

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> ANA M<sup>a</sup> FERRER GARCÍA, AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> SUSANA POLO GARCÍA.

**PRIMERO.-** Este voto particular se va a centrar en lo que integra la esencia de la discrepancia que lo justifica, que no es otra que la condena como autores de un delito de malversación de D. Jose Antonio Griñán Martínez, D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo, D. Miguel Angel Serrano Aguilar, D. Jesús María Rodríguez Román y D. Francisco Vallejo Serrano, por cuya absolución en relación a tal delito abogamos al entender que su comportamiento no cubre la tipicidad subjetiva que el mismo requiere, es decir, el dolo, ni aun en la modalidad de dolo eventual que fue apreciada por la Audiencia de Sevilla.

Discrepamos de la práctica identificación que la sentencia mayoritaria realiza entre el delito de prevaricación y el de malversación. A cada uno corresponde su escenario. Una cosa es que ante una situación generalizada de crisis económica se elaborara y asumiera un sistema ilegal de asignación presupuestaria para dotar de agilidad la concesión y pago por parte de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía de las ayudas sociolaborales a los trabajadores y a las empresas en crisis; y otra distinta que después en la fase de ejecución presupuestaria los fondos destinados a esas subvenciones extraordinarias se desviarán del destino social y económico establecido en la ley con daño para el erario público.

Asimismo una cosa es que se esté ante la concesión ilegal de distintas subvenciones por diferentes cuantías y otra diferente que todas ellas fueran improcedentes desde una perspectiva sustantivo-material en el caso de que se hubiera seguido el procedimiento legal exigible para su concesión. Así pues, ha de partirse de la premisa de que un porcentaje de las subvenciones ilegalmente otorgadas también se habrían dado en el caso de que la concesión fuera legalmente tramitada. De modo que concurren supuestos de ayudas claramente fraudulentas que nunca se debieron conceder y otras de las que sí tendría que hacerse cargo el erario público en todo caso, aunque cumplimentando el procedimiento legal para las concesiones.

De otro lado entendemos, y así lo explicaremos, que la sentencia de instancia adolece de un importante déficit argumentativo a la hora de analizar el elemento que integra la tipicidad subjetiva del delito de malversación, dando lo que consideramos un arriesgado salto en el vacío a la hora de atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, los cinco citados, un dolo eventual de difícil encaje en el delito de malversación, con respecto a un resultado fraudulento producido por terceros que actuaban en esta última. Todo ello sin cita específica del sustrato fáctico de ese elemento subjetivo, razonamientos probatorios que pudieran sustentarlo, o argumentario jurídico en relación a la previsibilidad de ese resultado fraudulento, especialmente en una estructura caracterizada por el reparto funcional y competencial entre las distintas Consejerías que conforman el armazón de la Administración Autonómica andaluza, que necesariamente se rige el principio de confianza en relación a la actuación de quienes en cada una de ellas desarrollan su cometido. Principio quebrado por la dolosa actuación de los acusados que operaban desde la Consejería de Empleo en la fase de ejecución presupuestaria, y muy especialmente por quien ostentó el cargo de director General de Trabajo entre los años 1999 y 2008.

No compartimos la respuesta mayoritaria de este Tribunal de Casación que confirma ese pronunciamiento condenatorio, y que incluso llega, a nuestro juicio sin soporte probatorio ni fáctico, más lejos que la Sala sentenciadora de instancia, rebasando los márgenes que ella fijó.

Estas son, a grandes trazos, las bases de nuestra disidencia con el parecer mayoritario, que iremos desgranando en las siguientes páginas, como no podía ser de otro modo, desde el respeto hacia los compañeros y la compañera que lo sustentan.

**SEGUNDO.- 1.** Tal como indicamos al inicio de este voto particular, la discrepancia con la mayoría se centra esencialmente en la condena por un delito de malversación de caudales públicos de los cinco acusados ajenos a la

Consejería de Empleo, por entender que no concurre el elemento imprescindible del dolo, ni siquiera en la modalidad de dolo eventual que fue la apreciada en la sentencia recurrida. Para fundamentar esta sustancial disidencia comenzaremos analizando la teoría general de ese requisito subjetivo del delito, para después exponer las razones por las que no concurre en el presente caso.

La sentencia recurrida resalta que el dolo en que incurrieron los cinco acusados de cuya condena por malversación se discrepa fue un dolo eventual y no directo. No puede entenderse otra cosa del fundamento cuadragésimo séptimo, en el que se afirma que los acusados D. Miguel Angel Serrano Aguilar, D. Jesús María Rodríguez Román, D. Francisco Vallejo Serrano, Dña. Carmen Martínez Aguayo y D. José Antonio Griñán Martínez, son autores del delito de malversación «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Un repaso a la jurisprudencia de esta Sala permite comprobar que la expresión «asumir la eventualidad» es utilizada con notable habitualidad por la misma para aplicar el concepto de dolo eventual, (SSTS 810/2011, de 21 de julio; 387/2012, de 22 de mayo; 843/2012, de 31 de octubre; 614/2015, de 21 de octubre; 396/2021, de 6 de mayo; o 174/2022, de 24 de febrero, entre otras). El referido sintagma figura en diferentes apartados de la sentencia recurrida cuando examina la conducta de los acusados desde la perspectiva subjetiva.

Es importante destacar que el Tribunal de instancia, después de ponderar la prueba practicada, ha fijado el techo del dolo en la modalidad del dolo eventual para referirse al resultado del delito de malversación cuando se trata de la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo, sin que en ningún momento señale pruebas sólidas —más allá de meras especulaciones— que permitan acreditar que conocían de forma fehaciente que las ilegalidades prevaricadoras en que incurrían determinaban que otras personas estuvieran cometiendo los actos de menoscabo del patrimonio público propios del delito de malversación. Y es que, a pesar de los contactos

personales que pudieran mantener con motivo del ejercicio de sus funciones públicas, no constan testimonios de personas que evidenciaran, con datos concretos, haber percibido que aquéllos estuvieran al tanto de que las ilegalidades procedimentales apreciadas acababan derivando en actos singulares de sujetos pertenecientes a la Consejería de Empleo que menoscababan de forma dolosa y directa el patrimonio público. Tampoco se analizan otro tipo de pruebas que permitan sustentar con solvencia tal conclusión. Todo ello significa que no cabe ahora, en la fase de casación, acoger la existencia de un dolo directo en el comportamiento de los cinco acusados cuya conducta se examina, como a la postre parece entender la sentencia mayoritaria.

**2.** En lo que atañe al elemento del dolo integrante del tipo subjetivo de las diferentes modalidades delictivas, tanto en el ámbito de los delitos contra las personas como en los delitos contra el patrimonio, conviene recordar que, según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo de dolo eventual basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal (SSTS 708/2015, del 20 de noviembre; 687/2018, de 20 de diciembre; 744/2018, de 7 de febrero; o 315/2020, de 15 de junio).

En otras palabras, se estima que obra con dolo eventual quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el autor no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado lesivo, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16 de abril; 759/2014, de 25 de noviembre; 155/2015, de 16 de marzo; 191/2016, de 8 de marzo; 597/2017, de 24 de julio; o 955/2021, de 3 de diciembre).

Sobre la misma materia, argumentó la sentencia 474/2013, de 24 de mayo, que esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del «aceite de colza» o «del síndrome tóxico») ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, afirmó la sentencia 69/2010, de 30 de enero, que ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento o del asentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo –sigue diciendo la sentencia 69/2010–, «la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del

dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo».

Aquí es preciso advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible *ex ante*. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar del autor cuando la probabilidad de que se produzca no es realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o desdibujada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado (STS 687/2018, de 20 de diciembre).

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y

denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24 de mayo).

**TERCERO.-** En el supuesto aquí enjuiciado, la discrepancia de este voto particular, ya lo hemos adelantado, se centra en la condena por el delito de malversación de caudales públicos tipificado en el artículo 432 CP (versión anterior a la reforma del año 2015) a los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo.

Se argumenta en la sentencia recurrida, en el fundamento de derecho cuadragésimo séptimo (pág. 1754), que los acusados D. José Antonio Griñán Martínez, D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo, D. Miguel Angel Serrano Aguilar, D. Jesús María Rodríguez Román y D. Francisco Vallejo Serrano son responsables en concepto de autores del delito de malversación por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 CP, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal, conforme a lo que se expuso por la Audiencia al realizar la valoración de la prueba respecto de cada uno de tales acusados. Y se añade en el párrafo siguiente que la autoría se les atribuye por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Todo ello, conforme a lo expuesto en los hechos probados y al valorar la prueba respecto de cada acusado».

La simple lectura del párrafo precedente evidencia que la Sala de instancia, concedora de que carece de una prueba de cargo mínimamente consistente para atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo un dolo directo, opta por la modalidad del dolo eventual para fundamentar el ámbito subjetivo de la condena por el delito de malversación de caudales públicos. Sin embargo, no sopesa que el mero uso de la fórmula jurídica propia del dolo eventual, y en concreto del sintagma «asumir la eventualidad» del resultado delictivo, se muestra palmariamente insuficiente en este caso para considerar acreditado el dolo eventual de los referidos acusados con respecto a un delito de resultado, como lo es el de malversación de caudales públicos.

Condición ésta que es reiterada en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 277/2015, de 3 de junio; 797/2015, de 24 de noviembre; o 163/2019, de 26 de marzo, entre otras).

A pesar de lo que sostiene en su lacónica e inmotivada fundamentación jurídica sobre la autoría, y en su simplificadora cita relativa al elemento volitivo del dolo eventual, se observa en la lectura de la sentencia recurrida la carencia de una argumentación mínimamente suficiente y consistente para avalar la existencia de los elementos intelectual y volitivo del dolo eventual en la conducta de los referidos acusados. Por el contrario, frente a lo que se dice en el referido fundamento, en la resolución ni se desarrollan analíticamente los elementos integrantes del dolo eventual ni tampoco se motiva probatoriamente su concurrencia en el caso concreto.

Una cosa es asumir y aprobar todo un sistema específico para «agilizar» y para lograr una «mayor rapidez» en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales a los trabajadores y a las empresas en crisis, tal como se reconoce expresamente en distintos y reiterados párrafos de la sentencia cuestionada al señalar las razones capitales de la implantación del sistema ilegal de la asignación presupuestaria y puesta a disposición de la Consejería de Empleo del dinero de las ayudas (ver al respecto las pp. 39, 233, 238, 249, 426, 499, 646, 730, 765, 796, 828, 877, 901, 1277, 1303, 1307, 1354, 1504, 1524 y 1542). Y otra cosa muy diferente es que los acusados ajenos a la referida Consejería tuvieran conocimiento de que parte de esos fondos estuvieran siendo distribuidos de forma dolosamente fraudulenta por los funcionarios ejecutores del presupuesto a quienes les eran entregados para que les dieran el destino social y económico establecido en la ley.

En la sentencia recurrida se da un sorprendente y significativo salto en el vacío a la hora de atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo un dolo eventual con respecto a un resultado fraudulento producido por terceros, sin cita específica del sustrato fáctico de ese elemento subjetivo, ni razonamientos probatorios que pudieran sustentarlo. Para afirmar la existencia

de dolo eventual del tipo penal de la malversación en el comportamiento de los imputados de la Consejería de Economía, se acude únicamente a la circunstancia de haber incurrido en infracciones legales en la tramitación de los presupuestos mediante los que se proporcionaron caudales públicos para fines socioeconómicos en principio legítimos. De forma que, del hecho de la agilización del procedimiento de aprobación y modificación de los presupuestos mediante el incumplimiento de normas integrantes del trámite presupuestario, infiere el Tribunal de instancia que eran conocedores de que los funcionarios de la Consejería de Empleo realizaban la función de distribuir y adjudicar los caudales públicos de manera fraudulenta en beneficio ilícito de terceros.

La Audiencia, al no constarle prueba directa acreditativa de que la conducta fraudulenta distribuidora de los fondos públicos fuera conocida por los acusados ajenos a esa Consejería de Empleo, presume que ello tenía que suceder así y que por lo tanto los acusados integrantes de las otras Consejerías, ante el riesgo de que se realizara una conducta de esa índole, son responsables penalmente de que ese riesgo se materializara en un resultado delictivo malversador. Por lo que concurrirían así cuando menos los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un dolo eventual con respecto al tipo penal del artículo 432 CP.

Del hecho de haber incurrido en ilegalidades en la elaboración y tramitación de los procedimientos presupuestarios que sirvieron de base para obtener los caudales públicos que habrían de destinarse a las subvenciones de los trabajadores y de las empresas en crisis, colige el Tribunal de instancia que tales ilegalidades no solo tenían el objetivo de conseguir una mayor rapidez y agilidad en la obtención y distribución de esos fondos públicos para los fines reseñados, sino que también eran sabedores de que estaban contribuyendo dolosamente a que el dinero fuera repartido fraudulentamente por los funcionarios de la Consejería de Empleo, que eran quienes operaban de manera directa y por propia iniciativa en la fase final de ejecución del

presupuesto, una vez tramitado por las Consejerías competentes y aprobado por el Consejo de Gobierno y el Parlamento de Andalucía.

Los acusados D. José Antonio Griñán y Dña. Carmen Martínez Aguayo, Consejero y Viceconsejera, respectivamente, de la Consejería de Economía y Hacienda en el periodo al que se ciñen los hechos, y al final de los mismos Presidente de la Junta de Andalucía y Consejera de Economía y Hacienda respectivamente, fueron condenados en la instancia como autores de un delito de prevaricación precisamente por haber aprobado y tramitado de forma ilegal los proyectos de presupuesto y ponerlos, una vez aprobados por el Parlamento Andaluz, a disposición de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo para que procediera a su distribución y adjudicación. Sin embargo, ello no quiere decir que supieran que en la Consejería de Empleo se estuviera distribuyendo y adjudicando el dinero de una forma fraudulenta en perjuicio del erario público y en beneficio ilícito de patrimonios particulares. De modo que se les entregaba a los trabajadores, empresarios y otras clases de profesionales sin justificación ni legitimación alguna por carecer de la condición de beneficiarios de las subvenciones excepcionales que se repartían, ya sea porque no tuvieran derecho alguno a ellas, ya porque las cantidades que les adjudicaban fueran sustancialmente superiores a las que les correspondía con arreglo a la ley. Y otro tanto debe argumentarse con respecto a los otros tres acusados integrados en la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

Para llegar a tal conclusión incriminatoria por un delito de malversación del artículo 432 CP (texto anterior a la reforma de 2015), era preciso que el Tribunal sentenciador hiciera un análisis tanto fáctico como normativo de cuáles son los requisitos básicos del dolo eventual y también de las razones probatorias por las que se daban en el caso concreto en el actuar de los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo. Tales aspectos fácticos y normativos no figuran en los razonamientos de la resolución impugnada, pues solo consta como dato legitimador de la incriminación tipificada el mero rótulo indicativo del dolo eventual («asumir la eventualidad» del resultado delictivo), sin razonamientos que lo avalen. Esta laguna argumental solo se explica por

la inexistencia de datos verificadores de los elementos objetivos y subjetivos que sustentan la figura de esa modalidad de dolo. Y así se comprobará en el desarrollo de los fundamentos subsiguientes.

**CUARTO.- 1.** Para apreciar la existencia del dolo eventual como elemento subjetivo del tipo penal de la malversación del artículo 432 CP (versión anterior a la reforma del año 2015), se requeriría, tal como hemos advertido, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala, que concurriera una alta o elevada probabilidad de que las infracciones legales practicadas con el fin de aligerar la distribución de las ayudas sociolaborales a trabajadores o las destinadas a empresas en crisis determinaran un perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos. Esto es, que la conducta que realizaron directamente los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubiera generado un riesgo típicamente relevante que se acabara materializando en el peligro concreto para el bien jurídico que tutela el artículo 432 CP. Y aquí desde luego, como ya se anticipó, se carece de toda argumentación y análisis sobre este primer elemento del dolo eventual, tanto desde la perspectiva probatoria como desde la normativa.

Para acoger las tesis inculpativas de la Audiencia con respecto al delito de malversación atribuido a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, era necesario que el sistema procedimental implantado para el pago de los fondos relativos a las subvenciones excepcionales llevara consigo un peligro tan elevado y concreto de menoscabo para el bien jurídico tutelado por la norma penal que fuera muy probable que se materializara en el resultado propio del delito de malversación aquí aplicado. Y una vez constatado ese nivel de riesgo típico como dato objetivable propio de la conducta malversadora atribuida a los acusados, se necesitaba que fuera conocido ese riesgo concreto y también asumido su resultado por los referidos acusados.

La existencia de la situación de alto riesgo de peligro concreto para el bien jurídico protegido por el delito de malversación (integrado por el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de

las administraciones públicas), que integra el tipo objetivo de la figura penal sobre la que habrían de recaer los elementos intelectual y volitivo del tipo subjetivo —en este caso del dolo eventual—, carece de sustento argumental probatorio en la sentencia de instancia. Los indicios que se desprenden de los razonamientos que la misma condensa son insuficientes para establecer ese grado muy elevado de riesgo, habida cuenta que su potencialidad indiciaria recae únicamente sobre el delito de prevaricación, sin que pueda extenderse en cambio sobre el de malversación. Máxime si se pondera que la conducta fraudulenta en la distribución de los fondos se materializó merced a una actuación dolosa autónoma de unos funcionarios —los de la Consejería de Empleo— que, a tenor de los datos que figuran en el proceso y en la sentencia, actuaban por su cuenta, sin que conste la connivencia fraudulenta de los funcionarios ajenos a esa Consejería, quienes ni siquiera eran conocedores del menoscabo fraudulento del patrimonio público que aquéllos estaban generando.

Ello significa que la imputación objetiva del resultado malversador no obedeció a meras circunstancias fortuitas ni a la conducta de funcionarios ajenos a la distribución y entrega del dinero público, sino que se debió a la interferencia de comportamientos dolosos de los funcionarios de la Consejería de Empleo que tenían encomendado el reparto y distribución del dinero público que se ponía a su disposición.

Si bien es cierto que los acusados de la Consejería de Economía intervinieron en la confección y tramitación de presupuestos y de modificaciones presupuestarias con conocimiento de que empleaban un procedimiento ilegal, e igualmente que para ello acudían a alterar el destino de algunas partidas presupuestarias y a instrumentalizar sesgadamente las llamadas transferencias de financiación, ello no permite obviar que —tal como se admite en la sentencia de instancia— tal conducta tenía como objetivo aligerar la tramitación de unas subvenciones que eran urgentes a los fines de repartir el dinero destinado a los trabajadores de las empresas en crisis y a las propias entidades donde desempeñaban su labor. Esa rapidez y aligeramiento

conllevó ciertamente, entre otras infracciones, la supresión de algunos de los controles de la Intervención General de la Junta de Andalucía que a partir del año 2000 habían sido considerados por las autoridades y funcionarios como causantes de las dilaciones y retrasos en la distribución del dinero público destinado a los trabajadores y a las empresas en crisis.

Ahora bien, de tales alteraciones del trámite subsumibles en algunos casos relevantes en el delito de prevaricación, no cabe extraer —ya que se carece de las pruebas de cargo imprescindibles para ello— ni que los cinco acusados reseñados pertenecientes a las Consejerías de Economía y de Innovación estuvieran de acuerdo con los actos de quebranto económico del erario público realizados por los funcionarios de la Consejería de Empleo que fueron condenados por el delito de malversación, ni tampoco que tuvieran conocimiento de los hechos propiamente malversadores que se especifican en la sentencia recurrida referentes a la distribución y adjudicación del dinero, correspondientes ya a la recta final de la fase de ejecución del presupuesto.

Tal como ya se ha advertido, el Tribunal de instancia ni siquiera ha razonado probatoriamente que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo realizaran el tipo objetivo de la malversación. Esto es, que ejecutaran una conducta prevaricadora en la tramitación y aprobación de los proyectos de los presupuestos destinados a los fondos públicos que generara la alta probabilidad del peligro concreto de un resultado malversador. Esa conducta integrante del delito de malversación fue realizada de forma autónoma y dolosa por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo, al final del proceso de ejecución del presupuesto, sin conocimiento de los integrantes de otros departamentos de la administración autonómica.

**2.** Por otra parte, a la verificación de esa conducta malversadora integrante del elemento objetivo del tipo del artículo 432 CP (versión previa a la reforma de 2015), habría que añadirle imprescindiblemente, ya en el ámbito estrictamente subjetivo, la verificación probatoria de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo tenían conocimiento de que muy probablemente el

resultado delictivo consistente en la distribución fraudulenta de los fondos públicos estuviera siendo materializado en gran medida con su entrega a personas físicas y jurídicas que en modo alguno tenían derecho a esos fondos o a la cuantía concreta adjudicada. Hasta el punto de que esos sujetos, tal como exigía el artículo 432, se estuvieran apoderando del dinero público con ánimo de lucro en beneficio propio o de un tercero.

Ninguno de estos requisitos fácticos y normativos son tratados en la sentencia recurrida al examinarse la conducta atribuible a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, Consejería ésta donde se disponía fraudulentamente de los fondos presupuestados para fines sociales y económicos muy concretos. De modo que se trata de una mera especulación o conjetura que hace el Tribunal sentenciador al tratar la autoría, sin que aporte la base probatoria imprescindible que sostenga esa mera hipótesis.

**3.** La motivación y fundamentación probatoria y jurídica relativa a las cuestiones que se acaban de exponer, que constituyen la esencia del núcleo del dolo eventual que se aprecia indebidamente en la sentencia recurrida al aplicar el delito de malversación con respecto a los funcionarios de la Consejería de Economía y Hacienda y la de Innovación, resultaban ineludibles para apreciar el tipo penal de la malversación en la conducta de los estos, ajenos a la Consejería de Empleo. Sin embargo, el Tribunal de instancia en lugar de razonar con argumentos sobre esos temas nucleares, pretende suplir el vacío argumental con dos frases apodícticas de perfil claramente inculpativo. Y así, en la narración de hechos probados se dice en el fundamento decimoctavo (pág. 88) lo siguiente: «La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados José Antonio Grifán Martínez, -Consejero de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y presidente de la Junta de Andalucía en el periodo abril 2009/septiembre 2013-, Carmen Martínez Aguayo, -Viceconsejera de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y Consejera desde abril 2009 hasta septiembre 2013-, Francisco Vallejo Serrano -Consejero de Innovación y Presidente de IDEA-

, Jesús María Rodríguez Román, -Viceconsejero de Innovación y Vicepresidente de IDEA-, los cuales tenían conocimiento, participaron y consintieron la gestión presupuestaria descrita».

A ese párrafo de la motivación probatoria le añade el Tribunal sentenciador la referencia al sintagma recogido en la fundamentación jurídica (pág. 1754), ya reseñado, en el que se atribuye la autoría de la malversación a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Para desvirtuar estas conclusiones irrazonadas e irrazonables del Tribunal de instancia, debe advertirse, en primer lugar, que el riesgo que conllevaba suprimir el control previo del Interventor de la Junta de Andalucía en la concesión de las ayudas, con fines fundamentalmente orientados a aligerar o a obtener «rapidez» en la tramitación de las ayudas sociolaborales y de empresas en crisis, no determinaba con una alta probabilidad que terceras personas que eran autoridades y cualificados funcionarios de la Consejería de Empleo se fueran a dedicar dolosamente a realizar conductas fraudulentas que generaran el lucro ilícito de terceros facilitando la apropiación de caudales públicos.

El grado de riesgo que genera una conducta ilícita prevaricadora como la que se describe en la sentencia recurrida se puede distribuir en dos niveles o escalones, según reiterada jurisprudencia, a la hora de desencadenar resultados ilícitos fraudulentos con perjuicio para los caudales públicos. Un primer grado sería el de la mera posibilidad de que algunos funcionarios de la Consejería de Empleo de la propia administración autonómica se aprovecharan dolosamente de la omisión de controles procedimentales para realizar actos claramente perjudiciales que favorezcan fraudulentamente a terceros; y un segundo grado aparece configurado por la alta probabilidad de que ello así suceda.

La primera hipótesis es la propia de la conducta imprudente con culpa consciente centrada en un pronóstico de mera posibilidad; y la segunda es la del dolo eventual que ubica el grado de la conducta dolosa en la alta probabilidad de que en el caso concreto se produzca el quebranto doloso para el patrimonio público, del que acaban apropiándose los terceros o los propios funcionarios.

Es cierto que en algunos supuestos no resulta fácil delimitar los porcentajes de riesgo necesarios para transitar de la mera posibilidad a la alta probabilidad de que se produzca un resultado dañoso o lesivo. Sin embargo, aparte de que éste no es uno de esos supuestos de grave dificultad en la graduación (pues no existían indicios de la interferencia de una conducta dolosa de los propios funcionarios de una de las consejerías, la de Empleo), esa clase de incertidumbre se solventa, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, acudiendo al criterio de que el peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal ha de alcanzar el grado de un peligro concreto asignable al caso. Esto implica que no cabe un mero peligro general o abstracto, sino que, cuando operamos con un delito doloso de resultado, como aquí sucede, el radio de alcance del peligro requiere una situación de peligro concreto que permita traslucir la inminencia y proximidad de la lesión del bien jurídico.

Por consiguiente, el conocimiento meramente abstracto o general e hipotético de las consecuencias que pudieran derivarse de un hecho tipificado como un delito de resultado es el conocimiento propio de las meras imprudencias conscientes pero no del dolo exigible en un delito de resultado doloso. En las imprudencias de esa índole se requiere el conocimiento de un peligro abstracto no permitido por la norma penal. Pero cuando nos referimos a un delito doloso de resultado es imprescindible que el autor sea consciente de que genera un elevado peligro concreto para el bien jurídico (tal como se reconoce en la pág. 1046 de la sentencia de la mayoría), circunstancia que aquí es patente que no se da en las conductas de los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo.

4. En el presente caso la sentencia de instancia evidencia un llamativo vacío en lo que atañe al análisis probatorio de los elementos indiciarios referentes a las dos hipótesis reseñadas, omitiendo así despejar el interrogante planteado. Ese examen debe realizarse ahora con el fin de suplir la omisión argumental que se aprecia sobre este dilema en la sentencia recurrida. Y ya de entrada se puede anticipar que no cabe inferir que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo condenados por el delito de malversación, dado el radio de acción operativa y el ámbito de competencia específica que tenían sobre el control de los datos objetivos relativos a la ejecución del presupuesto correspondiente a la Consejería de Empleo en su última fase, fueran concedores de que las autoridades y funcionarios de esta última muy probablemente iban a sustraer con dolo el dinero destinado a las ayudas sociolaborales y a empresas. Ya sea mediante una sustracción directa y activa en beneficio propio, ya sea mediante una conducta omisiva consistente en consentir que la sustracción fuera realizada por terceros en beneficio propio y con ánimo de lucro.

En la causa no figuran datos indiciarios que permitan afirmar que el Consejero de Economía y Hacienda (posteriormente Presidente de la Junta) D. Jose Antonio Griñán Martínez o la primero Viceconsejera y después Consejera de la misma Consejería, D<sup>a</sup> Carmen Martínez Aguayo, y lo mismo debe decirse con respecto a las autoridades y funcionarios de la Consejería de Innovación y Ciencia, D. Miguel Angel Serrano Aguilar, D. Jesús María Rodríguez Román y D. Francisco Vallejo Serrano supieran que los integrantes de la Consejería de Empleo estuvieran proporcionando subvenciones a personas que no pertenecían ni habían pertenecido a las empresas en crisis, o que el dinero dedicado a las ayudas se estuviera entregando a empresas sin estructura alguna, ya sea porque todavía no estuvieran creadas o porque estaban en quiebra total y sin posibilidad alguna de recuperación. Y tampoco se ha acreditado que estuvieran al tanto de que se estaban concediendo de forma arbitraria como subvenciones o como pagos a profesionales cantidades muy superiores a las legalmente autorizadas a trabajadores, empresarios o

profesionales de diferentes materias o especialidades, a tenor de lo que se razona a continuación.

No consta probatoriamente —reiteramos— que todas las entregas fraudulentas de dinero sin posibilidad de reintegro al patrimonio público realizadas por los funcionarios adscritos a la Consejería de Empleo fueran conocidas por los acusados ajenos a la misma, ni tampoco que tuvieran que conocerlas necesariamente. Y no sólo no se cuenta con pruebas directas que hayan permitido verificar que los referidos acusados tuvieran conocimiento de una conducta dolosa fraudulenta por parte de los funcionarios de la Consejería de Empleo, sino que tampoco aparecen indicios objetivables de que aquéllos conocieran una situación de peligro concreto que propiciara con una elevada probabilidad la materialización del resultado propio de un delito de malversación, de quebrantamiento del patrimonio público, según razonaremos a continuación.

**QUINTO.**- Los contraindicios que concurren en el caso apuntan en contra de la incriminación de los cinco referidos acusados ajenos a la Consejería de empleo, tal como se verá a continuación al examinar y sopesar los datos probatorios objetivables que obran en la causa.

1. En primer lugar, es importante resaltar que, focalizando el Tribunal de instancia la responsabilidad penal de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, y especialmente el elemento subjetivo del tipo penal de la malversación, en el conocimiento que tenían del Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003 (realizado el 25 de julio de 2005, y que fue emitido por el Interventor General de Andalucía), resulta sumamente chocante e incluso incomprensible que, a pesar de las infracciones procedimentales que en él se enumeran sobre la forma de concesión de subvenciones excepcionales, no se especifique ni en ese informe ni en otros de los años sucesivos nada relativo a que esas infracciones generaban un menoscabo o quebranto económico relevante de los fondos públicos, o que concurrían datos evidenciadores de un inminente y alto riesgo

de que conductas dolosas de otros funcionarios estuvieran a punto de producirlos.

Ello viene a colación porque, dadas las importantes funciones de control y fiscalización atribuidas a un Interventor General, y también por supuesto a los Interventores Delegados de las distintas Consejerías, no parece lógico, coherente ni razonable que si las conductas que se estaban ejecutando dentro de la Consejería de Empleo generaban una alta probabilidad de un resultado fraudulento atribuible a los propios funcionarios que en ella trabajaban, no se percataran de ello el Interventor General y los Interventores Delegados de la Autonomía de Andalucía. Y ello porque es patente que, según el criterio adoptado y que acabó aplicando la sentencia recurrida, se trataba de conductas fraudulentas no solo previsibles y observables con la mera posibilidad de un supuesto de culpa consciente, sino incluso también con el grado de la alta probabilidad propia de la estructuración subjetiva de un dolo eventual.

Así las cosas, incurre en una ostensible contradicción el Tribunal sentenciador al apreciar dolo eventual, inexplicada e inexplicablemente, en la conducta de quienes se encontraban en la cúspide de las Consejerías ajenas a la de Empleo, mientras que exculpa al Interventor General de toda responsabilidad penal, sin ponderar que ocupaba un puesto en el que ostentaba unas facultades y ejercía unas funciones que posibilitaban y propiciaban en grado sumo la apreciación de las infracciones legales que se estaban perpetrando en la Consejería de Empleo. Percepción que podía obtener incluso de forma mucho más fácil, inmediata y próxima de lo que les resultaba factible a los funcionarios de otras Consejerías.

A este respecto es preciso subrayar las declaraciones del Interventor General en las distintas fases del proceso penal (Instrucción en los juzgados de Sevilla y en la vista oral del juicio), mediante las que se comprueba cómo conocía personalmente los debates internos y las discrepancias que se daban dentro de la Consejería de Economía a la hora de operar con las ilegalidades

referentes a las tantas veces citadas transferencias de financiación en las distintas fases presupuestarias. En tales diligencias se transparentan sus habituales conversaciones con los técnicos de la referida Consejería de Economía y hasta con la propia Viceconsejera, circunstancias que le proporcionaban un conocimiento de primera mano de los ambientes y espacios donde podía implantar sus raíces una modalidad de subjetividad cognoscente tan compleja y evanescente como la del dolo eventual.

Pese a todo ello, la lectura del fundamento cuadragésimo cuarto de la sentencia impugnada revela de forma clara la falta de aplicación del dolo eventual en el caso del Interventor General. Dolo eventual que, en cambio, interpreta y aplica el Tribunal sentenciador con notable laxitud, falta de criterio y de rigor técnico jurídico, así como con una clamorosa orfandad argumental, cuando se trata de dirimir la responsabilidad penal y la autoría de los funcionarios de todos los niveles de las Consejerías de Economía y de Innovación, Ciencia y Empresa.

Si el funcionario que mejor conocía las ilegalidades prevaricadoras en que se estaba incurriendo al implantar el nuevo sistema específico de concesión de las subvenciones excepcionales a través de varias consejerías, no advirtió que concurriera una alta probabilidad de que se generara un resultado concreto de menoscabo económico malversador, pese a los controles que tenía que aplicar diariamente en su labor funcional, solo cabe inferir de ello que el riesgo de una conducta malversadora dolosa no era en el caso concreto muy alto. Y desde luego también ha de entenderse que el Interventor General, a pesar de su control plural de las diferentes consejerías, tampoco tuvo conocimiento de los quebrantos económicos fraudulentos que se estaban perpetrando en la Consejería de Empleo y de los resultados ya delictivos que se desarrollaron durante varios años. Pues, de ser así, es claro que no tendría otra alternativa que emitir el conocido técnicamente como «informe de actuación», en lugar de limitarse a los informes de cumplimiento.

Si partimos, pues, de tales premisas, y del dato sumamente relevante de que el Interventor General no apreció el peligro propio y concreto de un dolo eventual en la conducta de los acusados, ni tampoco conoció directamente las conductas delictivas que se desarrollaron durante varios años en la Consejería de Empleo, resulta contradictorio e inasumible que en cambio sí los percibieran las autoridades y funcionarios de las Consejerías de Economía y de Innovación y Ciencia.

2. En la sentencia recurrida se hace especial hincapié en el informe adicional al de cumplimiento del ejercicio 2003 y en el informe adicional de ayudas que figura como anexo realizado en el año 2005, que fue elaborado por la Intervención General y remitido por el Interventor de la Junta de Andalucía, D. Manuel Gómez Martínez, a las Consejerías de Empleo, de Economía y Hacienda y de Innovación, Ciencia y Empresa, según consta en las pp. 64 a 67 del *factum* de la sentencia de la Audiencia de Sevilla, donde se especifican las autoridades y funcionarios a los que fue dirigido el referido informe. En él se consignan las numerosas deficiencias detectadas en la tramitación del expediente de las ayudas a la empresa HYTASAL, y también las irregularidades observadas en el texto del protocolo de colaboración entre la Dirección de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y aquella entidad.

En el referido informe se establece a modo de conclusión (p. 66 de la sentencia) que «Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados.»

A pesar del contenido de ese informe (cuyo resumen se plasma en las pp. 64 a 67 de la sentencia recurrida), el Interventor General informó favorablemente, según figura en la narración de hechos probados, sobre las modificaciones presupuestarias que se fueron realizando y aprobando en los

años 2003 y ss. hasta 2009, sin tener en consideración que el destino del dinero de esas modificaciones era el pago de unas subvenciones excepcionales que se estaban tramitando de forma claramente ilegal. Y también, en los informes de control financiero permanente que emitía la Intervención General sobre el IFA-IDEA (pp. 62 y 63 de la sentencia de la Audiencia) se explicaban las ilegalidades que se cometían por parte de la Consejería de Empleo en la tramitación y pago de las subvenciones excepcionales.

A todo ello debe añadirse lo que se expone en el fundamento cuadragésimo cuarto de la sentencia de la Audiencia de Sevilla (pp. 1646 a 1652) para justificar el hecho de que por parte de la Intervención General de Andalucía no se emitiera el llamado «informe de actuación». En ese fundamento se especifica que, según se dispone en el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, «se emitirá informe de actuación en aquellos casos en que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabos de fondos públicos».

Por consiguiente, según esa norma la concurrencia de circunstancias que, por su importancia, simplemente posibilitaran que se ocasionaran menoscabos de fondos públicos, era suficiente para que se emitiera el «informe de actuación». Pues bien, en el caso que nos ocupa, según los criterios expansivos con que opera la Audiencia para apreciar el dolo eventual en la conducta de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, no solo concurría una mera «posibilidad» de menoscabos de fondos públicos, sino que también se daba la «alta probabilidad» de que así sucediera, única forma de que se apreciara el dolo eventual, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Resulta de una incoherencia extrema que no se considere que se da el requisito de la mera «posibilidad» del menoscabo de fondos públicos a la hora de ponderar la conducta del Interventor General y que sí concurra, en cambio,

la «alta probabilidad» del menoscabo cuando se valora la misma conducta pero referida a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. De tal forma que la misma situación de riesgo *ex ante* se juzga con dos baremos totalmente distintos según que las consecuencias derivadas de la misma recaigan sobre diferentes acusados. Con la agravante, además, de que, tal como se anticipó, el Interventor General goza de unos medios y conocimientos técnicos mayores para detectar, por su función, lo que está sucediendo diariamente en la zona opaca y conflictiva de la Consejería de Empleo y así se comprobó con algunos de los informes más relevantes que emitía. Pese a lo cual, según la sentencia recurrida, los acusados ajenos a la Consejería de Empleo tenían una alta probabilidad de conocer los actos fraudulentos que estaban cometiendo las autoridades y funcionarios de esta, hasta el punto de que esa probabilidad de conocimiento del riesgo sirve de base para aplicarles el tipo penal de resultado de la malversación. En cambio el Interventor General, con mayores posibilidades de conocerlo, en virtud de los controles profesionales que está aplicando, los expedientes que incoa y las delegaciones que tiene establecidas en las distintas consejerías, sale absuelto del mismo delito.

Frente a esa situación fáctica y real no cabe acudir, como hace el Tribunal de instancia, a una Instrucción que se dicta por la propia Intervención General ocho años después de que culminaran los hechos nucleares objeto de enjuiciamiento, la Instrucción 4/2017, que se utiliza como pauta legitimadora *ex post facto* de unos hechos muy anteriores a su publicación, en un caso en que la norma relativa a la incoación del «informe de actuación» era muy clara a la hora de hablar de la suficiencia de un riesgo meramente potencial como causa determinante de tal informe.

Por otra parte, dado el control que ejercen la Intervención General y las Delegaciones que tiene en las distintas consejerías, y puesto que el IFA-IDEA era el instrumento que estaba utilizando la Consejería de Empleo para abonar las subvenciones excepcionales, la capacidad y obligación de respuesta de la Intervención General tenía que darse en todo caso ante una situación de riesgo para el patrimonio público, sin que quepa acudir a desplazamientos

competenciales para neutralizar una situación de suma gravedad, según el criterio de la sentencia recurrida. Tan grave era, según la Audiencia, que lleva implícito el dolo propio de un delito grave contra el patrimonio público.

3. Aclarado lo anterior, es muy importante resaltar que no se trata en modo alguno aquí de cuestionar la absolución del Interventor General que figuró como acusado, sino de resaltar y enfatizar la incoherencia argumental que supone apreciar el sustrato fáctico del dolo eventual en la conducta de los cinco acusados a que nos estamos refiriendo, y lo mismo ha de decirse del sustrato del elemento normativo de un dolo de esa índole, mientras que se omite operar con el mismo correcto criterio cuando se trata de apreciar los indicios del dolo eventual con respecto a la persona más cualificada para percibir lo que estaba sucediendo dentro de la Consejería de Empleo. Si en este segundo caso no concurría dolo eventual con respecto al delito de malversación —y entendemos que no concurría— no hay razones serias ni consistentes para no aplicar el mismo baremo a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, pues también carecían lógicamente en su conducta de los elementos intelectual y volitivo propios del dolo eventual.

Aquí el problema no está en dilucidar si concurren o no ilegalidades patentes subsumibles en el delito de prevaricación atribuibles a las autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, extremo que no cuestionamos. Sino en dirimir si, a partir de ello, se puede dar el salto cualitativo de entender que los cinco acusados sobre los que se centra este voto tenían el conocimiento de que era muy probable que los funcionarios de la Consejería de Empleo se fueran a dedicar no solo a aligerar la tramitación de las subvenciones omitiendo trámites importantes, sino que también iban a realizar dolosamente actos encaminados a menoscabar o quebrantar el patrimonio público en beneficio propio o en beneficio de terceros.

Estos actos no se circunscribían a realizar los actos ilícitos propios de un delito de prevaricación, sino a realizar actos que iban mucho más allá, toda vez que estaban dirigidos a mermar el patrimonio público en beneficio de

patrimonios privados. A ellos se refieren de forma muy específica y detallada las pp. 1711 y ss. de la sentencia recurrida. En esas páginas se describen, entre otras, la conducta de conceder subvenciones a empresas sin objeto concreto y claramente definido; pagos de minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral; préstamos para el pago de nóminas de los que no consta su devolución; el hecho de que las sociedades beneficiadas se habían constituido con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones; la circunstancia de que muchas de las sociedades beneficiadas carecían de sustancia económica o tenían el mínimo capital propio; además muchas de ellas carecían de trabajadores; no reflejaban en sus cuentas anuales las subvenciones recibidas; no figuraban las solicitudes de las sociedades beneficiarias; y se concedían varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos. Y en cuanto a las personas beneficiarias se permitió la inclusión de sujetos que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas por la Consejería de Empleo; y se admitió que un número indeterminado de sujetos beneficiarios siguieran percibiendo las rentas aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral, o pese haber pasado a la situación de incapacidad.

El salto cualitativo que supone que se haya entrado en una situación de descontrol y de quebranto del patrimonio público en la distribución de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis no significa de por sí que fuera conocido por autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, al no concurrir datos directos o indiciarios concluyentes que así lo acrediten. Y desde luego si el criterio excluyente del dolo eventual se aplica a los interventores que no han incoado el informe de actuación, con la misma o mucha más razón ha de ser extensible a quienes, perteneciendo a otras consejerías, no llevaban un control directo, próximo o inmediato de la fase final de la ejecución del presupuesto y por tanto de la distribución concreta del dinero público ni de qué adjudicaciones estaban o no justificadas.

Hay que partir, por consiguiente, de la premisa de que, si hubiesen sabido esas autoridades y funcionarios que se estaba dando un importante

quebranto del patrimonio por una sección correspondiente a la Consejería de Empleo encargada de distribuir las ayudas a trabajadores y empresas, habrían adoptado las medidas correspondientes al respecto. Y si bien resulta factible que se entendiera que las consejerías ajenas a aquella no habían actuado con la debida diligencia, ello no significa que, dados los diferentes ámbitos de competencia entre unas y otras, se esté ante un supuesto de dolo en ninguna de las modalidades que permite la norma penal y la jurisprudencia que la interpreta. En especial, si se sopesa la autonomía y la opacidad con que actuaba la Consejería de Empleo, y dentro de ella la Dirección General de Trabajo.

Ello aparece avalado por el hecho de que, tal como se explica en el apartado decimoséptimo del *factum* de la sentencia recurrida (p. 83), fueron los máximos responsables de la Consejería de Empleo los que encargaron en los años 2008 y 2009 una serie de informes jurídicos a entidades externas privadas ajenas a la Junta de Andalucía. Esos informes, según reseña la Audiencia, fueron conocidos por los responsables de la Consejería de Empleo, sin que conste que llegaran al conocimiento de los responsables de otras consejerías (ver p. 84 de la sentencia recurrida).

Así pues, si el Interventor General y los funcionarios que elaboraron el informe adicional al de cumplimiento de 2003 y el anexo de 2005 no apreciaron en esas fechas ni en los años posteriores que era inminente la generación de un grave menoscabo para los caudales públicos, parece que lo razonable y lógico es concluir que esa alta probabilidad del resultado malversador que integra la estructuración cognoscitiva del dolo eventual no se daba tampoco en la mente y el ánimo de los acusados cuya condena cuestionamos.

Es relevante incidir en que no se trata aquí de vulnerar el principio de que no existe un «derecho a la igualdad en la ilegalidad» (STC 181/2006 y las que en ella se citan), sino más bien de todo lo contrario: de aplicar el derecho a la igualdad en la legalidad, toda vez que consideramos que las reglas experienciales y legales sobre la prueba han sido correctamente aplicadas al

Interventor, al no darse el salto cualitativo de apreciar un delito de malversación atendiendo a los datos probatorios que figuran en las actuaciones. Criterio que, cuando menos con los mismos fundamentos relacionados con las máximas de la experiencia y las reglas de lo razonable, debió aplicarse también a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo.

4. La argumentación que se acaba de plasmar en el apartado precedente resulta también aplicable a la no incriminación ni acusación del Consejero de Presidencia D. Gaspar Zarrías con respecto al delito de malversación de caudales públicos. Este político fue Consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía entre el 17 de abril de 1996 y el 24 abril de 2009, periodo en el que quedan comprendidos los hechos nucleares que integran el objeto del proceso, toda vez que durante él se aprobaron la mayoría de las modificaciones presupuestarias relativas a los programas 22E y 31L, interviniendo el acusado en la aprobación de algunas de ellas, según se recoge en la declaración de hechos probados. Y también intervino en la aprobación de los proyectos presupuestarios correspondientes a los ejercicios económicos de los años 2002 a 2008.

En las pp. 1521 a 1538 de la sentencia impugnada se exponen los indicios incriminatorios que concurren contra él y las pruebas en que se sustentan. Y se particulariza al respecto que el referido acusado, como Consejero de la Presidencia, tenía adscrita la asesoría jurídica de la Junta y le correspondía la asistencia política técnica y el asesoramiento general al Presidente de la Junta de Andalucía. A esa Consejería de Presidencia se encuentra adscrita la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior, a la que hace referencia el Interventor General al resolver la discrepancia sobre el informe de fiscalización de disconformidad planteado por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo en el expediente de Hijos de Andrés Molina. La Intervención subsanó la mayoría de los reparos presentados, pero recomendó que se solicitara informe a la Dirección General de Asuntos y Fondos Europeos. Y señala también el Tribunal de instancia que los problemas de compatibilidad de las ayudas adjudicadas a la empresa Hijos

de Andrés Molina con el régimen de ayudas a empresa de la Unión Europea tuvieron relevancia y notoriedad. Así, en varias actas de sesiones del Consejo Rector de IFA se habla de la trascendencia de ese tema.

En virtud de lo que antecede, arguye la Audiencia que no resulta razonable que el titular de la Consejería de Presidencia no estuviera al tanto de la evolución y posible solución de los problemas de la empresa. En especial, cuando el reparo que se mantuvo por el Interventor General hacía referencia a la necesidad de un informe de la Dirección General antes citada, poniendo sobre la mesa el problema de la compatibilidad de las ayudas con su destinatario real.

Se remarca también en la sentencia impugnada que D. Gaspar Zarrías, en la condición de Consejero de la Presidencia, presidía la Comisión General de Viceconsejeros, por donde pasaban todos los expedientes de modificación presupuestaria, así como el anteproyecto de presupuestos de cada año, resaltando igualmente que, en su condición de miembro del Consejo de Gobierno, estuvo presente en la aprobación de la mayoría de las modificaciones presupuestarias que afectaron, primero al programa 22E y luego al programa 31L.

En cuanto al concreto conocimiento del cambio operado con la modificación presupuestaria de 18 de abril del año 2000, en la que se introduce el uso de la transferencia de financiación para la concesión y pago de subvenciones, advierte el Tribunal sentenciador que hemos de tener en cuenta que, en ese periodo temporal, estaba en su mayor expansión la crisis empresarial de la compañía Hijos de Andrés Molina, así como también la crisis de la empresa Santana Motor. Tales circunstancias tenían un especial significado por enmarcarse esta problemática dentro del ámbito territorial de la actuación política del acusado, centrada en la provincia de Jaén.

También argumenta la Audiencia en las referidas páginas que no resulta verosímil, por resultar contrario a la lógica y a las máximas de

experiencia, que los responsables de la Consejería de Empleo, cada uno a su respectivo nivel, no informaran de la introducción del nuevo sistema de las transferencias de financiación a los restantes Consejeros o a los Viceconsejeros en las reuniones del Consejo de Gobierno o en las de la Comisión General de Viceconsejeros, respectivamente.

E igualmente se especifica en la sentencia recurrida que el acusado, en su calidad de Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, presidió las tres sesiones (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) en las que se debatió sobre el Proyecto de Decreto regulador de este tipo de ayudas. Proyecto que no prosperó, pero que confirma, por su existencia y contenido, que el acusado conocía el modo en que la Consejería de Empleo pretendía dar las ayudas.

En vista de todo lo cual, considera el Tribunal de instancia que, dada la intervención de D. Gaspar Zarrías en la resolución de crisis de empresas, y también atendiendo a su cargo de Consejero de la Presidencia, resulta ilógico que no conociera que con el sistema instaurado en la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, que se incluyó en el presupuesto de 2002, y se mantuvo en los siguientes hasta el 2009, se estaba optando por un sistema de concesión de ayudas sociolaborales que se apartaba radicalmente del que hasta entonces se venía utilizando.

Se incide asimismo en que, como miembro del Consejo de Gobierno, aprobó los planes anuales de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta para los años 2005, 2006 y 2007, año en el cual se le confirió carácter definitivo. Dentro de la documentación de esos planes que se elevaba al Consejo de Gobierno se incluía como anexo una memoria de control financiero permanente, referida a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía. En la memoria de los trabajos realizados en el 2006 se recoge en su apartado VII los resultados de los trabajos, entre los que se destaca que «de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido

tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa». Y se añadía a lo anterior que la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación que afectan a los resultados o a la clasificación de su activo y pasivo, así como deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas.

A tenor de las consideraciones precedentes, adquiere una importante relevancia que D. Gaspar Zarrías no fuera acusado como autor de un delito de malversación. Se trataba de una persona que controlaba todos los temas que se dirimían en el Consejo de Gobierno y en las reuniones que presidía de la Comisión de Viceconsejeros previas al Consejo. Según resalta el Tribunal de instancia, conocía toda la mecánica del nuevo sistema de agilización del pago de subvenciones excepcionales a través de las transferencias de financiación. A partir de esos datos, resulta muy significativo que se declarara probado que no tenía conocimiento de los actos punibles fraudulentos que se estaban perpetrando dentro de la Consejería de Empleo a la hora de gestionar y ejecutar los presupuestos mediante el otorgamiento fraudulento de las subvenciones a los trabajadores y empresas.

Si pese al control que detentaba el referido acusado de las actuaciones del Consejo de Gobierno y de las distintas Viceconsejerías, y los contactos políticos que mantenía dentro del territorio de Andalucía relacionados con sus funciones políticas, no llegó a conocer el menoscabo económico fraudulento que se estaba perpetrando en la Consejería de Empleo —de ahí que no fuera acusado del delito de malversación—, parece razonable y coherente inferir que ese conocimiento tampoco lo tuvieran los políticos y funcionarios de las Consejerías de Economía y de Innovación y Ciencia, sobre los que no concurre ninguna prueba mínimamente sólida de que estuvieran al tanto de unos hechos dolosos que generaban un grave quebranto al patrimonio público. Por lo cual, resulta congruente que los datos indiciarios objetivos que concurren sobre estos últimos sean tratados con las mismas máximas de la experiencia

y lógica argumental exculpatoria que se aplicó en su momento a los acusados anteriormente reseñados (Consejero de Presidencia e Interventor General de la Junta de Andalucía).

Ello concuerda además con el dato destacable de que los argumentos probatorios relativos a los acusados D. José Antonio Griñán y Dña Carmen Martínez Aguayo, así como a los condenados por malversación integrados en la Consejería de Innovación, se centren en reiterar y repetir los hechos que los incriminan como autores de un delito de prevaricación. Es decir, son los mismos indicios que se refieren a su intervención en la implantación del sistema ilegal de otorgamiento de subvenciones excepcionales y al conocimiento que tenían de ello —base de la condena por el delito de prevaricación— los que se reproducen y se repiten después como argumentos básicos probatorios para inferir también de ellos su autoría del delito de malversación.

Este criterio probatorio desmesurado y expansivo, que se sostiene principalmente sobre los cimientos de un argumento meramente especulativo, con una base bastante más intuitiva que razonable y sustancialmente incompatible con la presunción de inocencia, no se aplica, en cambio, a los restantes acusados ajenos a la Consejería de Empleo. Pues a estos no se les adjunta el sintagma definitorio del dolo eventual (asumiendo la eventualidad...), que en definitiva integra el único razonamiento —carente de una elaboración fáctica y jurídica mínimamente consistente— con el que se pretende justificar la tipificación de un delito de malversación para los cinco acusados ajenos a las competencias de la referida Consejería.

**5.** Para reafirmar lo que acabamos de exponer en los dos apartados precedentes, conviene traer a colación el procedimiento penal tramitado por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (procedimiento abreviado 11762/2017), referente al caso UMAX.

Esta cita merece una aclaración. La sentencia recaída en esa causa de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla (la sentencia,

todavía no firme, obra en las bases de datos jurisprudenciales) se trae a colación desde una perspectiva o visión estrictamente procesal— precisamente porque se encuentra pendiente de su revisión casacional— relacionada con la fase intermedia del procedimiento, en el que fueron acusados por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación tres ex Directores Generales de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía que habían desempeñado el cargo sucesivamente y dos ex Secretarios Generales Técnicos de la misma Consejería (todos ellos también han sido acusados en esta causa a excepción del último de los Directores Generales) por crear «una estructura administrativa paralela» en la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo. Sin embargo no se apreciaron razones que aconsejaran la acusación de los correspondientes Consejeros y Viceconsejeros, que quedaron fuera del proceso.

Tal circunstancia tiene notable relevancia si se pondera que los hechos presuntamente delictivos se perpetraron durante varios años dentro de la misma Consejería, pese a lo cual la responsabilidad no afectó a la cúpula. La relevancia de este dato radica en que parece sugerir, con la provisionalidad que impone el carácter no firme de la sentencia recaída en tal causa, que en la estructura de esa Consejería había un escalón de Director General hacia abajo que, al parecer, operaba con una acuciada autonomía y no poca clandestinidad.

Todo ello viene al caso, pues dado el contexto tan peculiar y opaco que transpiraba la gestión diaria y el desarrollo de la labor interna de la Consejería de Empleo, resulta chocante pretender que se perciba en otras Consejerías aquello que en algunas ocasiones, según la estrategia acusatoria, ni siquiera apreciaban los dirigentes máximos de la propia Consejería de Empleo.

Se comprenden así ahora mejor las notables dificultades que ha encontrado el Tribunal sentenciador de instancia para elaborar en nuestro caso la base argumental de un hipotético y artificioso dolo eventual, por lo que acabó acudiendo para solventarlo a un mero giro lingüístico —«asumiendo la

eventualidad»— falta de un contenido empírico imprescindible que permitiera atribuir a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo las sustracciones dolosas de fondos públicos que se estaban realizando fraudulentamente en beneficio de terceros.

6. Todo el error fáctico de base de la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia de Sevilla que ahora se revisa se ve corroborado por el lenguaje dubitativo y equívoco que utiliza la propia Audiencia al plasmar en la fundamentación jurídica la existencia del dolo eventual. Así se acredita mediante la lectura de su pág. 88, último párrafo, donde el Tribunal afirma que «las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados José Antonio Griñán Martínez —Consejero de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y presidente de la Junta de Andalucía en el periodo abril 2009/septiembre 2013—, Carmen Martínez Aguayo —Viceconsejera de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y Consejera desde abril 2009 hasta septiembre 2013—, Francisco Vallejo Serrano —Consejero de Innovación y Presidente de IDEA—, Jesús María Rodríguez Román —viceconsejero de Innovación y Vicepresidente de IDEA—, los cuales tenían conocimiento, participaron y consintieron la gestión presupuestaria descrita».

Es patente que la expresión «debieron ser conocidas» denota más bien una duda cognoscitiva por parte del Tribunal que una certeza consistente, habida cuenta que el gerundio «debiendo» seguido de las palabras «ser conocidas» indica la mera posibilidad de conocimiento y no un conocimiento real e inequívoco. Porque si tuvieran un conocimiento indubitado y concluyente, el Tribunal habría dicho de manera inequívoca que las actuaciones «fueron conocidas».

Una segunda opción gramatical sería interpretar la palabra «debieron» como referida a la obligación de conocer. Con lo cual, tampoco estaríamos ante un conocimiento real y actual sino ante una obligación incumplida de conocer, o de cuyo cumplimiento cuando menos se duda.

Tampoco se muestra convincente la referencia que se hace en la pág. 1754 de la sentencia para constatar la autoría de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, cuando se dice que Miguel Angel Serrano Aguilar, Jesús María Rodríguez Román, Francisco Vallejo Serrano, Carmen Martínez Aguayo y José Antonio Griñán Martínez, son autores «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Esta afirmación no resulta acertada para sustentar la tipicidad penal aplicada, toda vez que permite entender que si los fondos públicos vinculados al programa 31L fueran destinados a un fin público diferente estaríamos ante un delito de malversación del artículo 432 CP, lo cual obviamente no es correcto, ya que para que se procediera la aplicación del tipo penal que ese precepto alberga resulta imprescindible que los fondos públicos fueran destinados a fines particulares o privados ajenos a un fin público (ver SSTS 222/2010, de 4 de marzo; 497/2012, de 4 de junio; y 914/2012, de 29 de noviembre).

Por último, la patente pobreza que se transparenta en el discurrir de toda la argumentación fáctica de la sentencia recurrida, relativa a la insuficiente y deficitaria prueba de cargo orientada a acreditar el conocimiento de los cinco referidos acusados ajenos a la Consejería de Empleo de los actos de menoscabo de fondos públicos en ese órgano autonómico, no puede ser solventada, como pretende el Tribunal de instancia, con la expresión «asumiendo la eventualidad» de que los fondos públicos fueran objeto de disposición lucrativa en beneficio del patrimonio particular de terceros. Latiguillo que se utiliza en varios párrafos de la sentencia con el objetivo de sustentar sin una validación probatoria realmente empírica el elemento subjetivo del tipo penal de la malversación (ver pp. 1067, 1147, 1190, 1400, 1467, 1803, 1805, 1806, 1810 y 1811).

**SEXTO.- 1.** Mención aparte merece la cita de la Audiencia Provincial de Sevilla referente a la sentencia de esta Sala 277/2018, de 8 de junio (que dirime el

asunto conocido como «caso Nóos»), en cuya reseña se apoya para aplicar aquí la modalidad del dolo eventual. Recoge el Tribunal sentenciador el siguiente párrafo de la precitada resolución para fundamentar la aplicación del dolo eventual en el caso que nos ocupa (pág. 1732 de la sentencia recurrida): «En ese contexto las manifestaciones de José Luis Ballester se revelan, más allá de las circunstancias concretas (momento, situación, cronología, expresiones específicas) como las más creíbles. Incluso aunque no contásemos con ellas estaría casi cincelado en la narrativa de la sentencia un dolo eventual derivado de un desentenderse, que le haría responder igualmente: desencadenar esa retahíla de contratos, convenios, alegres desembolsos, con ausencia total de controles, revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación que en quien está constituido en garante por un doble título hará nacer responsabilidad penal dolosa. Este argumento sobre la inocultable concurrencia de dolo eventual aparecerá en el escrito de impugnación de la Comunidad de las Islas Baleares.»

Y a continuación de esa cita jurisprudencial, añade el Tribunal de Sevilla que su aplicación a este caso procede «Por su semejanza con lo acontecido en la presente causa, respecto a los desembolsos con ausencia total de controles, que revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación. Consta en la causa la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización.»

La cita de la sentencia 277/2018 que se acaba de transcribir se refiere a la condena del Presidente del Gobierno de la Comunidad de Baleares, a quien en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia de Baleares (Sección Primera) se le considera autor de diferentes actos delictivos por autoría directa subsumibles en el artículo 432 del CP. Entre otros, la adopción de acuerdos con otros coimputados relativos a conductas malversadoras en las que se autorizaba el importe de las inversiones generadoras de menoscabo en el patrimonio público; el impartir órdenes al consejero de Turismo para que prestara apoyo a través del Instituto Balear de Turismo al equipo ciclista y a la contratación de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica de los coacusados; el emitir una orden verbal para que se realizaran otras inversiones relativas al equipo de ciclismo ofertado por los coacusados; el dar la orden de que se

iniciaran los contactos con el coimputado D. Diego Torres; la adopción de la decisión unilateral de que se formalizaran los contratos de patrocinio del equipo ciclista; su intervención directa como presidente de la Fundación Illesport en el concierto suscrito con la mercantil Abarca Sport de un contrato de patrocinio que abarcaba varios años; y otros actos vinculados a la conducta subsumible en el tipo penal de la malversación en los que figura su intervención.

Tales actos fueron constatados probatoriamente a través de las declaraciones prestadas por un coimputado cualificado que tenía conocimiento directo de los hechos y también por un testigo de referencia, declaraciones que resultaron avaladas por importantes elementos corroboradores. A tenor de lo cual, poco tiene que ver la prueba de las conductas malversadoras que protagonizó el acusado referido en el «caso Nóos» con la que sustenta las que se le atribuyen a las autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo en el caso que ahora se juzga. Y lo mismo debe decirse de la calidad de la prueba de cargo que se da en aquel procedimiento sobre el sustrato fáctico del tipo penal de la malversación con respecto al Presidente de la Comunidad de Baleares y la que concurre en el caso que nos ocupa, a tenor de lo que se ha argumentado en su momento.

Es más, al releer el párrafo que se cita en la sentencia de la Audiencia de Sevilla para hacer referencia al dolo eventual se comprueba que en la STS 277/2018, dada la prueba directa con que contó la Audiencia Provincial de Baleares, considera el Tribunal de casación que esa prueba era suficiente para sustentar la condena mediante dolo directo, y solo habla de la mera posibilidad alternativa de aplicar un dolo eventual como una especie de cláusula de cierre para rematar el criterio desestimatorio del recurso. De modo que ni siquiera llega a desarrollar argumentalmente la aplicación hipotética del dolo eventual, al haber plasmado ya previamente los datos específicos que permiten estimar la aplicación del dolo directo y percibir el protagonismo en los hechos del Presidente de la Autonomía Balear en la autorización expresa de los pagos malversadores de fondos públicos.

Todo ello significa que el precedente jurisprudencial recogido por la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia ahora recurrida no era el adecuado, a la vista de las diferencias sustanciales de prueba de cargo existente en un caso y en otro para fundamentar la autoría delictiva. En la sentencia que ahora se revisa, la Audiencia acude al dolo eventual con el fin de extender la autoría directa de un delito de prevaricación para conectar esta infracción como delito medial con una hipotética intervención en un delito fin de malversación de los funcionarios ajenos a la Consejería en la que se perpetró y consumó ese delito, sin que conste prueba de cargo de que los acusados ajenos a la misma realizaran dolosamente hechos subsumibles en la sustracción de caudales públicos. Y sin que tampoco consten indicios consistentes de que supieran que quienes distribuían en la Consejería de Empleo las subvenciones públicas entregarán dolosamente ese dinero a personas y empresas que sabían que no cumplían los requisitos básicos y elementales para ser considerados beneficiarios de esos caudales públicos.

Sin embargo, en la sentencia que se cita como caso asimilable al que ahora se enjuicia, la prueba directa contra el Presidente del Gobierno Balear, según se desprende de la argumentación probatoria, era consistente, y además su intervención en los hechos no era hipotética y abstracta, sino directa, con ejecución de conductas estrechamente vinculadas a la inversión de los fondos públicos en claro perjuicio de la Comunidad Autónoma.

En ese caso, como admite esta Sala en la STS 277/2018, no era preciso acudir al dolo eventual para sustentar la condena. En cambio en el que ahora se supervisa en casación la condena por el delito-fin se construye para los acusados integrados en las consejerías ajenas a la de Empleo mediante un conocimiento meramente hipotético y conjetural sin apoyatura probatoria en la graduación probabilística del peligro concreto exigible para apreciar un dolo eventual, y sin la concurrencia de actos ejecutivos del tipo objetivo de la malversación del artículo 432 CP atribuibles a los funcionarios de las consejerías no implicadas en el reparto del dinero. Se trata, pues, de una conducta dolosa realizada por los funcionarios de mayor y menor grado de la

Consejería de Empleo, por su propia iniciativa y sin intervención directa ni eventual de quienes desempeñaban sus cargos y funciones en otros departamentos.

2. La argumentación jurisprudencial que se acaba de exponer resulta extensible a otras sentencias de esta Sala en las que se aborda la posibilidad de aplicar el dolo eventual en el ámbito del delito de malversación. En efecto, en las pocas sentencias en que trata esa modalidad de dolo este Tribunal con respecto al referido delito se suele operar con meras referencias genéricas e indirectas centradas en recordar que, en caso de que la prueba de cargo no fuera suficiente para sustentar un dolo directo en la conducta del acusado, cabría acudir a la aplicación de un dolo eventual. Pero ese razonamiento se plasma como un simple refuerzo argumental más retórico que real y efectivo, actuando en todo caso como mera posibilidad hipotética alternativa para el supuesto de que se considerara que solo concurría un dolo más liviano que el directo, hipótesis en la que cabría aplicar la modalidad dolosa del tipo penal en cuestión (ver al respecto SSTS 20 de febrero de 1992; 310/2003, de 7 de marzo; 914/2012, de 29 de noviembre; o 277/2015, de 3 de junio).

Mucho más difícil es hallar en las citas jurisprudenciales de esta Sala supuestos en los que se aplique en el delito de malversación como único dolo el de carácter eventual, como sí sucede en la sentencia ahora recurrida. Quizás la dificultad obedezca a la exigencia como elemento de tipicidad subjetiva del ánimo de lucro expresamente reclamado en el tipo penal ahora aplicado (anterior a la reforma del año 2015), y también en que la medialidad teleológica propia del concurso delictivo aplicado dificulta, cuando menos en alguna medida, la vinculación entre el delito medio (prevaricación) con el delito fin (malversación) si este se conforma sobre dolo eventual.

Después de bucear en la jurisprudencia se puede citar al respecto como caso singular en el que se rechaza la condena de la instancia por considerar que no concurren ni el dolo directo ni el eventual la STS 208/2007, de 14 de marzo. En ella el Tribunal examinó los recursos de un matrimonio condenado

por un delito de malversación de caudales públicos con motivo de la explotación de un establecimiento de Administración de Loterías que le había sido adjudicada a la esposa antes de contraer matrimonio. Luego de situar los hechos en diciembre de 2003 y primeros de enero de 2004, establece que, tras la celebración del matrimonio el 20 de junio de 2003, el acusado fue poco a poco encargándose de la administración, pues la acusada sufrió dos intervenciones quirúrgicas y ni acudía al establecimiento, ni hacía uso de la posibilidad de que fuera nombrado un sustituto. La acusada, pese a que estaba obligada a ingresar semanalmente al saldo favorable correspondiente a cada sorteo, tras los celebrados el 22 de diciembre de 2003 y el 6 de enero de 2004 no lo hizo y, escudándose en la colaboración consciente de su esposo, que de buen grado pretendió asumir toda la responsabilidad, sustrajo la recaudación.

La Audiencia estimó que si bien era el acusado quien *de facto* llevaba la gestión en la venta de los billetes de lotería en los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004 y fue quien dispuso indebida y realmente de los fondos públicos impagados, la acusada estaba totalmente de acuerdo con su esposo.

El Tribunal de casación examinó en profundidad la prueba indiciaria contra la recurrente y entendió que, una vez establecido en la sentencia como algo acreditado, tras la valoración de esas pruebas, que la acusada no acudía al establecimiento a causa de sus problemas de salud; que la administración la llevaba *de facto* el acusado ocupándose de la gestión en la venta de billetes y de las operaciones bancarias y administrativas; e incluso que fue éste quien dispuso indebidamente de los fondos, sería preciso algún elemento que permitiera establecer de modo racional, por lo tanto, más allá de toda duda razonable, la participación de la acusada. Y acabó considerando que los indicios incriminatorios no eran suficientes para mantener la autoría de ella.

A tal efecto, argumentó la STS 208/2007 que analizamos, una vez ponderados los indicios en que se basó la condena de la recurrente, que para aplicar el tipo objetivo del artículo 432 CP era preciso acreditar que la esposa tuvo conocimiento de la existencia de la sustracción de las recaudaciones por

parte de su marido, o al menos de la alta probabilidad de que se produjera. Sin embargo, en el caso, tal olvido de las responsabilidades contraídas no pudo apreciarse, pues la recurrente no abandonó la gestión desentendiéndose de la misma, sino que la depositó en su esposo. Es decir, en una persona que en ese momento era de su absoluta confianza, sin que en la sentencia constasen elementos objetivos que autorizaran a exigir que hubiera debido ponerla en duda, como cauce para establecer alguna clase de responsabilidad penal. En vista de lo cual, acogió el recurso y absolvió a la acusada del delito de malversación que se le imputaba.

Pues bien, trasladando los argumentos nucleares a la sentencia dictada al presente caso, en el que la Audiencia ha operado únicamente con el dolo eventual para imputarle los hechos malversadores a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, ha de incidirse aquí también en que tales recurrentes no contaban con datos objetivos indiciarios para desconfiar de que los acusados integrantes de esta última iban a dedicar el dinero público a entregárselo dolosa y fraudulentamente a ciudadanos y empresas para que se lucrarán con él en perjuicio del interés general y del bien jurídico tutelado por la norma penal. Por lo cual, hay que insistir una vez más en que una cosa es omitir dolosamente trámites administrativos esenciales en la concesión de subvenciones públicas con el fin de aligerar su autorización y entrega, hechos que han de ser subsumibles en el tipo penal de la prevaricación, y otra muy distinta es menoscabar el patrimonio público con el fin de que se lucren fraudulentamente terceras personas físicas y empresas. Para corroborarlo es suficiente con recordar la pena asignable a cada una de esas conductas delictivas.

A este respecto, y como ya se subrayó en su momento, no cabe instrumentalizar el dolo eventual para solventar los déficits de prueba de cargo relativa a la autoría delictiva. Pues una concepción amplia y desmesurada del dolo eventual y una laxitud y falta de rigor en su verificación en el ámbito procesal podrían devolvernos al anacronismo propio de los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24 de mayo).

**SÉPTIMO.- 1.** Llegados a este punto, es ya el momento de examinar, partiendo de las premisas recogidas en los fundamentos precedentes, la tipicidad del delito de malversación con respecto a la conducta de los cinco acusados condenados en el caso enjuiciado que son ajenos a la Consejería de Empleo.

Tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala como la doctrina vienen insertando el elemento subjetivo del dolo en el tipo penal, sin que se excluyan resoluciones y autores que lo sitúen en el elemento de la culpabilidad o incluso en ambos. No obstante, cualquiera que fuera su ubicación dogmática, no cabe duda de que el dolo es un elemento básico y totalmente imprescindible en la figura delictiva de la malversación por autoridad o funcionario público.

La sentencia recurrida resalta que el dolo en que incurrieron los cinco acusados de cuya condena por malversación discrepamos, es un dolo eventual y no directo. Solo puede entenderse así partir de la lectura del fundamento cuadragésimo séptimo, en el que se afirma que los acusados Miguel Angel Serrano Aguilar, Jesús María Rodríguez Román, Francisco Vallejo Serrano, Carmen Martínez Aguayo y José Antonio Griñán Martínez, son autores del delito de malversación «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

La expresión «asumir la eventualidad», lo hemos apuntado antes, es utilizada con notable habitualidad por la jurisprudencia de esta Sala para aplicar el concepto de dolo eventual, tal como se recoge en numerosas sentencias ya citadas. El referido sintagma figura en diferentes apartados de la sentencia recurrida cuando examina la conducta de los referidos cinco acusados desde la perspectiva subjetiva con respecto al delito de malversación, según ya se explicó y reseñó en su momento al analizar su intervención en los hechos.

Asimismo es necesario advertir con carácter previo que la Audiencia utilizó repetidamente en diferentes párrafos de su sentencia, al tratar la conducta de los acusados en general, la siguiente frase: «para soslayar la Intervención Delegada de la Consejería de Hacienda en el año 2000 y en todo caso para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de las ayudas, en el ejercicio de su competencias...» (pp. 39, 238, 646, 730, 765, 828, 901, 1277, 1303, 1307, 1354, 1504, 1524 y 1542). Y en otros casos se habla de un fin primordial de «agilidad» (ver pp. 233, 249, 426, 499, 796 y 877). Y así, en la pág. 233 se dice que «la necesidad política de dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales, llevó a los responsables de la Junta Andalucía a establecer un sistema ágil, si bien tal agilidad se consiguió, como se expondrá a continuación, eliminando los mecanismos de control».

Por consiguiente, no puede compartirse el criterio que establece la sentencia mayoritaria de este Tribunal de casación cuando afirma que «precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (pág. 348 y 349). Ni tampoco la aseveración de que «se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352). Ambos párrafos concuerdan con lo que se expone al comienzo del análisis de la tipicidad del delito de malversación, cuando la sentencia de casación especifica que «el manejo de esos caudales se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias y los intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones» (pág. 321).

La conclusión que establece la sentencia mayoritaria de esta Sala llega, más lejos que la convicción probatoria del Tribunal de instancia, dado que la Audiencia de Sevilla no estimó que la primera fase de actuación de las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo y de las autoridades políticas que establecieron el procedimiento específico fuera un mero pretexto para cometer actos arbitrarios malversadores. Es decir, se obtiene una inferencia que rebasa ampliamente los márgenes que fijó la sentencia

recurrida. Para sentar su desmesurada y desbordante conclusión la Sala de Casación prescinde en el referido argumento de lo que, a tenor del *factum* de la sentencia de instancia integró el objetivo inicial del conjunto de los acusados en la denominada primera fase: imprimir rapidez y agilidad en la adopción y ejecución de las medidas políticas necesarias para paliar las necesidades urgentes derivadas de la crisis socioeconómica que aquejó Andalucía. Fase en la que se proyectan y realizan actos subsumibles en el delito de prevaricación, pero no en el de malversación.

Es más, la propia tesis mayoritaria de esta Sala admite en un párrafo posterior de la sentencia de casación (pág. 357), también dentro del análisis de la tipicidad de la malversación, que los acusados «actuaron movidos inicialmente por la intención de agilizar el pago de las subvenciones y posteriormente por disponer de los caudales públicos como si fueran propios y eso es una forma más de corrupción política y no... una forma de dar protección social a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración o de crisis empresariales». Y también señala este Tribunal que «la desviación de los caudales públicos en sus dos modalidades no quedó abrazada por las conductas prevaricadoras sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado» (pág. 321); y añade que «esa dualidad justifica que la antijuridicidad de la conducta desplegada no se agote en la prevaricación, sino que constituya también un delito de malversación, en relación de concurso medial».

Estas últimas precisiones merecen ser recalçadas, toda vez que de ellas se extrae que, de las diferentes fases o etapas en que se divide la evolución de un presupuesto autonómico (propuestas de anteproyecto; aprobación del anteproyecto; aprobación del proyecto; y ejecución del proyecto), el delito de malversación se perpetra en la fase de ejecución, y dentro de ella en la fase o tramo final (en expresión de esta Sala). Es decir, cuando ya se distribuye el dinero público de forma concreta entre los beneficiarios, a quienes se adjudica y entrega (en esta ocasión se trataba de unas subvenciones públicas).

En consecuencia, es claro que, a tenor de lo que se recoge en la sentencia cuestionada, el delito de malversación de caudales públicos lo encaja la Audiencia en esa fase o tramo final, con respecto a cuyos hechos (selección de los beneficiarios y distribución y entrega del dinero de las subvenciones entre ellos) aplica el Tribunal el tipo previsto en el artículo 432 CP (versión anterior al año 2015).

2. El Tribunal *a quo*, no analiza el elemento intelectual del dolo eventual, análisis que precisaría sopesar singularizada y ponderadamente qué circunstancias y factores permitían establecer que los cinco acusados sabían que muy probablemente el sistema que implantaban conllevaría actos y comportamientos dolosos por parte de los integrantes de la Consejería de Empleo en perjuicio del patrimonio público y en beneficio de alguno de ellos o de terceras personas. Esa representación intelectual de los acusados no consta acreditada con razonamientos probatorios en la sentencia impugnada, dado que resulta perfectamente factible que los acusados ajenos a esa Consejería confiaran, como señalan algunos de los recurrentes, en que los integrantes de la Consejería de Empleo que ejecutaba el presupuesto en su fase o tramo final no se iban a dedicar a defraudar y dilapidar el patrimonio público en beneficio ilícito de terceros o de ellos mismos. Desde luego no se aportan indicios por parte de la Audiencia que evidencien el conocimiento de la existencia de un peligro concreto en esa dirección ni con ese alcance derivado de un comportamiento doloso de las autoridades y funcionarios de la Consejería que administraba y distribuía el dinero destinado a las subvenciones de trabajadores en paro y empresas en crisis.

Tampoco se aporta por el Tribunal de instancia actividad probatoria verificadora acerca de cuál era la relación o conexión de los integrantes de las Consejerías de Economía, y de Innovación con las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo, y qué posibilidades tenían de controlar el tramo final de ejecución del presupuesto. Es decir, la fase de concreción de los beneficiarios de las subvenciones y de la entrega del dinero público a personas y empresas adjudicatarias. Ese déficit se extiende igualmente al estudio y

determinación de los límites competenciales de cada una de las consejerías sobre tales circunstancias y a cómo se desarrollaban en la práctica los controles en casos similares.

Igualmente se omite cualquier examen relativo al principio de confianza con respecto a tales cuestiones en la práctica funcional ni a los niveles de responsabilidad de las autoridades y funcionarios de acuerdo con su jerarquía, la proximidad y el acercamiento a los hechos y los ámbitos del radio de acción funcional en cada ámbito competencial.

Frente a la omisión del análisis de todos esos datos relacionados con la representación cognoscitiva de los hechos delictivos como factor determinante del elemento intelectual del dolo eventual, la Audiencia se limita a recoger como mera conclusión la existencia del elemento volitivo, que comprime y sintetiza bajo el reiteradamente citado sintagma de «asumir la eventualidad» del resultado de la malversación. No tiene, pues, en cuenta que en la práctica probatoria del proceso se acostumbra a partir de la extensión e intensidad del conocimiento de los hechos pronosticables y anunciadores del peligro concreto (elemento intelectual del dolo), para acabar coligiendo y determinando la asunción y aceptación del resultado (elemento volitivo).

Se sienta, a tenor de lo que antecede, una conclusión incriminatoria sobre la concurrencia del dolo eventual sin acudir previamente al examen de los factores de riesgo cognoscibles y a su operatividad en el caso enjuiciado.

Por lo demás, conviene advertir que se está ante un supuesto en que el análisis de la razonabilidad probatoria del sustrato fáctico de los elementos del dolo urge más y se considera más imprescindible que en otros casos asimilables. Ello obedece a que, tal como explicamos en el fundamento quinto de este voto particular, si con respecto a la conducta del Interventor General no se pudo apreciar la existencia de un dolo eventual con relación al menoscabo o quebrantamiento del patrimonio público en el tramo final de la ejecución del presupuesto, a pesar de ser la persona que ostentaba una

posición sumamente privilegiada para conocer las diferentes ilegalidades integrantes del delito de prevaricación (según se acredita en los repetidos informes puntuales y periódicos que emitía con respecto a las consejerías implicadas), solo cabe concluir señalando que, cuando menos, las mismas o mayores razones parecen concurrir para no atribuirles a los cinco acusados ajenos a la Consejería el conocimiento propio de un dolo eventual ni la asunción del resultado inherente a la conducta malversadora.

Y algo similar puede decirse, aunque en una menor medida, en lo que atañe al Consejero de Presidencia. E incluso en lo que concierne a otros acusados condenados por el delito de prevaricación que también conocían, consiguientemente, las notables ilegalidades que concurrían en la tramitación del procedimiento encauzado al otorgamiento de las subvenciones. Por lo tanto, la Sala de instancia, al seleccionar a los cinco acusados de las Consejerías de Economía y de Innovación para atribuirles el delito de malversación, es patente que incurre en sustanciales contradicciones y desestructura todo el contenido de la sentencia, ya de por sí considerablemente deslavazada en sus diferentes apartados. Pues, además de otras consecuencias que se generan con la asignación de la autoría del delito de malversación, tampoco razona ni explica el Tribunal cómo condena por el delito de prevaricación a algunos acusados por constar en la propia sentencia que conocían las graves ilegalidades procedimentales en que intervenían (ver pág. 70 y 78), y, por el contrario, se les absuelve por el delito de malversación al entender que carecían del conocimiento y voluntad propios del dolo eventual.

Como ya se señaló en algunos de los fundamentos precedentes, el conocimiento del elevado peligro concreto de un menoscabo del patrimonio público no puede fundamentarse en meras especulaciones genéricas ni en pronósticos probabilísticos abiertos, sino que ha de apoyarse en elementos de prueba acreditativos de una situación concreta de peligro fácilmente advertible que generara desconfianza sobre la estructura funcional de la Consejería de Empleo. Hasta el punto de que una parte importante de su personal dirigente

y laboral llegara a intervenir en un fraude al patrimonio público que originara un grave menoscabo en el mismo.

Sin embargo, lo cierto es que aquí se carece de una argumentación mínimamente fundada y coherente que resulte idónea, desde la perspectiva del elemento subjetivo del tipo penal, para constatar y justificar el salto que supone atribuir al descontrol doloso en el otorgamiento de las subvenciones por razones de ganar en agilidad y rapidez a la hora de su materialización, con lo que significa cualitativamente realizar una conducta consistente en permitir dolosamente que se ejecuten directamente actos fraudulentos por otros funcionarios consistentes en quebrantar o menoscabar el caudal público con el fin de beneficiar y lugar ilícitamente a terceros.

Ese llamativo salto argumental en la valoración de la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo que fueron condenados por malversación, es decir, el pasar de realizar claras ilegalidades en el procedimiento orientado al otorgamiento de las subvenciones a actuar con el fin de favorecer dolosa e ilícitamente a determinadas personas y a empresas con entregas de *facto* de dinero público sin razones justificadas por la ley, entendemos que no se ha evidenciado. Sin que pueda llenarse el vacío probatorio intermedio entre los hechos de la primera fase con los de la segunda (el conocido como tramo final o fase definitiva de quebrantamiento del patrimonio público) acudiendo a una aplicación del dolo eventual como un posible hilo conductor que sirva de conexión hipotética entre dos categorías de hechos cuya ilación no han resultado apoyadas en los razonamientos fácticos y normativos que permitan estructurar el dolo eventual.

A este respecto, al margen de todas las graves carencias argumentales, lagunas, incoherencias y contradicciones que se aprecian en la sentencia de la Audiencia, ha de convenirse que un exceso de confianza por los acusados pertenecientes a otras consejerías distintas de la de Empleo, incluso por parte de quien presidía la Junta, no permite su reconversión en conductas dolosas aunque sea a través de la modalidad liviana, en el aspecto subjetivo del tipo penal, del conocido como dolo eventual. Dolo que no cabe

aplicar como mero soporte sustitutivo de una auténtica y suficiente prueba de cargo que vincule los hechos prevaricadores con los que integran el delito de malversación, quedando así vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los referidos acusados.

Todo ello, además, en un contexto en que el propio Interventor General de la Junta de Andalucía que había advertido en el año 2005 a través del informe adicional al informe de cumplimiento de 2003 y de un anexo a ese informe adicional, en los años sucesivos informó positivamente a las modificaciones presupuestarias cuyos fondos tenían como destino el pago de las subvenciones excepcionales que derivaron en numerosos casos en actos fraudulentos para el erario público.

**OCTAVO.- 1.** Estas deficiencias y lagunas en los elementos incriminatorios y en el armazón probatorio de cargo esgrimido por la Audiencia contra los cinco acusados reseñados, han intentado ser solventadas por la sentencia mayoritaria de esta Sala, tal como exponremos a continuación, objetivo que entendemos no ha sido alcanzado.

En efecto, la tesis que mantiene la sentencia mayoritaria para avalar la condena de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo es la de que las irregularidades e ilegalidades cometidas por aquellos son tan graves que de por sí conllevan, además del delito de prevaricación, el de malversación. De ahí que cuando se refiere al delito de malversación cite de forma reiterada todas las ilegalidades perpetradas en la tramitación de las subvenciones, sugiriendo en unos casos que ello constituye ya de por sí la base suficiente del propio delito de malversación, y exponiéndolo específica y contundentemente en otras ocasiones. De tal modo que, a partir de la conducta activa integrada por los actos prevaricadores, ya considera este Tribunal justificada la condena por los delitos de malversación, aunque los cinco acusados que nos ocupan no hayan intervenido en la fase o tramo final (en palabras de la propia sentencia) de la ejecución del presupuesto; esto es, cuando fueron realizados los actos de menoscabo del patrimonio público a la hora de asignar y distribuir ilícitamente las subvenciones a los trabajadores y a las empresas.

Y así, dentro del epígrafe de la sentencia de casación dedicado al juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos, se remarcan de forma reiterada los informes más destacados emitidos por la Intervención General de la Junta de Andalucía a través de los cuales conocieron los acusados las ilegalidades que se perpetraban en la tramitación de las subvenciones excepcionales que concedía el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Entre los cuales resalta la sentencia mayoritaria de esta Sala el Informe Adicional de Ayudas al Informe de Cumplimiento de 2003 ordenado por la Intervención General de la Junta y también el Anexo III que incorpora sobre determinados aspectos de la gestión. Este informe es el que acaba concluyendo que la Dirección General de Trabajo «ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados.»

También destaca esta Sala los informes de cumplimiento de 2004 de la Intervención y el informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005, remitido el 9 de marzo de 2007, en el que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las ayudas que se conceden no tienen bases de convocatoria. Señala igualmente en él que esas ayudas deberían articularse como encargo de ejecución, siendo improcedente el uso para ello de las transferencias de financiación. El Informe de cumplimiento de 2006 se pronuncia en términos similares al de 2005, realizado por la Intervención el 4 de abril de 2007. Y destaca asimismo esta Sala el informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006; y el informe de cumplimiento de 2007.

La sentencia mayoritaria resalta que el tipo se realiza cuando el caudal público se aparta definitivamente del patrimonio público desviándolo de las necesidades del servicio, y concreta que aquí concurre ese apartamiento

definitivo, pues los pagos realizados no cumplieron una finalidad pública. Fueron el resultado de decisiones arbitrarias que realizaron las autoridades responsables, disponiendo del dinero público como si fuera propio. Y precisa a continuación que se utilizaron los fondos públicos para el pago de subvenciones extraordinarias sin que conste su justificación; se concedieron ayudas que nada tenían que ver con la habilitación presupuestaria; no consta resolución administrativa motivada de concesión; no consta documentación que acredite el más mínimo cumplimiento de las normas sobre subvenciones; se incumplieron de forma absoluta todos los presupuestos y controles establecidos en la ley; no hubo bases reguladoras, ni un criterio mínimamente objetivo o reglado que determinara la concesión; en ocasiones, se autorizaron sin determinar siquiera el objeto de la ayuda, sin comprobar si las empresas beneficiarias tenían necesidad de las ayudas en todo o en parte y sin comprobar si cumplían los distintos requisitos establecidos en la ley; no hubo tramitación de expediente administrativo, ni control posterior sobre el destino de las ayudas y por último, se incumplieron todas las normas sobre libre concurrencia y publicidad (pág. 335).

Y añade después que la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales, y como en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto, dio lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos. Por tanto, dice el Tribunal de Casación, hubo apropiación por terceros y la disposición de los bienes en favor de éstos fue definitiva, con la correlativa despatrimonialización de los caudales públicos (pág. 336).

2. En ese último párrafo se aprecia claramente la equiparación que realiza la mayoría de este Tribunal entre los actos prevaricadores y los actos malversadores, de modo que sostiene que la mera intervención en los primeros genera un descontrol que desemboca causalmente en una conducta malversadora. Efecto causal que considera suficiente para atribuir la autoría de la malversación a los acusados de otras consejerías, sin atender al elemento subjetivo del tipo penal. Para ello no hace un estudio específico del dolo eventual ni explica debidamente y con rigor las razones de fondo por las

que selecciona como autores de la malversación a unos acusados que realizan los actos prevaricadores y no a otros que también conocían las irregularidades/ilegalidades nucleares de las conductas prevaricadoras que albergan el delito de prevaricación.

El Tribunal de casación distingue en su sentencia el tramo primero de los hechos, relativo a la conducta prevaricadora, y el segundo, ya al final de la fase de ejecución del presupuesto, referente a la conducta malversadora, distinción que la sentencia de instancia también remarcó con anterioridad. Asimismo admitieron ambos Tribunales que todas las ilegalidades de la primera fase eran subsumibles en el delito de prevaricación y las del último tramo en el delito de malversación.

La cuestión conflictiva emerge cuando se trata de conectar ambas conductas y atribuírselas a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. El Tribunal de instancia es consciente de que no cuenta con prueba de cargo evidenciadora de un dolo directo en la conducta de esos cinco acusados con respecto al conocimiento de los actos malversadores. Ante ello, utiliza la modalidad del dolo eventual para concluir que esas autoridades y funcionarios obraron con ese tipo de dolo con respecto a los actos constitutivos del menoscabo propio de la malversación, para lo cual afirma que asumieron la eventualidad de que terceras personas ejecutaran los actos malversadores y no hicieron nada por evitarlos. Pero lo cierto es que la decisión la adoptan sin operar con una mínima motivación en lo que respecta a la existencia de ese dolo eventual, tal como ya hemos reiterado en los fundamentos precedentes de este voto discrepante, al mismo tiempo que afloran numerosas contradicciones internas e inasumibles en el desarrollo argumental de su resolución.

Ahora la sentencia mayoritaria de esta Sala incurre en unas omisiones e incoherencias similares, aunque con algunos matices diferentes. Pues, de una parte, tampoco hace en general un análisis concreto de los requisitos del dolo eventual y de su aplicación a este caso. Centra toda la responsabilidad

de los cinco acusados traídos a colación en la gravedad de los hechos objetivos integrantes del delito de prevaricación, que cita de manera repetida con un notable automatismo cada vez que un recurrente le plantea la cuestión del dolo, incidiendo de modo persistente en que la mera relación causal de los hechos prevaricadores y el resultado malversador, atendiendo a la gravedad de aquéllos, es suficiente para conectar medialmente ambos delitos y atribuir la autoría del segundo a los responsables del primero.

En este sentido, advierte que estamos ante un caso extraordinario del que no hay precedentes similares. Y argumenta a continuación que «Lo sustancial del mismo es la creación de un sistema o procedimiento por el cual se habilitaron unas cuantiosas partidas presupuestarias a lo largo de nueve años, utilizando una clasificación presupuestaria ilegal. Y ese cambio no fue casual. Se realizó para evitar la normativa de subvenciones y sus rígidos controles. Y, una vez aprobadas las partidas, se dispuso de los fondos públicos como si fueran privados, de forma libérrima y arbitraria».

«Por lo tanto y como conclusión, la aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP, como del tipo actualmente vigente» (pág. 338).

Estos párrafos de la sentencia mayoritaria, donde se recoge el criterio conceptual de dolo eventual que aplica a los cinco recurrentes, no pueden compartirse, ni tampoco la jurisprudencia que se cita para apoyarlos.

En primer lugar, porque, en lo que afecta al ámbito objetivo del tipo penal, los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo no tomaron parte directa en los actos malversadores, que fueron los realizados en el tramo final de la fase de ejecución de los presupuestos, ni tampoco se ha acreditado que tales acusados tuvieran conocimiento de que los estuvieran ejecutando las autoridades y funcionarios de la referida Consejería. Ello implica que tampoco cabría la modalidad de la comisión omisiva u omisión impropia, dado que no se puede consentir o permitir lo que no se conoce, a no ser que el conocimiento propio del dolo sea reemplazado por especulaciones posibilistas referentes a

funcionarios de otras consejerías que sean contemplados como presuntos autores de una conducta malversadora dolosa. Para lo cual se precisaría aportar unos indicios sólidos de ese conocimiento del peligro concreto como factor primordial exigible en la modalidad del dolo eventual que fue aplicado.

Sobre este particular es importante advertir que el hecho de que las infracciones normativas integrantes del delito de prevaricación pudieran haber generado en los autores de las mismas el conocimiento de una notable situación de descontrol, ello solo permitiría hablar de la posibilidad o probabilidad genérica y abierta de tal situación, sin que solo por ello se cubriera el requisito del conocimiento del peligro concreto de que tal situación se materializara en la práctica por el comportamiento de los propios funcionarios de la Consejería de Empleo. Esa específica focalización del peligro es la que permite pasar de unas expectativas o posibilidades abiertas propias de un delito imprudente, a unas conductas mucho más concretas en las que el grado de peligro se introduce en las raíces propias del dolo, con las graves consecuencias punitivas que ello entraña.

Sin embargo, ese peligro concreto materializado después por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo no consta que fuera conocido y asumido por los responsables de otros departamentos de la administración autonómica. Y si bien es cierto que se trata de un supuesto fáctico que podría preverse, tal eventualidad cognoscitiva nos introduce ya en el marco de la previsibilidad de una conducta dolosa y de su posterior resultado y de su conocimiento efectivo, previsibilidad que nos inserta en el ámbito propio del delito imprudente de resultado, y no de un delito doloso en la modalidad de dolo eventual.

En segundo lugar, también ha de recordarse que la sentencia mayoritaria incide con asiduidad en la relación causal entre las graves infracciones en el procedimiento de otorgamiento de las ayudas como factor que determinó causalmente la malversación, dando a entender con frases muy significativas, ya anteriormente recogidas, que la conducta prevaricadora es

suficiente para condenar por malversación a los integrantes de las consejerías ajenas a la de Empleo. Sin embargo, ello no es así, tal como se constata en los argumentos vertidos con respecto a la sentencia de la Audiencia y como lo demuestran los casos que ya se han citado de autoridades y funcionarios que eran concededores de las graves ilegalidades y que, a pesar de haber intervenido en ellas, se les absuelve del delito de malversación o ni siquiera se les acusa del mismo.

El texto respaldado por la mayoría de este Tribunal del que discrepamos no elabora un análisis que permita constatar los datos configuradores del dolo eventual con el fin de fundamentar el elemento subjetivo del delito de malversación con respecto a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. Es más, incluso en su intento de complementar la pobre argumentación del Tribunal de instancia llega a exponer razonamientos más propios del dolo directo que del dolo eventual. Y así, argumenta que si bien la sentencia de la Audiencia no describe la existencia de un concierto entre todos los autores, «su existencia era implícita...» (pág. 347). Esta afirmación alusiva a un concierto o connivencia en el delito de malversación implica atribuirles a todos los acusados por este delito un dolo directo que la convicción probatoria de la Audiencia no comparte.

En la misma línea debe replicarse al argumento de la mayoría de esta Sala que sostiene que se cambió el sistema de presupuestación «con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas, cuando en realidad se buscaba un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352). Afirmación que va más allá de lo que expuso la Audiencia al examinar la evolución del «procedimiento específico», dado que ésta descartó un dolo directo como el que aquí se viene a afirmar. Cuando menos en lo que respecta a la conducta de los acusados de malversación ajenos a la Consejería de Empleo.

Esa misma inclinación a admitir un dolo directo en el delito de malversación para todos los acusados, apartándose así del criterio probatorio

aplicado por el Tribunal de instancia, se aprecia también en las citas jurisprudenciales que hace la sentencia mayoritaria al perfilar el concepto de «sustracción» cuando se trata de disposiciones definitivas de caudales públicos en favor de terceros, con incumplimiento absoluto de los controles y presupuestos legales (pp. 337 y 338).

En efecto, en la STS de 29 de julio de 1998 que se cita en la sentencia mayoritaria se condenó a un Ministro del Interior porque permitió el uso de fondos reservados para la financiación de un delito, conociendo que esos fondos iban a ser utilizados con esa finalidad, por más que no tuviera a su cargo materialmente la disposición de los mismos. Así las cosas, es claro que se trata de una sentencia que no es válida para el supuesto que nos ocupa, habida cuenta que en ese caso se actuó con dolo directo, circunstancia que, como ya se ha insistido, no se da en los cinco acusados que aquí examinamos, pues no se les condena en la sentencia recurrida como autores de un delito de malversación con dolo directo sino con dolo eventual.

Y lo mismo puede decirse de los casos referidos en las sentencias del Tribunal Supremo citadas a continuación de la anterior: sentencias 908/2021, de 24 de noviembre; 685/2021, de 15 de septiembre; 606/2017, de 7 de septiembre. También en ellas se trata de una autoría con dolo directo que las separa sustancialmente del supuesto que ahora se trata, puesto que en ésta los cinco acusados examinados, como ya hemos resaltado, no actuaron con dolo directo sino con dolo eventual, y además tampoco intervinieron en los actos concretos de menoscabo y quebranto del patrimonio público.

De todas formas, lo que resulta más chocante es el argumento incriminatorio principal y más utilizado por la sentencia de la mayoría, en el que sienta la tesis de que, atendiendo a la gravedad de las ilegalidades perpetradas por los acusados que dirigían y tramitaban el llamado procedimiento específico y de su conocimiento de las mismas, no resultaba factible que los demás a los que atribuye la malversación dejaran de representarse un grave quebranto del

patrimonio público a la hora de ejecutar el presupuesto, dada la situación de descontrol que se iba a generar.

La discrepancia obedece a que no puede valorarse la conducta grave prevaricadora como factor también determinante por sí mismo y de manera prácticamente automática de la imputación de un delito de malversación, dado que esas dos conductas pueden no presentarse al unísono en la mente de los autores de la prevaricación.

Resulta perfectamente factible que los acusados, tal como alegaron, confiaran en que las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo que tenían que ejecutar la fase final de la distribución y adjudicación de las subvenciones no iban a incurrir en graves actos de menoscabo y quebranto del patrimonio público. Sin que concurren además aquí datos indiciarios objetivos y convincentes de que sí tenían que desconfiar de esa actuación de otros funcionarios integrados en la misma institución pública.

La propia sentencia de la Audiencia acoge con naturalidad tal posibilidad cuando admite que los funcionarios de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y en concreto el Interventor General, conocían perfectamente, a tenor de los informes que emitieron durante varios años, las graves ilegalidades procedimentales que se estaban dando en la fase de la tramitación del presupuesto de las subvenciones, pese a lo cual considera el Tribunal de instancia que no alcanzaban el grado de conocimiento suficiente para percatarse de lo que estaba sucediendo en el último tramo del procedimiento de ejecución; es decir, los actos finales de quebrantamiento y menoscabo del erario público.

Si esta dualidad cognoscitiva fue admitida por el Tribunal de instancia como criterio probatorio plausible en el caso concreto, y fue extendido también a otras autoridades y funcionarios que fueron condenados solo por el delito de prevaricación, a pesar de la forma en que estaba extendido el conocimiento de las ilegalidades del llamado procedimiento específico en varias consejerías,

no puede extrañarle a la mayoría del Tribunal de Casación que se dé en la práctica la compatibilidad entre el conocimiento de unos actos prevaricadores graves con el desconocimiento de unos actos malversadores finales que mantienen un vínculo causal con los primeros.

Lo que sí sorprende, en cambio, es que se sigan criterios tan distintos a la hora de distribuir responsabilidades de conductas sustancialmente similares, disparidad que se aprecia en unos casos, ya lo hemos visto, en la sentencia de instancia y en otros en la fase intermedia de acusación a la hora de imputar el delito de malversación.

No cabe, por consiguiente, acoger el argumento de la sentencia de que el conocimiento de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que los cinco acusados cuya conducta ahora se examina asumieron la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público. Tal conocimiento no presupone necesariamente un resultado material de menoscabo y el quebrantamiento real de los caudales públicos, a tenor de los argumentos conraindicarios recopilados en este voto particular, extraídos de datos objetivables en un contexto que se regía, no lo olvidemos, por el principio de confianza respecto a la actuación de las diferentes consejerías en el ámbito de sus respectivas funciones, y respecto también a la existencia de del control que incumbía la Intervención General.

A todo ello debe sumarse como dato decisivo, una vez más, la respuesta que dio el Tribunal al conocimiento que tenían otras autoridades y funcionarios sobre el contenido «absolutamente ilegal» del sistema adoptado. Contenido que no tenía por qué extenderse necesariamente al tramo final de la fase de ejecución del presupuesto. Tal como vino de *facto* a reconocerse por el Tribunal de instancia con las absoluciones dictadas con respecto a diferentes acusados, algunos de ellos muy señalados, según ya se ha constatado.

Por lo demás, ya se citó en el fundamento tercero de este voto particular el dato procesal relevante del Caso Umax, que solo se ha traído a colación desde la perspectiva procesal de la fase intermedia, al considerar significativo que los máximos dirigentes de la Consejería de Empleo no hayan sido acusados de los delitos de prevaricación y de malversación, y sí lo fueran en cambio de director general hacia abajo. Tal circunstancia tiene notable relevancia si se pondera que los hechos presuntamente delictivos se perpetraron durante varios años dentro de la misma Consejería, pese a lo cual la responsabilidad no afectó a la cúpula. La relevancia de este dato radica en que parece sugerir, con la provisionalidad que impone el carácter no firme de la sentencia recaída en tal causa, que en la estructura de esa Consejería había un escalón de Director General hacia abajo que, al parecer, en ocasiones operaba con una acuciada autonomía y no poca clandestinidad. Esto puede explicar, cuando menos en algunos aspectos, que los escalones superiores de la Consejería no se enteraran con facilidad lo que sucedía realmente en los escalones de base, donde se materializaban las decisiones y acuerdos.

Siendo así, menos puede extrañar todavía que funcionarios de la cúspide de otras Consejerías o quien ostentaba en el último periodo la Presidencia de la Junta, no estuvieran al tanto de los actos finales de la ejecución de los presupuestos de la Consejería de Empleo. Ante lo cual puede hablarse de ligereza o falta de diligencia de cuidado graves con respecto a los controles, pero esas infracciones ya no pueden considerarse como sustrato fáctico/normativo de un delito de malversación con dolo eventual sino como una infracción imprudente, ajena por tanto al tipo penal de la malversación.

Ello es aplicable a los acusados integrantes de las Consejerías ajenas a la de Empleo, dada la falta de proximidad e intermediación en el trabajo diario y su alejamiento del ámbito específico de ejecución de los hechos malversadores llevados a cabo por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo. Tesis que no puede en cambio sostenerse con relación a las autoridades y funcionarios de esta última, desde el momento que sí tenían una supervisión y un control directo, muy próximo e inmediato de lo que allí

sucedía, tanto cuando establecieron el procedimiento específico como cuando éste empezó a funcionar a iniciativa de los integrantes de esa Consejería.

3. Tampoco resultan convincentes las respuestas con las que se replica en la sentencia mayoritaria a los recursos de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo cuando cuestionan la existencia de un dolo eventual aplicable al delito de malversación, recursos en los que no admiten haber ejecutado una conducta dolosa en ninguna de ambas modalidades de dolo.

(I). La defensa de D. José Antonio Griñán alegó sobre ese extremo concreto en su escrito de recurso (fund. 63.3 de la sentencia de casación) que no existe conexión racional entre la sustracción de los fondos públicos y el conocimiento que de ello pudo tener. Y se quejó de que la sentencia en ningún caso le atribuye que sustrajera fondos públicos o consintiera que otro los sustrajera. Tan solo refiere que asumió la eventualidad de que quien podía disponer de los mismos les pudiera dar un destino distinto al público para el que estaban presupuestados. Se resalta que la sentencia impugnada no explica los indicios que permitieron concluir que debió representarse tal posibilidad y que, aun así, la aceptó de *facto*.

También adujo que no quedó acreditado el dolo del delito de malversación, máxime cuando «es perfectamente posible que un sujeto conozca (hipotéticamente) una tramitación irregular del procedimiento de concesión de unas ayudas o subvenciones sociolaborales, sin tener por qué asumir la eventualidad de que el destino concreto de las distintas ayudas futuras no vaya a ser el previsto».

Frente a esta argumentación impugnativa del recurrente, que desarrolla prolijamente en el recurso ante esta Sala, la sentencia de casación vuelve a insistir en las ilegalidades insertadas en el delito de prevaricación, incidiendo en que el uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la

arbitrariedad y el despilfarro. Y añade que el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el Sr. Griñán asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución (fundamento 63.3 de la sentencia de casación).

Estas respuestas nucleares han sido ya tratadas en los fundamentos precedentes, dada la reiteración con que se ensamblan, entremezclan y dirimen en ambas sentencias los hechos integrantes del delito de prevaricación con el de malversación para poder aplicar finalmente ambos tipos penales.

**(II)** . La recurrente Doña Carmen Martínez Aguayo denuncia en su escrito de impugnación la falta del elemento subjetivo del dolo (fund. 82.2 de la sentencia mayoritaria), entre otros extremos, que de los hechos declarados probados por la Audiencia no se infiere que actuara dolosamente, ni siquiera a título de dolo eventual. Alega en el motivo que el conocimiento de las irregularidades no puede deducirse de la recepción de los informes de control financiero permanente de IFA/IDEA, ni tampoco del contenido del informe adicional del ejercicio 2003. Señala que el órgano de control no advirtió de riesgo alguno de menoscabo de los fondos públicos, ni emitió informe de actuación, conforme a lo que exigía el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, por lo que no cabe exigir que la Viceconsejera tuviera un conocimiento más sólido del que tenía el órgano de control.

Arguye asimismo que la sentencia ha condenado por delito de malversación a los altos cargos que interviniendo en el proceso de elaboración de las normas presupuestarias tuvieron conocimiento del informe adicional de ayudas de 2003, pero en ese informe no se advertía que se estuviesen desviando los fondos destinados a ayudas a otros fines, o que se estuvieran desviando al lucro ilícito de terceras personas; se ponían de manifiesto irregularidades administrativas en los expedientes de concesión. Tampoco se advertía que el dinero para ayudas del programa 3.1.L se estuviese destinando

a fines públicos diversos como los señalados en las págs. 94 y 95 de la sentencia de instancia. Y si bien se destacaban irregularidades, ello no supuso que la Intervención General emitiese un informe de actuación (artículo 12.5 del Decreto 9/1999), por lo que ha de entenderse que no apreció indicios ni riesgo de menoscabo de fondos públicos, ni tampoco advirtió de una posible responsabilidad contable.

Refiere también que la sentencia de instancia no declara que D<sup>a</sup>. Carmen Martínez Aguayo hubiese conocido en ningún caso el menoscabo de fondos públicos, ni una desviación de fondos a fines no públicos ni, en definitiva, un supuesto de malversación. Según la misma, su conocimiento era de las deficiencias e irregularidades contenidas en el Informe adicional, que no hacían advertencia de menoscabo alguno.

De ahí que impugne el salto argumental de la Audiencia que la lleva desde la afirmación del conocimiento de las deficiencias o irregularidades del sistema implantado hasta considerar que la Sra. Martínez Aguayo asumió la eventualidad de que se pudiera producir una malversación de los fondos públicos como consecuencia de esas deficiencias. Tal inferencia no queda resuelta en la sentencia, ni se justifica en los hechos probados ni en los propios fundamentos de Derecho. El relato fáctico omite cualquier referencia al conocimiento que pudiera tener la acusada de que se estaban produciendo desvíos de fondos a fines no públicos, o de que esos desvíos se iban irremediablemente a producir. Sin estos hechos, y sin la afirmación de su conocimiento específico, no cabe hablar de una actuación dolosa, ni siquiera desde la perspectiva del dolo eventual, pues no se acredita que se representara como probable que con su actuación permitía que otro sustrajera o se beneficiara indebidamente de caudales públicos.

Frente a todos estos argumentos del recurso de casación que claman por una respuesta que explique el contenido indiciario que apoya el sustrato fáctico del dolo eventual y desvirtúe los datos que se citan en el recurso sobre el desconocimiento de los hechos estrictamente malversadores realizados por

los funcionarios de la Consejería de Empleo, la sentencia mayoritaria vuelve a incidir en los hechos prevaricadores como argumento suficiente para tipificar ambos delitos, sin llenar aquí tampoco las llamativas lagunas probatorias que ya se han señalado en la sentencia de la Audiencia.

(III). La defensa de Don Francisco Vallejo Serrano alega en su escrito de recurso con respecto al dolo que no se hace constar en la sentencia recurrida ni consta acreditado que él tuviera conocimiento de que se estaba disponiendo de los caudales públicos para conceder ayudas o subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas, por lo que no existe el elemento subjetivo del delito.

Añade que no puede identificarse el conocimiento de que en determinados expedientes se han cometido irregularidades o que se utiliza una partida presupuestaria inadecuada, con el conocimiento de que se estaban desviando importantes sumas de dinero para procurar el beneficio ilícito de terceras personas o empresas, a las que este acusado no conocía, ni consta que tuviera ninguna relación ni interés con las mismas.

Frente a tales objeciones la Sala vuelve a incidir en que, su conocimiento sobre la forma de gestión de las ayudas al margen de todo control y del cumplimiento de las más elementales normas de procedimiento administrativo, deriva de que fue la persona que firmó las alegaciones al Informe de cumplimiento del IFA de 2003 donde la Intervención señaló un amplio elenco de irregularidades que suponían el incumplimiento total y absoluto de la normativa de subvenciones. Con su conducta contribuyó a que este ilegal proceder continuara y a que se produjera la disposición ilícita de los fondos públicos.

Al final de sus respuestas arguye, sintetizando lo expuesto con anterioridad, que no es asumible la tesis de la defensa fundada en un desconocimiento de los distintos instrumentos del sistema ilegal de ayudas que nos ocupa, ni de los informes en los que se denunció de forma constante su

existencia. Y remarca que hay todo un conjunto de datos indiciarios y de pruebas directas que permiten afirmar que el Sr. Vallejo Serrano no solo tuvo conocimiento del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora (mera caja pagadora según la terminología empleada en sentencia) para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Empleo, sino que intervino en su ejecución y desarrollo, en su doble condición de miembro del Consejo de Gobierno y de miembro del Consejo Rector del IFA/IDEA, posibilitando con su conducta la ilegal disposición de los fondos públicos.

Vuelve pues a fundamentar el criterio mayoritario de esta Sala la condena del delito de malversación en los hechos prevaricadores, sin que se expongan argumentos que vinculen probatoriamente la autoría de la prevaricación con la de los actos concretos malversadores cometidos por los acusados adscritos a la Consejería de Empleo, en especial teniendo en cuenta, como la misma reconoce, que el IFA/IDEA actuaba como mera caja pagadora de lo acordado por la Consejería de Empleo.

**IV.** La defensa del acusado D. Jesús María Rodríguez Román alega en su escrito de recurso que el impugnante no podía imaginarse que la Dirección General de Trabajo pudiera destinar dinero público a fines ajenos al fin público, habida cuenta que no podía albergar en su conciencia una opción que no se planteaba ni siquiera el Interventor que firma el famoso informe adicional, puesto que no percibió la eventualidad de que se estuviera produciendo menoscabo de fondos públicos. Porque, evidentemente —prosigue diciendo— si de la lectura del informe adicional se debía colegir la eventual desviación de fondos públicos esto suponía, *ipso iure*, la existencia de menoscabo de fondos públicos. Y este menoscabo no era apreciado en aquella fecha por el Sr. Interventor. Luego difícilmente —concluye la defensa— podía albergar en su conciencia el Sr. Rodríguez Román un riesgo que ni tan siquiera el Sr. Interventor delegado tenía en su mente.

A estas alegaciones relacionadas con la prueba del elemento subjetivo del delito de malversación, la mayoría de esta Sala responde en sus conclusiones probatorias que «la afirmación de que el Sr. Rodríguez Román conocía que, en las modificaciones presupuestarias expuestas y en los Anteproyectos de Presupuestos correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, se hizo un uso ilegal de las transferencias de financiación, pues con ellas se dotó de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L, y que intervino en su desarrollo y aplicación contribuyendo a la efectiva concesión de cantidades dinerarias en forma de supuestas ayudas o subvenciones al margen de la normativa», les lleva a considerar que la conclusión probatoria de la Audiencia es la única plausible y razonable. Argumento que complementa con la enunciación de los cargos que desempeñó en la Junta de Andalucía y los trabajos que desarrolló y los proyectos normativos en que intervino, que le permitieron conocer las ilegalidades practicadas en la tramitación de las subvenciones excepcionales objeto del presente proceso penal.

Una vez más constatamos, pues, que es el conocimiento de las ilegalidades que integran el núcleo del dolo y de la condena por el delito de prevaricación lo que se instrumenta como fundamento objetivo y subjetivo del delito de malversación, sin que llegue a examinarse específicamente la posible intervención del acusado en la fase final de la ejecución del presupuesto ni el dolo eventual del mismo con respecto al menoscabo o quebranto económico perpetrado por los integrantes de la Consejería de Empleo sobre el patrimonio público.

**V.** Por último, en lo concerniente al recurrente D. Miguel Serrano Aguilar, su defensa alegó, entre otros argumentos, en el motivo quinto del recurso de casación al tratar el tema del dolo, que desde el punto de vista de los hechos probados la sentencia no declara que D. Miguel Angel Serrano Aguilar hubiese conocido ningún caso de menoscabo de fondos públicos, ni una desviación de fondos a fines no públicos ni, en definitiva, un supuesto de malversación; según la sentencia, su conocimiento se limitaba a las deficiencias e irregularidades contenidas en el Informe adicional, que no hacían advertencia de menoscabo alguno. El salto que se produce desde la

afirmación del conocimiento de las deficiencias o irregularidades en el procedimiento de tramitación de las subvenciones hasta considerar que el señor Serrano Aguilar asumió la eventualidad de que se pudiera producir una malversación de los fondos públicos como consecuencia de esas deficiencias, no queda resuelto en la sentencia, ni se justifica en los hechos probados ni en los propios fundamentos de derecho.

Niega también cualquier referencia en los hechos probados al conocimiento por el acusado de que se estaban produciendo desvíos de fondos hacia fines no públicos, o de que esos desvíos se iban irremediabilmente a producir. Sin estos hechos, y sin la afirmación de su conocimiento específico, no cabe hablar de una actuación dolosa, ni siquiera desde la perspectiva del dolo eventual. La premisa del dolo eventual, dice, es que el resultado dañoso (la malversación) se representase como un riesgo probable para Miguel Angel Serrano Aguilar como consecuencia de su actuación u omisión, y que ante tal probabilidad continuase con las acciones u omisiones. Pero dicha premisa no se contiene en los hechos probados, ni se razona o declara en la sentencia.

A partir de ello considera que con esos elementos no se puede entender que Miguel Angel Serrano actuase con dolo eventual ni que se planteara que cuando intervenía en la firma de los convenios individuales de ayudas sociolaborales o a empresas que remitía la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo (ejerciendo funciones legales) estuviera permitiendo que en el tramo final de la fase de ejecución las autoridades o funcionarios ajenos a su Consejería de Innovación sustrajeran o beneficiasen ilícitamente a terceros con fondos públicos.

Ese razonamiento sobre el dolo eventual —señala la parte— solo podría acogerse desde la perspectiva de una «gran conspiración», en la que el Director General de Trabajo, los Viceconsejeros, Consejeros, Parlamentarios e Interventores se hubieran concertado para, cada uno en su posición, permitir que un tercero defraudara. Sin embargo, esta tesis no es la

que acoge ni tiene por probada la sentencia recurrida, que, de hecho, absuelve al Interventor General y no condena, porque ni siquiera fueron acusados, a los miembros del Parlamento que votaron a favor de la Ley.

La Sala mayoritaria responde, en sus conclusiones finales, a estas alegaciones probatorias de la defensa y a otras que ésta expuso en la misma línea, que el acusado Miguel A. Serrano Aguilar ocupó el cargo de Director General de la Agencia IDEA desde el 17 de junio de 2004, hasta el 14 de mayo de 2008.

Al tiempo de su toma de posesión, se hallaba instaurado el sistema de concesión ilegal de ayudas objeto de este procedimiento, en el que, desde el punto de vista presupuestario, las transferencias de financiación al IFA/IDEA desarrollaban un papel principal, al ser el mecanismo a través del cual se dotaba de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L; y añade la Sala que, desde el punto de vista de la ejecución del presupuesto, los convenios particulares otorgados al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 constituyeron el instrumento a través del cual se comprometieron las ayudas que finalmente eran pagadas por el IFA/IDEA, que, a tal efecto, actuaba indebidamente como entidad colaboradora de la Consejería de Empleo.

Se arguye también en la sentencia mayoritaria que, al menos desde que le fueron comunicados el Informe Adicional al de Cumplimiento del ejercicio 2003 de la Agencia IDEA (el día 25 de julio de 2005), formulado por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y los sucesivos Informes de Cumplimiento, en su condición de Director General de IDEA, tuvo conocimiento tanto del inadecuado uso de las transferencias para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L, como de la de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, así como de las graves irregularidades que se realizaban en la tramitación de los expedientes tramitados por la Dirección General de Trabajo.

Pese a ese conocimiento, firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001. A través de esos convenios, se comprometió el pago de cantidades sin cobertura presupuestaria, lo que conllevó que el IFA reconociera un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esas cantidades, causando un déficit en las cuentas de la Agencia IDEA, con las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en los fondos propios del organismo al afectar a determinadas magnitudes financieras, déficit del que fue consciente el acusado.

Y acaba diciendo la sentencia mayoritaria que, de acuerdo con lo expuesto, el Sr. Serrano Aguilar, consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en cuyo desarrollo y ejecución intervino de forma directa (en particular, al firmar los convenios particulares), asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran dispuestos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

Pues bien, como puede apreciarse, la réplica de la sentencia mayoritaria del Tribunal de Casación se vuelve a centrar en las ilegalidades en que incurrió el acusado al intervenir en la fase de ejecución de los presupuestos otorgados con fines de realizar ayudas sociales a trabajadores y ayudas económicas a empresas en crisis mediante un sistema específico en que operaban las ilícitas transferencias de financiación y al mismo tiempo desempeñaba el IDEA la función de caja de pago de los costes de la concesión de las subvenciones excepcionales. No explica en cambio la cuestión probatoria relacionada con el conocimiento del tramo final de la fase de ejecución de los presupuestos, ni entra por tanto a profundizar en la prueba indiciaria que pudiera acreditar que el acusado conocía los actos fraudulentos que menoscababan y quebrantaban el patrimonio público de la Junta de Andalucía.

**NOVENO.- 1.** Aunque ya puede inferirse de los fundamentos anteriores que nuestra propuesta de resolución se orienta a la libre absolución por el delito de

malversación imputado a los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo al haber sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, dedicamos un último apartado específico al examen de la autoría del delito de malversación que se les imputa, autoría que se centra por las acusaciones en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia.

La resolución mayoritaria de esta Sala comienza afirmando sobre este punto (pág. 365, fundamento 43.2) que la sentencia recurrida, a pesar de ser muy extensa, «guarda un silencio que podría calificarse de clamoroso» en relación con el criterio utilizado de atribución de autoría. Laconismo que —señala— no guarda proporción con la extensión que ha dedicado el Tribunal de instancia a otras cuestiones jurídicas y, sobre todo, con la relevancia del problema, al haberse juzgado unas acciones prolongadas en el tiempo, con la intervención de múltiples personas que mantenían entre sí relación jerárquica y que ejercían distintas funciones dentro de una única institución: la Junta de Andalucía.

También advierte este Tribunal que los escritos de acusación no hicieron mención alguna a la coautoría, sin que tampoco la argumentación jurídica de la sentencia recurrida se refiera a ella, excepto un mero inciso tangencial. Igualmente reseña que en los hechos probados no se declara que los acusados actuaran de forma conjunta o de mutuo acuerdo, ni tampoco se argumenta en la fundamentación jurídica sobre la concurrencia de los elementos estructurales de la coautoría, tales como acuerdo de voluntades, dominio funcional del hecho o imputación recíproca a todos los coautores de sus aportaciones individuales.

Refiere también la posición mayoritaria (pp. 368 y 369) que la sentencia de la Audiencia al argumentar el juicio de autoría con respecto a los distintos acusados identifica individualmente los hechos que se atribuyen a cada uno de ellos aisladamente. En el caso del delito de prevaricación, explica, individualiza las resoluciones dictadas por cada uno de los acusados y en lo referente al delito de malversación realiza también esa individualización, ya que a unos se les condena por la disposición ilícita de fondos y a otros por

consentir esa disposición. Sin embargo se destaca que no imputa a todos los acusados la totalidad de los actos calificados como delictivos, por lo que excluye el efecto más característico de la coautoría: la imputación recíproca. A cada acusado se le condena por su conducta y el delito no se construye por la contribución global de todos los acusados, sino que se aprecian tantos delitos como conductas de los singulares acusados.

Asimismo resalta la mayoría de este Tribunal que, a pesar de que la Audiencia utiliza expresiones que pudieran conducir a la convicción de una actuación conjunta, la acción ilícita no se concreta en la aportación plural sino en los actos individuales realizados por cada acusado. Pues si bien resulta altamente probable que existiera concierto previo entre las autoridades que pusieron en funcionamiento el sistema y concierto adhesivo en aquellas otras que se sumaron con posterioridad a las prácticas ilícitas, en este caso para afirmar la responsabilidad penal no es necesario acudir a la coautoría. Se entendió que era suficiente individualizar la conducta de cada acusado y desde su singularidad determinar si en cada caso concurrían los elementos típicos exigibles.

Por lo cual, prosigue la mayoría del Tribunal, los hechos sancionados no son la ideación, desarrollo o mantenimiento de un nuevo sistema de presupuestación y ayudas, sino la adopción de las resoluciones administrativas singulares que lo posibilitaron (en el caso de la prevaricación) y la posterior disposición ilícita de fondos o las omisiones que hicieron posible esa disposición (en el caso de la malversación). Y matiza que, aunque es cierto que todas las acciones respondían a un propósito común, los hechos punibles han sido configurados de forma individual.

La dinámica comisiva no habría consistido, pues, en la realización de un hecho al que contribuyeran las aportaciones de cada acusado, sino en distintos hechos, realizados individualmente por distintas autoridades a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, que se explican porque tenían una finalidad

común y se produjeron en el ámbito de una misma organización administrativa (pág. 370).

En lo que atañe al delito de malversación de caudales públicos, que es el que ahora nos interesa constatar, precisa esta Sala que el análisis es más complejo porque el tipo penal incluye dos modalidades de acción. La primera modalidad es la sustracción o disposición de los bienes en beneficio de tercero, que se atribuye a los acusados que intervinieron directamente en la disposición de fondos. La segunda modalidad es un tipo de comisión por omisión en la que el resultado de la sustracción se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarla. La omisión supone el conocimiento por parte del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, ya que el tipo no exige ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores. Sin embargo, prosigue la sentencia de la que discrepamos, no se trata de una simple dejación de deber, sino de una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente. Precisamente porque se impone al funcionario que incumple su deber la misma pena que al sustractor no se trata de un supuesto de participación en el delito cometido por otro sino en un delito en que se sanciona el incumplimiento del deber propio del funcionario. Éste asume por disposición legal la custodia del patrimonio público y tiene frente a él la posición de garante, en la medida en que el ordenamiento jurídico no sólo espera que actúe en cumplimiento de su deber, sino que también espera que evite el resultado (fund 43.5 pp 370 a 373, sentencia de casación).

En este caso, remarca la mayoría del Tribunal, se ha condenado por esta modalidad comisiva a los acusados que, conociendo cómo se estaba llevando a cabo la concesión y pago de las ayudas y teniendo competencia para impedir la sustracción de los fondos no lo impidieron. Al analizar la autoría de cada uno de ellos, ha precisado sus competencias, deduciendo de ellas que, por el conocimiento que tuvieron de la irregularidad gestión de los fondos, contaban con capacidad legal para impedir la aprobación y pago de las ayudas. Podrían, se dice, haber aprobado las partidas presupuestarias para la

concesión de las subvenciones utilizando la clasificación adecuada, lo que hubiera posibilitado el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía, así como la tramitación de los expedientes de concesión con arreglo a derecho y no lo hicieron.

Visto lo anterior, este Tribunal considera que debe ponerse el acento en que el precepto penal aplicado prevé específicamente un tipo de comisión por omisión sancionando la conducta de quien consiente la sustracción por otro, lo que es sumamente revelador de la intención del Legislador de sancionar no sólo a quien materialmente dispone de los caudales públicos sino de todo aquel que consiente esa disposición. Lo que según el criterio expuesto obliga a determinar, más allá de la asignación formal de competencias, qué personas tienen la capacidad y el deber de evitar la comisión del delito, circunstancia que está en necesaria relación con el conocimiento que se tenga de la forma en que se va a disponer de los bienes públicos.

Y acaba al final recordando la sentencia mayoritaria que en el delito de malversación la autoría admite las dos modalidades que describe el Código Penal. Unos acusados dispusieron ilícitamente de los fondos y otros lo consintieron, pudiendo evitar el resultado.

**2.** La Jurisprudencia de esta Sala (STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, y las que en ella se citan: 320/2005, 37/2006, 213/2007, 234/2010, 64/2012, 325/2013, 25/2015, y 482/2017) exige para que proceda aplicar la figura de la comisión por omisión, en general, los siguientes requisitos: A) Que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber

jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe (STS 758/2018).

Pues bien, todas estas cuestiones que suscita la aplicación de la modalidad de autoría de comisión por omisión es claro que no han sido tratadas de forma específica por la sentencia recurrida. A los cinco acusados cuya autoría ahora se dirime se les condena por el delito de malversación por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados y por permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de esos fondos.

Las graves lagunas apreciadas en el análisis y en la motivación de la sentencia de la Audiencia de Sevilla que revisamos concernientes a las cuestiones relativas a la autoría en la modalidad de comisión por omisión, justifican el calificativo de «clamoroso» que le dedica la sentencia mayoritaria, atendiendo al sonoro silencio que emerge sobre esa relevante cuestión en todo el discurrir de la sentencia impugnada sobre un tema de semejante envergadura a la hora de dirimir la responsabilidad penal de los cinco acusados.

El Tribunal de instancia expresa con claridad que los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo son autores materiales y directos del delito de prevaricación. Pero cuando se trata de ponderar la autoría del delito de malversación, obvia toda referencia al examen analítico del tipo objetivo y apoya la condena únicamente en un liviano dolo eventual que define bajo el simple rótulo de «asumir la eventualidad» de un destino de los fondos públicos vinculados al programa 31L «ajenos al fin público al que estaban destinados».

La sentencia mayoritaria intenta solventar el «clamoroso silencio» de la Audiencia sobre la autoría añadiendo los párrafos que con anterioridad hemos recogido con el fin de interpretar y elaborar lo que debía hacer y no hizo el Tribunal sentenciador de instancia. Pero como no se está ante un simple descosido en medio de un razonamiento sino ante una palmaria ausencia de indumentaria argumental, la labor tampoco pudo ser suplida por la mayoría de este Tribunal, o cuando menos de *facto* no lo fue.

Los fragmentos que dedica la sentencia mayoritaria a examinar la modalidad de la comisión por omisión en el delito de malversación no tratan apenas uno de los principales requisitos de esa categoría de autoría: la posición de garante y su alcance en el caso concreto. Sobre este particular los cinco recurrentes cuya autoría se cuestiona han utilizado como argumento general, tal como señala la sentencia mayoritaria (pp. 371 y 372), que a los funcionarios que no intervinieron en los actos dispositivos no se les puede atribuir la posición de garantes por el solo hecho de que tengan encomendadas genéricas funciones de superior dirección o de coordinación y control o de aprobación de instrumentos normativos. Y además que no basta con un deber general de control, sino que exige un especial deber jurídico del autor. Y no sólo eso, pues se exige además una específica obligación legal o contractual de actuar, o la creación de una ocasión de riesgo, de modo que la omisión pueda equipararse a la acción. En otro caso todo superior jerárquico sería responsable penalmente, en concepto de autor en comisión por omisión, de los delitos del subordinado, lo que parece evidente que no es la intención del legislador y ensancharía de manera injustificada el ámbito punitivo, convirtiendo en autor criminal a todo responsable por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Al margen de esas alegaciones genéricas han formulado los cinco acusados numerosas objeciones específicas en sus escritos de recurso sobre la condición de garante en la comisión por omisión, con el objetivo de constatar la falta de posibilidad de un control directo e inmediato sobre la Consejería de Empleo. Han esgrimido en sus diferentes impugnaciones

numerosas objeciones centradas en la carencia de posibilidades jurídicas y reales de vigilar y supervisar el tramo final de la ejecución de los presupuestos, centrado en la distribución del patrimonio público entre numerosos beneficiarios particulares y empresas en crisis, dado que todo ello se realizaba en una Consejería ajena a las suyas. Ver al respecto las pp. 125 a 139 del recurso de José A. Griñán; las pp. 145 a 164 del recurso de Carmen Martínez Aguayo; pp. 266 a 272 del recurso de Francisco Vallejo Serrano; pp. 211 al 214 del recurso de Miguel A. Serrano Aguilar; y pp. 125 a 142 del recurso de Jesús María Rodríguez Román. Sin embargo, una parte importante de estas alegaciones específicas quedaron sin responder en la sentencia de casación.

**3.** La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa (STS 758/2018). En este caso, tal como ya se precisó en su momento, la forma de operar las consejerías en la práctica, la intercomunicación existente entre ellas y las posibilidades de que la interrelación funcional permita un control, vigilancia o conocimiento específico sobre su funcionamiento son aspectos, sumamente relevantes, que en modo alguno han sido abordados en profundidad ni aclarados ni en la sentencia de instancia ni en la de casación que expresa el parecer mayoritario.

De otra parte, dejando a un lado el tipo objetivo, y centrados en el tipo subjetivo de la comisión por omisión, la jurisprudencia estima que la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. Sin embargo, cuando de imprudencia se trata, se apreciará culpa respecto a la omisión cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generó su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado. O cuando el obligado a realizar la acción no consiguió impedir el resultado por la forma

descuidada o inadecuada en la que intentó el deber de garantía (STS 758/2018).

Pues bien, en lo referente a la problemática que suscita el dolo en el caso concreto, y en particular el dolo eventual, que es el aplicado por la Audiencia al no contar con prueba acreditativa de la existencia de un dolo directo, hemos de remitirnos a todo lo expuesto de forma extensa en los fundamentos precedentes de este voto particular, incluida la conclusión final de que no concurren en este caso los elementos imprescindibles para apreciar ninguna modalidad de dolo en la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo que han sido condenados por el delito de malversación. Solo añadiremos ahora alguna matización relativa a algunos de los argumentos expuestos sobre esa cuestión por la mayoría de este Tribunal y por el Ministerio Fiscal.

Nos referimos en concreto a la tendencia que muestran este Tribunal de casación y la acusación pública a dar entrada al dolo directo en cuanto hay alguna oportunidad de introducir incisos o circunloquios que propicien penetrar en esa cuestión. Y así, la sentencia mayoritaria, aprovechando ahora el examen de la autoría, afirma que es cierto que «todas las acciones respondían a un *propósito común*, pero los hechos punibles han sido configurados de forma individual» (pág. 370).

En la pág. siguiente, al desarrollar la modalidad de comisión por omisión, afirma la sentencia mayoritaria que «La omisión supone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, ya que el tipo no exige ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores. Sin embargo, entendemos que no se trata de una simple dejación de deber, sino *una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente*».

En ambos casos se comprueba cómo la sentencia mayoritaria utiliza una terminología propia del dolo directo (las cursivas que la remarcan son nuestras), sin atender al criterio probatorio de la Audiencia, que ha fijado como

techo acreditado del elemento subjetivo el límite del dolo eventual, sin acoger la verificación de un dolo directo en la conducta de los acusados.

En la misma línea argumental deben interpretarse las palabras de la sentencia de casación cuando el Tribunal asevera que «el Sr. Griñán asumió la eventualidad de que se diese a los fondos transferidos al IFA/IDEA, a través de las transferencias de financiación, un destino distinto del de la satisfacción de fines públicos. La asunción de esa eventualidad, vinculada al conocimiento del incumplimiento de la normativa para la concesión de subvenciones y ayudas públicas en el caso concreto (precisamente, derivada de la ilegal utilización de las transferencias de financiación), demuestran que el recurrente, asimismo asumió la posibilidad de que los fondos públicos fuesen destinados al enriquecimiento de terceras personas o empresas en crisis, es decir, que se destinasen a fines particulares» (página 553).

En ese caso el Tribunal opera con terminología propia, a lo sumo, de una conducta imprudente, dado que para que pueda aplicarse el dolo eventual se precisa que el autor conozca y asuma la alta probabilidad de que se materialice un delito de peligro concreto que previamente ha percibido, y no una mera posibilidad.

Por su parte el Ministerio Fiscal, en el informe que emite en el recurso de casación (pp. 279 a 281) afirma de manera inequívoca que se está ante una conducta dolosa ejecutada con dolo directo por, entre otros, los cinco acusados cuya conducta ahora analizamos, conducta que ha evolucionado mediante la ejecución de diferentes actos malversadores realizados con conocimiento de lo que se estaba haciendo y con el propósito de que se alcanzaran los objetivos malversadores previstos merced a su funcionamiento.

Sin embargo, esta no es la versión fáctica que fue recogida en la sentencia recurrida como resultado probatorio. La Audiencia declaró probada una conducta malversadora realizada de forma material y con dolo directo por un sector importante de los acusados integrados en la Consejería de Empleo. Pero no acogió como cierto que los cinco recurrentes realizaran actos malversadores con dolo directo ni que sus actos dolosos de prevaricación por

el que fueron condenados tuvieran como objetivo y propósito realizar una conducta malversadora.

Las alegaciones del Ministerio Público ponen el dedo en la llaga sobre la dificultad de poder compatibilizar en la práctica una conducta dolosa con dolo directo como medio de conseguir el resultado de un delito realizado con dolo eventual que genera un grave menoscabo patrimonial. La solución a ese dilema no tiene que ser admitir como probado que los acusados que actuaron con dolo eventual con respecto al delito de quebranto patrimonial incurrieron en una conducta de dolo directo, como pretenden imponer a través de algunos de sus argumentos el Ministerio Fiscal, y en algunas fases de sus razonamientos la mayoría de esta Sala. Por el contrario, la cuestión debe dirimirse entre la opción de si realmente existe un dolo eventual con respecto al delito de malversación o si, como segunda alternativa, no concurren en el caso ni siquiera los requisitos de esa modalidad de dolo, por lo que la conducta de aquéllos ha de considerarse atípica con respecto al delito de malversación.

Desde luego, lo que no cabe es considerar acreditado un dolo directo en lugar de un dolo eventual en esta instancia de casación, una vez que el techo de la convicción probatoria lo ha fijado la Audiencia en el dolo eventual, por lo que las alegaciones del Ministerio Fiscal y también en algún caso de la sentencia mayoritaria no pueden compartirse.

Todo evidencia, en virtud de la redacción de su sentencia, que el Tribunal de instancia ha declarado probada la autoría material y directa de los cinco recurrentes (cuya impugnación ahora se dilucida) con respecto al delito de prevaricación. Sin embargo, cuando se introduce lacónicamente en la autoría del delito de malversación, la circunscribe a un dolo eventual que define citando únicamente el elemento de la voluntad (“asumir la eventualidad”). Sin que, por lo demás, cualifique la conducta prevaricadora con adjetivos finalistas que la relacionen con el delito de malversación, como pudieran ser las expresiones «con la finalidad de...», «con el objetivo de...», «con la intención de...», «con la pretensión de...», «con el propósito de», etc.

Así las cosas, resulta comprensible y coherente con las tesis que postulan que tanto la sentencia mayoritaria como el Ministerio Fiscal intenten reconvertir el dolo eventual de la malversación en un dolo directo cuya presencia surgiría ya con la conducta prevaricadora, pues son conscientes de que el enorme salto que habría de darse entre una conducta meramente prevaricadora y lo que es un delito de malversación no puede quedar cubierto con un dolo eventual con los mimbres que le asigna el Tribunal de instancia.

Existe una diferencia sustancial entre realizar un procedimiento de concesión de subvenciones con varias ilegalidades importantes con el fin de agilizar y obtener un grado elevado de rapidez en su tramitación, como se reconoce en la sentencia mayoritaria en numerosos apartados ya citados, y lo que puede considerarse perseguir el objetivo de generar graves menoscabos en el caudal público de la Junta de Andalucía para beneficiar gratuitamente a personas e empresas particulares que en ningún caso tendrían derecho a subvenciones. En el primer supuesto se está ante un delito de prevaricación y en el segundo ante un delito grave de malversación.

Las ilegalidades propias de la prevaricación podrán, evidentemente, perjudicar el reparto justo de las subvenciones y las prioridades en la rapidez en su concesión, aspectos que podrían estar relacionados con criterios arbitrarios a la hora de respetar el orden de prioridad en la distribución de ese patrimonio público entre los ciudadanos de una Autonomía política. Sin embargo, tal conducta, que queda comprendida dentro del ámbito de la figura penal de la de la prevaricación, poco tiene que ver en el ámbito penal con repartir dinero público gratuitamente entre personas y empresas que no tienen derecho alguno a subvenciones de ninguna índole, comportamiento claramente subsumible dentro del delito de la malversación.

En la sentencia recurrida la Audiencia alcanza la convicción de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo no tenían el propósito o la intención directa de realizar esa conducta malversadora, pero sí considera que

con su comportamiento prevaricador generaron un peligro para que personas integradas en la Consejería de Empleo llevaran a cabo graves actos malversadores para el erario público. En vista de lo cual, los condena por una conducta punible de comisión por omisión con dolo eventual por no haber neutralizado ese peligro que derivó en los actos malversadores ejecutados por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo.

Frente a ello, quienes suscribimos este voto particular entendemos que no se dan en la conducta de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo los elementos propios del dolo eventual del tipo penal de la malversación, basándonos para ello en los numerosos argumentos que se han vertido en los fundamentos precedentes.

A tal efecto, partimos de la base de que los actos malversadores se cometieron en el ámbito propio y específico de la Consejería de Empleo, ajena a la de los referidos acusados. Y también es importante señalar que fue en la Dirección General de Empleo donde se centró la ejecución de los actos malversadores.

Decimos que ello es importante porque no deja de ser curioso que la mayoría de esta Sala recoja en su argumentación inculpativa la declaración del Director General de Trabajo, D. Francisco Javier Guerrero, que fue precisamente la persona que llevó la iniciativa y protagonismo en todo el reparto delictivo y adjudicación del dinero malversado, según los datos que se recogen en numerosos apartados de la causa, y también en los hechos probados y motivación probatoria de la sentencia de la Audiencia. Es más, si se examinan con atención las fechas de los hechos se puede comprobar que D. Francisco Javier Guerrero tomó posesión de la Dirección General de Trabajo el 28 de septiembre de 1999 y desempeñó el cargo hasta el 29 de abril del año 2008. Y fue a partir de esta fecha cuando se comenzaron a descubrir las graves ilegalidades que se habían realizado en su oficina de trabajo y comenzaron a irse solventando algunos de los graves hechos perpetrados en

la fase final de la ejecución del presupuesto, y más en concreto en el reparto y adjudicación de las subvenciones excepcionales.

En la sentencia mayoritaria, al examinar la prueba de cargo concurrente contra la cúpula de la Junta de Andalucía se expone que el propio Director General de Trabajo (D. Javier Guerrero) reconoció en su declaración prestada en fase de instrucción que ante los problemas que planteaba la Intervención Delegada recibió instrucciones para que buscara un nuevo sistema de financiación que sorteara esos controles. Se trata de la declaración de quien se perfila como centro neurálgico de los actos defraudatorios desarrollados, cuya salida de la Consejería de empleo permitió que estos fueran detectados. Con independencia de ese dato, examinadas sus declaraciones, y más allá de su utilidad a otros efectos, según las mismas aparecen transcritas, no se detectan afirmaciones sobre las que construir un conocimiento ni siquiera una elevada sospecha por parte de ninguno de los cinco acusados a los que este voto afecta, sobre los actos de menoscabo del erario público que en la fase final de ejecución del presupuesto se realizaron desde la Consejería de Empleo, y especialmente desde la Dirección General que el Sr. Guerrero capitaneaba.

Los datos objetivos que figuran en las actuaciones, de los que ya hemos dado cuenta en fundamentos precedentes, abundan en indicios que desvanecen la construcción de una autoría en régimen de comisión por omisión contra los cinco acusados que ahora se examinan, dado que se trata de autoridades y funcionarios que son ajenos a lo que se podía estar tramando y ejecutando en el reparto de subvenciones dentro de un sector concreto de la Consejería de Empleo. No consta tampoco planificación alguna por parte de la Consejería de Economía ni por la de Innovación acerca de una eventual entrega fraudulenta de cantidades de dinero público a favor de personas sin legitimidad alguna para recibir las. El conocimiento de tal supuesto hipotético se les ha atribuido a personas que, dentro de la Junta, estaban más al tanto de lo que sucedía en la Consejería conflictiva. La posición de garante no debe aplicarse a sujetos alejados de un control próximo e inmediato del espacio

competencial específico en que se llevó a la cabo la conducta propiamente malversadora. Y tampoco figuran en la sentencia de instancia datos indiciarios objetivos que permitan afirmar el conocimiento por parte de los citados acusados de una situación de peligro concreto que esté próxima a transformarse en el resultado malversador perpetrado por varios integrantes de una Consejería, sobre los cuales no aparecen motivos para desconfiar de que vayan a ejecutar nada menos que una desviación de conducta que supere un comportamiento propio de una injusticia en el reparto o asignación de unas subvenciones, hasta convertirlo nada menos que en un despojo apropiativo del dinero público en perjuicio del patrimonio de una Comunidad Autónoma.

No se entiende, pues, el empecinamiento de la tesis mayoritaria en incriminar por malversación a los cinco acusados que ni siquiera pertenecen a la Consejería de Empleo, acudiendo incluso a declaraciones irrelevantes del principal factótum de los actos malversadores, cuando no consta prueba directa alguna de que esos acusados intervinieran en acto concreto alguno insertable en el tramo final del reparto y distribución del dinero público. Sin que, por lo demás, se aporten datos objetivables que justifiquen crear con ellos un grupo de responsables aparte mediante la modalidad de comisión por omisión en el ámbito objetivo y apreciando un dolo eventual en el subjetivo. Se desestructura así la sentencia al escalonar los modelos de responsabilidades y generar graves contradicciones con respecto a otros intervinientes que tenían los mismos conocimientos que ellos en lo atinente al grueso de las ilegalidades prevaricadoras. Todo lo cual sugiere que se ha operado en ese apartado de la sentencia con criterios poco jurídicos al forzar las modalidades de la acción delictiva y de la entidad del elemento subjetivo del delito de malversación.

Las referencias que hacen la sentencia mayoritaria y el Ministerio Fiscal al deber de los acusados de evitar el resultado de las conductas malversadoras de los integrantes de la Consejería de Empleo serían correctas si aquéllos actuaran con un dolo eventual con respecto a ese resultado malversador. Sin embargo, tal como se ha venido reiterando en los fundamentos precedentes,

ese dolo eventual no concurre en el caso concreto en el comportamiento de los acusados cuya condena ahora examinamos.

Si a todo ello le sumamos que la sentencia recurrida no contiene desarrollo argumental mínimamente consistente de la concurrencia de los requisitos del dolo eventual en el caso concreto, y se pondera también lo que se ha argumentado en los fundamentos precedentes sobre la no concurrencia de tales requisitos en el delito de malversación atribuido a los cinco recurrentes, deviene clara la inexistencia de la autoría de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo con respecto al delito de malversación. Especialmente si no consta prueba de su intervención directa en el tramo final de la fase de ejecución del presupuesto, cuando se decidió y materializó la distribución y adjudicación de las subvenciones.

**DÉCIMO.- 1.** De manera reiterada hemos señalado (entre otras muchas, por citar alguna de las más recientes, en STS 304/2022, de 25 de marzo) que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

La constatación del dolo, y en concreto de su elemento intelectual en orden al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, se ha resuelto

de forma reiterada por la jurisprudencia a través de la prueba indiciaria. De manera que han de ser los datos externos que resulten observables y verificables empíricamente los que permitan inferir, a través de máximas de experiencia y reglas de lo razonable (con una base de legitimación social), cuáles eran los niveles de conocimiento del acusado.

La prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) como por la jurisprudencia de esta Sala de casación (SSTS 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; 139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; 690/2013, de 24 de julio; 481/2014, de 3 de junio; 43/2015, de 28 de enero; 45/2017, de 8 de marzo; o 639/2019 de 19 de diciembre, entre otras), como idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control a través del recurso de casación se debe proyectar en la verificación de la existencia de varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega; es decir, cuando

se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001, 137/2002, 229/2003, o 111/2008).

2. Al descender ya a la cuestión probatoria que se suscita, y una vez ponderado el análisis que hemos efectuado de la prueba de cargo y de descargo sobre el dolo eventual, puesto en relación con los diferentes recursos de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo en los que se centra este voto particular, se constatan una serie de argumentos probatorios que generan graves interrogantes sobre la tesis inculpativa de la Audiencia y también de la mayoría de esta Sala. Hasta el punto de estimar que la condena de esos acusados por el delito de malversación alberga dudas razonables que tenían que haber determinado un fallo absolutorio para los cinco impugnantes. Tales argumentos, que ya han sido desarrollados ampliamente en los fundamentos precedentes, los sintetizamos a continuación.

Con carácter previo conviene insistir en que la Audiencia omite llamativamente el análisis específico de los elementos del dolo eventual y su operatividad en el presente caso, análisis en el que se habría de ponderar la fuerza y el potencial exculpativo que albergan los contraindicios que citan las defensas. De modo que al indicio inculpativo reiterado por las dos sentencias centralizado en los actos dolosos prevaricadores que acabaron proporcionando el dinero público que fue después materialmente malversado por los funcionarios de la Consejería de Empleo, han de oponerse los contraindicios que desvanecen cualquier conclusión probatoria acerca del conocimiento propio del dolo eventual que se atribuye a los acusados ajenos a tal Consejería en orden a los actos malversadores integrados en el último tramo de la fase de ejecución.

Tanto la Audiencia como la sentencia mayoritaria de la que discrepamos priorizan y magnifican para apoyar la existencia del dolo

eventual de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo con respecto al delito de malversación, las ilegalidades prevaricadoras en que incurrieron, cuya perpetración conllevarían de por sí el descontrol y el despilfarro en el otorgamiento de las subvenciones y la producción de los actos malversadores de terceras personas. Sin embargo, tal como ya se ha razonado (fundamento octavo), no puede admitirse la conducta grave prevaricadora como factor automáticamente determinante de la comisión de un delito de malversación. Se trata de dos conductas que pueden no representarse al unísono en la mente de los autores de la prevaricación con la intensidad y solidez que requiere el dolo, ni aun como eventual. Para esto habrían de ponderarse otros factores que las sentencias no analizan y a los que ya nos hemos referido: principio de confianza aplicable con respecto a los funcionarios que realizaron los actos concretos malversadores en el último tramo de la ejecución del presupuesto; proximidad e inmediatez en el control y supervisión de los ejecutores de los actos malversadores de la Consejería de Empleo; el grado de advertencia de la Intervención de la Junta de Andalucía en lo que afecta a posibilidades de ejecución de actos de menoscabo y de quebranto del patrimonio público por parte de otros funcionarios; la forma en que trabajaba en la práctica la Consejería de Empleo; los límites competenciales de cada una de las Consejerías; etc.

Desde otra perspectiva, es importante sopesar la falta de pruebas acreditativas de indicios que apuntalen con solvencia la inferencia que permitiera afirmar que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo conocieran el peligro concreto de que las autoridades o funcionarios de esa Consejería se disponían a realizar graves actos dolosos de malversación. Sin que puedan considerarse suficientes las meras posibilidades genéricas o en abstracto de que ello pudiera suceder.

Que los informes encargados por la Consejería de Empleo a bufetes jurídicos profesionales ni siquiera fueran puestos a disposición de los integrantes de otras consejerías, o el peculiar esquema de imputaciones seguido en otros supuestos estrechamente vinculados, como pudiera ser el

caso Umax, son contraindicios que debilitan notablemente la probabilidad de que los acusados ajenos a esa Consejería tuvieran conocimiento del peligro concreto que se cernía sobre el patrimonio público debido a los actos fraudulentos ejecutados en el tramo final de la fase de ejecución del presupuesto, dedicado a la distribución de las subvenciones a trabajadores y empresas en crisis.

Ha de tenerse también muy presente el dato singularmente ilustrativo de que no se pudiera apreciar el dolo eventual en la conducta del Interventor General y de otras autoridades y funcionarios que tuvieron acceso a los informes y anexos de los años 2003 y 2005, reiteradamente citados, y también a los de otros años posteriores. Pues si en tales casos se consideró por la Audiencia en sentencia, en unos casos, y también en la fase intermedia en otros supuestos, que se estaba ante una inferencia demasiado abierta para dar el salto del delito de prevaricación al de malversación, carece de todo fundamento serio y riguroso que ese criterio correcto se abandonara después, cuando se trató de la condena de los integrantes de las Consejerías de Economía y de Innovación.

Las dudas que llevaron a la Audiencia a excluir la existencia de dolo eventual en aquellos casos tenían necesariamente que apreciarse y mantenerse con respecto a las autoridades y funcionarios de esas dos últimas consejerías, al no concurrir datos objetivables de una entidad consistente y suficiente que pudieran justificar ese doble rasero de valoración probatoria. Pues el conocimiento de la implantación del procedimiento específico y las consecuencias genéricas de descontrol que ocasionaba eran conocidas por el grueso de las autoridades y funcionarios implicados en su tramitación, al hallarse al tanto de los posibles efectos provenientes de la manipulación e instrumentalización de las transferencias de financiación y del sistema de pago que se estaba aplicando para materializar las subvenciones. Todo indica que en un caso se operó con argumentos probatorios sustentados en las máximas de la experiencia y en las reglas de lo razonable, mientras que en el otro —el referente a los cinco recurrentes que examinamos— se aplicó como argumento

una mera especulación sobre algo que pudo haber sucedido hipotéticamente pero que carece de una prueba seria y sólida.

Igualmente se estima de suma relevancia que en ambas sentencias se distinguieran dos tramos cualitativamente diferentes en el desarrollo de los hechos: el primero de ellos centrado en la implantación del nuevo sistema específico con los fines de rapidez y agilidad en la tramitación y disposición de los presupuestos destinados a las subvenciones sociolaborales y a empresas; y el segundo tramo, correspondiente a la última fase de ejecución dedicada a la distribución, reparto y asignación de las subvenciones. Sin que después se examine el elemento subjetivo del delito de malversación con el rigor necesario para fundamentar una modalidad de dolo que no es contemplada con mucho entusiasmo ni por esta Sala ni por el Informe del Ministerio Fiscal. Y ello a pesar de que el dolo eventual es el elemento que utiliza la Audiencia como artificio conceptual para conectar los dos tramos referidos en un concurso medial que parece clamar por un dolo de una mayor intensidad y con mucho menos contenido especulativo e incierto en su estructuración racional.

En la misma línea contraria a la tesis incriminatoria de los cinco recurrentes examinados ha de ser contemplada la jurisprudencia que se cita en la sentencia de la Audiencia y también en las de esta Sala para apoyar la aplicación de un dolo eventual. Se invocan sentencias de casación en las que se dilucidan condenas basadas en dolo directo, que solo aluden a la modalidad eventual a través de referencias retóricas empleadas a modo de cláusula genérica de cierre para el supuesto que las defensas consideraran insuficiente los elementos probatorios en que se basaba la condena por el dolo directo.

**3.** El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que «el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues,

razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa) (SSTC 56/2003 y 135/2003, 263/2005, 300/2005, 123/2006 y 66/2009 ).

Pues bien, en este caso es patente que, tal como se ha venido argumentando, la Audiencia de Sevilla utilizó como criterio probatorio para sustentar el dolo eventual a través del que conformó el elemento subjetivo del delito de malversación el mero hecho de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubieran colaborado en la implantación de un sistema de otorgamiento de subvenciones que se saltaba controles relevantes de fiscalización con el fin de obtener rapidez y aligeramiento en el reparto y adjudicación de las subvenciones sociolaborales y también de las que se entregaban a las empresas en crisis. Este dato es el que sirvió al Tribunal de instancia y en el que se ha apoyado igualmente la sentencia mayoritaria para considerar que no solo pretendían conseguir la asignación de subvenciones por un sistema más rápido y efectivo, sino que también estaban conociendo y asumiendo que esas subvenciones se adjudicaban en el último tramo del procedimiento administrativo acudiendo a actos defraudadores en su distribución y reparto que perjudicaban gravemente al erario público.

Tal inferencia, a pesar de que parte de la premisa de que los acusados no conocían directamente los actos malversadores que pudieran estar realizando los integrantes de la Consejería de Empleo, es utilizada después para colegir que sí conocían cuando menos la posibilidad de que ello pudiera suceder debido al sistema ilegal que estaban aplicando para ejecutar las subvenciones. Lo cual no impedía que permitieran que se prosiguiera realizando este arriesgado sistema de distribución de las subvenciones, asumiendo así un menoscabo del erario público derivado del sistema ilegal que aplicaban, cuyos hechos fueron integrados bajo la figura del delito de malversación.

Tal conclusión no puede, sin embargo, acogerse debido a los hechos conraindicarios que devalúan y enervan el alcance de la conducta prevaricadora como instrumento bastante para sustentar el dolo eventual

propio del delito de malversación. La inferencia que hace la Audiencia en este caso resulta excesivamente abierta, genérica e indeterminada para poder sentar la conclusión de que los cinco acusados de las Consejerías de Economía e Innovación conocían el peligro concreto –el auténticamente relevante para activar la aplicación del dolo eventual en un delito de resultado— que entrañaba el nuevo sistema por permitir que los propios integrantes de la Consejería de Empleo se dedicaran a menoscabar y quebrantar el caudal público para lucro propio o de terceros.

Así pues, según nuestro criterio y en lo que afecta a nuestra discrepancia, el juicio deductivo que hace la Audiencia deja abierto un espectro de posibilidades que fisura el razonamiento inferencial que lo sustenta. Los indicios barajados no son unívocos y concluyentes, sino que construyen una secuencia inculpativa a través de inferencias demasiado ambiguas y abiertas, que generan márgenes de incertidumbre en los aspectos nucleares sobre los que se construye la autoría de los acusados que nos ocupan.

En vista de los razonamientos precedentes, ha de concluirse que estamos ante una prueba de cargo que no puede considerarse concluyente y suficiente para poder declarar probado el sustrato fáctico y normativo del dolo eventual del delito continuado de malversación atribuido a los D. José Antonio Griñán Martínez, Dña. Carmen Aguayo Martínez, D. Francisco Vallejo Serrano, D. Jesús Rodríguez Román y D. Miguel Angel Serrano Aguilar, que debieron por tanto ser absueltos de ese tipo penal por haberse vulnerado con su condena el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ana María Ferrer García

Susana Polo García