

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos**

LOS ERRORES SE PAGAN: EL EJEMPLO DE LA INADMISIÓN POR EXTEMPORÁNEO DEL RECURSO DE AMPARO FORMULADO POR UN CAUCE PROCESAL EQUIVOCADO

MIGUEL CASINO RUBIO
Universidad Carlos III de Madrid

Cómo citar/Citation

Casino Rubio, M. (2019).

Los errores se pagan: el ejemplo de la inadmisión por extemporáneo del recurso de amparo formulado por un cauce procesal equivocado.

Revista de Administración Pública, 210, 261-286.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.09>

Resumen

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional abundan los casos de recursos de amparo que, teniendo por objeto una actuación de la Administración, se formulan no obstante por el cauce procesal del artº 44 LOTC, que es el previsto para los amparos que tienen su origen en una actuación de un órgano judicial. Durante mucho tiempo esa desviación procesal nunca tuvo consecuencias jurídicas visibles ni, en particular, sirvió al Tribunal para declarar por ese motivo la inadmisión del correspondiente recurso de amparo. Esta situación cambia, sin embargo, con la Ley Orgánica 612007, de 24 de mayo, cuando, entre otras novedades, establece un plazo distinto para la interposición de uno y otro tipo de recurso de amparo. A partir de

entonces, el citado error en el planteamiento de la demanda se paga, llegado el caso, con la inadmisión del recurso por extemporáneo. Este artículo, sirviéndose de la STC 75/2019, da cuenta de esta doctrina constitucional y alerta sobre las debilidades de los argumentos que critican la conclusión del Tribunal.

Palabras clave

Amparos administrativos; plazo de interposición; inadmisión por extemporaneidad; doctrina constitucional.

Abstract

In the jurisprudence of the Constitutional Court, there are many cases of appeals of amparo that, having the object an action of the Administration, are nevertheless formulated via the procedural channel of Article 44 LOTC, which is the one provided for the amparos that have their origin in an action of a judicial body. For a long time this procedural deviation never had visible legal consequences nor, in particular, served the Court to establish the inadmissibility of the amparos. This situation changes, however, with Organic Law 6/2007, of 24 May, which, among other changes, establishes a different time limit for the filing of the one and of the other type of amparo. Thereafter, the aforementioned mistake in the approach to demand imply, as a consequence, where appropriate, the inadmissibility of the application because of the missing of the deadline. This article, using STC 75/2019, gives an account of this constitutional doctrine and warns of the weaknesses of the arguments that criticize the Court's conclusion.

Keywords

Administrative Appeal; Deadline for Interposition; Inadmissibility for Extemporaneity; Constitutional Doctrine.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ERROR EN LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL DEL RECURSO DE AMPARO: DE SIMPLE EQUIVOCACIÓN SIN TRANSCENDENCIA A CAUSA DE INADMISIÓN: 1. La primera doctrina constitucional (de 1981 a 2009). 2. La doctrina del Tribunal en aplicación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (desde 2009 hasta hoy). III. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. IV. EL ERROR DEL RECURRENTE Y LA CONCLUSIÓN DE INADMISIÓN DEL TRIBUNAL. V. EL INQUIETANTE VOTO PARTICULAR. VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL VOTO PARTICULAR.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 75/2019, de 22 de mayo, que acaba de llegar a las páginas del *Boletín Oficial del Estado* (BOE, 151, de 25 de junio de 2019), y que ha alcanzado una inesperada notoriedad, bien que por razones que ahora no me interesan tanto, merece en cualquier caso un comentario. Pero no, en efecto, para fijarme ahora en la rocambolesca historia que ha salpicado su publicación¹, sino únicamente para destacar la solución del

¹ Según ha sido recogido ampliamente por los medios de comunicación, la citada STC 75/2019 contenía en su versión inicial notificada a las partes un voto particular, fechado el propio 22 de mayo de 2019, en cuyo FJ 7 podía leerse que «[l]a decisión de inadmitir el presente recurso por extemporaneidad es la posición por la que ha optado la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, en contra de jurisprudencia constitucional previa, para evitar que este Tribunal tuviera que pronunciarse sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados en la demanda. A buen seguro, en conciencia de que se hubiera tratado de un pronunciamiento estimatorio en relación con la invocación del derecho a la legalidad sancionadora».

Conforme también recogen esos mismos medios de comunicación, pocos días después, mediante escrito de 4 de junio de 2019, «[l]os magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y

Tribunal al problema que plantean los frecuentes recursos de amparo administrativos que se formulan por el cauce procesal equivocado del art. 44 LOTC, y notar de paso sus pretendidas debilidades, que han sido aireadas por el voto particular que suscriben tres de sus magistrados.

Para comprender mejor el núcleo de ese problema procesal, es preciso, sin embargo, dar antes un pequeño rodeo por la doctrina del Tribunal.

II. EL ERROR EN LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL DEL RECURSO DE AMPARO: DE SIMPLE EQUIVOCACIÓN SIN TRANSCENDENCIA A CAUSA DE INADMISIÓN

El recurso de amparo admite conocidamente varias modalidades en función de cuál sea en cada caso el poder público causante de la lesión constitucional. Dejando de un lado los recursos que tienen su origen en una decisión o acto sin valor de ley de los órganos parlamentarios, que ahora no interesan, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) distingue entre los recursos de amparo que nacen de una actuación *grosso modo* de la Administración pública y los que tienen su origen inmediato y directo en una actuación de un órgano judicial. Apurando esta distinción, se habla comúnmente de amparos administrativos, en el primer caso, y de amparos judiciales en el otro, y que de modo congruente tienen señaladas en la LOTC sus propias y respectivas reglas procesales (arts. 43 y 44).

Pese a que estas reglas son claras y su aplicación no ofrece a primera vista especiales dificultades, la práctica constitucional está repleta, sin embargo, de ejemplos de recursos que yerran al identificar la actuación administrativa o judicial causante de la correspondiente lesión constitucional y, por tanto, de recursos de amparo formulados por un cauce procesal equivocado.

don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, firmantes del voto particular a la sentencia que resuelve el recurso de amparo avogado núm. 3495-2018, conforme a lo dispuesto en el art. 267.3 LOPJ, proceden a suprimir el fundamento 7 del voto particular al formar parte de un proyecto inicial que no respondía a la voluntad de los redactores del voto, ni a lo que fue objeto de la deliberación en el Pleno y que fue erróneamente firmado».

Contra este escrito de rectificación, el entonces recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones que fue rechazado por Providencia del Pleno del Tribunal del siguiente 18 de junio de 2019, y que literalmente advierte que «es jurisprudencia constitucional reiterada que, de conformidad con los arts. 164.1 CE y 93.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno no pudiendo ser dejadas sin efecto sino, a lo más, proceder a su aclaración o a rectificar errores materiales (art. 267.1 LOPJ) que es lo que sucedió en este caso por medio del escrito de 4 de junio de 2019 contra el que el recurrente pretende promover incidente de nulidad de actuaciones».

1. LA PRIMERA DOCTRINA CONSTITUCIONAL (DE 1981 A 2009)

Esta desviación es singularmente visible en el caso de los amparos administrativos, de modo que, como enseguida podrá comprobarse, en la doctrina del Tribunal abundan efectivamente los recursos de amparo constitucional que, debiendo encauzarse por la vía del art. 43 LOTC, se califican, no obstante, de amparos judiciales y acaban, en consecuencia, formulados por la vía del siguiente art. 44 LOTC².

El error arranca de la incorrecta interpretación del art. 43.1 LOTC y, en particular, del requisito que obliga a que, antes de acudir en amparo, «se haya agotado la vía judicial precedente», naturalmente sin éxito. Esta intervención judicial, que necesariamente se intercala entre la actuación administrativa y el recurso de amparo, provoca con frecuencia que el recurrente acabe perdiendo de vista la actuación administrativa para fijarse en la posterior resolución judicial que desestimó su recurso contencioso-administrativo y que, por tanto, no remedió la lesión constitucionalidad que entonces denunció.

De modo que, siguiendo esa forma de ver las cosas, no pocos recurrentes terminan por imputar al órgano judicial la misma vulneración constitucional que, de existir, habría sido causada directamente por la Administración y no, por tanto, por la resolución judicial desestimatoria dictada en el posterior proceso contencioso, que simplemente confirmó la constitucionalidad de la actuación administrativa impugnada.

El Tribunal Constitucional notó enseguida esta desviación y por eso desde el primer momento advirtió que:

[...] aunque este precepto [el art. 43 LOTC] exige, en efecto, que antes de intentar ante este Tribunal el recurso de amparo contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, etc., se ha de agotar la vía judicial precedente, las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales (STC 6/1981, de 16 de marzo).

Por más que esta advertencia es impecable, casi de puro sentido común, y sería enseguida varias veces reiterada por el Tribunal (entre otras, SSTC 15/1981,

² Para decir toda la verdad, habría que añadir que, aunque mucho menos frecuentes en la práctica, no faltan tampoco los recursos que debiendo seguir la vía procesal del art. 44 LOTC, se formulan equivocadamente por el cauce del art. 43, según lo testimonia la STC 159/1994, de 23 de mayo.

de 7 de mayo, y 28/1982, de 26 de mayo), la misma caería lamentablemente en saco roto, de modo que muchos recurrentes continuarían funcionando en la práctica como si de hecho no existiera.

De manera que, pese a que «el proceso contencioso-administrativo previo y la sentencia que puso fin al mismo cumplen tan sólo la función, desde la perspectiva del amparo constitucional, de dar satisfacción al requisito de agotar “la vía judicial procedente” de la que habla el art. 43.1 de la LOTC» (STC 21/1983, de 22 de marzo), y no son, por el solo hecho de desestimar el correspondiente recurso contencioso, causa inmediata y directa de ninguna lesión constitucional autónoma, como exige en rigor el art. 44 LOTC, los recursos de amparo administrativos formulados equivocadamente por esta última vía seguirían siendo muy abundantes en la práctica, según es fácil de comprobar con solo repasar la doctrina del Tribunal de esa primera época.

De todas formas, importa subrayar desde ahora que esa equivocación sobre la vía procesal a seguir, aunque frecuente en efecto conforme se ha advertido, nunca tuvo por entonces y durante mucho tiempo después ninguna consecuencia jurídica visible ni, en particular, impidió al Tribunal examinar el fondo del asunto. Sencillamente porque los requisitos procesales de los arts. 43 y 44 LOTC eran por entonces, y hasta la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y cuyo interés notaremos más adelante, sustancialmente los mismos en uno y otro caso³, de modo que el plazo de interposición del amparo era en ambos casos de veinte días.

Por esta razón, y supuesto también «el carácter no formalista del recurso de amparo», muchas veces subrayado por el Tribunal desde el primer momento (por todas, SSTC 20/1981, de 11 de junio; 28/1982, de 26 de mayo; y 112/1983, de 5 de diciembre; y ATC 61/1981, de 17 de junio)⁴, se explica mejor que, cuando el Tribunal detectaba un error de ese tipo en la calificación del recurso, este se limitara poco más que a notarlo, a descubrir el auténtico y único objeto del recurso, corrigiendo el rumbo de la demanda, y a insistir en su advertencia, que ya conocemos, acerca del verdadero significado del art. 43 LOTC. Pero sin deducir de esa comprobación ninguna consecuencia de régimen jurídico y, menos aún, sin declarar nunca por ese simple motivo la inadmisión del correspondiente recurso.

³ G. Fernández Farreres (1994), *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Marcial Pons, pág. 160.

⁴ Esta explicación, que es fácil encontrar en efecto salpicada por la jurisprudencia constitucional, toma pie a su vez, como advierte el ATC 626/1986, de 16 de julio, en la idea de favorecer la defensa de los derechos fundamentales. Por esta razón, según ya avanzara la temprana STC 20/1981, de 11 de junio, cuando a pesar de su imprecisión, «la demanda proporciona [no obstante] los datos indispensables para comprender lo que se pretende, [...] el Tribunal, desechando tratamientos formales rigurosos, admit[e] a trámite las demandas, sin necesidad de abrir las posibilidades de subsanación que brinda el art. 85.2 de la LOTC» (FJ 5).

La citada STC 28/1982, de 26 de mayo, testimonia muy bien este planteamiento del Tribunal cuando luego de advertir el error del recurrente notando que:

[...] en este caso, la lesión que se dice producida, de existir, no resultaría directamente del acto o la omisión de un órgano judicial, sino sólo indirectamente, por no haber éste remediado un acto previo de otro poder público [entonces del Ministerio de Defensa].

Declara a continuación que, sin embargo,

[...] en un recurso concebido en términos escasamente formalistas, como es el de amparo, los defectos de expresión o de calificación jurídica atribuibles a las partes [...] no deben servir de obstáculo para entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada.

De modo que, como también el Tribunal dirá una y otra vez, en una jurisprudencia constante que arranca al menos de la citada STC 6/1981, de 16 de marzo:

[...] tal circunstancia [el error en la selección de la vía procesal] es intrascendente y resultado sólo de una equivocada interpretación del art. 43 LOTC.

La STC 21/1983, de 22 de marzo, insistirá en esta misma idea cuando, a propósito entonces del recurso de amparo formulado contra la sentencia del TSJ de Madrid que desestimó el recurso contencioso-electoral interpuesto contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid que rechazó la proclamación de las candidaturas al Congreso y el Senado promovidas por un partido político, advierte que:

[...] los recurrentes en amparo piden también la nulidad de este acuerdo, pero lo hacen en segundo lugar y como si su nulidad debiera constituir un resultado derivado de la anulación, por ser contraria a Derecho, de la citada Sentencia, siendo así que el planteamiento correcto del recurso de amparo hubiera debido ser el inverso, ya que el momento de la supuesta lesión del derecho fundamental es el del acto de la Junta, respecto al cual el recurso contencioso electoral y la Sentencia que puso fin al mismo cumplen tan sólo la función, desde la perspectiva del amparo constitucional, de dar satisfacción al requisito de agotar «la vía judicial precedente» de que habla el art. 43.1 de la LOTC. Nos hallamos, pues, ante un recurso de amparo de los previstos en el art. 43 de la LOTC.

Poco después, en el mismo sentido, la STC 112/1984, de 28 de noviembre, dirá que:

La errónea mención del acto objeto del amparo y aun lo que desde este inicial desenfoque se dice en otros pasajes de la demanda, trascendiendo al *petitum*, no

ha sido, sin embargo, obstáculo para que diéramos a la demanda el tratamiento y el curso que en Derecho corresponde, desde nuestra inicial providencia (la de admisión), y a través, posteriormente, de las secuencias que ordenan los arts. 51 y 52 de la LOTC, y no ha de levantarse ahora en obstáculo que impida el enjuiciamiento de fondo desde una perspectiva constitucional [...]. El Ministerio Fiscal ha destacado la indicada irregularidad aunque sin anudar a ella consecuencia invalida[n]te alguna, antes, al contrario, entendiendo que aun siendo cierto el equivocado planteamiento del recurso, nada impide situarlo en el art. 43 LOTC, constituyendo la sentencia [contenciosa] el momento final de la vía judicial procedente de que habla este artículo.

O, en fin, como también precisará luego por su parte la STC 72/1986, de 2 de junio:

[...] la circunstancia de haberse desestimado el recurso o bien confirmado el acto administrativo por los Tribunales en la vía judicial procedente, no transforma la impugnación contra actos del poder ejecutivo en una impugnación contra resoluciones judiciales del art. 44 de la LOTC, porque estas resoluciones [...] no alteran, siendo desestimatorias, la situación jurídica creada por el acto administrativo, presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son en sí mismas causas de lesión [...], lo que no obsta [...] para que se entre a conocer del fondo de la cuestión, dada la tónica antiformalista de este recurso, salvándose así la imprecisión de la parte.

Este criterio constitucional, que rechaza que la equivocación en la selección del cauce procesal a seguir para formalizar el recurso de amparo sea un defecto insalvable capaz de determinar su inadmisión, luce efectivamente en abundantes resoluciones del Tribunal y se mantiene invariable durante bastantes años de su actividad, según luego testimoniarán entre otras las más modernas SSTC 147/2003, de 14 de julio, y 170/2008, de 15 de diciembre, y que en, expresión ya normalizada, advierten que:

[...] esta defectuosa articulación del recurso no ha de impedir, sin embargo, el examen de las infracciones constitucionales en que supuestamente habría incurrido la Administración.

Pues:

[...] como tempranamente advirtiera ya este Tribunal, hay que entender que la impugnación de la Sentencia desestimatoria es intrascendente y resultado sólo de una equivocada interpretación del art. 43 LOTC.

Para el Tribunal, de hecho, esta es una conclusión tan clara que en ocasiones no se preocupa ya ni siquiera de razonarla, limitándose simplemente a notar el error del recurrente al formalizar su recurso de amparo por el cauce equivocado del art. 44 LOTC, pero ciertamente nada más.

Las SSTC 200/1999, de 8 de noviembre, 291/2000, de 30 de noviembre, 212/2001, de 29 de octubre, 54/2003, de 24 de marzo, y 175/2007, de 23 de julio, son un buen ejemplo de este último comportamiento del Tribunal cuando en expresión asimismo normalizada señalan que:

[...] la mera lectura de la fundamentación jurídica de la demanda de amparo [...], permite constatar que el recurso de amparo debe entenderse formulado por el cauce del art. 43 LOTC, y no por el previsto en el art. 44 LOTC, ya que las infracciones constitucionales que se denuncian se imputan directamente a las resoluciones [administrativas] y sólo indirectamente, en la medida en que no las ha reparado, a la Sentencia [contenciosa].

Esta doctrina constitucional prueba efectivamente que, en el esquema de la LOTC anterior a su reforma en 2007, el recurrente podía equivocarse sin ningún miedo, en la tranquilidad de que su error en el planteamiento de la demanda no podía perjudicarlo, al menos de un modo serio. Probablemente esta es la razón que mejor explica el elevado número de demandas de amparo formuladas por un cauce procesal equivocado y, como consecuencia, la abundancia también de sentencias constitucionales que notan esa equivocación y corrigen el rumbo procesal del correspondiente recurso, pero sin apurar efectivamente ninguna consecuencia jurídica.

Según mis cuentas, la STC 142/2009, de 15 de junio (que resuelve un recurso de amparo presentado en marzo de 2006 y, por tanto, un año antes de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), es una de las últimas decisiones que se ajusta escrupulosamente a ese esquema en este tipo de asuntos. Nota el error y a continuación advierte de su intranscendencia. Una idea que el Tribunal expresa entonces del siguiente modo:

[...] Debe precisarse que las lesiones constitucionales que denuncian los demandantes de amparo, de haberse producido, tendrían su origen directo en la resolución administrativa sancionadora y no en la Sentencia que se limitó confirmar la legalidad de la resolución administrativa. La denunciada vulneración del art. 24.1 CE no constituye una queja autónoma que se impute a la actuación del órgano judicial, sino que aparece indisolublemente vinculada a la relativa al derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, debiendo quedar subsumido su análisis en el de éste. Por tanto, no estamos ante un recurso de amparo del art. 44 LOTC, como parece entender la demanda de amparo, ni ante un amparo mixto (arts. 43 y 44 LOTC), sino ante un recurso del art. 43 LOTC. El hecho de que los recurrentes hayan escogido la vía del art. 44 LOTC para la impugnación resulta intrascendente y no debe impedir el examen de las infracciones constitucionales en que supuestamente habría incurrido la Administración, cuando, como ocurre en este caso, tras la lectura de la fundamentación jurídica y del suplico de la demanda se comprueba que el recurso comprende, además de la petición de nulidad de la Sentencia formalmente impugnada, la de las decisiones administrativas que la anteceden (FJ 1).

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EN APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO (DESDE 2009 HASTA HOY)

Este panorama cambia radicalmente, sin embargo, con la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la LOTC para, entre otras novedades, y en lo que aquí en particular más nos va a interesar, ampliar el plazo de interposición a treinta días en el caso de los amparos judiciales del art. 44 LOTC (y que es aplicable igualmente a los denominados *amparos mixtos*⁵), y mantener, en cambio, el plazo de veinte días, una vez agotada la vía judicial previa, para los amparos administrativos del art. 43 LOTC.

Lo que significa que, desde ese momento, la equivocación en el cauce procesal elegido para formular la demanda de amparo, y que tan generosamente había disculpado hasta entonces el Tribunal, como ya nos consta, deja de ser un error «intrascendente» para convertirse ya en un defecto procesal con consecuencias decisivas para la admisión del recurso. En términos más tajantes, a partir de en-

⁵ Aclarando las dudas formuladas al respecto por la doctrina más atenta [por todos, cfr. M. Aragón Reyes 2009], «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, pág. 20), el ATC 211/2009, de 8 de julio, FJ 2, es una de las primeras resoluciones en subrayar esta solución, cuando advierte que «el legislador ha venido a establecer plazos distintos para la interposición de los recursos de amparo de los arts. 43 y 44 LOTC, de suerte que el plazo de treinta días será aplicable a los amparos del art. 44 LOTC, así como a los llamados amparos mixtos, que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial, y respecto de los cuales una interpretación sistemática conduce a determinar que en estos casos el plazo de interposición sea de treinta días, mientras que en el caso de los recursos de amparo contra actos administrativos *lato sensu* de los previstos en el art. 43 LOTC el plazo de interposición sigue siendo de veinte días tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Más modernamente, la STC 21/2018, de 5 de abril, resume muy bien la posición del Tribunal al respecto y deja muy claro que el más breve plazo de veinte días, que el artículo 43.2 LOTC prevé para las pretensiones de amparo a que se refiere el apartado primero de dicho precepto, es aplicable cuando las demandas se formulen únicamente al amparo del mismo (STC 10/2017, de 30 de enero, FJ 3), pero no cuando en el recurso de amparo se denuncie, adicionalmente, una nueva y distinta lesión imputable a los órganos judiciales al intentar obtener la reparación de sus derechos en la obligada vía judicial previa. [En esos casos], precisamente, por encontrarnos formal y materialmente ante un “recurso de amparo mixto” [...], el plazo para su interposición es el establecido en el artículo 44.2 LOTC para las quejas referidas a la actuación judicial. Cualquier otra interpretación obligaría injustificadamente a los demandantes, en casos de amparo mixto, a renunciar al plazo más extenso que otorga el artículo 44.2 LOTC (30 días) en favor del más breve previsto en el artículo 43.2 LOTC (20 días) cuando acumulen pretensiones dirigidas frente a disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, con otras dirigidas frente a las resoluciones judiciales dictadas al instar la protección de sus derechos» [FJ 2a)].

tonces el error en el cauce elegido para formular la demanda de amparo se paga con la inadmisión⁶.

Si no me equivoco, el ATC 172/2009, de 1 de junio, que resuelve una demanda de amparo presentada a las pocas semanas de la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 6/2007 (concretamente, el 13 de julio de 2007), es la primera resolución constitucional en notarlo y en apurar las consecuencias de las nuevas reglas en materia de plazo para la interposición del amparo.

En esa ocasión, el recurrente formuló su demanda de amparo por la vía del art. 44 LOTC contra la sanción disciplinaria que le había impuesto el Colegio de Abogados de Valladolid, así como contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.1 de Valladolid que la confirmó en la vía judicial previa. Con estos antecedentes, el citado auto declara que:

[...][a] pesar de que el recurso de amparo se dirige contra todas las resoluciones citadas, el verdadero objeto de este proceso constitucional se circunscribe al acto administrativo que originariamente produjo la lesión y, por ello, el art. 43 LOTC es la vía específica para impugnarlo. Por tanto, a pesar de la apariencia, no nos encontramos ante un recurso de amparo mixto ya que la resolución judicial sólo se impugna en tanto que confirmatoria de los acuerdos (administrativos) adoptados. Así pues, aunque en la demanda de amparo se solicite la nulidad de la Sentencia del Juzgado núm. 1 de Valladolid y se le «impute» explícitamente la vulneración del derecho [fundamental], lo cierto es que se trata de una mera «imputación formal» o «instrumental» pues no se atribuye al órgano judicial (ni se argumenta) la comisión de una lesión autónoma —ya sea de carácter procesal (constitutiva de una lesión del art. 24.1 CE), ya sea de carácter material [...].

En definitiva, en este caso no existen dos pretensiones autónomas, una contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial, que permitan la calificación de este recurso de amparo como un amparo mixto con la consiguiente aplicación integrada de los arts. 43.2 y 44.2 LOTC y, en su caso, la aplicación del plazo de treinta días previsto en el segundo de los preceptos citados, sino una única pretensión dirigida contra un acto administrativo —la resolución del Colegio de Abogados, confirmada posteriormente en alzada— que constituye el verdadero objeto de este proceso constitucional, extendiéndose la impugnación en amparo a la Sentencia del Juzgado únicamente en tanto que confirmatoria de aquéllos.

Apurando este planteamiento, el Tribunal Constitucional declara a continuación que:

⁶ Naturalmente, siempre que esa equivocación apure el plazo de treinta días previsto en el art. 44.2 LOTC. Pues, en otro caso, si la demanda, aunque formulada equivocadamente por el cauce previsto para los amparos judiciales, se presenta, no obstante, dentro de los veinte días, la conclusión de ese error no puede ser la extemporaneidad simple.

Las consideraciones precedentes permiten concluir con la declaración de inadmisibilidad del presente recurso de amparo, conforme a lo previsto en el art. 50.1 a) LOTC en relación con el art. 43.2 LOTC, por incurrir el mismo en extemporaneidad al superar los veinte días previstos para la interposición de la demanda en los casos en los que el amparo se dirige contra actos administrativos.

A partir de esta resolución, a la que siguen inmediatamente los AATC 175/2009, de 1 de junio, y 211/2009, de 8 de julio, en la doctrina del Tribunal menudean las resoluciones que, a despecho de la vía del art. 44 LOTC elegida por el recurrente para formular su demanda, rebuscan en el verdadero objeto del recurso para acabar alumbrando su naturaleza de amparo administrativo y comprobar a continuación si la correspondiente demanda de amparo ha sido interpuesta dentro del plazo de veinte días a que obliga el art. 43.2 LOTC, y apurar naturalmente sus consecuencias.

El ATC 51/2010, de 6 de mayo, resume muy bien este nuevo planteamiento del Tribunal cuando, sirviéndose de los tres autos citados de 2009, subraya las tres siguientes conclusiones:

La primera, que resulta irrelevante que en la demanda de amparo se recurran todas las resoluciones (el acto administrativo inicial y la Sentencia que pone fin a la vía previa: ATC 172/2009) o únicamente la resolución judicial que pone fin a la vía previa al amparo constitucional (AATC 175/2009 y 211/2009), pues este Tribunal concluye que la lesión del derecho fundamental invocado tuvo origen en un acto administrativo y así se había denunciado en la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

La segunda, que las imputaciones de lesión de derechos fundamentales a las resoluciones judiciales tienen, en estos casos, un carácter meramente instrumental o formal, siempre que en las demandas no se contengan imputaciones de lesiones autónomas o distintas a las invocadas en los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Por lo tanto, las demandas en cuestión no pueden conformarse como recursos de amparo mixtos [...].

La tercera y última, que no pudiendo conformarse la demanda como un amparo mixto y encontrándose la lesión del derecho fundamental, en origen, en un acto administrativo, rige el plazo de interposición del recurso de amparo previsto en el art. 43.2 LOTC.

Las resoluciones del Tribunal que a partir de entonces se ajustan a este planteamiento son, como digo, abundantes y llegan al momento presente, según certifican las más modernas SSTC 13/2017, de 30 de enero; 61/2017, de 22 de mayo; 21/2018, de 5 de marzo; 11/2019 de 28 de enero, y 16/2019, de 11 de febrero; y los ATCC 30 a 34/2017, de 27 de febrero, y 39/2018, de 12 de abril⁷.

⁷ Importa precisar que el Tribunal no siempre sigue esta forma de razonar, al menos a rajatabla, de modo que en la moderna doctrina constitucional es posible encontrar también significados matices que complican el cuadro final. Al respecto, véase M. Casino Rubio

En este contexto, en el que lo verdaderamente importante es atender a la auténtica naturaleza del amparo solicitado y no, en cambio, al cauce procesal formalmente elegido por el recurrente para formular su demanda, y en el que su formulación por el cauce equivocado del art. 44 LOTC es un defecto que, llegado el caso, puede determinar la inadmisión del recurso por extemporáneo, el Pleno del Tribunal dicta la STC 75/2019, de 22 de mayo, que motiva el presente comentario.

III. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Los hechos que están en el origen de esta sentencia del Pleno del Tribunal son bastante sencillos. El día 3 de diciembre de 2017, don Jordi Sánchez i Pican-yol, interno del centro penitenciario de Madrid V (Soto del Real), mantuvo una conversación telefónica con una persona y número autorizados, que fue grabada con el propósito consentido de, llegado el caso, transcribirla y difundirla como mensaje electoral durante la campaña a las elecciones al Parlamento de Cataluña que habrían de celebrarse el siguiente 21 de diciembre de 2017.

Por este hecho, y previa la instrucción del oportuno expediente, con fecha 1 de febrero de 2018, la comisión disciplinaria del citado centro penitenciario impuso al señor Sánchez una sanción de treinta días «de privación de paseos y actos recreativos comunes» en aplicación del art. 109. b) del Reglamento penitenciario, que tipifica con infracción grave «desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas».

En este caso, la orden desobedecida habría sido al parecer el auto del magistrado instructor de la causa especial 20907-2017 seguida en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en el denominado «juicio del procés»), de 14 de diciembre de 2017, que limitó el derecho del señor Sánchez a participar personalmente en mítines electorales por considerar que las continuas autorizaciones que solicitaba para hacerlo podrían finalmente desembocar en la actualización de los mismos riesgos que precisamente, y ya antes, habían justificado su ingreso en prisión provisional comunicada y sin fianza.

Contra la citada sanción disciplinaria, el señor Sánchez interpuso recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid que, por auto de 2 de marzo de 2018, lo desestimó. En su resolución, el juzgado razonó que, como quiera que el recurrente consintió que su conversación fuera grabada con miras a

(2018), «La especial trascendencia constitucional del recurso, los recursos de amparo administrativos y otros apuntes críticos sobre la última doctrina constitucional», en *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: CEPC-Tribunal Constitucional, págs. 213 y ss.

su posterior y eventual divulgación como mensaje electoral, aceptó también que esa «divulgación podría ser en un mitin», incumpliendo de este modo la citada prohibición judicial. Interpuesto recurso de reforma, el juzgado, por nuevo auto, ahora de 26 de marzo de 2018, notificado el siguiente 27 de marzo de 2018, lo desestimó igualmente, confirmando la sanción disciplinaria cuestionada.

Con estos antecedentes el asunto llega al Tribunal Constitucional. En su demanda de amparo, formulada por el cauce del art. 44 LOTC y presentada el día 11 de mayo de 2018, el recurrente denunció que los citados autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria habían vulnerado sus derechos fundamentales a la participación directa en asuntos públicos y al acceso a cargos públicos (art. 23 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

En el caso del primero de los citados derechos fundamentales, porque imponer una sanción disciplinaria por el simple hecho de dirigir un mensaje electoral a la ciudadanía sirviéndose de una llamada telefónica ordinaria, a la que desde luego tenía derecho como cualquier recluso en situación de prisión comunicada, supuso «una injustificada supresión absoluta de su posibilidad de participar en campaña y, por ende, de sus derechos políticos como candidato».

Y en el otro, porque la sanción impugnada traducía una injustificada aplicación analógica del tipo disciplinario del art. 109. b) del Reglamento disciplinario, supuesto que la prohibición de acudir personalmente a un mitin electoral, que es la limitación acordada en el auto de 14 de diciembre de 2017 del magistrado instructor de la citada causa especial, no alcanza, salvo por vía interpretativa *in malam partem*, a la pretendida prohibición de difundir mensajes telefónicos que eventualmente pudieran luego transmitirse a la ciudadanía con ocasión de un acto electoral.

IV. EL ERROR DEL RECURRENTE Y LA CONCLUSIÓN DE INADMISIÓN DEL TRIBUNAL

Si se repasan ahora los antecedentes que acaban de recordarse, podrá verse enseguida que los mismos poco o nada tienen de singular. Testimonian, por el contrario, un ejemplo más de las decenas de recursos de amparo que anualmente se interponen para combatir la constitucionalidad de una sanción administrativa, comúnmente con fundamento, como también aquí sucede, en la vulneración del art. 25.1 CE.

Como nada tiene tampoco de sorprendente que el recurrente en este caso formulara su demanda por el cauce del art. 44 LOTC y, por tanto, dirigiera directamente su tacha por infracción de los arts. 23.2 y 25.1 CE no contra la sanción administrativa, sino contra las resoluciones judiciales que, con desestimación del previo recurso judicial, confirmaron su constitucionalidad. Según ya nos consta, este es, en efecto, un planteamiento que luce en numerosas demandas de amparo, conforme es fácil de comprobar con repasar la doctrina constitucional de todas

las épocas, comenzando por buena parte de las resoluciones constitucionales que más arriba se han dejado anotadas.

Sea como fuere, en el oportuno trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal nota enseguida el error de ese planteamiento procesal y subraya la naturaleza exclusivamente administrativa del amparo, advirtiendo que las infracciones constitucionales denunciadas, si producidas, tendrían su origen en cualquier caso en el acuerdo disciplinario de la Administración penitenciaria y no, por tanto, en las decisiones judiciales que en vía de recurso lo confirmaron. De modo congruente, y advertido que el recurso fue interpuesto más allá de los veinte días que previene el art. 43.2 LOTC para hacerlo, el fiscal interesa la inadmisión del recurso por extemporáneo.

El Tribunal toma buena nota de este planteamiento del fiscal y, en consecuencia, con carácter previo al examen de fondo de las pretensiones del recurrente, se pronuncia sobre la citada tacha de extemporaneidad, y que adelanta desde el principio que debe ser estimada. Una conclusión que la sentencia razona del siguiente modo.

Advierte, en primer lugar, que el recurso, aunque formulado por la vía del art. 44 LOTC, es, sin embargo, subsumible en el régimen del art. 43 LOTC. Pues:

Aun cuando la demanda se refiere literalmente a «actos del órgano judicial que violan los derechos susceptibles de amparo constitucional», con cita expresa del art. 44.1 LOTC, lo cierto es que se limita a señalar al respecto que los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid confirman la resolución administrativa anterior [el acuerdo de la comisión disciplinaria del centro penitenciario de Madrid V de 1 de febrero de 2018]. Es a este acto administrativo sancionador al que, a lo largo de toda la argumentación [de la demanda], se le imputan las vulneraciones de los derechos fundamentales a la participación directa en asuntos públicos y al acceso a cargos públicos (art. 23 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) que han quedado reseñadas.

En estas condiciones:

Las lesiones de los derechos fundamentales invocados por el recurrente serían imputables a la actuación administrativa [...], y no, de modo «inmediato y directo», a las resoluciones judiciales que se limitaron a confirmar el [acuerdo sancionador] anterior.

Y para remachar esta conclusión sobre la naturaleza administrativa del amparo, la sentencia subraya también que:

[...] tampoco se formaliza en la demanda, en fin, ninguna queja autónoma contra los autos del juzgado de vigilancia penitenciaria que permita considerar el presente recurso de amparo como mixto.

Por estas razones, la sentencia declara que en el presente asunto:

[...] resulta de aplicación el plazo de interposición de veinte días «siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial» (art. 43.2 LOTC).

Apurando este planteamiento y teniendo en cuenta que la resolución judicial que puso fin a la vía judicial se notificó al recurrente el 27 de marzo de 2018, de modo que el plazo de veinte días previsto en el art. 43.2 LOTC para interponer el recurso finalizaba el siguiente 27 de abril, y que el escrito de demanda se presentó el 11 de mayo de 2018, la sentencia estima la excepción procesal opuesta por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, inadmite el recurso por extemporáneo.

Hasta aquí, pues, las declaraciones de la sentencia que, como podrá verse, cuadran punto por punto con el planteamiento que luce, como ya nos consta, en otras muchas resoluciones del Tribunal posteriores a la citada reforma de 2007.

V. EL INQUIETANTE VOTO PARTICULAR

Tres miembros del Pleno del Tribunal (los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón), discrepan de esta forma de razonar y de la conclusión de inadmisión en que termina, y formulan un voto particular.

Su discrepancia, según comienza adelantando el citado voto particular, se resume en la idea de que, a su juicio:

[...] el presente recurso de amparo debe ser calificado como un recurso mixto, al tener la vulneración alegada del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) su origen formal y materialmente en las resoluciones judiciales impugnadas, por lo que las reglas procedimentales de admisibilidad son las previstas en el art. 44 LOTC, entre ellas que el plazo de interposición es de treinta días.

Antes, no obstante, de exponer las razones que justifican esta conclusión discrepante, el voto subraya los inconvenientes que provoca el hecho de que la LOTC, luego de su reforma en 2007, establezca, como ya nos consta, dos plazos diferentes para la interposición del correspondiente recurso de amparo en función de su naturaleza administrativa o judicial (arts. 43.2 y 44.2 LOTC). Una advertencia que literalmente expresa del siguiente modo:

Resulta necesario insistir en la distorsión que supone en el marco de la ley orgánica de este Tribunal la diferencia de plazos entre aquellos recursos de amparo en que las vulneraciones de derechos fundamentales sean originadas por actuaciones administrativas (art. 43 LOTC) o por actuaciones judiciales (art. 44 LOTC). Esta diferencia de plazos, que solo existe a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, no responde a ningún motivo objetivo, sino a una mera desatención en el procedimiento legislativo de aprobación de la citada Ley Orgánica 6/2007. Esta

cuestión de la diferencia de plazos no es de menor importancia. Con independencia de la calificación que el demandante dé a su recurso, es responsabilidad de este Tribunal el determinar si su fundamento reside en el art. 43 o en el art. 44 LOTC. De ese modo, no es infrecuente encontrar supuestos dudosos, como el presente, en que el demandante resulta sorprendido con una decisión de inadmisión por extemporaneidad, incluso en sentencia (así, por ejemplo, SSTC 94/2016, de 9 de mayo; 61/2017, de 22 de mayo; 11/2019, de 28 de enero, o 16/2019, de 11 de febrero). El legislador tiene la responsabilidad de solucionar esta inexplicable e injustificable diferencia de régimen, unificando el plazo de ambos preceptos mediante una reforma legislativa.

Esta advertencia no es en cualquier caso tampoco la única que contiene el voto particular que consideramos. Los magistrados discrepantes se preocupan también de subrayar la necesidad de que el Tribunal, cuando, al margen del cauce formalmente elegido por el recurrente para formular su recurso, decide comprobar su verdadera naturaleza administrativa o judicial, para aplicar luego, según sea, el régimen del art. 43 o el del 44 LOTC, debe observar con todo rigor el principio *pro actione* y evitar cualquier desproporción.

Apurando este planteamiento, que adelante me parece muy discutible, los magistrados discrepantes afirman en un tono infrecuentemente duro que:

El formalismo enervante no resulta conciliable con el quehacer general de la impartición de una justicia que emana del pueblo y, además, es un servicio público para ese pueblo. Es mucho menos conciliable cuando se trata de una jurisdicción de derechos humanos como la que representa la jurisdicción de amparo constitucional. La ciudadanía de un país de la Europa occidental en el siglo XXI no merece una jurisdicción constitucional que, a partir de interpretaciones rigoristas y/o desproporcionadas de los requisitos formales de admisión, se vea privada de pronunciamientos sobre invocaciones de derechos fundamentales que cuentan con una especial transcendencia constitucional, atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

A nuestro parecer, la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia representa uno de esos supuestos de formalismo excesivo en que se han antepuesto de manera rigorista y desproporcionada unas consideraciones sobre la identificación de la vía procedimental que era adecuada al caso, construyendo innecesariamente un obstáculo insalvable para que este Tribunal pudiera pronunciarse —con pocas dudas, de manera estimatoria— sobre la eventual vulneración del derecho a la legalidad sancionadora que supone para el recurrente la imposición de una sanción penitenciaria por supuestamente desobedecer una resolución judicial que fue dictada 11 días después de la conducta que se le imputa (FJ 2).

Y dicho todo esto, el voto explica a continuación las razones que, según su criterio, probarían que «formal y materialmente la vulneración alegada por el recurrente del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) tiene su origen en las resoluciones judiciales impugnadas y no en la sanción administrativa». Estas razones son dos.

En primer lugar, el que el recurrente impute la infracción del art. 25.1 CE directamente al auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 2 de marzo de 2018, al que de modo expreso reprocha que «incurre en una interpretación analógica manifiestamente irrazonable del citado art. 109 b) del Reglamento penitenciario, al equiparar la denegación del permiso para acudir personalmente a un mitin (que es lo que acordó el juez instructor de la causa penal en su resolución de 14 de diciembre de 2017) con una supuesta prohibición expresa de emitir mensajes telefónicos, que es, en cambio, la conducta enjuiciada en el asunto considerado.

Y, en segundo lugar, pero sobre todo, el que ese reproche del art. 25.1 CE tome pie en el razonamiento que utilizó el juez de vigilancia penitenciaria para confirmar el acuerdo sancionador, cuando de modo expreso, pero por primera vez, confirmó la legalidad de la operación de subsunción de la conducta del recurrente en el tipo disciplinario del art. 109 b) del Reglamento Penitenciario aplicado por la Administración («desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones») echando mano del citado auto posterior del juez de instrucción para declarar que esa resolución judicial es precisamente la orden que desobedeció el recurrente con su comportamiento y que, por tanto, justificó su sanción.

A juicio de los tres citados magistrados, aquí radica el núcleo de su discrepancia con la sentencia y es, en consecuencia, el que justifica también su conclusión de que la lesión del art. 25.1 CE alegada por el recurrente es de «exclusivo origen judicial y, por tanto, que se está ante un recurso de amparo del art. 44 LOTC cuyo plazo de interposición es de treinta días».

Por esta razón, se preocupan a continuación de repasar con pormenor todos los hechos del caso, comenzando por los producidos en la vía administrativa y siguiendo con los que constan anotados en las actuaciones judiciales. Todo ello con el fin de demostrar que la citada justificación del acuerdo sancionador no luce efectivamente por ninguna parte en el previo expediente administrativo y que se trata, por tanto, de una explicación introducida *ex novo* en el debate por el órgano judicial *a quo*.

Sirviéndose de esa comprobación, el voto particular concluye que:

[...] la cuestión controvertida en el recurso de amparo sobre el carácter analógico de la subsunción de la conducta del recurrente en el art. 109 b) RP, como presupuesto de su invocación del art. 25.1 CE, a partir de la consideración de que su conducta del día 3 de diciembre de 2017 suponía una desobediencia a la resolución judicial del 14 de diciembre de 2017, es una innovación que se produce en la vía judicial y, más en concreto, en el inicial auto del juzgado de vigilancia penitenciaria de 2 de marzo de 2018, por lo que formal y materialmente la vulneración alegada por el recurrente tiene su origen en esa concreta actuación judicial y no en la de la Administración pública que, como ya se ha expuesto, desde la inicial comparecencia previa del recurrente desechó la posibilidad de que pudiera existir una desobediencia respecto de una decisión judicial que era posterior en el tiempo a la conducta imputada.

En definitiva, sin perjuicio de que las resoluciones judiciales impugnadas en apariencia se habrían limitado a confirmar la legalidad de la sanción impuesta al recurrente, dentro de su función de control de la actuación de la administración (art. 106.1 CE); sin embargo, como en muchas ocasiones sucede, en este caso esa labor de control había ido más allá de una mera confirmación, ya que, ante la falta de motivación de la subsunción de la conducta en la resolución sancionadora, se suplió esa falta de motivación a través de un proceso argumental ajeno al debate en el procedimiento sancionador, que es el que, precisamente, el demandante en amparo considera contrario a la prohibición de interpretación analógica de los tipos sancionadores.

Bien se ve, pues, que para los magistrados discrepantes el hecho de que el órgano judicial confirme la sanción entonces recurrida con argumentos de su propia cosecha, que no figuran en el expediente administrativo ni fueron tenidos en cuenta por la Administración en su acuerdo sancionador, es el elemento que determina la calificación del amparo como judicial, con todas sus consecuencias de régimen jurídico, comenzando con la relativa al plazo de interposición de treinta días que establece el art. 44.2 LOTC.

Probablemente porque esta es una conclusión sorprendente⁸ y que tiene además una apariencia algo inquietante, el voto termina advirtiendo que esta «idea de que la innovación argumental en las resoluciones judiciales para confirmar la legalidad de resoluciones administrativas sancionadoras implica la posibilidad de invocar una vulneración autónoma del art. 25.1 CE por parte del órgano judicial al amparo del art. 44 LOTC no es desconocida en la jurisprudencia constitucional». Y para probarlo cita como ejemplo la STC 129/2005, de 23 de mayo, cuando el Tribunal declaró en un asunto de este tipo, en el que el recurrente había interesado la nulidad de la resolución sancionadora entonces considerada, así como la posterior sentencia contenciosa que la confirmó, que el recurso era en rigor un amparo judicial «de los previstos en el art. 44 LOTC»:

[...] dado que la lesión del principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE que el demandante denuncia se hace derivar —exclusivamente— de la particular interpretación de la norma sancionadora en la que se apoya el juez cuando confirma la sanción impuesta en el ejercicio de la potestad de control que le atribuye el art. 106.1 CE (FJ 2).

VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL VOTO PARTICULAR

Hasta aquí, por su parte, lo principal del voto particular a la citada STC 75/2019. A poco que se repase de nuevo, podrá verse que, efectivamente, confor-

⁸ Parecidos razonamientos y conclusión habían sido ya avanzados, no obstante, en el voto particular a los AATC 30 a 34/2017, de 27 de febrero. Al respecto, cfr. M. Casino Rubio, «La especial trascendencia constitucional del recurso...», cit., págs. 218 y ss.

me adelantaba al principio, el mismo contiene una crítica, en ocasiones formulada en términos realmente duros, a la doctrina del Tribunal que, como ya nos consta, apura las consecuencias procesales que impone la auténtica naturaleza administrativa del amparo en cada caso considerado y previstas en el art. 43 LOTC.

Como también he adelantado anteriormente, esta opinión discrepante, que puede parecer razonable a primera vista, me parece seriamente discutible, sin embargo.

i) Para empezar, la denuncia que se formula acerca de la «distorsión» que supone la existencia en la LOTC de dos plazos diferentes en función de la naturaleza administrativa (art. 43) o judicial (art. 44) del origen de la correspondiente lesión constitucional, y la apelación final al legislador para que la corrija cuanto antes, me parece realmente desconcertante.

Reconozco que ninguna explicación hay en los trabajos parlamentarios ni en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007 sobre los motivos que justifican la ampliación a treinta días del plazo de interposición únicamente en el caso de los recursos de amparo judiciales. Y admito incluso también que la existencia a partir de entonces de dos plazos diferentes no sea un resultado deliberadamente buscado por el legislador, sino fruto simplemente del particular procedimiento de aprobación de la citada Ley Orgánica⁹.

Pero que todo esto sea efectivamente así no justifica en mi opinión la advertencia que luce en el citado voto particular, que no es de todas formas nueva¹⁰, y

⁹ G. Fernández Farreres fue uno de los primeros en notar esa diferencia y su falta de explicación en (2007), «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, en especial, págs. 24 y ss. En parecido sentido, con posterioridad, véanse, entre otros, M. Aragón Reyes, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», cit., pág. 20. También J. C. Cabañas García (2010), «El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 88, págs. 50-51.

¹⁰ La misma advertencia sobre la distorsión que provoca la existencia de dos plazos distintos para la interposición del amparo, e idéntica recomendación al legislador para que suprima esa diferencia, lucen ya, por ejemplo, en el voto particular que con el mismo contenido firma la magistrada Asua Batarrita a los AATC 30 a 34/2017, de 27 de febrero, todos ellos, y al que se adhiere el magistrado Valdés Dal-Ré. En términos muy similares a los considerados en el texto, el citado voto, la magistrada discrepante afirmó literalmente entonces que «no quiero desaprovechar la ocasión para poner de relieve la disfunción que supone esa diferencia de plazos entre ambos preceptos, que no obedece aparentemente a ningún motivo objetivo, sino que su razón de ser parece encontrarse en una desatención en el procedimiento legislativo de gestación de la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, concretamente en el momento de examen de las enmiendas en la comisión constitucional del Congreso, en el cual se produjo la discordancia entre el texto de ambos preceptos. La cuestión no es baladí, porque, en último término,

que alerta del peligro que existe de que, como consecuencia de esa diferencia de régimen y de la depuración en su caso por el Tribunal de la naturaleza administrativa del amparo que tiene a la vista, «el demandante result[e] sorprendido con una decisión de inadmisión por extemporaneidad». Algo así, por tanto, como que esa decisión del Tribunal sea inesperada en rigor, casi adoptada por la espalda. O peor aún, que el legislador hubiera colocado (de manera consciente o no, eso ahora no importa tanto), una trampa procesal de la que el Tribunal ha decidido servirse impunemente, para escándalo de los confiados e inocentes recurrentes que acuden en amparo.

Y, sin embargo, que a estas alturas, después de más de treinta y cinco años de doctrina constitucional y más de diez de aplicación por el Tribunal de las modificaciones introducidas en la LOTC por la citada Ley Orgánica 6/2007, alguien piense realmente que la comentada diferencia de plazos de interposición solo sirve para enredar las cosas y poder atrapar por sorpresa a los recurrentes, evitando de paso al Tribunal el trago de tener que pronunciarse sobre el fondo de determinados asuntos, me parece, en efecto, una ligereza, cuando menos.

La LOTC, desde su primera versión, siempre ha regulado los amparos administrativos y judiciales (y también los parlamentarios del art. 42 LOTC) en forma separada y establecido de modo congruente reglas particulares para cada una de esas modalidades de amparo (arts. 42 a 44 LOTC)¹¹. El plazo de interposición de la correspondiente demanda es simplemente una de esas reglas singulares¹² y

con independencia de la calificación que el justiciable dé a su recurso, es este Tribunal el que determina si tiene su fundamento en los arts. 43 o 44 LOTC, con lo que puede encontrarse, como es el caso, con una inesperada inadmisión por extemporaneidad. Espero y deseo que este Tribunal se decida ya a poner de manifiesto al legislador la necesidad de solucionar esta inexplicable e injustificable diferencia de régimen, unificando el plazo de ambos preceptos».

¹¹ Cfr., entre otros, I. Díez-Picazo Giménez (1996), «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», en *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, en especial, págs. 20 y ss.; P. Pérez Tremps (2004), *El recurso de amparo*, Valencia: Tirant lo Blanch, en especial, págs. 85 y ss.

¹² Por señalar ahora otra de esas diferencias de régimen jurídico, baste notar que, tras la citada Ley Orgánica 6/2007, y, en particular, de la configuración desde entonces del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como un genuino y último mecanismo impugnatorio, la forma de agotar la vía judicial ordinaria antes de acudir en amparo ante el Tribunal ha cambiado igualmente y tiene significadas diferencias. En el caso de los amparos judiciales del art. 44 LOTC, la exigencia de que, antes de acudir en amparo, «se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos dentro de la correspondiente vía judicial», obliga al recurrente a promover el oportuno incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ siempre, pero sólo únicamente, conviene subrayarlo, que la lesión constitucional que pretende denunciar en

nada naturalmente obliga a que deba ser idéntico, salvo que se defienda que no hay razones para distinguir entre modalidades de amparo o que la identidad de plazos procesales es un fin en sí mismo que hay que defender.

Me parece, además, que las reglas de los arts. 43 y 44 LOTC son claras y que si se siguen con cuidado no ofrecen especiales dificultades (ni son tampoco muy distintas de las que provoca la aplicación en general de las normas procesales en materia de escritos de interposición o de demanda), sobre todo si se observan teniendo a la vista la consolidada doctrina del Tribunal.

De manera que, según yo lo veo, es más bien la impericia o (por seguir la expresión del propio voto particular) la «desatención» de los recurrentes (o mejor, de sus abogados) la única y verdadera causa que determina en este tipo de asuntos la inadmisión del respectivo recurso por extemporáneo. Y no, por supuesto, ningún pretendido formalismo excesivo, rigorista y desproporcionado del Tribunal, como con notable y llamativa exageración denuncia el voto particular que consideramos.

Mi opinión, en suma, es que antes que exigir al legislador una rectificación o reclamar del Tribunal una interpretación *pro actione* de los requisitos procesales, lo que hay que exigir de verdad es que los recurrentes (*rectius*, sus abogados) cuiden sus escritos de demanda y se fijen bien en el origen de la lesión constitucional que pretenden denunciar en amparo.

Creo sinceramente que, con la LOTC y la doctrina constitucional en la mano, exigir ese comportamiento diligente no es irrazonable ni es mucho pedir. Como tampoco, por lo mismo, me parece censurable que el Tribunal, cuando nota un error de ese tipo en el planteamiento de una demanda, decida luego apurar las consecuencias de ese defecto y, llegado el caso, acordar su inadmisión por extemporánea. Es, por otra parte, lo que sucede con normalidad en todo tipo de procesos, que naturalmente obligan a estar a los correspondientes requisitos procesales, con todas sus consecuencias. Lo que no cabe, desde luego, es comportarse como si los requisitos procesales de los arts. 43 y 44 LOTC nada importaran en

amparo sea imputable a una resolución judicial contra la que no quepa formular ningún otro remedio procesal en la correspondiente vía judicial. En cambio, en el caso de los amparos administrativos, el requisito de agotar «la vía judicial procedente» de que habla el art. 43.1 LOTC no solo no exige, sino que no consiente en rigor la interposición del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, so pena de incurrir en una prolongación artificial de la vía judicial previa, con su inevitable consecuencia de extemporaneidad. Las complicaciones de este diferente régimen, pero en las que ahora no puedo detenerme, son también muy notables, como sabe muy bien cualquiera que está familiarizado con la práctica del Tribunal, y arriesgan seriamente con frecuencia la admisión del correspondiente recurso de amparo. A este último respecto, véase, por todos, G. Fernández Farreres (2007), «Reflexiones sobre la justicia constitucional española», en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: CEPC-Tribunal Constitucional, pág. 45.

rigor y lo único relevante fuera asegurar un pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo del asunto¹³.

ii) La opinión discrepante con la decisión de la sentencia me parece igual o todavía más desconcertante. Como se recordará, en el criterio de los tres magistrados discrepantes, el recurso considerado no es un amparo administrativo del art. 43 LOTC, sino un amparo judicial del art. 44 LOTC y, por tanto, a interponer en el plazo de treinta días. Como repetirán por dos veces, la lesión del art. 25.1 CE denunciada en la demanda es de «exclusivo origen judicial».

En forma poco menos que evidente, a su juicio, porque ese reproche del recurrente no tiene su origen en la actuación de la Administración, sino en el argumento que utilizó el auto del juez de vigilancia penitenciaria para confirmar la legalidad de la sanción disciplinaria discutida por el recurrente. Un argumento que nunca antes había manejado la Administración en el expediente administrativo, y que el recurrente juzga contrario al art. 25.1 CE por traducir una interpretación analógica y adoptada en *mala partem* del art. 109 b) del Reglamento penitenciario aplicado por la Administración.

Según he adelantado, esta opinión discrepante me parece, en efecto, sumamente inquietante y que peca, además, como enseguida podrá verse, del mismo formalismo excesivo y rigorismo que dice combatir.

Acepto naturalmente que los hechos, tanto en vía administrativa como judicial, son los que el voto particular se preocupa de anotar. Y admito, por tanto, que el auto del juez de vigilancia penitenciaria utilizó para confirmar la sanción disciplinaria un argumento de su propia cosecha, que no figura en el expediente administrativo y que resulta, además, manifiestamente equivocado. Pues corregir en vía disciplinaria una desobediencia a una resolución judicial que estaba por venir cuando los hechos imputados se produjeron es obviamente una justificación imposible de compartir.

Ahora bien, a mi modo de ver, estos hechos no permiten defender el origen judicial de la lesión constitucional del art. 25.1 CE ni, por ese motivo, convertir el amparo solicitado en un amparo del art. 44 LOTC.

¹³ El Tribunal tiene dicho, en una consolidada doctrina constitucional, de la que son buena muestra, entre otras muchas, las SSTC 231/2012, de 10 de diciembre, y 166/2016, de 6 de octubre, que «tampoco resulta admisible que el *criterio antiformalista* conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes. Y que «el principio *pro actione* no debe entenderse tampoco como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas aplicables». De manera que, como advierte la STC 125/2010, de 29 de noviembre, «es necesario elegir una interpretación conforme con el principio *pro actione*, siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento».

Principalmente porque semejante conclusión equivale a admitir que los jueces y tribunales imponen sanciones administrativas, puesto que de otro modo difícilmente podrían infringir con sus resoluciones el art. 25.1 CE. Y, sin embargo, como el propio tribunal ha dicho una y otra vez:

[...] no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución (SSTC STC 89/1995, de 6 de junio, FJ 4; 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 59/2004, de 19 de abril, FJ 3; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4; 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; 70/2008, de 23 de junio, FJ 7; y 145/2011, de 26 de septiembre, FJ 5).

A despecho de esta consolidada doctrina constitucional, el voto particular decide, sin embargo, atajar por la calle de en medio y, fijándose únicamente en el citado argumento del auto del juez de vigilancia penitenciaria y en la opción del recurrente que decidió formalmente imputar la lesión del art. 25.1 CE a la citada resolución judicial, calificar el amparo solicitado de judicial. Sin reparar en sus consecuencias.

La más sobresaliente y que prueba al mismo tiempo la debilidad de semejante planteamiento está en el callejón sin salida en que desemboca. Pues, dando por bueno que la lesión del art. 25.1 CE es de origen exclusivamente judicial, como se empeña en subrayar el comentado voto particular, habría que aceptar entonces que la estimación del amparo solicitado por ese motivo no podría concluir, sin embargo, y para burla del recurrente, en la anulación de la sanción disciplinaria, que permanecería intacta. Formalmente porque, según el citado criterio discrepante, no es un amparo del art. 43 LOTC y, por tanto, la sanción disciplinaria no es objeto del recurso. Y materialmente tampoco, porque el razonamiento combatido en la demanda de amparo no figura en la sanción administrativa, sino solo, como ya nos consta, en la resolución judicial.

Opino, en consecuencia, que cuando un órgano judicial confirma en vía de recurso judicial un acto administrativo impugnado por motivos constitucionales y para hacerlo utiliza argumentos que no figuran en el acto recurrido no comete la misma infracción constitucional entonces denunciada, por más que esa nueva motivación judicial sea equivocada o deficiente, salvo que se admita que cada vez que un órgano judicial no repara la lesión constitucional de la que conoce en vía de recurso, la comete igualmente.

Y, sin embargo, como ya nos consta, el tribunal tiene dicho una y mil veces que la resolución judicial que resuelve un recurso no causa la misma lesión constitucional entonces denunciada por el simple hecho de desestimarla. Entre otras

razones, porque esa desestimación, como también ha declarado el tribunal, no modifica en nada la lesión constitucional denunciada y que, de existir, se habría producido ya y perfeccionado con el acto administrativo impugnado precisamente por ese motivo.

Esta conclusión no cambia desde luego por el simple hecho de que el órgano judicial utilice, para desestimar el correspondiente recurso, una motivación suplementaria o distinta de la que figura en el acto administrativo recurrido (lo que nótese, por otra parte, ha de suceder siempre que la infracción de un derecho fundamental tiene su origen en la denegación por silencio administrativo de una solicitud). Pues lo único relevante sigue siendo comprobar la existencia de la lesión constitucional denunciada en el recurso y que el órgano judicial no reparó. Y esta lesión, conviene insistir, se habrá perfeccionado con el acto administrativo impugnado judicialmente, sin que la posterior resolución judicial que desestima el correspondiente recurso añada nada desde esa misma perspectiva constitucional, aunque para hacerlo incorpore nuevos argumentos, incluso equivocados. De hecho, aunque se eliminaran, como también antes se ha advertido, seguiría pendiente la lesión constitucional original.

Si estas observaciones son correctas habrá que concluir entonces que el voto particular que se comenta acaba desafortunadamente por incurrir en los mismos reproches que con tanta vehemencia denuncia. No solo traduce un formalismo excesivo, al elevar a la condición de vara de medir la naturaleza del amparo, no su verdadero objeto, sino la opción procesal formalmente elegida por el recurrente para formularlo. Es, sobre todo también, que todas sus explicaciones parecen únicamente pensadas para intentar salvar la tacha de extemporaneidad opuesta por el fiscal y luego estimada por la sentencia. Pero, como se ha notado, sin pararse a ver en ningún momento en que termina su planteamiento.

Naturalmente no digo ahora que el mencionado auto del juzgado de vigilancia penitenciaria sea jurídicamente irreprochable. El razonamiento que utiliza *ex novo* para confirmar la sanción disciplinaria es, desde luego, conforme antes se ha advertido, inservible a simple vista. Sin embargo, y si de infracción constitucional por ese motivo quisiera no obstante todavía hablarse, me parece que la única forma de hacerlo es imputando a la citada resolución judicial la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, supuesto que el citado razonamiento judicial bien parece, en efecto, manifestamente irrazonable, casi arbitrario.

Esta última es, según yo lo veo, la única vía abierta con relativo rigor al recurso del recurrente y que hubiera servido, en el estado actual de la doctrina constitucional, para convertir el amparo solicitado en mixto y, en consecuencia, salvar el comentado óbice de extemporaneidad.

Subrayo, de todas formas, que digo efectivamente que esa es la única vía abierta con algo de rigor porque esa es la solución que habitualmente, matices aparte, maneja el tribunal para calificar los amparos en los que el recurrente, además de impugnar la correspondiente sanción administrativa,

comúnmente con fundamento en la vulneración del art. 25.1 CE, impugna asimismo las resoluciones judiciales que la confirmaron, con invocación generalmente en este otro caso de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE¹⁴. Y no, por tanto, porque piense personalmente que esa doctrina constitucional que califica el correspondiente amparo de mixto sea correcta. Adelanto, de hecho, que en mi opinión ese es uno de los capítulos más débiles de la doctrina constitucional y que con más urgencia reclama una revisión. Pero esta es otra historia que merece ser contada en otra ocasión.

¹⁴ La STC 125/1983, de 26 de diciembre, resume este planteamiento del Tribunal, que arranca efectivamente desde sus primeras resoluciones, cuando advierte que «es cierto que este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones que cuando se impugna un acto de los incluidos en el art. 43 de la LOTC no es preciso impugnar también los actos posteriores de los órganos judiciales que lo hayan confirmado, pues, aunque es preceptivo provocar tales resoluciones para agotar la vía judicial procedente tal como prevé dicho precepto, el acto judicial confirmatorio no puede ser objeto de impugnación autónoma en la vía de amparo constitucional; pero constituye una excepción, también señalada por este Tribunal y que precisamente concurre en este caso, el que el acto judicial haya podido vulnerar de modo inmediato y directo alguno de los derechos o libertades susceptibles de amparo». Entre estos derechos fundamentales destaca especialmente, en efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Al respecto, entre otras, pueden verse las más modernas SSTC 135/2010, de 2 de diciembre; 14/2011, de 26 de septiembre; y 46/2014, de 7 de abril.