

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, presidente; los magistrados don Cándido Conde-Pumpido Tourón, don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5934-2017, promovido por doña María Victoria Rosell Aguilar contra el auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017, por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia núm. 1229-2017, de 12 de julio, por la que se estima parcialmente el recurso de casación núm. 1226-2016 interpuesto contra la sentencia de la Sección Segunda – sede en Las Palmas de Gran Canaria- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias núm. 61-2016, de 7 de marzo, por la que se estima parcialmente el procedimiento del protección de derechos fundamentales núm. 256-2015, interpuesto contra las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Las Palmas núm. 83-2015. Ha comparecido la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

I. Antecedentes

1. Doña María Victoria Rosell Aguilar, representada por el procurador de los tribunales don Javier Hernández Berrocal, bajo la dirección de la letrada doña Ana Noguerol Carmena y del letrado don Tomás Rosón Olmedo, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales y las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal citadas en el encabezamiento mediante escrito registrado en el Tribunal el 5 de diciembre de 2017.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La demandante de amparo, por escrito registrado el 22 de diciembre de 2015, interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales contra las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Las Palmas núm. 83-2015 “incluidos su decreto de incoación y decretos de tramitación y resto de resoluciones y diligencias adoptadas en las mismas”, dando lugar al procedimiento núm. 256-2015 tramitado por la Sección Segunda –sede en Las Palmas de Gran Canaria- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

El recurso fue formalizado por escrito registrado el 11 de enero de 2006 en cuyo encabezamiento se afirma que se formula demanda “contra las `Diligencias preprocesales penal nº 83-2015´ tramitadas contra mi representada por la Fiscalía Provincial de Las Palmas” y en el que se suplica “que en su día se dicte sentencia mediante la que se estime el recurso por estar las `Diligencias preprocesales penal nº 83-2015´ de la Fiscalía Provincial de las Palmas viciadas de nulidad de pleno derecho por las causas invocadas y la vulneración de los derechos fundamentales de mi representada, específicamente los art. 24, 23 y 18 de la CE: derecho de defensa en sus diversas modalidades de derecho a un proceso debido con todas las garantías, conforme a las normas de procedimiento, de competencia e imparcialidad de la autoridad actuante y con posibilidad de audiencia, contradicción y defensa; derecho a la participación política en relación con el derecho al sufragio pasivo en condiciones de igualdad y libertad, con neutralidad de las instituciones del Estado evitando la injerencia o interferencia política de las instituciones en perjuicio de una candidata electoral; y derecho al honor, a la intimidad personas y a la propia imagen, así como a la privacidad de las comunicaciones y datos, incluidos en dicheros materiales o telemáticos, salvo las excepciones que la ley prevea”.

b) El recurso contencioso-administrativo fue estimado parcialmente por sentencia núm. 61-2016, de 7 de marzo, anulándose las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Las Palmas por vulneración de los derechos fundamentales de los arts. 24.2 y 23.2 CE.

La sentencia expone en su fundamento de derecho primero como antecedentes fácticos sobre los que no existe contradicción lo siguiente:

(i) El 23 de noviembre de 2015 se recibió en la Fiscalía Provincial de Las Palmas un sobre cerrado dirigido a una de las fiscales conteniendo la fotocopia de un contrato de prestación de servicios. Ese mismo día, el Fiscal Jefe Provincial de Las Palmas, considerando que ese documento permitía concluir la existencia de una relación comercial entre la pareja sentimental de la demandante de amparo, que era la magistrada del Juzgado de Instrucción número 8 de Las Palmas, y una sociedad que estaba vinculada con una persona que era objeto de instrucción penal por delitos contra la Hacienda Pública en ese juzgado, decretó la apertura de diligencias preprocesales "con la finalidad de valorar la posible comisión de una infracción disciplinaria prevista en el art 417.8º LOPJ al no haberse abstenido del conocimiento del asunto por concurrir en ella la causa prevista en el artículo 219.10º LOPJ".

(ii) La Fiscalía citó en estas diligencias a determinadas personas a las que se le tomó declaración siendo informados de su condición procesal de testigos de conformidad con el art. 433 LECr, se recabó determinada documentación del Registro Mercantil y de una entidad bancaria y se ofició al Consejo General del Poder Judicial para que informara sobre la fecha en que la demandante había solicitado la excedencia para poder concurrir en las elecciones generales como candidata así como las incidencias de esa solicitud. Igualmente, se interesó del Juez de Instrucción del Juzgado núm. 8 de Las Palmas informe detallado sobre el estado en que se encontraba la tramitación de las diligencias previas conectadas con las diligencias preprocesales.

(iii) El 2 de diciembre de 2015 la demandante de amparo mantuvo una reunión en la Fiscalía interesándose por las diligencias de las que había tenido conocimiento por la prensa, siendo informada de su contenido general pero sin que se accediera a entregarle copia.

(iv) El 3 de diciembre de 2015 la Fiscalía Provincial emitió un comunicado con el siguiente tenor literal: "Ante las peticiones de información formuladas por diversos medios de comunicación, derivadas de las publicaciones aparecidas en el día de hoy en varios periódicos sobre una supuesta investigación de esta Fiscalía en relación con la Sra. doña Victoria Rosell, se ve en la obligación de informar lo siguiente: Que en esta Fiscalía se han incoado en pasadas fechas unas diligencias preprocesales de carácter informativo que tienen por objeto valorar la posible comisión de una infracción disciplinaria que, en su caso, sería puesta en conocimiento de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial. Estas diligencias, que no tienen carácter penal, se encuentran actualmente en tramitación, sin que se haya llegado a conclusión alguna en el momento de emitir este comunicado".

(v) La demandante de amparo, mediante escrito de 7 de diciembre de 2015 dirigido a la Fiscalía Provincial de Las Palmas, solicitó que se acordara la nulidad de las actuaciones, el traslado del expediente, alegando también la concurrencia de causa de abstención del fiscal jefe provincial y de la fiscal encargada de las diligencias.

(vii) El 11 de diciembre de 2015 la Fiscalía Provincial de Las Palmas decretó la remisión de lo actuado al Promotor de la Acción Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial por considerar que los hechos podían integrar las infracciones disciplinarias muy graves previstas en el art. 417.8 LOPJ, al no haberse abstenido del conocimiento de las diligencias penales concurriendo la causa del art 219.10 LOPJ, y en el art. 417.9 LOPJ, por desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales.

Finalmente, como consta en las actuaciones, por resolución del Promotor de la Acción Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 12 de febrero de 2016 se acordó no incoar expediente disciplinario contra la demandante de amparo.

c) La sentencia fundamenta la estimación parcial del recurso y la consecuente anulación de las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Las Palmas argumentando, respecto de la invocación del art. 24.2 CE, que la fiscalía carece de competencia para iniciar, instruir y resolver un procedimiento con la finalidad de dilucidar la posible existencia de una infracción disciplinaria de un juez o magistrado, ya que el art. 122.2 CE atribuye en exclusiva la competencia en materia disciplinaria al Consejo General del Poder Judicial y que, siguiendo ese mandato, el art. 605 LOPJ ha atribuido la competencia de iniciación e instrucción de expedientes disciplinarios y la presentación de los cargos ante la Comisión Disciplinaria, al Promotor de la Acción Disciplinaria, estableciendo también el art. 423 LOPJ la previsión de que, previamente a la incoación de un procedimiento disciplinario, se practiquen lo que denomina “diligencias informativas”, que inequívocamente se atribuyen a los órganos del Consejo General del Poder Judicial.

Por su parte, respecto de la invocación del art. 23.2 CE, se considera vulnerado este derecho fundamental argumentando que la normativa electoral establece el principio de neutralidad de los poderes públicos durante el periodo electoral, que en este caso ha sido

quebrantado mediante la nota informativa emitida por la Fiscalía Provincial en que, siendo en aquel momento la demandante candidata a unas elecciones generales, se dio cuenta pública de la existencia de las diligencias preprocesales y de que su finalidad era la posible existencia de una infracción disciplinaria cometida por la demandante de amparo.

d) La Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de casación, tramitado con el núm. 1226-2016, que fue estimado parcialmente por la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1229-2017, de 12 de julio, en el sentido de anular la sentencia impugnada y estimar solo parcialmente el recurso contencioso-administrativo “en el único extremo de entender afectado el derecho de la demandante a un proceso con todas las garantías, respecto de las decisiones adoptadas por la Fiscalía, que se anulan en los términos expresados en el fundamento jurídico decimocuarto”. La sentencia contiene el voto particular de tres magistrados que sustentan que los motivos de casación debieron ser desestimados.

La sentencia argumenta, respecto de la lesión del art. 23.2 CE, que la sentencia de instancia la ha vinculado exclusivamente a la nota informativa emitida por la Fiscalía Provincial, pero con ello se incurre en incongruencia por alteración de la *causa petendi*, ya que en el recurso contencioso-administrativo esta vulneración solo se vinculó a lo que se afirmó que eran filtraciones desde la Fiscalía, pero no concretamente a la emisión de la citada nota informativa (fundamento de derecho quinto). No obstante, concluye que tampoco la nota informativa ha vulnerado el art. 23.2 CE de la demandante, ya que no se ha afectado el resultado final de la elección. Añade que no se aprecia una vulneración de la normativa electoral imputable a la Fiscalía, pues se trata de una actuación realizada fuera del marco de prohibiciones de la legislación electoral, ajustada a la legalidad y que entra dentro de las competencias del Ministerio Público, ofreciendo una información aséptica y objetiva, “proporcionada a las circunstancias del caso y respetuosa de la debida reserva respecto de los derechos de la afectada” (fundamento de derecho séptimo).

La sentencia de casación argumenta, respecto de la vulneración del art. 24.2 CE, en contradicción con lo expresado en la sentencia de instancia, que la competencia para el desarrollo de estas diligencias preprocesales tiene amparo en el art. 124 CE, que atribuye al Ministerio Fiscal velar por la independencia de jueces y magistrados, y en el art. 423.1 LOPJ, que establece que el procedimiento disciplinario contra jueces y magistrados puede iniciarse a instancia del Ministerio

Fiscal. También se afirma que “las actuaciones que realice el Ministerio Fiscal para verificar si es procedente el ejercicio de la acción, sólo pueden tener como efecto jurídico externo el eventual ejercicio de la acción legal correspondiente, instando la iniciación del procedimiento disciplinario” (fundamento de derecho undécimo). No obstante, pone de manifiesto que esta facultad de la Fiscalía debe ejercerse respetando “los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa y en ningún caso su contenido debe ser de tal naturaleza que pueda condicionar el eficaz ejercicio del derecho de defensa en el ulterior del procedimiento disciplinario” (fundamento de derecho undécimo). A esos efectos considera que la cita de testigos con el requerimiento a uno de ellos para que se aporte comprobante del pago de contrato supone “una actuación de naturaleza probatoria que pudiera condicionar desde ese momento, aunque el riesgo se materializase más adelante, el ejercicio pleno del derecho de defensa en el procedimiento disciplinario que pudiera incoarse. Máxime cuando esta diligencia, de carácter marcadamente probatorio, se realizó sin observar los principios de contradicción y defensa que exige el art. 5.2 del EOMF” (fundamento de derecho decimocuarto). También se considera objetable el oficio en el que se pide al Consejo General del Poder Judicial que certifique determinados aspectos relativos a la excedencia voluntaria solicitada por la demandante, afirmando que “la investigación ya había madurado lo suficiente para dirigir la denuncia al Consejo General del Poder Judicial y en lugar de ello la Fiscalía prosigue sus diligencias, acopiando material probatorio y realizando actuaciones que pretendían preconstituir pruebas esenciales del procedimiento disciplinario que pudiera incoarse, y lo hace no sólo sin respetar los principios de contradicción y defensa, sino además siendo evidente que el MF tenía elementos suficientes para decidir si existían indicios racionales para denunciar las posibles infracciones disciplinarias. Las diligencias practicadas cuando ya se habían adverbado en forma suficiente los hechos que constaban en el contrato recibido en la Fiscalía pierden el carácter preliminar que consiente el artículo 5.3 del EOMF y deben ser consideradas como diligencias de indagación que, al ser susceptibles de condicionar el ejercicio del derecho de defensa en un procedimiento que por su naturaleza disciplinaria, está protegido por el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías instituido en el art. 24 de la CE” (fundamento de derecho decimocuarto).

Por tanto, concluye que “debemos estimar la demanda en el único extremo de entender vulneradas las garantías del artículo 24.2 de la CE como consecuencia de la actuación de la Fiscalía, en la medida en la que ésta se excedió en su actuación, vulnerando el derecho a un procedimiento con todas las garantías”, poniendo de manifiesto que “es suficiente a efectos de este procedimiento de derechos fundamentales entender que las diligencias preprocesales



practicadas, en los extremos que hemos indicado, menoscabaron con su realización la plena efectividad del derecho fundamental de doña María Victoria Rosell a un procedimiento con todas las garantías (artículo 24.2 CE) al invadir aspectos esenciales del procedimiento disciplinario reservado al CGPJ y vulnerar el derecho de defensa, y, en consecuencia, deben ser declaradas nulas en los términos razonados” (fundamento de derecho decimocuarto).

e) La demandante de amparo interpuso incidente de nulidad de actuaciones que, tras el trámite de alegaciones a las partes, fue inadmitido por auto de 24 de octubre de 2017 al considerarlo extemporáneo con el argumento de que el cómputo del plazo de veinte días establecido en el art. 241.1 LOPJ para pedir la nulidad debía incluir como días hábiles los del mes de agosto de conformidad con el art. 128.2 LJCA, ya que en este caso concreto el incidente se había instado dentro de un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

3. La demandante de amparo alega, como primer motivo de amparo, que el auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que la declaración de extemporaneidad se fundamenta en que para el cómputo del plazo resultaba de aplicación el art. 128.2 LJCA, que establece que en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales tendrá carácter de hábil el mes de agosto. Afirma que esta es una decisión que no está fundada en derecho y resulta irrazonable pues el incidente de nulidad de actuaciones es un medio impugnatorio regulado en la LOPJ al que son de aplicación las reglas de cómputo del art. 183 LPOJ sobre la consideración del mes de agosto como inhábil. Por ello solicita la anulación del auto con retroacción de actuaciones al momento previo a su pronunciamiento para que se resuelva de acuerdo con lo solicitado en el incidente de nulidad o, subsidiariamente, que se declare agotada la vía judicial previa al haberse presentado el incidente de nulidad de actuaciones en el plazo legalmente establecido.

La demandante de amparo expone, como segundo motivo de amparo, que la sentencia de casación ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), porque anuló el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre la existencia de una lesión del art. 23.2 CE, tras considerar erróneamente que habría incurrido en incongruencia *extrapetita*. Argumenta que en los fundamentos de derecho de su recurso contencioso-administrativo se alegó en los motivos

primero y segundo que la Fiscalía era la responsable de la difusión de la información de las diligencias tanto de la que es autora, en referencia a la nota de prensa del 3 de diciembre de 2015, como del resto al no haber asegurado y defendido su reserva. Por ello solicita la nulidad de la sentencia de casación y que se resuelva sobre la infracción del art. 23.2 CE en los términos planteados en el cuarto motivo de amparo.

La demandante de amparo afirma, como tercer motivo de amparo, que las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de las Palmas núm. 83-2015 y la sentencia de casación han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de competencia del Ministerio Fiscal para incoar y tramitar dichas diligencias en materia disciplinaria de jueces y magistrados. Señala que el art. 122 CE establece una competencia exclusiva del CGPJ en esta materia disciplinaria y que no resulta asumible considerar que las diligencias preprocesales pueden quedar limitadas a la facultad de evaluar la posibilidad de instar este procedimiento disciplinario de conformidad con el art. 423.1 LOPJ, ya que el art. 605 LOPJ establece que corresponde al Promotor de la Acción Disciplinaria la recepción de denuncias, así como la iniciación e instrucción, en su caso, tanto de diligencias informativas sobre esas denuncias como de los expedientes disciplinarios y la presentación de los cargos ante la Comisión Disciplinaria. Por ello solicita la nulidad de las diligencias preprocesales así como de la sentencia de casación, en la medida que no declara la nulidad de las diligencias desde su origen y en toda su extensión.

La demandante de amparo considera, como cuarto motivo de amparo, que la actuación de la Fiscalía Provincial de las Palmas desarrollada dentro de las diligencias preprocesales de haber facilitado a los medios de comunicación información sobre la investigación llevada a cabo, incluyendo la nota informativa de 3 de diciembre de 2017, y la sentencia de casación, han vulnerado su derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) por haber quebrantado el principio de neutralidad de los poderes públicos durante la campaña electoral en la que era candidata al Congreso de los Diputados. Por ello solicita que “se declare la nulidad de la nota informativa acordada en las diligencias preprocesales 83-2015 tramitadas por la Fiscalía Provincial de Las Palmas y difundida por la misma el 3 de Diciembre de 2015”, así como de la sentencia de casación en la medida en que no declaró dicha vulneración.

La demandante de amparo justifica que el recurso tiene especial trascendencia constitucional porque plantea una cuestión novedosa sobre la que no existe jurisprudencia del



Tribunal tanto respecto de la vulneración imputada al auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones como la referida a la ausencia de competencia del Ministerio Fiscal para incoar diligencias relativas a la conducta de jueces y magistrados a efectos disciplinarios y la relativa a la lesión del art. 23.2 CE por quebranto de la neutralidad de la Fiscalía a partir de la publicación de su nota informativa. Igualmente, destaca que los aspectos sometidos a la consideración del Tribunal tienen trascendencia general, social y política.

4. La Sección Cuarta del Tribunal, por ATC 99/2018, de 24 de septiembre, acordó estimar justificada la abstención del magistrado don Antonio Narváez Rodríguez por concurrir la causa prevista en el art. 219.12 LOPJ, apartándole definitivamente del conocimiento del referido recurso y de todas sus incidencias.

5. La Sección Cuarta del Tribunal, por providencia de 29 de octubre de 2018, acordó la admisión a trámite del presente recurso, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)] y, además, el asunto suscitado trasciende el caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)]; y dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales para que remitan certificación o copia adverada de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el recurso de amparo.

6. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal, por diligencia de ordenación de 11 de enero de 2019, acordó tener por personada a la Abogacía del Estado y dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 22 de febrero de 2019, formuló alegaciones interesando que se desestime el amparo solicitado.

El Ministerio Fiscal afirma, en relación con el objeto del recurso de amparo, que las invocaciones referidas a las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Las Palmas núm. 83-2015 han de entenderse referidas contra el decreto de 11 de diciembre de 2015, que puso fin a las mismas.

El Ministerio Fiscal considera que la circunstancia de que el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto fuera inadmitido por extemporaneidad determina un defectuoso agotamiento del sistema de impugnativo que implica, por el denominado “efecto arrastre” (STC 101/2018, de 1 de octubre), que las invocaciones del art. 24.1 CE imputadas a la sentencia de casación estén incursas en la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa (STC 111/2000, de 5 de mayo y ATC 132/2018, de 19 de diciembre). De ese modo, en su opinión, solo quedan subsistentes las invocaciones del art. 24.1 CE dirigidas al auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones y del art. 24.2 CE referida a las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal afirma que hay que desestimar la vulneración alegada del art. 24.1 CE por la decisión judicial de inadmisión por extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones, ya que la interpretación y aplicación sobre el computo del plazo de ese medio impugnatorio –conforme al cual no pueden descontarse los días del mes de agosto de acuerdo con el art. 128.1 LJCA por haberse planteado en el contexto de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales- no incurre en ningún defecto constitucional de motivación; añadiendo: “Lo que, sin embargo, no ha de impedir que se reconozca que el criterio sostenido al respecto por la parte recurrente también es perfectamente sostenible en Derecho, sobre todo si se considera que el incidente de nulidad de actuaciones es, en rigor, un auténtico proceso de defensa de los derechos fundamentales que se desarrolla ante la jurisdicción ordinaria y que está dotado de sustantividad propia, motivo por el cual podrían entenderse aplicables las disposiciones del artículo 183 LOPJ”.

El Ministerio Fiscal también sostiene que debe ser desestimada la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías imputada al decreto del Ministerio Fiscal impugnado que la demandante fundamenta en que carece de competencia para investigar e incoar e instruir cualquier tipo de procedimiento o diligencias relativos a la conducta de los jueces y magistrados a efectos disciplinarios. A esos efectos, argumenta que el art. 124.1 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de velar por la independencia de los tribunales y el art. 423.1 LOPJ le habilita para promover el inicio del procedimiento disciplinario contra jueces y magistrados que se contempla en los artículos 414 y siguientes de la LOPJ, por así disponerlo el artículo, por lo que no ha existido la invasión competencial alegada, ya que en este caso las diligencias preprocesales desarrolladas no se movían en el terreno del procedimiento disciplinario ni tampoco de las

diligencia informativas previas a dicho procedimiento, sino todavía en una fase anterior “cuál es la de concretar con precisión los hechos de que el Ministerio Fiscal tiene conocimiento, la de determinar si existe motivo para una actuación del Ministerio Fiscal fundada en tales hechos y, en caso positivo, decidir qué clase de actuación ha de promoverse de entre las varias posibles”.

8. La Abogacía del Estado, por escrito registrado el 12 de febrero de 2019, formuló alegaciones solicitando que se desestime la invocación del art. 24.1 CE imputada a la decisión de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones e inadmitir el recurso respecto del resto de invocaciones por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

La Abogacía del Estado afirma, tras exponer la jurisprudencia constitucional en la materia, que la decisión judicial sobre la extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones no ha vulnerado el art. 24.1 CE, pues se trata de la apreciación de una causa de inadmisión prevista legalmente que, sin perjuicio de la discrepancia de la demandante de amparo, ha sido interpretada y aplicada sin incurrir en ningún defecto constitucional de motivación. En conexión con ello sostiene que procede la inadmisión de los motivos de amparo referidos a la sentencia por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

No obstante, la Abogacía del Estado, entrando al análisis de fondo de las invocaciones imputadas a la sentencia de casación, afirma que no concurre la alegada vulneración del art. 24.1 CE por haber dejado imprejuzgada la cuestión relativa a si la nota informativa emitida por la Fiscalía Provincial de Las Palmas había lesionado el art. 23.2 CE, ya que sí fue objeto de tratamiento en el FJ 7 al analizar los motivos sexto y segundo de los recursos de casación formulados por la Abogacía del Estado y por el Ministerio Fiscal, respectivamente. Igualmente, argumenta que las diligencias preprocesales desarrolladas por la Fiscalía Provincial de Las Palmas tienen cobertura legal en el art. 5.3 *in fine* EOMF, siendo un cauce adecuado para adoptar la decisión sobre solicitar o no al CGPJ el ejercicio de la potestad disciplinaria a la que le habilita el art. 423.1 LOPJ, por lo que tampoco concurre la aducida vulneración del art. 24.2 CE. Por último, la Abogacía del Estado considera que la publicación de la nota informativa de la Fiscalía Provincial de Las Palmas no ha vulnerado el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 C), ya que la demandante fue efectivamente elegida y este derecho fundamental “no abarca el derecho a ser elegido y a no ser perturbado por hecho objetivo alguno en campaña electoral y menos por la publicación de información veraz de la Fiscalía”.

9. La demandante de amparo no presentó alegaciones.

10. Por providencia de 17 de marzo de 2022, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del recurso.

El recurso de amparo que se examina tiene una naturaleza mixta, pues va dirigido contra determinadas actuaciones del Ministerio Fiscal (al amparo del artículo 43 LOTC) y contra determinada resolución judicial (al amparo del artículo 44 LOTC).

(i) La demandante de amparo impugna por la vía del art. 43 LOTC las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de las Palmas núm. 83-2015 a las que imputa, por un lado, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de competencia del Ministerio Fiscal para incoar y tramitar dichas diligencias en materia disciplinaria de jueces y magistrados; y, por otro, la vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), pues a su juicio mediante las citadas diligencias se quebrantó el principio de neutralidad de los poderes públicos a raíz de la convocatoria electoral en la que la demandante de amparo se presentó como candidata al Congreso de los Diputados. La alegada vulneración se produjo cuando la expresada fiscalía facilitó a los medios de comunicación información sobre el desarrollo de las diligencias y emitió una nota informativa con el mismo objeto el 3 de diciembre de 2017.

La demandante de amparo también alega en su recurso que la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1229-2017, de 12 de julio, ha vulnerado, por un lado, sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haber declarado la nulidad de las diligencias desde su origen y en toda su extensión por falta de competencia del Ministerio Fiscal para incoar y tramitar diligencias preprocesales en materia disciplinaria de jueces y magistrados; y, por otro, sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), porque, aun declarando la nulidad de las diligencias preprocesales

practicadas por el Ministerio Fiscal, desestimó el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre la vulneración del art. 23.2 CE por la difusión de la nota informativa emitida por esta institución.

En la medida en que estas últimas vulneraciones se fundan en que la resolución judicial no reparó las lesiones de derechos fundamentales que se consideran producidas por la actuación del Ministerio Fiscal directamente impugnada, carecen de sustantividad propia y deben ser analizadas junto con las aducidas por la vía del art. 43 LOTC.

(ii) La demandante de amparo impugna por la vía del art. 44 LOTC el auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017 por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones, al que le imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por haber apreciado extemporaneidad en la presentación del incidente de nulidad.

En conexión con esta invocación, debe resolverse la causa de inadmisión alegada por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal consistente en que la citada declaración judicial de extemporaneidad determina un defectuoso agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1.a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC] para la resolución de las vulneraciones imputadas a la sentencia de casación.

Dado que la impugnación fundada en el artículo 44 LOTC plantea una cuestión relacionada con la admisibilidad del recurso de amparo, debe ser examinada en primer lugar.

2. La invocación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones (art. 44 LOTC).

En relación con las vulneraciones invocadas en el recurso de amparo bajo la cobertura del art. 44 LOTC se destacan los siguientes antecedentes relevantes:

(i) El incidente de nulidad de actuaciones promovido por la demandante de amparo se inadmitió por el Tribunal Supremo, tras el trámite de alegaciones por las partes, por considerarlo extemporáneo con fundamento en que el cómputo del plazo de veinte días establecido en el art. 241.1 LOPJ para pedir la nulidad debía incluir como días hábiles los del mes de agosto de

conformidad con el art. 128.2 LJCA, ya que el incidente se había instado dentro de un procedimiento especial en materia de derechos fundamentales.

(ii) El Tribunal tiene declarado que, sin ser un recurso en sentido estricto, el incidente de nulidad de actuaciones es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado conforme al parámetro de control propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido. Según reiterada jurisprudencia constitucional en la jurisdicción de amparo el análisis de la posible inconstitucionalidad vinculada a la vulneración del derecho de acceso a los recursos debe limitarse a comprobar si la resolución de inadmisión está motivada y no ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando una ponderación acerca de su corrección jurídica. En el bien entendido de que el órgano judicial debe realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, ya que las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones cuando es procedente su planteamiento implican la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria (STC 102/2020, de 21 de septiembre, FJ 4).

3. Valoración del Tribunal sobre la pretensión de amparo fundada del artículo 44 LOTC.

Se observa que la resolución judicial impugnada no plantea ninguna objeción desde la perspectiva de las exigencias constitucionales de motivación. Es una resolución fundada en derecho –se aplica el art. 241.1 LOPJ, en relación con el art. 128.1 LJCA– y se exponen las razones por las que se estima aplicable al caso la previsión específica de computar el mes de agosto como hábil frente al régimen general establecido en el art. 183 LOPJ, que lo considera inhábil. Se argumenta, en efecto, que el incidente se había promovido en el marco de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

Al tratarse de una decisión judicial fundada en derecho, que no ha incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, el Tribunal considera que no ha existido la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) alegada por la demandante de amparo.

En relación con la concurrencia de la posible falta de agotamiento de la vía judicial, debe considerarse la apreciación del Ministerio Fiscal de que la interpretación alternativa efectuada por la demandante de amparo también es sostenible en derecho, atendiendo a que el incidente de



nulidad de actuaciones es, en rigor, un auténtico proceso de defensa de los derechos fundamentales que se desarrolla ante la jurisdicción ordinaria y que está dotado de sustantividad propia, motivo por el cual tampoco habría objeción jurídica a entender aplicables las disposiciones del artículo 183 LOPJ.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que cuando la frustración de un medio de impugnación por incumplimiento de los requisitos procesales se produce por causas solo imputable a la conducta procesal de quien recurre en amparo equivale a su no utilización e implica que concurra la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial por defectuoso agotamiento (así, en relación con supuestos de inadmisión de medios impugnatorios por extemporaneidad de su presentación, SSTC 9/1992, de 16 de enero, FJ 5; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; STC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3 o 114/2009, de 14 de mayo, FJ 3); destacando que eso solo sucede cuando la descuidada o errada conducta procesal del recurrente a la hora de cumplir con los requisitos de tiempo y forma legalmente exigidos resulte la determinante del fracaso de un recurso, siendo el criterio decisivo a tener en cuenta la falta de diligencia en el comportamiento procesal del recurrente, como elemento de carácter subjetivo que no depende ya exclusiva ni principalmente de lo dispuesto en la legislación procesal (así, SSTC 8/2020, de 27 de enero, FJ 2; y 166/2020, de 16 de noviembre, FJ 2). En aplicación de esta jurisprudencia el Tribunal ha considerado que no cabe apreciar un defectuoso agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo cuando el incumplimiento del presupuesto procesal que impidió dar una respuesta sobre el fondo en dicha vía judicial resultaba una cuestión jurídicamente controvertida (así, STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 2; o 92/1999, de 26 de mayo, FJ 2).

En atención a estas consideraciones debe concluirse que en este caso la declaración de inadmisión por extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones no puede considerarse como determinante de un defectuoso agotamiento de la vía judicial previa para apreciar la causa de inadmisión del recurso de amparo prevista en el art. 50.1.a), en relación con el art. 44.1.a) LOTC. No se aprecia, en efecto, que haya concurrido en este caso una falta de diligencia por la recurrente, pues la extemporaneidad ha sido declarada fundándose en una interpretación que no es incontrovertible sobre la norma aplicable para el cómputo de plazo respecto del carácter hábil o inhábil del mes de agosto.

En conclusión, el Tribunal considera que no concurre en el presente recurso la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial alegada por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal.

4. La invocación del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de acceso a los cargos públicos en relación con las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal (art. 43 LOTC).

En relación con las vulneraciones invocadas en el recurso de amparo bajo la cobertura del art. 43 LOTC se destacan los siguientes antecedentes relevantes:

(i) La demandante de amparo planteó en su recurso contencioso-administrativo de protección de derechos fundamentales como única pretensión la nulidad de las diligencias preprocesales de la Fiscalía a que se refiere el recurso con fundamento en la concurrencia de diversas vulneraciones de derechos fundamentales: por un lado, la del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, pues se alegaba que no se habían respetado los principios de audiencia, contradicción, defensa e imparcialidad, y que la Fiscalía Provincial carece de competencia para investigar reservadamente en materia disciplinaria a un juez o magistrado; y, por otro, la del derecho a la participación política del art. 23.2 CE, pues se alegaba que en dichas diligencias se había quebrantado por parte de la Fiscalía Provincial de Las Palmas la obligación de neutralidad de las instituciones en periodo electoral al facilitar informaciones a los medios de comunicación.

(ii) La sentencia de instancia estimó esta pretensión por considerar cometidas las vulneraciones alegadas y, en consecuencia, anuló las diligencias preprocesales razonando que se habían lesionado el derecho de la recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de competencia de la Fiscalía Provincial de Las Palmas para su incoación y su derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE) por haber incurrido esa fiscalía en un quebranto del principio de neutralidad en periodo electoral.

(iii) La sentencia de casación no estimó la alegación de la falta de competencia de la Fiscalía para incoar estas diligencias ni la de que la conducta desarrollada en su marco hubiera vulnerado el art. 23.2 CE, sino que basó la estimación de la pretensión de nulidad de las diligencias preprocesales, en una declaración a cuyos términos se remite el fallo, según la cual

“es suficiente a efectos de este procedimiento de derechos fundamentales entender que las diligencias preprocesales practicadas, en los extremos que hemos indicado, menoscabaron con su realización la plena efectividad del derecho fundamental de doña María Victoria Rosell a un procedimiento con todas las garantías (artículo 24.2 CE) al invadir aspectos esenciales del procedimiento disciplinario reservado al CGPJ y vulnerar el derecho de defensa, y, en consecuencia, deben ser declaradas nulas en los términos razonados” (fundamento de derecho decimocuarto).

5. Valoración del Tribunal sobre la pretensión de amparo fundada del artículo 43 LOTC.

En estas circunstancias el Tribunal concluye respecto de las invocaciones de los arts. 24.2 y 23.2 CE realizadas en este procedimiento, que ya no existía lesión constitucional alguna. Las vulneraciones de estos derechos fundamentales se imputan a unas actuaciones de la Fiscalía Provincial de Las Palmas –las diligencia preprocesales núm. 83-2015– que han sido declaradas de manera concluyente en la vía judicial tanto en la sentencia de instancia como en la de casación como radicalmente nulas y, por tanto, inexistentes jurídicamente.

En efecto, en el fallo de casación se anulan “las decisiones adoptadas por la Fiscalía”, sin otra precisión que la que deriva de la frase “en los términos expresados en el fundamento jurídico decimocuarto”, la que se refiere a los fundamentos en virtud de los cuales se produce la anulación, pero no implica restricción alguna de sus efectos. En el voto particular formulado por algunos magistrados a la sentencia de casación se afirma que la Sala acaba apreciando la razón de decidir principal de la sentencia de instancia, aunque se discrepa respecto de la apreciación de que el Ministerio Fiscal, dentro de ciertos límites, tiene facultades de investigación en materia disciplinaria sobre los jueces.

Con esta declaración judicial firme y definitiva en la vía judicial la demandante ha obtenido un pronunciamiento por el que se restablecen sus derechos fundamentales en términos equivalentes a los garantizados en el art. 53.2 CE mediante la estimación de un recurso de amparo. La circunstancia de que su pretensión de nulidad de las citadas diligencias preprocesales fuera estimada en la vía judicial con fundamento en una u otra de las invocaciones de derechos fundamentales o de las alegaciones que la recurrente alternativamente adujo en defensa de dichas invocaciones no permite al Tribunal en esta jurisdicción de amparo entrar a analizar las relevantes y novedosas cuestiones que se nos plantean –que determinaron la admisión a trámite de este

recurso de amparo—, ya que la acción de amparo constitucional está vinculada, entre otros requisitos, a la concurrencia de un gravamen ligado a la efectividad de la lesión alegada (STC 39/2019, de 26 de marzo, FJ 3), lo que no concurre en este caso, dado que existe una concluyente, firme e inequívoca declaración de nulidad de las actuaciones a las que se imputan las vulneraciones denunciadas suficiente para estimar restablecidos los derechos fundamentales vulnerados, con independencia de la razón operativa y de los motivos auxiliares en que se funda el órgano judicial para llegar a tal conclusión.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido denegar el amparo solicitado por doña María Victoria Rosell Aguilar.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil veintidós.