da apoyo a reproche alguno por el control del TC sobre la jurisdicción ordinaria a través del recurso de amparo, pues el carácter superior del TS se reconoce — como el propio art. 123.1 de la Constitución española (CE) establece de forma expresa y acto seguido— «salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Previsión que enerva, así, cualquier pretensión de inmunidad de control para las decisiones del TS por parte del TC cuando se trata de la materia de garantías constitucionales de los derechos fundamentales de la sección 1.^a del capítulo II de la CE; ese es precisamente el ámbito para el que se ha previsto el amparo, junto con el derecho a la igualdad y la objeción de conciencia.

Tampoco da apoyo alguno a eventuales quejas la reserva exclusiva de la potestad jurisdiccional a juzgados y tribunales del art. 117.3, ya que convive en la propia Constitución con el establecimiento de un Tribunal Constitucional (que, según se ha visto, podría decirse que está por encima del Tribunal Supremo *ex art.* 123.1 CE en materia de garantías, también como supremo intérprete de la CE) configurado expresamente en el art. 161 CE con «jurisdicción» —y, por tanto, con potestad jurisdiccional o de «decir derecho» (De la Oliva, 1982a; 1982b)⁵— para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE.

interpretación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acerca de los elementos que integran la parte objetiva del tipo de injusto de un delito, socavando la jurisdicción del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (arts. 117.3 y 123.1 CE)». Pablo Nuevo López, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad San Pablo CEU, sostiene en *La Razón* que, a tenor del art. 123.1 de la Constitución, «el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», «que su sentencia debía haber sido el fin jurisdiccional del caso de los ERE» y que el TC «se ha arrogado el papel de tribunal de apelación». En el mismo diario se citan por el periodista Ricardo Coarasa fuentes del Supremo que sostendrían que el TC «se erige en una segunda instancia del Supremo que es el órgano superior en todos los órdenes, según dispone el artículo 123 de la Carta Magna». En el mismo diario escribió Jesús López de Lerma, profesor titular de Derecho Constitucional de la URJC, un artículo donde calificaba las sentencias del TC de «incursión del TC en el ámbito de interpretación de la legalidad penal, que es una tarea jurídica reservada al Supremo». En el *The Objetive*, de 25 de junio de 2024, se recoge la opinión de Javier Tajadura, catedrático de Derecho Constitucional, sosteniendo que «se han invadido competencias del Supremo».

⁵ Sostiene De la Oliva (p. 12) que es claro que el TC no pertenece al «Poder Judicial» y que, «sin embargo, no puede seguir sosteniéndose que la última palabra del *ius dicere* jurisdiccional la tiene aún, en su caso, el TS». En p. 22 argumenta: «El TC

Los problemas pueden surgir del carácter abierto del enunciado de los derechos fundamentales en la Constitución, así como de ese mismo carácter abierto de los enunciados de las leyes infraconstitucionales cuando desarrollan derechos fundamentales o tratan de materias que directa o indirectamente inciden o afectan a estos. Ello puede dar lugar a diferentes aplicaciones de la misma ley a casos semejantes y no solo por las diferencias del presupuesto fáctico de cada asunto, sino por la interpretación que de la ley haga cada órgano judicial.

Ese mismo carácter abierto, que explica y justifica el papel del TS para unificar la interpretación del ordenamiento de los distintos órganos jurisdiccionales inferiores, explica también que, por las mismas razones, puedan seguir existiendo diferencias de interpretación entre el TS y el Tribunal Constitucional en la concreta aplicación de la Constitución y las leyes en los casos resueltos por sentencias judiciales que los interesados recurren en amparo.

Nada de eso debía sorprender (De la Oliva, 1982a; 1982b)⁶, pero, como sigue haciéndolo, es necesario aclararlo atendiendo a sus raíces. Para hacerlo conviene abordarlo a través de pasos sucesivos. En primer lugar, el análisis en el plano estrictamente constitucional. En segundo lugar, el examen de las facultades de autolimitación que el propio TC ha construido mediante una elaborada doctrina que es la que viene aplicando desde hace ya muchos años. En tercer lugar, los límites que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)

actúa y decide sobre los aludidos temas en razón de garante y guardián de la Constitución, pero juzga sobre la actividad jurisdiccional, sobre la acertada o errónea aplicación de leyes ordinarias, incluso si un enjuiciamiento semejante lo ha llevado a cabo ya el TS. En estos casos la salvedad del artículo 123.1 *in fine* es muy atinada y la superioridad del TS se desvanece». En la p. 14 sostiene que en fiscalización «el TC se encuentra por encima del TS en ocasiones numerosas y en muchas otras puede fiscalizar lo que, según normas procesales, no tiene acceso al TS. De ahí que, sin ser órgano jurisdiccional, puede decirse, e incluso debe ser dicho, que el TC interviene en la Administración de Justicia, en el cumplimiento o desenvolvimiento de la función jurisdiccional, mediante una actuación de extraordinaria amplitud». Y, más adelante, en la p. 19, afirma que el TC «se convierte en última instancia del *ius dicere* [...]. Gran cantidad de resoluciones podrán así ser anuladas».

⁶ Sobre la sorpresa afirma De la Oliva en la p. 12 que algunos juristas estaban sorprendidos (cuando escribe en 1982) a la vista del papel jurisdiccional que comenzó a desarrollar el TC y se pregunta de dónde procedía esa sorpresa que solo se explica porque la Constitución entregaba a la ley orgánica la determinación del ámbito objetivo del amparo, pero una vez establecido este en la ley orgánica «el panorama estaba completo y era de esperar lo que aconteció, acontece y acontecerá».

impone a los tribunales ordinarios cuando tratan asuntos de otro orden jurisdiccional y sus razones.

Nada de eso obsta a que el propio TC se autolímite para no ser el revisor universal de todas las sentencias de todos los órganos judiciales, lo que acabe comprometiendo su propia función. Entre esos límites estaría el de solo sustituir a los tribunales ordinarios en caso de decisiones irrazonables. Sin embargo, ese tipo de contención o autolimitación general no debe impedir que, en cada caso concreto, si la cuestión que se le somete le parece relevante, pueda, sin esperar a que la motivación de la sentencia recurrida en amparo tenga que ser manifiestamente irrazonable o disparatada, establecer su propia interpretación. Si el TC considera relevante fijar la interpretación puede hacerlo si por su novedad y trascendencia cree que la suya es la única correcta, sin que quepa, entonces, más que una.

1. EL TC COMO SUPREMO EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y EL TRIBUNAL SUPREMO

El propio art. 123.1 de la CE —que reconoce el carácter superior del TS— se erige en el mayor obstáculo a cualquier pretensión de poner límites al TC, desde el momento en que justamente aclara que el TS no es el superior cuando se trata de «garantías constitucionales»; garantías que no son otras que las relativas a los derechos fundamentales. Si a ello se añaden las disposiciones de la CE sobre el recurso de amparo (art. 53.2) y sobre las funciones del TC en ese recurso (art. 161.1.b), se entiende la posición casi unánime de la doctrina más acreditada sobre la inexistencia de límites reales (Aragón, 2006; De la Oliva, 1982a; 1982b; Rubio Llorente, 1992)⁷ para el TC en esa función de garante supremo de derechos fundamentales, lo que se potencia más todavía por la eventual invocación por los demandantes, ya sea del derecho fundamental a la igualdad del art. 14 CE (porque en otros casos idénticos se han reconocido

⁷ Sostiene Aragón en la p. 175 que «el tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional» en la actividad de aplicación de la Constitución, y en la p. 178, que «no ha lugar, pues, a que el Tribunal Supremo pueda sentirse invadido en sus competencias porque el Tribunal Constitucional, aplicando (como es su deber y su función) la Constitución, rectifique, por exigencia de la Constitución misma, una determinada interpretación de la ley que hubiese venido realizando el Tribunal Supremo». Por su parte, De la Oliva afirma que «la casuística sobre la superioridad del TC es abrumadoramente elocuente»; Rubio Llorente dice en la p. 32 que la imagen del TC en la conciencia popular es la de la última y definitiva instancia.

derechos, y en el concreto caso del afectado, no), ya sea a través de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (Sala, 1994)⁸.

Es especialmente relevante para explicar dónde reside el problema que algunos aducen de supuestos desbordamientos del papel del TC recordar muy especialmente supuestos ajenos al principio de legalidad penal⁹. Es el caso de la STC 224/1999, que declaró la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia reconociendo que se había vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 C.E.) por acoso sufrido en la empresa en que trabajaba con un contrato temporal de seis meses; vulneración que no se

⁸ Eso explica la propuesta del presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ en el discurso de apertura del año judicial el 12 de septiembre de 2024 de excluir del recurso de amparo —invocando la locución «en su caso» del art. 53.2 CE referida a este— el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 e incluso a la igualdad, que serían la fuente de una supuesta extensión desmesurada de la función del TC (por falta o insuficiencia de motivación de la sentencia o, adicionalmente, por tratamiento desigual respecto de casos supuestamente iguales en otras sentencias, sin motivar tampoco el porqué de la diferencia): «La delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en la protección de derechos fundamentales» (pp. 20, 25, 31 y 36-37). *Vid.* también Rubio Llorente (1992: 32).

⁹ Es relevante empezar por referirse a sentencias ajenas al derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora o a la presunción de inocencia porque ambos son derechos fundamentales que, hipostática e indisolublemente, unen en su misma denominación (legalidad penal) la ley penal con esos derechos, por lo que parecería que su correcta y última interpretación corresponde indeclinablemente al TC. En efecto, una interpretación errónea de la ley implica una violación de tales derechos fundamentales a la legalidad o a la presunción de inocencia: la ley infraconstitucional y su interpretación se vinculan con el derecho fundamental mismo. En cambio, en otros órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso-administrativo o social), los errores en la interpretación de las leyes pueden determinar violaciones que no se califican intrínsecamente como violación de derechos a la «legalidad» civil, administrativa, social o militar, sino por referencia al derecho fundamental sustantivo lesionado (intimidad, honor, libertad de expresión, asociación, educación, etc.), subrayando así matices entre el derecho fundamental mismo y la legalidad que lo desarrolla. Ello implica que si en esos campos —ajenos al derecho a la legalidad penal— el TC ha entrado a considerar si la interpretación de las leyes infraconstitucionales (e incluso la valoración e interpretación de los hechos tal y como se recogen en las sentencias de los tribunales ordinarios) es contraria a la Constitución, con mayor razón podrá entrar a interpretar una legalidad infraconstitucional penal y sancionadora (y su aplicación a los hechos probados) al tratarse de derechos calificados originariamente como derechos a la legalidad sancionadora y a la presunción de inocencia.

había reconocido como tal por la sentencia anulada al interpretar esta última el acoso sexual de modo no conforme con la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991¹⁰, por exigir a la eventual afectada por actos de acoso sexual del empleador una carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia que podría ser incompatible con la necesidad de no perder el puesto de trabajo y, en todo caso, con la interpretación predicada por tal recomendación, que habría sido ignorada, como estimó el TC, para el que los actos de resistencia y de negativa recogidos en autos como hechos probados configuraban sobradamente el supuesto de resistencia merecedor de reconocimiento de haberse violado su derecho a la intimidad¹¹.

Como se ve, el problema residía en cómo, sin alterar los hechos probados por la sentencia recurrida en amparo, valorar la prueba y qué debe entenderse por rechazo de una conducta vulneradora del derecho a la intimidad cuyo restablecimiento, entre otros derechos, solicitaba la recurrente en amparo. En el caso de la sentencia, la cuestión residía en la interpretación de qué rechazo contra el acosador es exigible para que pueda entenderse que la acosada lo ha sido

¹⁰ Se trataba de una sentencia del TC que anulaba una del TSJ de Galicia que había revocado la del juzgado de lo social que había estimado la demanda y reconocido el acoso a una empleada. La Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, describe en sus considerandos tres supuestos claros de una conducta inaceptable: «a) [Si] es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) [si] la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o c) [si] si dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma». Entre las recomendaciones al trabajador se hace la de «manifestar al autor de tales actos que su comportamiento es indeseado e inaceptable. A veces basta con que una persona se dé claramente cuenta de que su conducta no es bien recibida para que ponga fin a la misma».

¹¹ El carácter no vinculante de la recomendación no es obstáculo para la sentencia del TC, pues aplica su propia apreciación de los hechos, aunque la invoca como norma de *soft-law* relevante en un campo en el que la evolución de la conciencia social impide que el TC, como supremo órgano de garantías, tenga que renunciar en favor de los tribunales ordinarios a que sean estos los que determinen el alcance de conceptos como el de acoso sexual y su afección a la intimidad y dignidad de una empleada temporal, que no se ajustan a la conciencia social del momento, ni a la aceptada a nivel de la UE, y que son determinantes de la lesión de derechos fundamentales, de los que el TC es el supremo garante.

realmente sin consentirlo. La sentencia del Tribunal Constitucional va a aplicar un criterio con el que, sin invocar directamente la irrazonabilidad de la sentencia del TSJ de Galicia, establece por sí mismo el criterio que estima correcto en la interpretación de la conducta acosadora, de la reacción de la acosada y de su afectación a la intimidad en el trabajo que no puede sino compartirse.

De esa forma, va algo más allá de lo que empezaba a perfilarse en la segunda mitad de los noventa (Lascuraín, 2009)¹², como enseguida se dirá, como una línea de conducta por la que el TC evitaba en muchos casos (no ciertamente en todos, ni mucho menos) incurrir en el casuismo del propio TC en sus primeros años de corregir y sustituir —en los limitados casos en que lo hizo— la aplicación de las normas realizada por los órganos judiciales, para hacerlo con arreglo a criterios más generales (Bacigalupo, 2005: 331)¹³. Es el caso de limitarse en general a sustituir las aplicaciones realizadas por los órganos judiciales en sus sentencias solo cuando incurriesen en interpretaciones arbitrarias o irrazonables (AATC 332/1984¹⁴ y 68/1996¹⁵ y SSTC

¹² Indispensable para la evolución de la jurisprudencia —pp. 113-129— y, en general, para el tema de las relaciones entre TC y órganos judiciales.

¹³ En el caso de la STC 224/1999, como se ha dicho, no se invoca la irrazonabilidad de la interpretación de lo que es acoso hecha por la sentencia judicial recurrida en amparo, como venía haciendo a finales de los noventa, sino que directamente vuelve a una interpretación casuística al sustituir la del tribunal judicial por otra que acoge y tiene en cuenta la evolución común en la forma de sentir (importancia de los sentimientos morales) qué es acoso; sentimiento compartido por otros y cambiante con el transcurso del tiempo. De casuismo en esa primera jurisprudencia del TC habla Bacigalupo.

¹⁴ «El empleo de dicha técnica y sus consecuencias está enmarcada claramente en el ámbito de la legalidad penal, porque la acoge el alcance de los arts. 117 y 123 de la C.E. al ser el producto necesario del ejercicio científico de la función de juzgar y de establecer jurisprudencia los órganos judiciales ordinarios, por lo que únicamente podría producirse el control de constitucionalidad, cuando las deducciones o inferencias fueran injustificadas por su irrazonabilidad, o cuando introduzcan nuevos hechos que pudieran tener influencia en la calificación efectuada, ya que de este modo se impediría el adecuado ejercicio del derecho de defensa dentro del proceso criminal».

¹⁵ «Y, ciertamente, como tantas voces hemos reiterado, la subsunción de los hechos en un determinado tipo legal es tarea que, en razón de lo establecido en el art. 117.3 CE, incumbe en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, no correspondiendo a este Tribunal otra función al respecto, una vez constatada la existencia de la previsión legal, que verificar que las resoluciones impugnadas no hayan incurrido en manifiesta irrazonabilidad (entre otras muchas, SSTC 17/1988 [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/958>], fundamento jurídico 2; 51/1989, fundamento jurídico 1, y 154/1990, fundamento jurídico 4). Por lo tanto, dado que las sentencias que se

372/1993¹⁶ y 137/1995¹⁷). Práctica o línea de conducta de búsqueda de criterios generales de autolimitación impulsada, probablemente, por el agobio que los recursos de amparo supusieron muy pronto para el TC y la necesidad de no entrar en el fondo de todos los amparos.

La STC 224/1999 es una llamada de atención sobre que el TC no puede renunciar en algunos casos a la vuelta al casuismo que presidió su primera doctrina, aunque la haya sustituido por unos criterios más objetivos y generales de autolimitación.

Sobre la línea inicial de casuismo en la estimación de los recursos de amparo están, entre muchas otras, las SSTC 1/1981, 30/1981, de 24 de julio de 1981, 31/1981, y 47/1982¹⁸.

- En la STC 1/1981 —otra sentencia del orden judicial civil— se estima el amparo y se declara la nulidad de resoluciones de la Audiencia Territorial de Zaragoza y del juez de Primera Instancia de Huesca en el procedimiento sobre efectos civiles de la sentencia de separación matrimonial del Tribunal de la Rota por el error en la interpretación de la legalidad aplicable, pues «debiendo el Juez decidir con plena jurisdicción, en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado entendida en forma coherente con la Constitución, no lo ha hecho, por interpretar que estaba vinculado por lo dicho por el Tribunal Eclesiástico». Error de los órganos judiciales en la interpretación del derecho aplicable —normativa infraconstitucional— que el TC no tiene el menor empacho en corregir.

impugnan ofrecen una motivación coherente y razonada de la decisión adoptada, no cabe apreciar vulneración alguna del art. 25.1 C.E.»

¹⁶ «Se trata, pues, de la inserción de una conducta en el tipo penal que es función de legalidad, salvo que sea irrazonable o arbitraria, y este extremo es función exclusiva de los órganos del Poder Judicial (art. 117.3 CE).»

¹⁷ «Constatados estos extremos, baste recordar que, según reiterada jurisprudencia constitucional, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 16/1981 [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/16>], 89/1983 [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/217>], 105/1983 [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/233>], 111/1993 [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2240>], entre otras muchas).»

¹⁸ SSTC 1/981, de 26 de enero (ponente: Arozamena), 30/1981, de 24 de julio (ponente: Begué), 31/1981, de 28 de julio (ponente: Begué), y 47/1982, de 12 de julio de 1982 (ponente: Díez Picazo).

- En la STC 30/1981 —otro asunto en materia procesal, aunque penal— se otorga el amparo al haberse denegado el derecho a la defensa y asistencia de letrado del art. 24 de la CE al obligar a actuar «bajo una misma y única representación y dirección letrada» a distintas personas que ejercitaban la acción popular con el apercibimiento de que a quien no lo hiciere así se le tendría por apartado de su acción. La Sentencia 30/1981, a la vista de los hechos y de la contraposición de intereses de las distintas acusaciones, entiende (apreciando tales hechos e intereses de forma distinta) que el art. 113 de la LECrim no permite lo que acordó el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza que declara nulo. Interpretación, por tanto, de la legalidad ordinaria (LECrim) que efectúa el TC a la luz de la Constitución, corrigiendo la realizada por la Audiencia, ya que la «facultad de apreciación contenida en el art. 113 de la LECrim. no puede entenderse como meramente discrecional, pues habrá de tener presentes los dos principios constitucionales».
- En la STC 31/1981 —sobre presunción de inocencia— se admite parcialmente el amparo, aunque reconoce que el principio de libre valoración de la prueba por el tribunal penal, recogido en el art. 741 de la LECrim, no debía ser interpretado como se había hecho, pues en el caso no se daba el presupuesto, ya que la prueba de confesión no vale por sí sola si solo se ha hecho ante la policía, sin presencia del abogado y sin reiteración en el juicio¹⁹.

Lo relevante del caso es que entra en el delicado tema de los hechos sobre los que el 44.1.b de la LOTC establece que el TC en ningún caso entrará a conocer, si bien relacionado con las exigencias constitucionales de la prueba. El Constitucional distingue así entre lo que es la determinación de los concretos hechos realizada por los tribunales a tenor de la prueba y lo que es la apreciación o valoración de la prueba de esos mismos hechos y las exigencias constitucionales de la prueba

¹⁹ «Sólo la confesión del procesado ante la policía, recogida en el folio 21 del sumario, podría desvirtuar la presunción de inocencia. Ahora bien, dicha declaración al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim., y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral; es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial [...] pues el procesado no sólo negó los hechos en el juicio oral, sino también ante el Juez instructor número 8 de Barcelona y ante el Juez instructor de Pamplona. Por otra parte, ha de añadirse que la declaración, que tuvo lugar en fecha anterior a la de la Constitución, se realizó sin la presencia de Abogado».

(Fernández Farreres, 1994)²⁰; así sustituye la apreciación de la Audiencia de los hechos y su valor probatorio por la suya propia a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de la forma de practicarse la prueba de confesión, declarando por ello la nulidad de la Sentencia de 16 de octubre de 1979 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona (Bacigalupo, 2005; Caamaño, 2002)²¹. Debió de ser la primera sentencia que dio lugar a polémica sobre los límites del papel del Tribunal Constitucional y probablemente determinó una cierta cautela y autolimitación del TC, aunque confirmó su posición en sentencias posteriores, como la 229/1988.

- En la STC 47/1982 —de carácter procesal del art. 24 CE, pero en asunto penal— se declara la nulidad de dos autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que denegaron *in limine* la admisión a trámite del escrito de recusación formulado por el senador Miguel Castells contra varios magistrados. Las razones de la recusación quedan al margen de la sentencia del TC —como se preocupa por aclarar—, limitándose a precisar que lo único que le compete es examinar «si, formulada una recusación, puede ésta rechazarse sin otro examen que el preliminar o si debe sustanciarse la pretensión en la correspondiente pieza separada y mediante el oportuno incidente y, sobre todo, si ello forma o no parte del cuadro del derecho a la tutela jurisdiccional que consagra el art. 24 de la Constitución». Y es en ese marco en el que concede el amparo por vulneración del art. 24 que comprende la garantía de que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley, lo que no se respeta al rechazar *a limine* la recusación aplicando el art. 59 de la LECrim (por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación, ni establecerse los hechos que le sirvan

²⁰ Farreres destaca, sobre el requisito del art. 44.1.b, de que la violación sea imputable al órgano jurisdiccional, que en determinados supuestos «con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso», tal independencia no se dará por la propia razón de ser del amparo cuando lo que se discute es la valoración de unos hechos, como ocurre en la STC 59/1990, en que se trata de saber si una ocupación de la vía pública es constitutiva de desórdenes públicos o libre ejercicio del derecho de manifestación, o, como ocurre en la STC 50/1991, en que lo que se discute es «si los datos fácticos ofrecen o no base suficiente para dispensar un trato distinto a diferentes personas físicas o jurídicas».

²¹ La sentencia tiene el razonado voto particular del magistrado Escudero del Corral discrepando por esa cuestión de los hechos y dio lugar a polémicas por supuestamente haber desbordado la competencia del TC. Bacigalupo analiza la cuestión de la prueba, y también Caamaño.

de fundamento) cuando tal aplicación no cabe en el momento preliminar porque ello exige la sustanciación del incidente, lo que exige «cumplir con dispuesto en el art. 60 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formarse la pieza separada y sustanciarse la cuestión propuesta». De nuevo, el TC interpreta las normas infraconstitucionales, en este caso procesales, de forma distinta a como lo hizo el TS.

Serían muchas más las sentencias que podrían citarse, que sirven para mostrar tanto el alcance de los motivos de lo que ha venido a llamarse conflicto entre el TS y el TC como los detalles y aspectos que lo motivan, así como el modo en que el TC ha ido desarrollando sus obligaciones de garante de los derechos con las inevitables dificultades que presenta en ocasiones.

2. SISTEMATIZACIÓN POSTERIOR DE LOS CRITERIOS DE FONDO DE ESTIMACIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL

El TC fue construyendo poco a poco su doctrina sobre sus criterios que completaba y matizaba al sistematizar sus iniciales criterios más casuísticos. No obstante, esa sistematización suponía una cierta autolimitación que, en realidad, ningún precepto constitucional, ni las previsiones de la LOTC, imponía expresamente. Ha sido el propio TC el que se la ha impuesto, si bien teniendo en cuenta el conjunto de previsiones constitucionales. La reforma de la LOTC de 2007 (De la Oliva, 2009: 355 y 387)²², con su potestad de determinar la admisión de cada recurso de amparo a partir de su trascendencia constitucional, le da pie para realizar esa autolimitación.

Es en el ámbito del principio de legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE) y de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en el que se va a consolidar

²² Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. No está de más reflexionar sobre la trascendencia de la reforma desde el punto de vista de la transformación de la naturaleza del amparo que parece que deja de ser un instrumento de garantía del ciudadano en su concreto derecho sustantivo y en su derecho al amparo para transformarse en un instrumento nomofiláctico o de defensa del ordenamiento y la Constitución desde el punto de vista de los intereses generales. Tal vez se compaginarián ambas perspectivas si se considerase como de trascendencia constitucional mantener siempre un cierto número de amparos —incluso aleatorios— cuya trascendencia constitucional radicase en mantener abierto su acceso con criterios de *certiorari* o del interés subjetivo del demandante de amparo (incluso determinados aleatoriamente).

muy especialmente la doctrina sistematizadora de los criterios del TC sobre estimación de los amparos —o su desestimación o inadmisión—, autolimitándose a los supuestos de decisiones arbitrarias o irrazonables²³. Doctrina que va a presidir desde finales de los años noventa la labor del TC en materia penal y sancionadora, aunque con aplicación también en otros órdenes jurisdiccionales. Para ello parte del análisis y descomposición del principio de legalidad penal del art. 25 de la Constitución en sus elementos de *lex scripta*, *lex prævia*, *lex certa* y *lex stricta*, con los perfiles y determinaciones que a cada uno convienen (Díez Picazo, 2001).

La exigencia de norma con rango legal y de ley cierta y clara va a ser desarrollada en un contexto muy exigente en el ámbito penal que, sin embargo, tiene que reconocer que la tipificación de conductas en muchos delitos —como contra el medio ambiente, fiscales, urbanísticos, tráfico, etc.— no puede quedar contenida siempre en normas con rango de ley, por no recordar el frecuente empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la descripción de tipos penales. Lo escrito no siempre tiene rango de ley ni puede ser tan preciso y cierto como sería lo ideal²⁴.

²³ Pudiera parecer llamativo que sea en el ámbito penal (también en el sancionador) donde se ha producido el mayor impulso en la función de autolimitación, donde el principio de legalidad penal debería ser más estricto por la exigencia de taxatividad, certeza y precisión de las normas penales. Sin embargo, las normas penales no pueden sustraerse siempre el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o remitirse a normas administrativas o reglamentarias u ordenanzas municipales o códigos de conducta o guías, que pueden justificar cierta flexibilidad interpretativa que propicia una actitud de precaución del TC si la interpretación del órgano judicial queda dentro del margen de lo razonable. Sin embargo, su deslinde del ámbito de lo irrazonable puede dejar una zona de nadie en la que la precaución no estaría tan justificada.

²⁴ Así lo reconoce la STC 69/1989: «[...] si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (STC 62/1982, de 15 de octubre, ATC 703/1985, de 16 de octubre, entre otras resoluciones), dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos» (FJ 1).

El principio de taxatividad se dirige al legislador y presenta como principal problema que no siempre puede evitar, así, el empleo de esos conceptos jurídicos indeterminados que exigen reconocer a los órganos judiciales su concreción en sus sentencias. Función de concreción que pudiera parecer que difumina su papel de aplicadores de la ley —transformándolos en cierto sentido casi en colegisladores para el caso concreto— si no fuera porque en esa tarea han de justificar y motivar en cada sentencia los elementos con los que concretan las palabras de la ley y las razones por las que las concretan²⁵. Tarea de concreción en la que pueden directamente vulnerar los derechos fundamentales y, por tanto, indirectamente, el imperio de la ley.

En garantía de los derechos —e indirectamente del imperio de la ley—, el TC no puede dejar de controlar esa concreción, aunque se autolimite, como lo ha hecho con su doctrina sobre la tipicidad, plasmada en su deferencia hacia el Poder Judicial, salvo en los supuestos en los que tanto la interpretación abstracta de la ley reclamada por cada caso como la concreta aplicación de esta a los hechos probados de cada caso pueda calificarse como arbitraria o irrazonable.

Y desde el punto de vista de la presunción de inocencia, se trata de que los órganos judiciales motiven el porqué de que las pruebas existentes y practicadas que destruyen esa presunción de inocencia motivando las razones para ello.

Se trata de asegurar, desde el punto de vista también del derecho a la tutela judicial efectiva, la previsibilidad de la norma que hace plausible la decisión judicial. Previsibilidad que se despliega en las tres exigencias —semántica, metodológica y axiológica— de los criterios de actividad judicial en su tarea de aplicación de las normas (Lascuraín, 2009: 132 y ss.; Alcácer, 2010: 48-49). Semántica en cuanto se ajusta al sentido de las palabras; metodológica en cuanto ese significado se ajusta a las reglas comúnmente aceptadas de la interpretación de las normas que exigen su lectura e interpretación desde una óptica global de la norma (*nisi tota lege perspecta*²⁶), así como de la Constitución, y

²⁵ La Sentencia 151/1997 lo justifica: «Sin embargo, si se admitió la constitucionalidad del precepto aquí enjuiciado a pesar de incorporar conceptos normativos abiertos, fue porque esos conceptos eran “determinables”, de modo que el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma. Este debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discretionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma» (FJ 3).

²⁶ Se trata de la opinión de Celso recogida en el Digesto como correcto canon tradicional de interpretación: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. D. 1,3,24 (Cels. 9 dig.).

axiológica en cuanto la interpretación se corresponde y no contradice los valores constitucionales.

3. LAS PREVISIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL SOBRE LA NECESIDAD DE REMITIR AL ORDEN JURISDICCIONAL CORRESPONDIENTE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

En la aplicación de las leyes penales, los tribunales han de tomar en consideración las previsiones de los arts. 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando trata de cuestiones prejudiciales o que corresponden a otro orden jurisdiccional.

La relevancia de la cuestión no solo tiene que ver con la cuestión metodológica que deben observar los órganos judiciales al aplicar las normas penales cuando en el caso está involucrada una cuestión prejudicial, sino con la propia doctrina del TC en relación con esas previsiones de la LECrim. Recordarlo guarda relación con el hecho de que en el caso de las sentencias de los ERE dictadas por la APS y por el TS es determinante la cuestión por una parte de que la prevaricación que se imputa consiste, de acuerdo con el art. 404 del CP, en haber dictado a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en «asunto administrativo». Por otra parte, la injusticia y la arbitrariedad de la prevaricación, aparte de tener íntima relación con si la aprobación del anteproyecto de presupuestos —aprobado luego como proyecto de ley de presupuestos por el Consejo de Gobierno—, es un asunto administrativo, también la guarda, desde el punto de vista de su injusticia y arbitrariedad, con la normativa presupuestaria y con las prácticas y usos en la materia, así como en relación con las modificaciones presupuestarias; aspectos todos ellos que, por su carácter igualmente administrativo, caen bajo las previsiones de los preceptos citados.

Como es conocido, la LECrim dispone en su art. 3 que, aunque por regla general la competencia del orden jurisdiccional penal se extiende para resolver, «para sólo el efecto de la represión», a las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, ello es así cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea razonablemente imposible su separación. Pero esa regla general tiene una excepción en el art. 4 cuando la cuestión prejudicial «fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia». Y eso es lo que ocurre en el caso de los ERE, puesto que, en efecto, determinar si ha habido o no resolución arbitraria dictada a sabiendas de su injusticia en asunto administrativo forma parte del tipo penal y exige aclarar si se trata de una resolución administrativa o de un acto de gobierno y de relación entre dos poderes constitucionales; de conocer,

además, las normas administrativas en materia presupuestaria y de subvenciones que se dicen modificadas o infringidas por un anteproyecto.

La consecuencia de esa previsión del art. 4 de la LECrim sobre la cuestión prejudicial es la de que el Tribunal de lo criminal «suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda»²⁷. El imperativo del verbo empleado —«suspenderá»— no parece dejar lugar a muchas dudas de los efectos de que se dé la circunstancia de que la cuestión prejudicial administrativa sea determinante de la culpabilidad. Y que es determinante, en un caso como el de los ERE, no parece ofrecer dudas, pues ha concluido, en efecto, con la condena de todos cuantos después han recurrido en amparo. Condena por una actuación que la jurisdicción contencioso-administrativa se hubiera negado a admitir de plano por no tratarse, precisamente, de una actuación sujeta a derecho administrativo, según prevé el art. 1.1 de la Ley 29/1998 de la JCA, como sin desfallecimiento alguno ha venido diciendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El propio TC, en muchas sentencias, ha establecido esa obligación, como es el caso de la STC 102/1996²⁸, y fijado las consecuencias de no observarla

²⁷ El segundo inciso del art. 4.1 prevé: «[...] pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acrechte haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento».

²⁸ STC 102/1996, de 11 de junio de 1996 (ponente: Delgado Barrio), que afirmó: «Las cuestiones planteadas en este proceso han sido ya resueltas por las SSTC 30/1996 y 50/1996, cuya doctrina se da por reproducida, siendo únicamente de subrayar: A) Este Tribunal ha reconocido reiteradamente “la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva” (SSTC 62/1984, 171/1994), pero “cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE”. También la Sentencia 91/1996, de 27 de mayo (ponente: Vives Antón), ya que en el caso concreto se sostuvo que la cuestión prejudicial, «por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva».

(de no suscitar la cuestión prejudicial devolutiva), que no son otras que la de que «la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria», citando al efecto otras sentencias del TC.

Sobre esa misma cuestión nuestra doctrina más cualificada se ha pronunciado (García de Enterría, 1998: 243-254, y también Rodríguez Ramos, 1997: 2-4)²⁹, considerando García de Enterría que la citada sentencia del TC «ha hecho revivir el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que la doctrina consideraba apenas decorativo tras más de un siglo de su formulación».

Destaca también la importancia del tema en un momento en que se produce lo que García de Enterría denomina criminalización de «capítulos enteros del Derecho Administrativo»³⁰. El incumplimiento de esa obligación de remitir el asunto a la jurisdicción competente tiene relevancia sobre la cuestión del derecho al juez predeterminado por la ley, pues si, según esta (art. 4 de la LECrim), es el tribunal contencioso-administrativo el competente, se está condenando y privando de libertad a alguien por quien no es el juez que la ley quiere (Rodríguez Ramos, 1997)³¹. Completando esa idea, pero en la perspectiva del carácter arbitrario, irrazonado y no fundado en derecho de la sentencia dictada sin observar lo dispuesto en la LECrim, se pronunció la STC 30/1996.

²⁹ El primer autor citado en el texto denuncia el error de quienes sostenían que los arts. 4 a 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habían quedado derogados por el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el mismo sentido se pronuncia el segundo. La doctrina constitucional de la Sentencia 30/1996 al respecto no se ha modificado, sino confirmado por otras, como se desprende del Auto del TC 360/2008, de 10 de noviembre.

³⁰ En la misma obra de la nota anterior habla de «capítulos enteros del Derecho Administrativo»: «delitos publicitarios (artículo 282), delitos sobre ordenación del territorio y urbanismo (artículos 319 y ss.), delitos ambientales y ecológicos (artículos 325 y ss.), relativos a la protección de la flora y fauna (artículos 332 y ss.), etc., que, a través de su competencia prejudicial incidental atrayente o no devolutiva, ha venido resolviendo complejas cuestiones de Derecho Administrativo, como presupuesto de sus calificaciones de las conductas punibles, cuando, por cierto, no solía encontrarse especialmente preparada para ese menester» (p. 240).

³¹ En su trabajo vincula la prejudicialidad misma directamente con el derecho al juez predeterminado por la ley y no ya por el problema de evitar sentencias contradictorias: «Pues bien, la nueva hipótesis que se sugiere supone que, previamente a la afectación del derecho a una tutela judicial efectiva consistente en que dos órdenes jurisdiccionales no se pronuncien contradictoriamente sobre un mismo hecho, existe un derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24, 2. CE), al ser otro orden jurisdiccional diverso al penal el predeterminado legalmente para entender de tal materia propia de la cuestión prejudicial suspensiva y devolutiva».

La segunda consecuencia importante radica en que en los supuestos en que, pese a todo, el juez penal falle con carácter incidental lo es «para solo el efecto de la represión», según la dicción vigente desde el siglo XIX. Es decir, sin vincular al orden competente al que no se defirió la cuestión. En definitiva, no produce efectos de cosa juzgada la calificación, ni condiciona al otro orden jurisdiccional. Pero, desde la Constitución de 1978, significa que tampoco vincula a la jurisdicción constitucional que no traspasa límite alguno de su competencia, pues la decisión de los órganos penales, en ese supuesto de cuestiones prejudiciales no devueltas, no puede tener efecto alguno en otros ámbitos y menos que en ninguno en la jurisdicción constitucional, en la que no puede tenerlo lo acordado por quien no es el juez predeterminado por la ley. En esas condiciones, hablar de que el TC suplanta al TS por rechazar su interpretación prejudicial carece de sentido.

La última consecuencia tiene que ver con la obligación que el art. 7 de la LEcrim establece —«el Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los arts. anteriores, deba resolver»—, obligación incumplida en este caso cuando el orden penal considera que tiene sus propios criterios de derecho penal, que no tienen por qué atemperarse a los administrativos, cuando de lo que se está tratando es de qué es un asunto administrativo.

Las razones para esta prejudicialidad devolutiva tienen que ver con la diferencia de principios que informan cada rama del ordenamiento. Así, en el caso del derecho administrativo, es un tópico la denominada «huida del derecho administrativo» tras la Segunda Guerra Mundial y la Gran Depresión del 29 y el *New Deal* en EE. UU. El papel del Estado cambia y las reglas de su funcionamiento tradicional no se adaptan a un Estado interventor, garante de un Estado de bienestar, prestador de servicios e incluso productor de bienes a través de la creación de institutos (INI) y empresas públicas.

Se cuentan por centenares los libros y artículos de publicistas que tratan del tópico de la «huida del derecho administrativo» en nuestro país y en los de nuestro entorno (Sánchez Morón, 2018: 13 y 36; Garrido Falla, 1991; Martín-Retortillo, 1991; Sala Arquer, 1992; Borrajo, 1993: 233-249)³². Pero ese tópico nunca se afronta con una perspectiva penalista, como suponiendo que se trata de un intento de delinquir o malversar, sino como el modo de solucionar una contradicción tan frecuente en esto como en todas las cosas de la vida, como nos recuerda Berlín (1990). La contradicción entre la eficacia de una Administración que quiere, por un lado, influir en la vida económica y participar en ella y prestar directamente bienes y servicios a los ciudadanos

³² Sánchez Morón atribuye a M. Clavero Arévalo (1962) haber acuñado la expresión.

distintos de los tradicionales de seguridad y defensa, y, por otro, evitar las rigideces de unos procedimientos pensados para otras funciones más clásicas, aun a sabiendas de los riesgos que puede entrañar suprimir rigideces.

El tópico de la huida trata de la necesaria rebaja y supresión de controles y rigideces burocráticas, con la conciencia de los riesgos que esas rebajas pueden suponer de desvíos o mal uso de fondos. Entre eficacia y control se busca cuál es el equilibrio mejor, ponderando los bienes de una mayor eficacia y los males y riesgos por desviaciones. De eso va el tópico de la huida, sin que ninguno de quienes se han ocupado del tema pensara jamás que rebajar controles constituyía sin más un delito de prevaricación o malversación ante el que la única respuesta era la penal.

Ejemplo de ello es lo que se buscó con las normas de saneamiento del sector financiero por el Gobierno de Rajoy con Real Decreto Ley 2/2012, que flexibilizó la legislación vigente y suprimió garantías asegurando a las entidades financieras un precio mínimo por la cesión obligatoria al FROB de patrimonio inmobiliario deteriorado y externalizó la valoración de tales activos a expertos independientes; todo ello para una respuesta más rápida y eficaz que evitara males mayores al conjunto del sistema financiero³³. Lo mismo se ha hecho en muchos casos en nuestro país y en muchos países europeos³⁴, sin que esas decisiones se contemplaran desde la óptica penal suponiendo solo torcidas intenciones³⁵.

III. EXAMEN DE LA EVENTUAL CONFORMIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS ERE CON LAS PAUTAS Y CRITERIOS DE ANÁLISIS QUE EL TC VIENE APLICANDO EN LOS RECURSOS DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS DE ÓRGANOS JUDICIALES

Que las sentencias de los tribunales ordinarios pueden ser declaradas vulneradoras de los derechos y libertades fundamentales y que, para evitarlo,

³³ Hoy se dan ya por perdidos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) 17 000 millones de euros sin que se hable de malversación por aprobar tal real decreto ley.

³⁴ Es el caso del singular de Decreto Ley 109 de 28 de septiembre de Italia, que, tras el derrumbe del viaducto de Polcevera en Génova, crea un Comisariado Extraordinario que queda eximido de todas las normas, salvo las europeas, para la demolición y reconstrucción.

³⁵ Puede ser expresiva la metáfora del martillo que, ante cualquier objeto alargado, con uno de sus extremos puntiagudos, no dudaría en golpear una pluma estilográfica Sheaffer para clavarla sobre la mesa, pues tiende a ver las cosas desde la función para la que está diseñado.

se creó el Tribunal es el abecé de nuestro Estado de derecho. Se trata ahora de verificar si el TC en su sentencia de los ERE se ha excedido de sus voluntarios criterios de autolimitación o si, más bien, lo que ha sucedido es que son la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo los que, en realidad, han vulnerado los derechos de los condenados a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE o a la legalidad penal del art. 25.1.

1. LA DOCTRINA GENERAL SOBRE EL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Las sentencias del TC sobre los ERE empiezan³⁶ por recordar su doctrina sobre el derecho a la legalidad penal con sus pronunciamientos y argumentos sobre la quiebra de tal derecho

[...] cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsu- mida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí [...] (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde.

También recuerdan las sentencias del TC sobre los ERE que «la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*». Así como que no forma parte del objeto del análisis del TC «la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal», ni tampoco «la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad per se nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada» —STC 129/2008, FJ 3, letra f) del apartado sobre doctrina constitucional del derecho a la legalidad penal—.

³⁶ En apdo. d) sobre «Doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)».

Desde esos presupuestos sobre lo que es el derecho a la legalidad penal y con pleno respeto a estos las sentencias analizan las condenas por prevaricación y malversación.

2. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TC A LOS HECHOS QUE SE SUBSUMEN EN EL TIPO DE PREVARICACIÓN

En el caso de la prevaricación, la sentencia del TS considera que la elaboración de un anteproyecto de ley y su aprobación como proyecto pueden ser calificadas como resolución en «asunto administrativo» en el sentido del art. 404 CP. Tal es el punto decisivo de la interpretación del precepto que lleva a subsumir en el concepto de resolución adoptada en asunto administrativo la actuación de los condenados. También decisivo saber por qué se considera que es una resolución injusta y arbitraria, si es que puede denominarse resolución, la referida a pretender modificar una ley en fase de elaborar el proyecto (Quadra-Salcedo, 2019; 2024)³⁷.

Debe recordarse, asimismo, que la prevaricación del art. 404 CP se describe como la de la autoridad o funcionario público que, «a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo», y esa idea de la arbitrariedad la ha concretado la jurisprudencia de la Sala 2.^a del propio TS en términos muy expresivos en la sentencia de 23 de octubre 1998, FD 2, entre muchas otras:

No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993; 21 de febrero, 27 de mayo y 10 de noviembre de 1994; 25 de marzo y 20 de abril de 1995; 14 de marzo de 1996; 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997).

Dejando al margen que la cuestión, que se verá más adelante, de si en el caso de los ERE la conducta prevaricadora guarda o no relación con asunto administrativo alguno, en la Sentencia 490/2019, de 19 de noviembre de la APS, y en las del TS, no existe una descripción pormenorizada de los concretos

³⁷ Se trata de unas reflexiones iniciales sobre las sentencias de la APS y del TC en *El País* en diversas fechas en noviembre de 2019 y en julio de 2024.

preceptos que se habrían infringido de las leyes administrativas y presupuestarias en la tramitación y aprobación del anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos. Sería indispensable saber de qué concretos y determinados preceptos legales infringidos se está hablando para verificar si se trataba en cada caso de una infracción «patente», «grosera», «clamorosa» o «específica». Estos últimos términos —recogidos en la STS de 23 de octubre de 1998, más arriba transcrita, y repetidos en otras muchas— marcan semántica y metodológicamente los criterios de calificación y tipificación de la supuesta conducta prevaricadora imputada; criterios a que tenía que atenerse el TS para calificar hechos y conducta como prevaricación si concurrían o a excluir tales hechos y conductas del tipo penal de prevaricación.

Lo cierto es que en la sentencia del TS no se cita ni analiza de modo concreto cada uno de los preceptos que se dicen infringidos, de modo que ello permita considerar el carácter clamoroso o específico de la supuesta infracción, consistente en participar en la elaboración de anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos que modificaban la legislación anterior. Al dictar el Tribunal Supremo su Sentencia 749/2022, de 13 de septiembre, sobre los ERE, no cita los preceptos infringidos por participar en esa elaboración, sino que se remite genéricamente a la Ley 5/1983 y al Decreto Legislativo 1/2010³⁸, en los que se contendrían los preceptos que los proyectos de ley querían modificar y modificaron. Pero participar en la modificación de una legislación anterior ni es resolución ni es injusto: podrá ser acertada o desacertada la modificación, pero no injusta. Y lo peor es que ni siquiera el TS aplica ese criterio de lo clamoroso, específico o grosero a los hechos.

Lo que sí analiza el TS es si estamos ante un asunto administrativo, lo que, como dirá el TC, bajo ningún concepto puede admitirse que lo sea; pero, aunque lo fuera, nada tiene de injusto en el sentido de ilegal o contrario a Derecho que se quiera cambiar la legislación anterior, ni es razonable que la

³⁸ En el apdo. 20.3 de la sentencia del TS se citan las leyes, pero no los preceptos concretos infringidos: «En nuestro caso y tratándose de una ley tan trascendental como la del presupuesto anual, con un componente técnico muy relevante, el proceso de elaboración estaba previsto en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía, y en la posterior ley, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de marzo. En ambas normas se regula con cierto detalle los trámites que habían de seguirse en la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos hasta la aprobación por el Consejo de Gobierno, siendo objeto, además, de un desarrollo reglamentario singular y detallado. Además, dada la especial naturaleza de toda ley presupuestaria, su contenido material en ciertos aspectos viene predefinido por otras leyes. Por lo tanto, estamos ante procesos regulados por el derecho administrativo».

ley que se quiere modificar sea el único parámetro para evaluar el proyecto de modificación.

Sea como fuere, el TS considera que estamos ante una resolución en asunto administrativo, pese a que en su sentencia es consciente de que esa no es la posición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que es el juez natural de ese aspecto y cuya jurisprudencia cita³⁹, y, pese a ello, conscientemente se aparta de esta⁴⁰ —con el riesgo de constituirse en el prohibido juez no predeterminado por la ley— con olvido del mandato del art. 7 de la LECrime, de atemperarse a las reglas del derecho administrativo en las cuestiones prejudiciales que deba resolver.

Ese apartamiento se justifica por el TS en una distinción artificiosa:

- 1) «[L]a decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno [sic]⁴¹ así como el contenido del proyecto normativo», que la sentencia del TS considera que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional «en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad y discrecionalidad».
- 2) «[L]as distintas decisiones que se adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley) que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley», que la sentencia del TS considera que «no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción».

³⁹ La cita en el apdo. 21.2 (p. 97), donde dice: «La Sala III del Tribunal Supremo ha sido constante en afirmar que la elevación de un proyecto de ley al Parlamento constituye el ejercicio de la iniciativa legislativa que, como función política, es inmune al control jurisdiccional incluso aunque su proceso de elaboración está reglado y sujeto a normas imperativas. Hay un buen número de pronunciamientos en esa dirección».

⁴⁰ Lo reconoce bajo el apdo. 22 al declarar su autonomía respecto del derecho administrativo: «Por tal motivo se hace necesario que la jurisdicción penal aborde el entendimiento del precepto con autonomía y así lo hemos proclamado en reiteradas resoluciones (STS 941/2009, de 29 de septiembre)»

⁴¹ Tal vez la sentencia quiso decir elevar un proyecto de ley al Parlamento, pues al Gobierno no se le eleva el proyecto de ley, sino un anteproyecto o un borrador de proyecto de ley. Solo cuando el Gobierno —en Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno— lo aprueba, puede hablarse de proyecto de ley que se envía («eleva») al Parlamento.

La distinción va dirigida a justificar que al segundo término de la distinción le corresponde la calificación de «asunto administrativo», según concluye al final del apdo. 21 de la sentencia: «Por tanto, las resoluciones dictadas relativas a este segundo contenido no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino “resoluciones en asunto administrativo”, a los efectos del artículo 404 del Código Penal»⁴². Así da respuesta a la cuestión que unos párrafos antes se había planteado la propia sentencia: «[...] lo que se debe determinar en este caso no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 CP, que es algo sustancialmente diferente». Así consuma la desconexión con el derecho administrativo, a base de comprometer el significado del término «asunto administrativo» del tipo penal al reconocer que prescinde de la óptica administrativa sin atemperarse a su significado en esa rama del derecho.

Conviene llamar la atención sobre que, para el TS, en el segundo término de la distinción, el acto de aprobación mismo del proyecto de ley por el Gobierno o Consejo de Gobierno (por ser previo al acuerdo de elevarlo) sería un acto sujeto a un procedimiento reglado. La dificultad de entender el segundo término —que es el con el que el TS se autolegitima para encajar la conducta de los condenados en la prevaricación al tratarse, según la sentencia, de un asunto administrativo— reside en que parece que no le importa al TS el contenido que puedan tener esas normas antes de elevarlas al Parlamento, sino que lo que le importa es que se hayan observado las reglas de «un procedimiento reglado». Y, sin embargo, no se dice cuáles son los concretos preceptos infringidos de eso que la sentencia denomina insistentemente «procedimiento» reglado, que tampoco se llega decir cuál es, salvo la referencia genérica a la Ley 5/1983, de 19 de julio, y al Decreto Legislativo 1/2010, sin mención alguna de preceptos infringidos.

Tampoco la siguiente referencia al respeto de «las normas que regulan su producción» nos saca del ámbito de lo puramente procedural en la «producción» de proyectos de normas, pero sin entrar en el contenido mismo de estas

⁴² Lo hace tras afirmar antes que la distinción es relevante en una ley presupuestaria por su doble contenido: «[...] de un lado, la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, que es una decisión de naturaleza política. De otro, el procedimiento de elaboración y los criterios financieros que desarrollan y aclaran los estados cifrados, que deben sujetarse a las normas de naturaleza procedural y financieras de obligado cumplimiento. Lo mismo puede predicarse del proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria».

ni especificar cuáles son. Pero de nuevo aquí no se dice cuáles son los concretos preceptos de las normas «que regulan su producción» que no han sido respetados o infringidos. Por otra parte, las infracciones de procedimiento difícilmente pueden ser expresión de injusticias de fondo y menos si no se dice qué normas de procedimiento han sido infringidas y cómo de relevante ha sido esa infracción y cuáles han sido los derechos, intereses o bienes perjudicados por su inobservancia⁴³.

Tal vez, la sentencia del TS está intercambiando o confundiendo conscientemente los supuestos límites procedimentales con los límites sustantivos, si se observa que al final casi del apdo. 22 de la sentencia el TS, y tras la segunda distinción, vuelve a afirmar que «carecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley». Como se ve, sigue hablando de reglas (normas) «en la elaboración» del proyecto de ley o norma con fuerza de ley, pero añade una llamativa intención subjetiva de violar la ley, que identifica, sin más, con la voluntad de modificarla: querer modificar una ley en los trámites prelegislativos es ya una violación de la ley que se quiere modificar, y una violación patente y arbitraria.

Pese al equívoco de los términos que emplea la sentencia, esta no parece referirse a que no se hayan respetado las normas procedimentales de producción de normas, sino a que no se habrían respetado las normas sustantivas o de fondo, pero precisamente por querer cambiarlas. De fondo siguen siendo, aunque se refieran a cómo deben tramitarse las subvenciones. La sentencia del TS emplea así confusamente las referencias al concepto de «procedimiento» que utiliza insistentemente⁴⁴, pese a que no se trata de que no observase el procedimiento a que debe supuestamente sujetarse un proyecto de ley en su elaboración, sino que lo que imputa es que el contenido de tal proyecto de ley pretendía modificar el sistema material de tramitación de las subvenciones; es

⁴³ Todo ello sin contar con que los defectos de procedimiento en la tramitación de proyectos de normas que no produzcan indefensión insubsanable (*¿de quién?*) no determinan la invalidez y pueden ser convalidados por el órgano superior (en este caso, el Consejo de Gobierno, aprobando el proyecto de ley tras su deliberación).

⁴⁴ Al final casi del apdo. 22 de la sentencia el TS, y tras la segunda distinción, vuelve a afirmar, confundiendo lo procedural con el contenido sustantivo, que «carecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley».

decir, una modificación sustantiva o de fondo. Nada que ver con observar normas procedimentales sobre cómo han de tramitarse los proyectos de ley.

La referencia genérica —sin cita de preceptos en el apdo. 22 de la sentencia— a la Ley 5/1983, de 19 de julio, y al Decreto Legislativo 1/2010 no parece hacerse a cuanto de procedural tengan esas leyes, sino a lo sustantivo de estas, como se ve en el apdo. 23.3 de la sentencia⁴⁵, donde al final se descubre que la cuestión consiste en que quienes participaron en la elaboración de anteproyectos y proyectos y en su aprobación «aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador, y lo consiguieron». Es decir, que, aunque desde el apdo. 20⁴⁶ de la sentencia —y en los sucesivos 21 y 22— se está analizando el elemento típico de qué es un asunto administrativo y se están forzando los términos al hablar de normas de procedimiento (que no se habrían observado) para la aprobación de proyectos de ley, lo que surge en el 23.3 es que son las normas de fondo o sustantivas del proyecto sobre controles formales y tramitación de las subvenciones las que habrían infringido las normas de fondo o sustantivas vigentes, por el mero hecho de proponer su modificación en un proyecto de ley y con independencia de su aprobación final por el Parlamento («y lo consiguieron»). Lo que no explica es lo de «a sabiendas de su ilegalidad». Querer modificar una ley preparando un anteproyecto no es una ilegalidad

⁴⁵ «No nos identificamos con ese planteamiento. No es admisible calificar el procedimiento prelegislativo como un conjunto de simples “actos de trámite”, sin relevancia o carentes de efecto alguno y que lo que finalmente se aprueba por el gobierno autonómico es un documento sin valor jurídico alguno y sin efectos» (párrafo 5.^o del apdo. 23.3 de la STS). «Algunas de los actos de ese procedimiento tienen contenido decisorio en la medida en que las autoridades administrativas al aprobar el proyecto en cada una de sus fases debían examinarlo y comprobar su legalidad. Esas autoridades tenían la potestad de rechazar el proyecto de ley o de modificarlo para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumpliera con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido. Esas autoridades aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador, y lo consiguieron» (párrafo 6^o del apdo. 23.3 de la STS). «Y precisamente la eliminación de esos controles, asociada a la indebida clasificación presupuestaria aplicada a las subvenciones, es lo que permite afirmar que las distintas resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo no eran actos de trámite carentes de trascendencia alguna» (párrafo 7.^o del apdo. 23.3 de la STS).

⁴⁶ 20. Procedimiento prelegislativo: determinación del elemento típico «asunto administrativo».

y es inadmisible atribuir, sin argumento adicional, el deseo de cambiarla a una intención ilegal de la que se es consciente. Es clamorosamente claro que no es ilegal y menos cuando se hace para suprimir trámites que se consideran innecesarios, complicados o sustituibles desde el punto de vista del principio constitucional de eficacia (art. 103.1 CE). Que sea acertado o no el cambio es otra cosa, pero nada tiene que ver con la legalidad, sino con la oportunidad o la conveniencia.

De ello se deduce que lo que entiende el TS es que el proyecto de modificación de una ley previa debe observar reglas de producción, y entre ellas estaría la propia norma que se quiere modificar, que debe ser respetada. Tal interpretación nos lleva a una paradoja irracional: no se pueden modificar las leyes preexistentes si para hacerlo hay que respetar las leyes preexistentes. La STS es, por consiguiente, irrazonable en este aspecto, y es sobre ese argumento irrazonable de una ilegalidad imposible (e imposible que sea «*a sabiendas*», pues no se concibe que alguien pueda llegar a pensar que modificar una ley se pueda ver como algo ilegal) sobre lo que las sentencias de la APS y del TS construyen artificiosamente la injusticia y arbitrariedad de lo que denominan «resolución» dictada en asunto administrativo, que les sirve para calificar como prevaricación haber participado en el proceso prelegislativo.

Por otra parte, desde la perspectiva objetiva de las supuestas normas de procedimiento de los proyectos que se habrían infringido, se salta a la perspectiva subjetiva de que lo han infringido porque las autoridades «aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador, y lo consiguieron»⁴⁷. Imposible entender que pueda sostenerse que supieran («*a sabiendas*») que pretender cambiar la regulación de una ley (participando en el proceso prelegislativo previsto para ello) era una ilegalidad; ilegalidad por el mero hecho de querer cambiarla.

⁴⁷ Afirma que «lo consiguieron» en el párrafo sexto del apdo. 23.3 (transcrito en la nota 45), pese a que en el párrafo primero de ese mismo apartado sostiene de forma contradictoria:

«En el presente caso ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones ni tampoco el régimen jurídico-presupuestario aplicable a las transferencias de financiación. Sin embargo, 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, incorporando en cada anteproyecto una documentación que no era suficientemente explicativa del destino que iba a darse a esos fondos».

La sentencia del TS parecía pretender conseguir, calificando lo que denomina «el proceso prelegislativo» como un «procedimiento administrativo»⁴⁸, que quedase tenido su contenido de un cierto aire o pátina de «resolución administrativa» o dictada en «asunto administrativo» encajando a martillazos en las palabras del tipo delictivo la cuestión de fondo de la función de gobierno —no administrativa— de modificar las leyes aprobando proyectos de ley al efecto de modificar las existentes. Tal vez se buscaba encontrar, incluso en el seno de los actos de gobierno, elementos asequibles al derecho, como los relativos a la competencia o la forma; de ahí la insistencia en hablar de procedimiento⁴⁹ que parecía transformar el proyecto de una ley en el objeto de un procedimiento.

Esa función de gobierno de modificar leyes preexistentes elaborando proyectos de ley para luego elevarlos al Parlamento queda fuera de toda idea de «asunto administrativo» de acuerdo con el art. 1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que describe el ámbito de esa jurisdicción en relación con «la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo». Debe notarse el término «actuación», más amplio que «resolución». La LJCA está excluyendo así de su jurisdicción, por no ser «actuación» sujeta a derecho administrativo, los actos de relación con las Cortes Generales o los preparatorios de dicha relación que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS⁵⁰ ha considerado siempre ajenos a todo carácter administrativo o vinculables con «asunto administrativo».

Las SSTC de junio y julio de 2024 sobre los ERE, tras analizar profunda y motivadamente la cuestión, concluyen, con la invocación de muchas

⁴⁸ Así dice la sentencia en la p. 98: «Hemos razonado por qué entendemos que el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo y en ese procedimiento se dictan algunas resoluciones que son indispensables para que tenga lugar la remisión del anteproyecto de ley al Parlamento y que deben ajustarse a lo establecido en las leyes».

⁴⁹ La disolución de las Cortes, potestad del presidente del Gobierno, es un acto político no controlable, pero sí, en cambio, si ha habido previa deliberación del Consejo de Ministros.

⁵⁰ Los actos de gobierno o de relación entre poderes que en el plano estatal están previstos y regulados en la propia Constitución —y no en normas legales de carácter administrativo—, donde en el art. 87 reserva, en primer lugar, al Gobierno la iniciativa legislativa general, y en el art. 134 —dentro ya del título VII (Economía y Hacienda)— reserva en exclusiva al Gobierno el monopolio de la elaboración de los presupuestos generales, y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación. A esa misma conceptualización de las relaciones entre poderes, examinada en el nivel constitucional estatal, responde el diseño estatutario de Andalucía (arts. 111 y 190 del Estatuto de Andalucía) y de las demás comunidades autónomas.

sentencias anteriores (entre ellas, la STC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2), que no están sujetos a derecho administrativo «los actos que regula el título V de la Constitución (“Relaciones entre Gobierno y Cortes Generales”) o la decisión de enviar un proyecto de Ley u otras semejantes a través de las cuales el gobierno cumple también la función de dirección política». La sentencia del TS viola esta preexistente, constante y vinculante⁵¹ jurisprudencia constitucional con el artificioso pretexto de que no está considerando los actos de «dirección política» propiamente dichos, sino los preparatorios; incurre así, con esa inverosímil argucia, en la prohibida aplicación extensiva y analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

La Sala 2.^a del TS incurre de esa forma en este caso en un grave error incompatible con la comprensión común y con la interpretación literal y semántica del concepto de «asunto administrativo» que hace irrazonable toda su construcción. La consecuencia es que la interpretación efectuada de los elementos típicos de «resolución» y «asunto administrativo» es imprevisible y, por este motivo, lesiva del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

En cuanto a las modificaciones presupuestarias, la sentencia del TS había obviado que todas ellas estaban amparadas en la ley de presupuestos, una vez ya aprobada por el Parlamento andaluz (Quintero Olivares, 2022⁵²); lo obvia, tal vez, porque, tras considerar delictivo (sin fundamento, como hemos visto) haber intervenido de cualquier forma en la elaboración del anteproyecto de presupuestos y en la aprobación del proyecto remitido al Parlamento, parece retirar cualquier valor vinculante a ley de presupuestos una vez aprobada. Prescinde así de que dicha ley legitima todas las modificaciones presupuestarias⁵³

⁵¹ Vinculación derivada del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 de la LOTC y que expresamente se encuentra formulada en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC.

⁵² En su trabajo, Quintero destaca lo absurdo de calificar de ilegal la tramitación del proyecto: «El problema es que ese procedimiento ilegal se ajustaba a una Ley aprobada por el Parlamento de Andalucía. Este “pequeño” detalle ya lo despreciaba la Instructora cuando en su día se permitió despreciar la autonomía estatutaria del Parlamento andaluz, pero el hecho indiscutible es que sin la aprobación parlamentaria de la Ley de Presupuestos (la que prevéía el sistema de financiación de las ayudas) ese sistema no habría entrado en funcionamiento. Los actos de preparación y aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos carecen, en sí mismos, de significación jurídica, y, por supuesto, no son resoluciones en el sentido exigido por el delito de prevaricación».

⁵³ Eso es lo que dice motivadamente la STC, al anular la del TS: «El Tribunal Supremo, al apreciar que la reforma de la ley de presupuestos en este punto no ha llevado a cabo una modificación del régimen de concesión de las ayudas sociolaborales, ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004 de

hechas a su amparo. Se trata, por otra parte, de una ley de presupuestos que ni fue impugnada ni dio lugar a que el Tribunal sentenciador suscitara una cuestión de constitucionalidad por infracción de la Constitución o del bloque de la constitucionalidad que integra el Estatuto de Autonomía si hubiera tenido dudas de su validez.

Por lo que hace a las concretas modificaciones presupuestarias que, en contra de su destino previsto, se destinaron a otros fines, tal desvío es, desde luego, persegurable, como reconoce la STC diferenciando entre las que se destinaron a los fines de la norma y las que no⁵⁴; persegurable en los autores causantes de esa concreta conducta completamente reprochable.

modo imprevisible. Estas leyes son claras al respecto [...]. Los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para rechazar la alegación de la recurrente suponen privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente [...]. A tenor de lo expuesto, es indubitable que las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía. Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las referidas leyes de presupuestos tienen este alcance, han efectuado, también por este motivo, una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico “arbitrariedad”, lesiva del art. 25.1 CE» (apdo. 4.4.1.b de la STC 93/2024).

Y, más adelante, vuelve sobre la no consideración por la STS de la importancia de las modificaciones efectuadas por la ley de presupuestos: «[...] las resoluciones recurridas no extraen consecuencia alguna del cambio normativo que se produce en el año 2002, que incluye por primera vez el programa 31L en la ley de presupuestos y que tiene como objeto otorgar transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales, tal y como se acaba de exponer. Una vez en vigor este programa presupuestario resulta imprevisible que los actos dictados a su amparo se consideren manifiestamente ilegales, pues las modificaciones presupuestarias tenían cobertura en una norma con rango de ley. De conformidad con lo expuesto, no pueden considerarse arbitrarias las modificaciones presupuestarias realizadas en el ejercicio 2002 (las efectuadas el 15 y el 21 de octubre de 2002) al encontrarse amparadas en la ley de presupuestos para ese año. Por todo ello, las resoluciones impugnadas, en lo que se refiere a estas concretas modificaciones presupuestarias, al calificarlas como manifiestamente ilegales, han incurrido en una interpretación del todo imprevisible del tipo penal que ha determinado la condena» (apdo. 4.4.2 de la STC 93/2024).

⁵⁴ «No ocurre lo mismo con las otras modificaciones presupuestarias que no tenían amparo en norma legal alguna [realizadas el 18 de abril de 2000, el 28 de julio de 2000, el 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por

Todo ello determina que se reconozca la lesión «por una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal que no se corresponde con la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica» con incompatibilidad con el sistema institucional constitucional y estatutario, incurriendo, además, en manifiestas quiebras lógicas en la argumentación.

3. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LOS HECHOS QUE SE SUBSUMEN EN EL TIPO PENAL DE LA MALVERSACIÓN

En el caso de la subsunción de los hechos que se consideraron probados en el delito de malversación tanto por la sentencia de la APS como por la del TS hay que tener en cuenta que la imputación por ese delito que se hace a algunos de los condenados lo era, por una parte, por previamente haber intervenido⁵⁵ en la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes de presupuestados de los años 2005 a 2009, en los que se consignaron los créditos iniciales del programa 31L, así como por participar en la tramitación o aprobación de diversas modificaciones presupuestarias que incrementaron esos créditos iniciales. Por otra parte, por haber consentido el menoscabo de fondos públicos, pese a no ser los autores de tales menoscabos.

En cuanto a la malversación relacionada con la conducta de haber participado en la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos que habrían suprimido procedimientos y controles que hubieran evitado, se dice, el menoscabo de fondos públicos las sentencias del TC, al declarar vulnerado el principio de legalidad penal por las condenas por prevaricación, determinan la nulidad de la malversación vinculada con la participación en el proyecto de ley.

Todo el artificio de vincular la participación en los proyectos de ley con la malversación ha determinado las inevitables sentencias del TC que excluyen también del tipo legal de malversación las conductas supuestamente malversadoras derivadas de unos hechos probados referidos globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación derivada de un supuestamente

delegación de la recurrente), el 29 de mayo de 2001, el 18 de septiembre de 2001, el 13 de noviembre de 2001 y el 5 de diciembre de 2001]. Respecto de estas últimas modificaciones presupuestarias, su consideración como resoluciones arbitrarias recaídas en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP» (apdo. 4.4.2 *in fine* de la STC 93/2024).

⁵⁵ Por razón de los diversos cargos que cada uno había ostentado.

«indebido» sistema de presupuestación, pero que era el legal. Es como si las sentencias de la APS y del TS hubieran enucleado del total proceso legislativo la pieza inicial de los proyectos de ley y la hubieran configurado como un asunto administrativo, atribuyendo a dicha pieza inicial toda la responsabilidad por el modo de gestión y actuación en los programas presupuestarios de empleo, como si toda esa actuación se hubiera realizado con sujeción a dicha pieza única y exclusivamente; es decir, como si la ley de presupuestos finalmente aprobada por el Parlamento no obligase ni contase para nada para legitimar toda la actuación.

En todo caso, las leyes de presupuestos en ningún caso permitían, desde luego, el desvío o menoscabo de fondos públicos, por lo que sobre los concretos desvíos y menoscabos que se hubieran producido la sentencia del TC lo que plantea es la cuestión de si se ajusta al derecho a la presunción de inocencia la condena de los recurrentes en amparo por su conducta omisiva por la que, según las sentencias de la APS y del TS, habrían consentido el menoscabo producido en la Consejería de Empleo. En ese aspecto, las leyes de presupuestos aprobadas daban cobertura a la utilización de las transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Es decir, que el hecho de dejar que se hicieran las transferencias de acuerdo con lo previsto en las leyes no puede conceptuarse en principio como omisión ni era previsible considerar esa conducta como malversadora desde el momento en que el sistema de transferencias se hacía, en principio, de acuerdo con la ley, por lo que no podían ser calificadas como ilícitas o ilegales⁵⁶. Las irregularidades formales no suponían, por sí mismas, desvío de fondos, aunque se considerase que entrañaban más riesgo de ello. Si la concreción real de ese riesgo era, según las propias sentencias impugnadas, la consecuencia necesaria del sistema de presupuestación del programa 31L, los condenados no tenían la obligación de oponerse al sistema legalmente establecido, sino la de cumplirlo.

La cuestión central en este tema —que abordan las sentencias del TC en sus últimos apartados (el apartado B del apdo. 5.2 en la Sentencia 94/2024 y en los correlativos de otros recurrentes)— es la de las malversaciones no derivadas de la supresión de trámites y controles que habían realizado las leyes de

⁵⁶ Como dice la STC 94/2024 (FJ 5.3 b): « [...] nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición “ilícita” de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida». Otra cosa es que no hubieran actuado tras ser conocedores de concretas malversaciones como a continuación se verá.

presupuestos (que son, estas últimas, en las que básicamente se había centrado la sentencia de la APS y ratificado la del TS), sino de aquellas que tienen que ver, ya sea con la concesión de las concretas ayudas del programa 31L, por parte de las autoridades de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, al margen de los fines públicos para los que debían concederse, ya sea con la asignación de fondos públicos a fines distintos y ajenos a los recogidos para el programa 31L⁵⁷.

En estos casos, lo que contempla el TC es si se daba la posición de garante (por los cargos que tuvieran los distintos condenados) en la modalidad omisiva de la malversación y si conocían los menoscabos. Es decir, exigirá determinar el concreto conocimiento de los hechos que tuvieron los supuestos garantes. Es lo que el TC trata en el apdo. 6 de sus sentencias para analizarlas desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2.

Lo hace recordando su doctrina sobre la falta de competencia del propio Tribunal para valorar la actividad probatoria practicada con criterios de calidad u oportunidad. Cuando se invoca la presunción de inocencia, ha de limitarse a hacerlo sobre la base de una supervisión externa de razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con el relato fáctico resultante; por ello,

solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter discursivo* que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Desde esa perspectiva —aun anuladas las sentencias de la APS y TS que vinculaban medialmente malversación y prevaricación— seguía quedando «un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional»: el de las disposiciones efectivamente realizadas en ausencia de fin público y para fines distintos y ajenos a los determinados en el propio programa.

Y es al analizar la motivación de la prueba de cargo cuando comprueba que la motivación respecto de cada condenado no va dirigida⁵⁸ «a probar que

⁵⁷ Se trata de aquellos a que se refería la letra C) del hecho probado vigesimosegundo.

⁵⁸ Sino que «va dirigida claramente a constatar que intervino en el mantenimiento y/o ejecución del sistema dirigido al abono de subvenciones a través del uso de transferencias de financiación». Sistema que era el previsto en las leyes de presupuestos.

hizo un uso desviado de fondos del programa 31L, por aplicarlos en ausencia o con desviación de los fines previstos en dicho programa» (apdo. 6.4 de la STC 94/2024). En lo que toca a la intervención de los condenados en los concretos actos de ausencia o desviación de los fines del programa y el eventual riesgo derivado de las modificaciones hechas por la ley de presupuestos, afirma que «este riesgo era inherente al sistema de presupuestación legalmente establecido». Por ello, para apreciar que se incurrió en las conductas que se les imputan a los condenados,

[...] no basta con poner de manifiesto que las concretas ayudas concedidas no se ajustaban al procedimiento subvencional (conducta que estaba amparada en lo dispuesto en las leyes de presupuestos), sino que es preciso acreditar que participó activa u omisivamente con conocimiento de que los fondos públicos del programa 31L se estaban concediendo sin que existiera un fin público que justificara su concesión o para fines distintos de los previstos en dicho programa 31L.

A partir de ahí hay dos hechos que impiden suponer que hay prueba de cargo suficiente. De una parte, que, aunque los informes de la Intervención de la Junta «rebaten la validez del concepto de transferencias de financiación al IFA/IDEA como instrumento presupuestario para gestionar subvenciones excepcionales al margen de su procedimiento propio», no advierten, sin embargo «de que se hubieran producido actos de disposición ajenos a dicha cobertura». A eso se une el hecho de que la propia sentencia absolvio al interventor general, que era quien por sus funciones y facultades más conocimiento podía tener de las concretas desviaciones.

Por otra parte, la sentencia del TC constata que la de la Audiencia Provincial atribuye directamente dicho desvío de fondos a los responsables de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, e insiste en varios lugares en ese hecho⁵⁹. Por el contrario, constata que no existe en la sentencia argumentación «dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto».

En efecto, las sentencias de la APS y del TS son conscientes de que los expresidentes, consejeros y altos cargos no eran los autores de las concretas y

⁵⁹ Así se recoge en la p. 47 de la STS en el relato de hechos que recoge de la SAPS: «[...] a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, lo cierto es que los responsables de la Consejería de Empleo, utilizaron estos fondos para fines completamente ajenos».

limitadas malversaciones⁶⁰, por lo que consideran una modalidad de malversación consistente en el consentimiento: los recurrentes en amparo —que con las reformas que impulsaron y aprobó el Parlamento habrían suprimido trámites más garantistas— habrían, además, consentido esos menoscabos.

Pero para dar por supuesto el consentimiento al menoscabo sería preciso, para empezar, que conocieran lo que estaba ocurriendo. Las sentencias vienen a transformar en la práctica ese consentimiento en una especie de imprudencia o dolo eventual (Quintero, 2022)⁶¹ sobre la base de una obligación de supervisión sobre el causante del menoscabo que no tenían. En efecto, sin que exista prueba de que hubiesen conocido lo que, en algunos casos, pasó en la Consejería de Empleo, se da por supuesto, sin argumentación alguna y mediante un salto en el vacío, al limitarse a afirmar que «necesariamente debieron ser conocidas» o «necesariamente tenían que saber» lo que ocurría en la Consejería de Empleo, sin explicar razonablemente por qué «debieron» o «tenían» que saber lo que ocurría en otra consejería.

Ese conocimiento del menoscabo, que daría lugar a un consentimiento si no se actúa para impedirlo una vez conocido, se les supone a los recurrentes en amparo sin fundarlo en prueba alguna, sino en las afirmaciones, reiteradas insistentemente en la sentencia de la APS, y confirmada por el TS, de que los recurrentes, por sus cargos, «necesariamente tenían que saber lo que ocurría» o «necesariamente debieron ser conocidas» y «asumieron la eventualidad de desvíos»⁶²; expresiones referidas a una imprecisa «situación creada como

⁶⁰ Limitadas en tanto que la inmensa mayoría de las ayudas fueron correctamente asignadas, aunque hubiera un importante número de ellas destinadas a fines que nada tenían que ver con lo presupuestado y que, por tanto, han de ser perseguidos penalmente.

⁶¹ Quintero sostiene que el fallo «está plagado de razonamientos que, al igual que los que en su día se vertieron en la instrucción, no pueden superar el filtro de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales de la autoría y la participación y de los delitos de prevaricación y malversación».

⁶² La sentencia de la APS habla insistentemente, en relación con los consejeros y altos cargos, de que «[I]a gravedad de la situación creada como consecuencia directa y necesaria de la gestión presupuestaria del programa 31 L mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA y las actuaciones que se llevaron a cabo por los encausados reseñados de la Consejería de Empleo necesariamente debieron ser conocidas por los encausados». En otros lugares el término «debieron» se sustituye por la locución «necesariamente tenían que se conocidas». Con esa fórmula se configura una participación omisiva en la prevaricación y malversación solo posible si conocían la «alta probabilidad» del menoscabo, alta probabilidad o mera posibilidad que se afirma que no se dio en el interventor general, pese a que era quien, por

consecuencia directa y necesaria de la gestión presupuestaria» y a unas igualmente imprecisas «actuaciones que se llevaron a cabo por los encausados reseñados de la Consejería de Empleo». Con base en todo ello se ha llegado a sostener (Quintero, 2022) que el fallo supone una «clamorosa manera de despreciar la prohibición de regreso»⁶³.

Mientras, simultáneamente y en la misma sentencia, se absuelve al interventor general de la imputación de que venía acusado por emitir informes favorables en todos los expedientes de modificaciones presupuestarias y por no haber emitido informe de actuación (obligatorio en «aquellos casos en los que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos público»).

Es decir, que se absuelve a quien por su cargo, función y proximidad estaba en la posición única y mejor para conocer si había menoscabo con el argumento de que no pudo apreciar que se estuvieran produciendo menoscabos. En cambio, para quienes estaban en otras consejerías o en cargo ajenos a la Consejería de Empleo y la Dirección General de Empleo se les construye y valida la hipótesis de que «necesariamente tenían que saber lo que ocurría».

No se trata de poner en duda que el interventor general no supiera nada de los menoscabos, sino de destacar lo irrazonable de la contradicción de suponer que los altos cargos de otras consejerías sí «tenían que saber» lo que el interventor no pudo saber. Esa motivación es, así, irrazonable por sí misma, y lo es más si se contrasta con las razones de absolver al interventor general⁶⁴.

razón de su cargo y proximidad, estaba en las mejores condiciones para conocer los menoscabos. Los verbos y tiempos empleados por la sentencia son significativos con el «necesariamente» delante («necesariamente tenían que saber» o «necesariamente debieron conocer»), pues no parece tanto que quiera expresar que estaban obligados legalmente a saber y conocer los menoscabos (ya que no hay precepto alguno que les imponga la obligación de conocer de los concretos y singulares actos —malversadores o no— del director general de Empleo) como una deducción o una hipótesis dudosa que parece querer reforzar con el «necesariamente» (aunque sin pruebas que lo avalen, especialmente cuando del interventor dicen que no pudo conocer) vinculado más bien con una máxima de experiencia, práctica o de deber moral o conveniencia que queda refutada con la absolución del interventor general.

- ⁶³ Pues, «partiendo del hecho cierto de que algunas ayudas fueron a parar a quien no las merecía porque así lo decidió ilegalmente algún funcionario se infiere que todo el sistema, desde la elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos, era ilegal y todos los que intervinieron en ese proceso incursos en responsabilidad penal».
- ⁶⁴ A quien, por cierto, con una razón sorprendente, se absuelve también de la imputación de haber informado favorablemente los expedientes de transferencias presupuestarias si sabía de algunos de los menoscabos que se producían; sorprendente e irrazonable que

En esas condiciones, la referencia en las sentencias de la APS y del TS a que —dado el sistema establecido en las leyes de presupuestos y las irregularidades señaladas en el informe de intervención del año 2003— tenía que haberse representado la alta probabilidad de resultados fraudulentos se enerva cuando esa alta probabilidad no se le exige al interventor inculpado inicialmente por no emitir un informe de actuación por concretas desviaciones dado que no tenía constancia de ellas.

A partir de ahí, la sentencia del TC considera que no está mínimamente motivada la realización de los hechos, ni probado que los recurrentes en amparo tuvieran conocimiento de que la Consejería de Empleo y Desarrollo estaba actuando en algunos casos en menoscabo de fondos públicos. En consecuencia, las sentencias de la APS y del TS han vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. El análisis realizado muestra que el Tribunal Constitucional en sus sentencias de junio y julio de 2024 (SSTC 93-103/2024) sobre los ERE ha aplicado su doctrina tradicional y ejercido sus competencias con la autoconcernencia y limitación iniciada desde la segunda mitad de los años noventa, como se ha visto más arriba, aunque con más prudencia de la habitual⁶⁵. Todo ello pese a que su jurisdicción le permitiría ir más allá de acuerdo con la Constitución, como se ha visto al analizar la STC 224/1999.

2. Lo ha hecho con rigor metodológico, motivando en cada caso por qué, en cada punto concreto analizado, las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo son irrazonables. Y lo hace en cada uno de los puntos analizando la motivación de las sentencias recurridas argumentando sobre su carácter irrazonable y contrario a la Constitución y a los derechos fundamentales invocados con referencia a la jurisprudencia del TC pertinente.

se le absolviera porque esos informes no son vinculantes (p. 562 de la sentencia de la APS), pues «el órgano competente puede aprobarlos, aun con informe desfavorable de la Intervención». Se entiende que se le absuelva porque no conociera nada de los menoscabos y por eso hizo informes favorables, pero no que se sostenga que, como daba igual (pues su informe no era vinculante), no es relevante que, incluso sabiendo de los menoscabos, no informase desfavorablemente. Igual no daba: informes desfavorables por haber menoscabos no hubieran podido ignorarse bajo ningún concepto.

⁶⁵ *Vid.* lo que se dice en las notas 55 y 58, así como en el apdo. III.3, al denunciar la STC la falta de argumentación sobre que los condenados tuvieran la condición de garantes.

3. Todo parte de un error de origen de la sentencia de la sentencia de la APS que al TS no le era fácil corregir: la artificiosa vinculación de las concretas malversaciones con un supuesto plan sistemático que creyó encontrar en los proyectos de leyes de presupuestos —aprobados finalmente como leyes— que consideraba que se hicieron «a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador», aunque, en realidad, dirigidos expresamente a modificar las reglas preexistentes para lograr más eficacia en la respuesta a los graves problemas de las empresas en crisis como inicialmente reconoce la sentencia de la APS.

Pero se olvidó de que esos proyectos llegaron a ser leyes, por lo que actuar de acuerdo con estas no puede ser ilícito o injusto.

4. El concreto menoscabo de los fondos públicos se produjo porque el directo responsable de la gestión de esos fondos los destinó a fines que no eran los previstos, pero ni el interventor general supo de esos desvíos, ni mucho menos podían conocerlos los recurrentes ajenos a la Consejería y a la Dirección general que los realizó.

5. El sistema establecido por las leyes de presupuestos podía no ser el mejor e incluso podría ser malo, pero, desde el punto de vista del derecho y, especialmente del derecho penal, el reproche y la responsabilidad política o la valoración de oportunidad son una cosa, y la responsabilidad penal, otra muy distinta, con sus propias reglas relativas al derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia.

Nunca debe confundirse la oportunidad, bondad o utilidad de una ley desde el punto de vista de su eficacia o de los buenos o malos efectos y consecuencias derivados de esta en relación con lo que se quería conseguir con algo bien distinto como son las consecuencias penales por su mala o desviada aplicación por quienes, en concreto, hayan sido los responsables directos de tal desviación y menoscabo; también de quienes sabiéndolo los hayan consentido.

En esta perspectiva lo relevante es el respeto al derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia en la persecución de los autores del delito.

6. Lo que se dice en la sentencia del TS (en el primer párrafo, al comenzar su apdo. 23.3) respecto de que «ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable» a las subvenciones ni el de las transferencias de financiación resume de forma sintética la gran contradicción y debilidad de las sentencias que motiva su vulneración del principio y derecho a la legalidad penal. La contradicción se evidencia cuando cinco párrafos después del anterior se sostiene que «aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus

fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador, y lo consiguieron»⁶⁶.

Esa contradicción interna de la sentencia —decir que ninguna de las leyes modificó el régimen jurídico aplicable y a la vez que consiguieron suprimir los controles formales— prueba ya la irrazonabilidad sobre la que se construyó, además de la contradicción con la realidad de los hechos, pues es irrazonable e incluso irracional que se afirme (contra la realidad del *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*) que no se modificaron las leyes de presupuestos y se les haya condenado a los recurrentes por haber participado en los proyectos de esas leyes que en sus mismos e idénticos términos acabaron en el *BOJA*. Ni la APS ni el TS califican tampoco como groseras o esperpénticas infracciones, como exige su doctrina de la prevaricación, las concretas participaciones de los condenados en la elaboración de leyes de presupuestos.

7. La calificación por las sentencias de APS y TS de «asunto administrativo» del proceso de elaboración de leyes de presupuestos contraría la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que deliberadamente se apartan sin atemperarse a las reglas del orden contencioso-administrativo.

Dicha calificación, además de contraria a derecho, no vincula ni al orden contencioso-administrativo *ex art.* 4 de la LECrim⁶⁷ ni menos todavía al TC como supremo tribunal de garantías.

⁶⁶ Afirma que lo consiguieron (párrafo sexto del apdo. 23.3 de la STS, transcrita en la nota 45) contradiciéndose con el comienzo del 23.3 (transcrita en la nota 47), donde sostiene que «ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones ni tampoco el régimen jurídico-presupuestario aplicable a las transferencias de financiación». Vid., también, nota 53.

⁶⁷ Art. 4 de la LECrim revitalizado, como el 3, desde la STC (ponente: Delgado Barrio), frente a algunas dudas infundadas sobre su desactivación tras la aprobación del artículo de la LOTC, como se ha visto más arriba, recordando una doctrina confirmada posteriormente por varias SSTC, entre otras, por las SSTC 255/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y la 278/2000, de 27 noviembre, FJ 6; en ellas se justifica la cuestión prejudicial no devolutiva cuando la contradicción que se quiere evitar con la devolutiva «es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador», lo que exige atender y justificar a la efectiva y real diferencia de criterios informadores en cada caso. También la STC 147/2002, de 15 de julio de 2002 en cuyo FJ 4 establece que «no puede considerarse como cuestión prejudicial devolutiva, sino incidental, la relacionada pero no determinante de la culpabilidad o la inocencia del sujeto (STC 201/1996 [http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3253], de 9 de diciembre, FJ 4)». El auto del TC 360/2008, de 10 de noviembre, confirma la vigencia de la prejudicialidad devolutiva del art. 4 de la LECrim en un asunto en que se había suspendido el proceso penal (al

8. Una última cuestión en relación con la malversación y la doctrina sobre la autoría en ese delito. En la sentencia del *procés* de 14 de octubre de 2019 la Sala 2.^a del Tribunal Supremo recordó su doctrina sobre la autoría para absolver a varios consejeros del Govern (Rull, Forn, Vila, Mundó y la señora Borràs) al no haber realizado ni ellos ni sus departamentos actos materiales de ejecución en menoscabo de fondos públicos para el referéndum u otras finalidades del *procés realizadas por órganos ajenos a ellos*. Esa doctrina (nadie puede malversar si no ejecuta actos materiales de disposición de fondos por no tenerlos a su disposición ni bajo su control) la aplicó, incluso pese a que los cinco consejeros habían firmado, como recogía la sentencia del *procés*, «el acuerdo gubernativo que anunció la asunción solidaria de todos los gastos que se promovieran por el Govern para la realización del referéndum». Es decir, expresamente asumieron todos los gastos que se hicieran por el Gobierno del que formaban parte y que presentó las elecciones autonómicas de septiembre de 2015 como un plebiscito sobre la independencia de Cataluña a cuyo servicio aprobaron los proyectos de presupuestos de 2016 y 2017, de cuyas partidas salieron los fondos para llevarlo adelante.

En esa sentencia sí aplicó el TS correctamente su doctrina, pese al hecho singular en el caso de que no solo conocían los menoscabos que se iban a producir —y se produjeron—, sino que hicieron público que los asumían solidariamente. Conocieron, consintieron y lo hicieron público. No aplicar esa doctrina en la sentencia de los ERE ni justificar el porqué de su apartamiento de esta en el caso es inexplicable e irrazonable.

Las sentencias del Tribunal Constitucional son, así, irreprochables. No solo porque es el supremo garante de derechos y libertades fundamentales sin límites externos que restrinjan su labor, sino porque los límites que él mismo se ha impuesto en su doctrina los ha observado más allá de lo habitual ante unas motivaciones irrazonables y manifiestamente vulneradoras del derecho a la legalidad y a la presunción de inocencia.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2010). El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. En S. Mir Puig y J. Queralt Jiménez (dirs.). *Constitución y principios del derecho penal* (pp. 15-66). Valencia: Tirant lo Blanch.

acordar la remisión de la cuestión prejudicial contencioso-administrativo a esa jurisdicción), estableciendo que tal suspensión, efectuada «en función de una causa legalmente prevista (art. 4 LECrime)» (FJ 3 del auto), impide considerar que pueda tacharse de irrazonable, arbitraria o de error patente la negativa de la Audiencia a aplicar la prescripción del delito de coacciones.

- Aragón Reyes, M. (2006). Relaciones Tribunal Constitucional Tribunal-Supremo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, 169-178.
- Bacigalupo, E. (2005). El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En *Derecho penal y el Estado de derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Berlín, I. (1990). *El fuste torcido de la humanidad*. Barcelona: Península.
- Borrajo Iniesta, I. (1993). El intento de huir del derecho administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, 233-250.
- Caamaño Domínguez, F. M. (2002). Palabras para un culpable: de la duda razonable a la razonabilidad de la duda. En *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente* (volumen 1) (pp. 631-656). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Clavero Arévalo, M. (1962). Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas. *Documentación Administrativa*, 58, 13-36.
- Coarasa, R. (2024). El Supremo, sobre la actuación del TC con las condenas de los ERE: Es gravísimo. *La Razón*, 15-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/o8pE1e>.
- De la Oliva Santos, A. (1982a). El tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 337-364.
- De la Oliva Santos, A. (1982b). El tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid Época Segunda*, 9 y ss.
- De la Oliva Santos, A. (1996). Tribunal constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos, y alivios de una tensión. En *El Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (pp. 3-64). Madrid: McGraw-Hill.
- De la Oliva Santos, A. (2009). La perversión jurídica del amparo constitucional en España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42 (124), 355-387. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2009.124.4099>.
- Díez Picazo Giménez, I. (1996). El artículo 53.2 de la Constitución: Interpretación y alternativas de desarrollo. En *El Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (pp. 69-203). Madrid: McGraw-Hill.
- Díez Picazo, L. (2001). El principio de legalidad penal en la Constitución española. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3.
- Fernández Farreres, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- García de Enterría, E. (1998). La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 98, 231-249.
- Garrido Falla, F. (1991). Privatización y reprivatización. *Revista de Administración Pública*, 126, 7-26.
- Gimeno Sendra, V. (2001). De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. *Persona y Derecho*, 44, 112.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2009). *Solo penas legales, precisas y previas: El Derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- López de Lerma, J. (2024). Justicia interesada. *La Razón*, 21-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/aNBf3W>.

- Martín-Retortillo, S. (1991). Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, 126, 63-132.
- Méndez López, L. Á. (2009). La problemática delimitación del ámbito competencial de las jurisdicciones constitucional y ordinaria. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 77, 223-230.
- Nuevo López, P. (2024). Un TC como tribunal de apelación. *La Razón*, 7-7-2024. <https://is.gd/HgtPWP>.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2019). Consideraciones sobre la sentencia de los ERE. *El País*, 24-11-2019. Disponible en: <https://is.gd/Szy5mW>.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2024). El Tribunal Constitucional y las sentencias sobre los ERE: el normal funcionamiento de las instituciones (I, II y III). *El País*, 16/17/18-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/Hf0kHq>; <https://is.gd/X48WmV>; <https://is.gd/5MnQEK>.
- Quintero Olivares, G. (2022). La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas. *Almacén de Derecho*, 19-9-2022. Disponible en: <https://is.gd/fTxodC>.
- Rodríguez Ramos, L. (1997). Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley. Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 285, 1.
- Rubio Llorente, F. (1992). Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 9-39.
- Sala Arquer, J. M. (1992). Huida al derecho privado y huida del derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 75, 399-416.
- Sala, P. (1994). «*La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de derechos fundamentales*». *Discurso pronunciado en la apertura del año judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Sánchez Morón, M. (2018) El retorno del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 206, 37-66. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.02>.
- Sarrión Esteve, J. (2009). Sobre el «conflicto» entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: la opción del legislador por la consagración de la supremacía del Tribunal Constitucional en la reforma de su ley orgánica. *Revista CEFLEGAL*, 99, 31-66. Disponible en: <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2009.13105>.
- Sarrión Esteve, J. (2011). Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, 81, 379-412. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.81.2011.9159>.
- Serrato, F. (2024). Los juristas acusan al Constitucional de «invadir competencias» del Supremo en el ‘caso ERE’. *The Objective*, 22-6-2024. Disponible en: <https://is.gd/x6hM2q>.