

Voto particular que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 3495-2018

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifestamos nuestra discrepancia con su fundamentación jurídica y con su fallo, que consideramos no hubiera debido ser de inadmisión por extemporaneidad sino objeto de una resolución estimatoria sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados.

1. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia concluye la inadmisión del presente recurso de amparo con el argumento de que es un recurso que debe considerarse planteado por el procedimiento del art. 43 LOTC, ya que las vulneraciones aducidas solo cabría imputarlas a la resolución administrativa penitenciaria sancionadora y en ningún caso a las resoluciones judiciales, que se habrían limitado a confirmar la legalidad de dicha resolución. En coherencia con ello, el plazo para su interposición es de 20 días hábiles, que habrían sido superados el 11 de mayo de 2018 cuando se registró la demanda, al haber transcurrido 29 días hábiles desde la notificación de la última resolución judicial que agotó la vía judicial previa el 27 de marzo de 2018.

Nuestra discrepancia con esta conclusión radica en que consideramos que 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 30 días. Desde ese planteamiento, el presente recurso de amparo no debería haber sido considerado inadmisibile por extemporaneidad.

2. Antes de exponer las razones por las que entendemos que este es un supuesto de recurso de amparo mixto, 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 LOTC 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 LO 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.

Al margen de lo anterior, el ejercicio de la responsabilidad de este Tribunal de identificar el origen de las vulneraciones invocados por los recurrentes para calificar un recurso de amparo como del art. 43 o del art. 44 LOTC y, en coherencia con ello, determinar el plazo de interposición, parece razonable que quede presidido por el principio *pro actione*, máxime en supuestos límites como puede ser el presente. La jurisprudencia constitucional sobre la apreciación de las causas de inadmisión formales en la vía judicial ordinaria debería también servir de guía de actuación de este Tribunal. Es necesario que en el recurso de amparo se evite cualquier interpretación y aplicación de las causas de inadmisión que por su rigorismo o por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.

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.

3. Las razones en las que se fundamenta nuestra consideración de 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 son las siguientes:

(i) La invocación del art. 25.1 CE –derecho a la legalidad penal por aplicación analógica de la infracción imputada- la dirige el demandante de manera directa y expresa en su demanda de amparo al auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP) de 2 de marzo de 2018 y no al acuerdo sancionador, cuando afirma que “en tal sentido, en el Auto del Juzgado de Vigilancia de 2/03/2018 se incurre en una interpretación analógica manifiestamente irrazonable del citado art. 109 RP, equiparando la denegación del permiso para acudir personalmente a un mitin (que es lo que se había denegado a Jordi Sánchez por el Instructor) con una supuesta prohibición expresa de emitir mensajes telefónicos”.

(ii) Esa invocación de la aplicación analógica de la infracción imputada, por otra parte, se fundamenta en un razonamiento que fue exclusivamente usado en la resolución judicial para justificar la subsunción de la conducta del recurrente en el art. 109 b) RP, pero que no aparecía de manera expresa o tácita en la resolución administrativa sancionadora. En la demanda de amparo se invoca el art. 25.1 CE con el argumento de que si bien lo imputado era que cometió una infracción del art. 109 b) RP —desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones-, se da la circunstancia de que el demandante “en ningún momento recibió ninguna orden de no emitir mensajes electorales por parte del Sr. Instructor del Tribunal Supremo, que se limitó a denegarle la petición de permisos

y otras posibilidades de comunicación extraordinarias, pero no ordinarias, en un Auto posterior a la llamada”. La idea de que la infracción del art. 109 b) RP se fundamenta en que la desobediencia cometida por el recurrente el día 3 de diciembre de 2017 –consistente en dejarse grabar en una comunicación ordinaria con una persona autorizada con la finalidad de una posterior difusión pública- lo es a una resolución del juez de instrucción posterior –auto de 14 de diciembre de 2017- aparece solo en el auto JVP de 2 de marzo de 2018, pero es una cuestión ausente en el debate del expediente administrativo sancionador.

Nuestra afirmación de que el razonamiento en que el recurrente fundamenta la invocación del art. 25.1 CE tiene su exclusivo origen judicial -y, por tanto, que se está ante un recurso de amparo del art. 44 LOTC cuyo plazo de interposición es del 30 días- se sustenta en los hechos que han quedado acreditados con el testimonio de las actuaciones administrativas y judiciales remitidas.

4. Estos hechos, por lo que se refiere a lo acontecido en vía administrativa, son los siguientes:

(i) El subdirector de seguridad, mediante oficio de 16 de diciembre de 2017, pone de manifiesto que “habiendo aparecido en varios medios de comunicación la noticia de que el interno Jordi Sánchez Picanyol podría realizar una conexión durante el acto electoral de ‘Junts per Catalunya’ del día 15/12/2017, se lleva a cabo una investigación en el Centro”, a lo que se añade que “se constata que efectivamente durante el citado acto electoral, se emite un comunicado de Jordi Sánchez Picanyol”. También en ese oficio se hace constar que en ese mismo día 16 de diciembre de 2017 se ha llamado a comparecencia al ahora demandante de amparo y que (a) “reconoce que estas declaraciones se grabaron durante una llamada telefónica realizada a su amiga acreditada (...), el día 03/12/2017” y (b) “se comprueba los datos aportados, resultado que efectivamente, el día 03/12/2017 realizó una llamada de la citada amiga”.

En el acta de comparecencia aparece reflejado que la pregunta segunda fue “¿usted ha realizado desde la prisión una llamada telefónica para que fuera grabada por el receptor para posteriormente ser difundida en un mitin electoral?” y la respuesta que “yo no era consciente de que mi llamada sería reproducida en un mitin electoral. En otras ocasiones yo he comunicado por

teléfono para que fuera transcrito en un medio de comunicación y en otras ocasiones esos escritos han salido por correo ordinario en la certeza de que no tengo intervenidas las comunicaciones”. La pregunta cuarta es “¿recuerda usted cuándo pudo ser grabado el mensaje?” y la respuesta “sé que era un día festivo y pudo ser el 3/12/2017 que fue domingo”. La última pregunta que se realizó al demandante en aquella comparecencia fue “¿cómo Usted, teniendo conocimiento de que el juez del Tribunal Supremo le tiene prohibido grabar mensajes, para ser utilizados en campaña electoral, ha salido difundido este mensaje el día 15/12/2017 en un mitin electoral de Junts per Catalunya?”. La respuesta del demandante fue “la grabación de este mensaje y otros artículos son anteriores al auto del Juez, en el cual me deniega una presencia física en la campaña y tener contactos presenciales con los medios de comunicación fuera de prisión (según me comentó mi abogado). Yo no tenía en ningún momento conocimiento de que iba a ser difundido y supongo que ha sido una decisión de los responsables de la campaña (...)”

(ii) El director del Centro acordó el 18 de diciembre de 2017 la incoación de un procedimiento sancionador contra el recurrente “por los hechos ocurridos el 03/12/2017, al apreciar en los mismos indicios que pueden dar lugar a responsabilidad disciplinaria”. El 19 de diciembre de 2017 se entrega al recurrente un pliego de cargos de 18 de diciembre de 2017 en que se pone de manifiesto como hechos imputados que: “el día 03/12/17, a las 18:56 h. efectúa Vd. una llamada desde el módulo 1 con el fin de que fuera difundida en un mitin electoral”, lo que se considera una falta grave del art. 109 b) RP por desobedecer ordenes de un funcionario o autoridad. Ningún tipo de razonamiento se incluye en relación con las razones para considerar que la conducta pudiera ser constitutiva de desobediencia.

El demandante alegó por escrito frente al pliego de cargos que la conversación telefónica estaba autorizada, que desconocía que fuera a ser usada en un mitin electoral y que no existe ninguna limitación legal a esas grabaciones. Ninguna controversia ni mención realiza en relación con una eventual desobediencia a una resolución judicial. El 27 de diciembre de 2017 se entregó al recurrente la propuesta de resolución de 26 de diciembre de 2017 sin ninguna modificación de los hechos imputados y su calificación ni explicación alguna sobre su subsunción o la existencia de una eventual desobediencia a una resolución judicial. El recurrente alegó verbalmente ante la comisión disciplinaria que el fin de esa llamada no era que se difundiera en un mitin electoral, que sí sabía que se estaba grabando y que no faltó a la seguridad del centro. No se menciona ni

incluye ninguna referencia a la eventual desobediencia a una resolución judicial. Finalmente, el 2 de febrero de 2018 se entrega al recurrente el acuerdo sancionador de 1 de febrero de 2018 en que, como hechos probados, se recogen los que fueron imputados en su día con su calificación como falta grave del art. 109 b) RP sin ningún tipo de motivación sobre la subsunción y, nuevamente, sin mención a que la sanción se debiera a una eventual desobediencia a una resolución judicial.

(iii) De estos hechos caben extraer las siguientes conclusiones: (a) en la comparecencia previa a la incoación de expediente sancionador, destinada a indagar sobre la emisión de la voz grabada al recurrente en un mitin electoral el 16 de diciembre de 2017, se interrogó al demandante sobre la circunstancia de que hubiera aparecido esa grabación dos días después de que el magistrado instructor por medio del auto de 14 de diciembre de 2017 resolviera una serie de peticiones sobre las posibilidades de su participación en la campaña electoral; (b) en esa comparecencia, y así fue asumido de manera no controvertida, quedó acreditado que la grabación se había efectuado el 3 de diciembre de 2017 y, por tanto, con mucha anterioridad a la citada resolución judicial de 14 de diciembre de 2017; (c) en el expediente sancionador, en conciencia de esa circunstancia, los hechos por los que se sanciona al demandante de amparo son los consistentes en que “el día 03/12/17, a las 18:56 h. efectúa Vd. una llamada desde el módulo 1 con el fin de que fuera difundida en un mitin electoral”, lo que se califica como una infracción grave del art. 109.b) RP consistente en desobedecer ordenes de un funcionario o autoridad; y (d) en ninguno de los diferentes documentos del expediente elaborados por la administración penitenciaria (acuerdo de incoación, pliego de cargo, propuesta de resolución y acuerdo sancionador) o de las alegaciones efectuadas por el demandante se pone de manera expresa o tácita en conexión esa conducta del día 3 de diciembre de 2017 con una supuesta desobediencia a una resolución judicial manifiestamente posterior, sino con la utilización de la autorización para desarrollar una conversación privada para fines electorales que la administración penitenciaria no había autorizado

Esto es, si bien en una fase previa a la incoación del expediente disciplinario, la administración penitenciaria desconocía si la emisión de la voz grabada del recurrente el día 16 de diciembre de 2017 podría haber constituido una eventual desobediencia al auto de 14 de diciembre de 2017; es manifiesto que la propia administración penitenciaria, tras las diligencias

informativas que desarrolló, desechó totalmente esa posibilidad desde la incoación misma del expediente al quedarse como únicos hechos imputados relevantes para el procedimiento sancionador con la conducta de haber accedido el día 3 de diciembre de 2017 en el marco de una comunicación personal y privada a que fuera grabado un mensaje suyo para su posterior difusión pública como acto de campaña.

En consecuencia, hay que insistir en que no hay ninguna base fáctica para sustentar que en la vía administrativa el fundamento de la sanción al recurrente por su conducta del día 3 de diciembre de 2017 sea una supuesta desobediencia a una resolución del magistrado instructor todavía inexistente.

5. El contenido de las actuaciones judiciales, a su vez, pone de manifiesto que la cuestión que controvertía el demandante en el presente recurso de amparo tiene su origen exclusivamente en la inicial resolución judicial que resuelve el recurso contra la resolución administrativa sancionadora, acreditando con ello que esta vulneración tiene su origen formal y materialmente en la actuación de un órgano judicial. En efecto, los hechos acontecidos en la vía judicial son los siguientes:

(i) El demandante de amparo presentó ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria un recurso de alzada contra el acuerdo sancionador alegando que la conversación grabada el 3 de diciembre lo fue con un teléfono y persona autorizada; ha publicado artículos en medios de comunicación y mensajes en redes sociales sin que nadie hubiera considerado que son actos impropios; la llamada no tenía finalidad de difusión en un mitin electoral; su difusión se produjo una vez que se confirmó que no se le permitía asistir presencialmente a actividades de campaña; y la difusión no parece lógico que pudiera ser considerada contraria al reglamento ni a la ley. En ese recurso el demandante solo hizo mención al auto de 14 de diciembre de 2017 del magistrado instructor en el contexto del argumento de que la difusión de su mensaje se hace en sustitución, precisamente, de la negativa del juez a su excarcelación para participar en la campaña electoral. El Ministerio Fiscal, por su parte, pidió la confirmación de la sanción sin hacer referencia alguna a que la desobediencia lo fuera a una resolución judicial.

(ii) El JVP núm. 2 de Madrid, por auto de 2 de marzo de 2018, desestimó el recurso poniendo de manifiesto que (a) lo que se dilucidaba en ese procedimiento era únicamente si había existido un incumplimiento de una resolución judicial; (b) el magistrado instructor por auto de 14 de diciembre de 2017 limitó el derecho de participación del recurrente en la campaña electoral; (c) en ese contexto la cuestión es si el hecho de que el interno realizara esa conversación telefónica “constituye desobediencia a la orden recibida del Tribunal Supremo”; y (d) concluyó que la calificación de esa conducta era subsumible en el art. 109 b) RP, afirmando que el recurrente sabía que la conversación estaba siendo grabada para su divulgación y aceptaba que podría serlo en un mitin, añadiendo que “solicitó permiso del Tribunal Supremo para participar en la campaña electoral y una vez conocida la resolución la incumplió de manera grave, atendida la índole de la orden que le había sido dada”.

(iii) El demandante de amparo formuló recurso de reforma afirmando, entre otros aspectos, que “con el debido respeto, debo señalar que no se puede atribuir a un hecho ocurrido el 3 de diciembre una conducta de antijuridicidad en forma de desobediencia a un Auto dictado el 14 de diciembre”; insistiendo, además, en los mismos argumentos sobre el carácter autorizado de la llamada y que en ningún caso el auto judicial le había prohibido hacer campaña electoral. En esta ocasión, el Ministerio Fiscal pidió la desestimación del recurso haciendo, esta vez sí, mención a que la conducta infractora del demandante consistía en una desobediencia al auto del juez de instrucción de 14 de diciembre de 2017. El JVP núm. 2 de Madrid, por auto de 26 de marzo de 2018, desestimó el recurso sin mayores argumentos.

En conclusión, se pone de manifiesto 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 JVP 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.

6. 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.

La 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, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, la STC 129/2005, de 23 de mayo, en cuyo FJ 2 se afirma que “dada la índole de las quejas del demandante, y si bien interesa de este Tribunal, además de la nulidad de la Sentencia impugnada, la de la resolución sancionadora que aquélla confirma, hemos de precisar que, no obstante, es éste un recurso de amparo de los previstos en el art. 44 LOTC contra actuaciones de los órganos judiciales. Esta conclusión es patente respecto de los tres primeros motivos de amparo, y asimismo alcanza al cuarto, 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”.

7. La 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 (art. 25.1 CE). No parece que pueda haber muchas dudas en que una conclusión como la sustentada por el órgano judicial de que una conducta desarrollada el día 3 de diciembre pudiera ser considerada una desobediencia a una supuesta orden judicial contenida

en una resolución dictada 11 días después es un perfecto ejemplo de subsunción de los hechos por completo ajena a un razonamiento que, tal como exige la jurisprudencia constitucional (STC 12/2018, de 8 de febrero, FJ 3), responda a pautas axiológicas y modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica.

Madrid, a veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

Fdo. Fernando Valdés Dal-Ré

Fdo. Juan Antonio Xiol Ríos

Fdo. María Luisa Balaguer Callejón