

## LA LÓGICA DE LA SUBSIDIARIEDAD Y SUS PERVERSIONES

Los recursos de amparo mixtos (\*)

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

*SUMARIO:* I. LA ESTRUCTURA DEL AMPARO MIXTO: DOS PRETENSIONES, UNA DEMANDA.—  
II. LA POSIBILIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—  
III. EL ORDEN LÓGICO DE EXAMEN DE LAS PRETENSIONES. LA DESCONCERTANTE INCERTIDUMBRE DE  
LA JURISPRUDENCIA.—IV. EL PROBLEMA DE FONDO: LA SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO Y EL DOBLE  
SENTIDO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA.—V. LA ACUMULACIÓN CONGRUENTE DE PRETENSIONES AUTÓ-  
NOMAS. UNA PROPUESTA.

### I. LA ESTRUCTURA DEL AMPARO MIXTO: DOS PRETENSIONES, UNA DEMANDA

Los llamados *recursos de amparo mixtos* son el resultado de la acumulación de dos pretensiones impugnatorias autónomas en una misma demanda. Una de ellas se dirige contra lo que, simplificando, cabe denominar «acto administrativo», expresión bajo la que se comprenden todas las formas jurídicas mencionadas en el artículo 43 LOTC; la otra lo hace frente a lo que, también buscando la simplicidad, puede incluirse en el género de las «resoluciones judiciales», entendiéndose por tales los actos y las omisiones de los que se ocupa el artículo 44 LOTC.

---

(\*) Texto de la ponencia expuesta en el seminario «Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria», organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Fundación Pedro Barrié de la Maza, bajo la dirección del Prof. Rubio Llorente. Agradezco de manera particular la atenta lectura de un primer borrador por parte de Javier Jiménez Campo, Ángel Marrero, Luis Pomed y José María Rodríguez de Santiago, de cuyas inteligentes observaciones se han beneficiado estas páginas.

Si bien hay en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional una tercera vía de impugnación en amparo —la prevista en su artículo 42 frente a actos parlamentarios sin valor de ley—, la acumulación de pretensiones que está en la base del fenómeno de los recursos mixtos sólo puede darse respecto de las acciones ejercitables a través de los artículos 43 y 44 LOTC. Sería imposible, en efecto, acumular una pretensión propia del artículo 42 con otra del artículo 43 o del 44, pues aquélla se ejercita a través de un proceso constitucional en el que no concurre un denominador que es común a las vías impugnatorias de estos dos últimos preceptos. Tal denominador no es otro que la existencia de un proceso judicial. En un caso, como vía previa al amparo (art. 43 LOTC); en el otro, como marco en el que se genera el acto contra el que, precisamente, se recurre ante el Tribunal Constitucional (art. 44 LOTC). Luego se verá que el dato común de la existencia de un proceso judicial dista mucho de suponer que ambos cauces sean homologables, dado el distinto carácter con el que se presenta en cada caso esa vía previa. Por ahora, sin embargo, hemos de presumir esa «comunidad», pues desde ella se explican el alcance del fenómeno de los amparos mixtos y el perfil característico que tales recursos han ido adquiriendo en la jurisprudencia.

El carácter mixto de estos amparos es el resultado, según se ha dicho, de la concurrencia de dos pretensiones autónomas. No hay, por tanto, mixtura alguna por el solo hecho de que se impugnen varios actos o resoluciones si sobre unos y otras se suscita una misma controversia, referida siempre a una misma lesión originaria. Otra cosa supondría que los recursos de amparo previstos en el artículo 43 LOTC serían siempre, por definición, amparos mixtos, ya que, como se sabe, la impugnación del acto administrativo causante de la lesión denunciada implicará, si prospera, la nulidad del mismo y la de cuantas resoluciones judiciales lo hayan confirmado (1). Por decirlo con las palabras de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se suscitó el posible concurso de impugnaciones *ex* artículos 43 y 44 LOTC, las decisiones dictadas en la vía judicial previa del artículo 43 «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»

---

(1) Entendiendo por «confirmación», en sentido amplio, simplemente la no anulación, que puede resultar tanto de una confirmación en sentido estricto como de una decisión de inadmisión del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

(STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ. 2.º). Por ello, si la denuncia de las sentencias confirmatorias «no se fundara en otra presunta lesión que la que se denuncia [frente al] acuerdo [administrativo] habría que entender que la alusión [a las mismas] era intrascendente y resultado sólo de una defectuosa interpretación del art. 43 de la LOTC» (*ibid.*).

Las pretensiones acumuladas deben corresponderse, por tanto, con otras tantas impugnaciones, respectivamente dirigidas contra un acto administrativo y, de manera separada, contra la sentencia confirmatoria de dicho acto, persiguiéndose con cada una de ambas impugnaciones, de manera congruente, una declaración de nulidad fundada en lesiones específicas. Sin embargo, no puede ser suficiente con la concurrencia de pretensiones autónomas. Es preciso, además, que éstas sean *compatibles* en sus efectos, lo que, como veremos, no suele ser el caso, hasta el punto de que, contra lo que puede desprenderse del examen de la jurisprudencia constitucional, los supuestos de auténtica conmixción de pretensiones de amparo pueden considerarse excepcionales. Lo que abunda, por el contrario, es la *confusión* de pretensiones, propiciada por un entendimiento distorsionado del principio de subsidiariedad del amparo constitucional del que sólo se desprende una tergiversación sistemática de los límites que acogen a las jurisdicciones que con aquel principio se quiere separar. En no escasa medida, el propio Tribunal Constitucional es el responsable último de esa consecuencia, más allá de que sean los demandantes de amparo los primeros en amalgamar pretensiones contradictorias o excluyentes. Con frecuencia, lejos de ordenar y sistematizar esa pluralidad de pretensiones y reducirlas, llegado el caso, a una única pretensión atendible, el Tribunal aboca a la confusión cuando él mismo confunde el sentido radicalmente diverso de las acciones subsumibles en los artículos 43 y 44 de su Ley Orgánica. De alguna manera, el Tribunal Constitucional incurre en el defecto frente al que advertía en la citada STC 6/1981, pues viene a concluir que el amparo no puede tener otro objeto que una acción u omisión judiciales. A la tendencia que le lleva a reducir sus criterios de enjuiciamiento a los que se derivan del derecho a la tutela judicial, se une así la paralela reconducción de los posibles objetos procesales al que sólo se contempla en el artículo 44 LOTC. Se trata, en definitiva, de una muestra más de la progresiva *judicialización* de los métodos y perspectivas de la jurisdicción constitucional, cada vez más una jurisdicción de lo razonable, tanto en el control de la actividad judicial propiamente dicha (art. 24 CE) como en la fiscalización del proceder de cualquier otro poder público.

El interés que puede suscitar el fenómeno de los amparos mixtos va más allá, por lo que acaba de decirse, de lo puramente procesal. O, para ser justos, es su naturaleza estrictamente procesal la que le confiere una dimensión sustantiva, en la medida en que toda dificultad de esa naturaleza es siempre sinto-

mática de una cuestión de fondo. El problema, en este caso, no es sólo el de la evidente deriva de la jurisprudencia constitucional en el tratamiento de los amparos mixtos. Con ser indiscutible, la incertidumbre del Tribunal en este punto responde a una dificultad mayor: la de articular en forma su jurisdicción con la de los Tribunales ordinarios. Y es esta dificultad la que aquí quiere subrayarse. Para ello será conveniente demorarse en la exposición de los derroteros que ha seguido el Tribunal Constitucional en relación con los amparos mixtos, y que le han llevado desde la prevención vigilante frente a una eventual acumulación de acciones hasta la confusión pura y simple entre vías procesales por las que discurre una diversidad de objetos cuya especificidad no siempre se ha sabido advertir.

El examen de la jurisprudencia constitucional demuestra que la aparición de los amparos mixtos fue relativamente tardía, pues en un primer momento se sospechaba que la concurrencia de pretensiones sólo podía explicarse como una anomalía, corregible a poco que se afinara en la identificación del verdadero objeto de la controversia. Tras una primera etapa caracterizada por la severidad del Tribunal en el deslinde de las pretensiones de amparo y en su ordenación sistemática, da comienzo una segunda en la que aquel rigor se ve desplazado por la asunción escasamente crítica de la figura procesal-civil de la acumulación de acciones, momento a partir del cual los amparos mixtos pasan a convertirse en un fenómeno cotidiano. Por último, la relajación metodológica ha terminado por convertirse en ausencia de criterio a la hora de ordenar el examen de las pretensiones acumuladas y precisar el modo en que deben repararse las lesiones advertidas. De todo esto me ocupo en lo que sigue.

## II. LA POSIBILIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como ya se ha dicho, la primera ocasión en la que se suscitó el posible concurso de pretensiones de amparo *ex* artículos 43 y 44 LOTC se dio en la STC 6/1981. Dado que en el caso se denunciaba una lesión autónomamente imputable a la Sentencia que confirmaba el acto administrativo también recurrido en amparo, entendió la Sala que «la violación argüida podría haber dado origen a una demanda de amparo que, aunque deducida en el mismo escrito que la dirigida contra el acuerdo [administrativo], hubiera exigido un tratamiento separado» (FJ. 2.º). En definitiva, la acumulación de pretensiones no podía derivar en una resolución *acumulada* de las mismas, sino que se imponía el tratamiento separado de ambas, como si se tratara de dos demandas distintas. La Sala no llega al punto de dar el paso siguiente, esto es, precisar el orden en

el que debían examinarse cada una de las pretensiones, pues el examen de la demanda en la que una y otra se acumularon le llevó a la conclusión de que, en realidad, la única pretensión atendible era la encauzada por la vía del artículo 43 LOTC (2).

El deslinde entre ambas vías impugnatorias volvió a ser objeto de discusión en la STC 15/1981, de 7 de mayo. En lo que importa aquí, se insiste otra vez en que la vía seguida es la del artículo 43 si la violación imputada a la sentencia judicial «se hace coincidir exactamente con el objeto de la controversia que se ventiló en el proceso en que recayó [dicha] sentencia» (FJ. 3.º). Con relativa claridad, en estos primeros pronunciamientos se partía del entendido de que la vía previa del artículo 43 LOTC es un proceso subordinado al enjuiciamiento de un acto administrativo que finalmente se convierte en objeto de una demanda de amparo. No es, en otras palabras, la vía judicial del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal, sino una «vía antecedente», sin autonomía propia y al servicio de la subsidiariedad. El Poder Judicial no es en ella objeto de control, sino colaborador necesario en el empeño de controlar al Gobierno y la Administración.

Sin embargo, en una resolución tan temprana como el ATC 3/1980, de 16 de septiembre, puede encontrarse ya el punto de partida de un equívoco que acaso esté en el origen de las simplificaciones que luego han llevado al Tribunal Constitucional a desdibujar los contornos de una y otra vías impugnatorias. Se afirmaba allí, en efecto, que «el recurso de amparo constitucional [...] no es, en los casos de los arts. 43 y 44 de la LOTC, directo, sino que al Tribunal Constitucional sólo puede acudir una vez que se haya agotado la vía judicial procedente» (FJ. 1.º). Con esta última expresión («vía judicial procedente») se traiciona una equivalencia que no se acoge en la Ley Orgánica (3). De «vía judicial procedente» sólo se habla en el artículo 43, mientras que en el 44 se alude al agotamiento de «los recursos utilizables dentro de la vía judicial». La diferencia no es, a mi juicio, despreciable, pues con ella se significa que en un

---

(2) «Como quiera que la pretensión referida a estas Sentencias es redundante, puesto que su eficacia es función de la que se atribuya al acto [administrativo], hay que concluir que es éste el que es objeto del recurso y que es la violación de la libertad de expresión [...] el vicio que se le achaca y el que motiva la pretensión de su anulación» (*loc. ult. cit.*). Es decir: la impugnación autónoma por el cauce del artículo 44 LOTC exige una pretensión también autónoma y congruente con aquélla, entendiéndose por tal la que persigue una nulidad basada en la lesión específicamente imputada a la sentencia.

(3) Un caso temprano de equiparación en sentencia entre ambas expresiones se encuentra en la STC 20/1981, de 11 de junio, en la que se censura a los recurrentes haber acudido al amparo «sin agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial, incumpliendo con ello el requisito que, en el caso del art. 43 de la LOTC, manda su apartado 1» (FJ. 2.º).

caso, el del artículo 43 LOTC, la lesión surge fuera de toda vía judicial, debiendo iniciarse y agotarse ésta antes de acudir en amparo contra el acto lesivo, en tanto que en el supuesto del artículo 44 la lesión surge ya en aquella vía (sea en un proceso ya iniciado, sea, precisamente, por la negativa judicial —excepcionalmente, administrativa— a permitir el inicio de un proceso).

Aunque las bases para la confusión parecen ya sentadas desde el principio, lo cierto es que durante los primeros años de la jurisprudencia constitucional no se encuentran recursos de amparo mixtos. Sin duda porque el propio Tribunal se esmeró en llevar a una u otra sedes aquellas demandas que se presentaban como dirigidas contra un acto administrativo y, autónomamente, contra la sentencia judicial confirmatoria. Y, sobre todo, porque se cuidó, muy especialmente, de abortar cualquier acumulación de pretensiones autónomas pero incompatibles, es decir, de aquéllas cuya satisfacción produciría como resultado que la subsidiariedad del amparo degenerara en la simple *instrumentalidad* de la jurisdicción constitucional.

Buen ejemplo de ese cuidado puede verse en la STC 24/1983, de 6 de abril, donde el Tribunal adopta un criterio correctísimo, por más que al final, lamentablemente, se deje llevar por un antiformalismo mal entendido que le conduce a la contradicción. El actor impugnaba un acto administrativo y, al tiempo, la resolución judicial que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo especial intentado contra aquél, interesando —en el suplico— que se declarara admitido a trámite ese proceso. El Tribunal sólo puede censurar este proceder. Tras precisar que la lesión de derechos fundamentales se imputa al acto administrativo, señala que el recurrente, con su planteamiento de la cuestión, «se limita a pedir una tutela jurídica «instrumental», a saber, que [...] se ordene la prosecución [del recurso especial] sin haber llegado, en cambio, a solicitar [...] la reforma del [...] acto administrativo [...]. Sobre esta base, la pretensión ejercitada [...] incurre en falta de coherencia, por cuanto, partiendo de que el acto administrativo viola el art. 14 CE y centrando su fundamentación en este punto, no solicita luego la revisión de tal acto en vía de amparo» (FJ. 1.º).

Resulta, en efecto, incoherente impugnar en amparo un acto administrativo supuestamente lesivo de derechos fundamentales, hacer lo propio —y de manera autónoma— con la sentencia confirmatoria y solicitar finalmente de la Sala un pronunciamiento que podría obtenerse con la sola impugnación de la sentencia judicial. A mi juicio, la impugnación del acto administrativo debe corresponderse siempre con una pretensión de nulidad del mismo; y como quiera que la misma correspondencia debe darse cuando se impugna autónomamente la resolución judicial confirmatoria, es evidente que la concurrencia de ambas pretensiones no siempre será posible sin incurrir en la exclusión de una u otra. Según veremos, esa posibilidad sólo cabe si la pretensión de nuli-

dad del acto administrativo se erige como pretensión principal y, por su parte, la dirigida contra la sentencia confirmatoria se esgrime, bien con carácter igualmente principal y sobre la base de infracciones de derechos fundamentales sustantivos, bien de manera subsidiaria, por infracción de derechos procesales y para el caso de que aquel acto pudiera adolecer de vicios de mera ilegalidad. En otras palabras, la concurrencia de pretensiones impugnatorias sólo será viable si, descartada la inconstitucionalidad del acto administrativo, se imputa a la sentencia una lesión sustantiva o, invocándose una lesión adjetiva, quiere todavía sostenerse la ilegalidad de aquél, pretendiéndose así algo que el Tribunal Constitucional no está en situación de dispensar y que hace inevitable la retroacción de lo actuado en la vía ordinaria. En otro caso, interesar del Tribunal Constitucional la retroacción de lo actuado para que sea la jurisdicción ordinaria la que repare una lesión que, expresamente denunciada en amparo, el propio Tribunal Constitucional podría reparar por sí solo, supondría interesar de éste una *tutela instrumental*, no subsidiaria.

Con lo anterior no quiere decirse, naturalmente, que los demandantes no puedan *instrumentalizar* los mecanismos de tutela del Ordenamiento en su propio beneficio, pues esa instrumentalización no es sólo legítima, sino, además, consustancial a la lógica misma de tales mecanismos de garantía de la juridicidad. Pueden, desde luego, hacer del amparo un instrumento al servicio de cualquier fin, incluso con ánimo puramente dilatorio; pero para ello deben proceder con alguna coherencia y, sin pretender pronunciamientos contradictorios y excluyentes, servirse sólo de la vía del artículo 44 LOTC si lo que les interesa no es tanto, o tan sólo, la nulidad de un acto administrativo que también estiman inconstitucional, cuanto la dilación que con la retroacción se aseguran o, en su caso, la ventaja de llevar de nuevo el examen de la constitucionalidad del acto administrativo a un Tribunal ordinario que quizás opere con criterios interpretativos que se presumen más ventajosos que los del propio Tribunal Constitucional. Todo ello es perfectamente legítimo y posible (4), pero se convierte en su contrario si también se quiere recorrer, en paralelo, la vía del artículo 43 LOTC, cauce en el que la lógica que despliega el Ordenamiento es de muy distinto signo.

Sin adelantar ahora alguna de las eventuales conclusiones de estas páginas, interesa volver sobre la STC 24/1983 para advertir que el acertado criterio del Tribunal se vio inmediatamente empañado por un exceso de generosidad con el recurrente, pues después de censurar su estrategia procesal se continúa con

---

(4) Y un temprano ejemplo de esa posibilidad se encuentra en la STC 37/1982, de 16 de junio.

la afirmación de que «el hecho de que el demandante limite el *petitum* al indicado aspecto instrumental no es óbice para que, teniendo en cuenta que [...] todas las partes [han] considerado el asunto desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE, podamos entrar en el análisis del punto por éste contemplado» (*loc. ult. cit.*). En definitiva, y pese a lo dicho, se hace propia la inconsecuencia del recurrente y se entra en el examen de fondo de una pretensión *ex* artículo 44 LOTC que, de estimarse, llevaría a la retroacción de un proceso judicial en el que se enjuiciaría la inconstitucionalidad de un acto administrativo ya recurrido en amparo. En el caso de la STC 24/1983 no se aprecia, a primera vista y por causa del sentido desestimatorio del fallo, el efecto perverso de la construcción, precisamente porque para resolver si la inadmisión del proceso especial de la Ley 62/1978 era o no lesiva del artículo 24 de la Constitución había que determinar si el acto administrativo lesionaba o no el artículo 14 CE, pues aquel recurso sólo era admisible contra lesiones de derechos fundamentales. Al concluir que el Auto de inadmisión era correcto porque no había en el acto administrativo más que posibles vicios de ilegalidad se estaba descartando que hubiera un acto impugnable por la vía del artículo 43 LOTC. Ahora bien, para determinar si era utilizable la vía de la Ley 62/1978 sólo se exigía que *prima facie* resultara claro que el acto era lesivo de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional analiza, en consecuencia, si esa apreciación *prima facie* por parte del órgano judicial era o no razonable. Al concluir que sí lo era se da por buena la actuación del Poder Judicial, pero la cuestión que inmediatamente se suscita es si no debería pasar luego a un examen que fuera más allá de las apariencias, dado que se invocaba también en amparo una lesión *ex* artículo 43 LOTC. Si se admitiera que, en razón de esa concurrencia de pretensiones impugnatorias, el Tribunal Constitucional no debe verificar simplemente un examen *prima facie*, sino que debe entrar en el fondo, entonces se estaría exigiendo, en realidad, al Poder Judicial que no controle sólo *prima facie* a la hora de decidir si es o no utilizable la vía de la Ley 62/1978. El Tribunal Constitucional juzgaría, en otro caso, cosa distinta. Juzgaría, entonces, el acto administrativo directamente, quedando en nada la «tutela instrumental».

Tras estos primeros pronunciamientos del Tribunal, en los que de alguna manera se va perfilando una tendencia a la reducción de pretensiones cuando concurren varias en una misma demanda, la primera ocasión en la que aparece un amparo verdaderamente mixto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es en la STC 68/1983, de 26 de junio. La novedad del caso se refleja en su primer fundamento jurídico, que comienza por advertir de que el actor afirma interponer «dos demandas o recursos de amparo distintos», el segundo de los cuales contiene «una pretensión de amparo subsidiaria». La reacción de la Sala Primera ante semejante primicia adolece de una patente simplicidad,



pues se limita a aplicar mecánicamente la legalidad procesal civil, sin reparar en que acaso esa traslación no es enteramente posible en razón de la especificidad de la jurisdicción de amparo. Para la Sala «tal actuación del recurrente en amparo puede ser calificada de acumulación inicial de acciones, autorizada por el art. 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que —como ocurre en el presente caso— las acciones que se pretenden acumular por el actor no sean incompatibles entre sí, por lo que no fue necesario en el caso que nos ocupa incoar el procedimiento de acumulación previsto en el art. 83 de la LOTC, dado que este último precepto se refiere a supuestos de acumulación de autos o procesos iniciados por separado, y no al de acciones ya acumuladas inicialmente por el propio actor» (*loc. ult. cit.*). Hecha esta advertencia, se continúa con la afirmación de que, «no obstante, [...] conviene analizar por separado las cuestiones planteadas [...] frente a la Administración, por un lado, y las suscitadas [...] frente al órgano judicial, por otro». Sólo *conviene*. Sin dar razones.

El caso es que la Sala empieza por el examen de la impugnación sustanciada a través del artículo 43 LOTC, inadmitiendo este «recurso» por falta de agotamiento, ya que la Sentencia dictada en la vía previa se limitó a decretar la inadmisión. No hubo, pues, pronunciamiento de fondo, y la subsidiariedad impide, obviamente, que lo dé el Tribunal Constitucional. Se pasa luego a examinar el «recurso» del artículo 44 LOTC, estimándose... con el argumento de que la Sentencia de inadmisión apreció la concurrencia de una causa inexistente. En este primer episodio se advierte ya con nitidez el vértigo de la inconsecuencia y el anuncio de los problemas que vendrán después. Esa simple apelación del Tribunal a la *conveniencia* para ordenar el examen de las pretensiones acumuladas dando prioridad a la encauzada por el artículo 43 LOTC, a pesar de los efectos que se derivan de esa ordenación en el caso concreto, irá dando cuerpo desde entonces a una de las líneas jurisprudenciales más desconcertantes de la historia del Tribunal Constitucional.

### III. EL ORDEN LÓGICO DE EXAMEN DE LAS PRETENSIONES. LA DESCONCERTANTE INCERTIDUMBRE DE LA JURISPRUDENCIA

La STC 51/1984, de 25 de abril, trata ya con naturalidad los amparos mixtos, pero el Tribunal se limita a decir de nuevo que *conviene* examinar por separado las cuestiones planteadas en cada uno de los dos amparos que el actor *ha reunido* «en un único proceso» (FJ. 1.º). También sin dar razones, se examina en primer lugar la queja formalizada por la vía del artículo 43 LOTC. Tampoco se darán en la STC 68/1985, de 27 de mayo, para hacer lo contrario, siendo ésta, si no me equivoco, la primera ocasión en la que el Tribunal co-

mienza el examen de las pretensiones por la queja deducida *ex* artículo 44 LOTC. Lo que sigue será la historia de un curioso proceso pendular entre un criterio y su contrario, de manera que se sucederán períodos de aproximadamente dos o tres años en los que alternativamente imperará una u otra de ambas líneas.

En el origen de esa llamativa alternancia parece estar siempre el escrúpulo de la subsidiariedad del amparo, que periódicamente lleva al Tribunal a dudar de la verdadera autonomía del proceso judicial previsto en el artículo 43 LOTC. Esa inseguridad llegará a traducirse, en ocasiones, en la pura y llana *simplificación* de recursos mixtos, si bien lo más común será que, respetándose la acumulación de pretensiones, se comience por el examen de las instrumentadas por la vía del artículo 44 LOTC, confundiendo, de alguna manera, las quejas así tramitadas con impugnaciones de carácter «procesal» y las del artículo 43 LOTC con impugnaciones «materiales» o «sustantivas», respecto de las cuales sólo cabe un pronunciamiento en amparo cuando no sea ya posible en la vía judicial. Un ejemplo de la tendencia más radical puede encontrarse en la STC 62/1986, de 20 de mayo.

Se trata, me parece, de la primera resolución en la que, reconocido el carácter mixto del amparo a resolver, se determina como único objeto la impugnación del artículo 44 LOTC, dado que la sentencia judicial impugnada fue de inadmisión; y «dado el carácter subsidiario del recurso de amparo», en cuya virtud no se puede acudir *per saltum* ante el Tribunal Constitucional, «el recurso [fue] admitido a trámite contra la Sentencia [...]» (FJ. 1.º). En definitiva, se «simplifica» un recurso mixto, por la vía de reducirlo al procedimiento del artículo 44 LOTC. Sin llegar a un planteamiento tan radical, la STC 100/1986, de 14 de julio, vuelve a empezar el examen del amparo mixto por la queja del artículo 44 LOTC, sin descartar el análisis, en su caso, de la pretensión acumulada. Ahora bien, tampoco ahora se darán razones, ni del orden elegido ni del cambio con respecto a las líneas precedentes, concluyéndose que la sentencia recurrida (de inadmisión) fue correcta y que, por tanto, no procedía entrar en la queja del artículo 43 LOTC, por falta de agotamiento.

Será en la STC 2/1987, de 21 de enero, cuando se retome la línea que sostiene que el examen de los recursos mixtos debe empezar por el artículo 43 LOTC: «Al alegarse ante nosotros violaciones de derechos fundamentales presuntamente cometidas por la [Administración], procede entrar en el examen de las mismas, pues, de admitirse tales violaciones, la anulación de esas resoluciones [administrativas] haría innecesario entrar en el examen de [las resoluciones judiciales] también impugnadas en los presentes recursos» (FJ. 1.º). El planteamiento parece más ajustado a la realidad que se deriva de la existencia de las dos vías impugnatorias de los artículos 43 y 44 LOTC, si bien, como ve-

remos más adelante, la cuestión, entonces, es qué pasa si no ha habido lesión del artículo 43 LOTC. Habría que examinar la del artículo 44 LOTC, pero ¿con qué efecto si se estima? A mi juicio, con efectos sólo formales, esto es, reconociendo la infracción del derecho invocado, pero sin decretar la nulidad de la resolución judicial. O, si se quiere extremar la pulcritud, acordando la nulidad de la sentencia impugnada de manera que la cobertura de los actos administrativos cuya conformidad a Derecho había declarado se brinde en lo sucesivo con el pronunciamiento jurisdiccional que contiene la propia sentencia de amparo en la parte en que se desestima la impugnación del artículo 43 LOTC.

En cualquier caso, ahora sólo interesa subrayar la cadencia alternativa que adopta el devenir de la jurisprudencia constitucional. Así, la doctrina de la STC 2/1987, de 21 de enero, se repetirá en las SSTC 190/1987, de 1 de diciembre, y 9/1989, de 23 de enero. Pero ya la STC 22/1990, de 15 de febrero, toma el camino contrario, conectando, pues, con la STC 100/1986, de 14 de julio. Y con ella las SSTC 68/1991, de 8 de abril, 110/1991, de 20 de mayo, y 169/1991, de 19 de julio. Esta última, curiosamente, resuelve un amparo electoral, poniéndose de manifiesto lo absurdo de la solución adoptada, pues comenzar por el análisis de la pretensión encauzada por el artículo 44 LOTC implica partir del entendido de que, estimada la demanda en ese punto, se retrotraerá lo actuado para que la jurisdicción ordinaria se pronuncie de nuevo sobre el acto administrativo electoral (5).

---

(5) Ese entendido se hará evidente con ocasión del amparo electoral resuelto por la STC 146/1999, de 27 de julio. Una vez apreciada la realidad de la lesión de derechos imputada a la sentencia recurrida (art. 44 LOTC), la Sala concluye que «se abre una alternativa teórica de solución del amparo: o bien se retrotraen las actuaciones al momento de Sentencia, para que el Tribunal *a quo*, que no resolvió sobre el fondo, entre a resolverlo, [...] o bien entramos por nuestra parte a resolver esa cuestión de fondo como medio más idóneo de otorgamiento de la tutela que se nos demanda» (FJ. 6.<sup>o</sup>). Expresamente se afirma que «la primera de las soluciones sería, sin duda, la idónea en otros casos; pero no lo es en éste, precisamente por las singularidades del proceso electoral, puesto que de lo que se trata en definitiva es de una alegada vulneración del artículo 23 CE, cuya tutela nos corresponde» (*loc. ult. cit.*). En primer lugar, no queda claro si la especificidad del artículo 43 LOTC sólo despliega sus efectos en los recursos de amparo electorales (en los que siempre estará en juego el artículo 23 de la Constitución) o con motivo de cualquier invocación del derecho de sufragio, también en el amparo ordinario. Y, en todo caso, la tajante afirmación en el sentido de que lo procedente «en otros casos» es la retroacción de lo actuado sin entrar en el fondo de la queja sustanciada *ex* artículo 43 LOTC es abiertamente contraria a la contenida en un pronunciamiento muy próximo, la STC 14/1999, de 22 de febrero, para la que «el orden lógico de examen» (FJ. 2.<sup>o</sup>) era justamente el inverso. Con todo, la STC 146/1999, de 27 de julio, demuestra que un planteamiento como el de la STC 169/1991, de 19 de julio, puede ser plausible si la pretensión del artículo 44 LOTC termina desestimándose. En otro caso, el buen sentido exige excepcionar la lógica que tan ligeramente se asume con lo anterior, pues es obvio

Al cabo de poco tiempo se aprecia una nueva ruptura con la STC 297/1993, de 18 de octubre, para la que debe comenzarse por el examen de la pretensión del artículo 43 LOTC; Sentencia ésta a la que inmediatamente seguirán varias resoluciones que la contradicen (SSTC 353/1993, de 29 de diciembre, 97/1994, de 21 de marzo, y 143/1994, de 9 de mayo). La contradicción no terminará por consolidarse, ya que pronto se volvería al criterio que antepone la vía del artículo 43 LOTC: así, en la STC 160/1994, de 23 de mayo (6), y en la STC 167/1995, de 20 de noviembre. No se trata aquí de aburrir con los detalles y demorarse en el relato de los episodios que salpican una jurisprudencia tan accidentada y tormentosa (7). Lo que importa es insistir en que en pocas materias ha sido tan mudable e imprevisible la jurisprudencia constitucional; a lo que debe añadirse que nunca como aquí ha sido el Tribunal tan desconsiderado en punto a dar razones para una mudanza que sólo parece responder al capricho. No se explica de otro modo el espeso silencio que guarda con motivo de cada inflexión en su doctrina o la sorprendente soltura con la que justifica sus

---

que sería disparatado inclinarse por la retroacción en un proceso que, como el electoral, debe resolverse sin dilaciones. Y una lógica que ha de corregirse con una excepción tan contundente no hace honor a su condición.

(6) Incurriéndose, además, en contradicción, pues tras rechazarse el carácter mixto del amparo examinado y reducirlo a una demanda del artículo 43 LOTC, se explica de seguido que procede comenzar examinando la pretensión dirigida contra el acto administrativo impugnado y pasar luego a «analizar las [infracciones] que se imputan a la resolución del Tribunal Superior de Justicia [...]».

(7) La discreción de una nota al pie parece más apropiada para facilitar este tipo de datos. Un rastreo que no se ha pretendido exhaustivo permite constatar que la línea marcada por la STC 62/1986, de 20 de mayo, en el sentido de dar preferencia al examen de las denuncias *ex* artículo 44 LOTC, se mantiene sin alteración hasta la STC 2/1987, de 21 de enero, momento en el que se acoge el criterio contrario. Con la STC 22/1990, de 15 de febrero, se verifica un nuevo quiebro, recuperándose el criterio favorable a la prioridad del artículo 44 LOTC. Durante cerca de cuatro años se mantendrá esa tendencia, sólo rota, excepcionalmente, con la STC 297/1993, de 18 de octubre. La STC 160/1994, de 23 de mayo, marca el inicio de otro período en el que los amparos mixtos comenzarán a resolverse examinando la pretensión deducida por la vía del artículo 43 LOTC. La STC 97/1996, de 10 de junio, representa el inicio de un nuevo cambio de rumbo que se prolongará hasta las SSTC 3 y 14/1999, de 26 de enero y 22 de febrero. En realidad, podría sostenerse que con estas últimas Sentencias da comienzo un período que se extiende hasta nuestros días, pues las sentencias que parecen truncarlo constituyen más bien excepciones que no acaban de fraguar en el reinicio de la línea opuesta. Entre tales excepciones se contaría la STC 146/1999, de 27 de julio. Varias resoluciones de este mismo año, las SSTC 25 y 26/2002, de 11 de febrero, y 116/2002, de 20 de mayo, confirman la vigencia, al día de hoy, de la postura (re)adoptada en 1999. [Redactadas estas páginas, se ha hecho pública la STC 143/2002, de 17 de junio, que afirma con toda rotundidad (y apenas razones) la preferencia del examen de la pretensión articulada por la vía del 44. Es posible que no estemos ante una quiebra ocasional, pues la pauta observada hasta el momento permite aventurar que se trata del inicio de un nuevo «trienio» en el ritmo pendular de la jurisprudencia].

planteamientos sin más argumento que el de su propia autoridad. Así, por ejemplo, en la STC 97/1996, de 10 de junio, se limitará a decir, lacónicamente, que hay que empezar por el estudio de la alegación sustanciada por el artículo 44 LOTC porque, apreciada esa pretensión, será innecesario seguir con el examen del artículo 43 LOTC. Y en la STC 14/1999, de 22 de febrero, a unas alturas de la jurisprudencia en las que el desconcierto era ya más que evidente, se resuelve la duda sobre la prioridad de una u otra vías afirmándose que «el orden lógico de examen» pasa por arrancar con la pretensión del artículo 43 LOTC (FJ. 2.º). Se trata de una lógica tan aplastante que no parece requerir el esfuerzo de la demostración; ni siquiera para justificar el abandono de la no menos aplastante —por inexplicada— lógica de signo opuesto observada hasta esa fecha.

La enojosa extravagancia de la jurisprudencia es, sin embargo, perfectamente disculpable, en tanto que expresiva de un problema que no tiene fácil solución. De lo que se trata no es, en realidad, de ordenar el examen de dos pretensiones acumuladas, sino de hacerlo mediante la articulación de dos jurisdicciones cuya convivencia pacífica es, por definición, imposible. Los amparos mixtos vienen a ser el reactivo desencadenante de todas las contradicciones de la justicia constitucional, del mismo modo que su errático tratamiento jurisprudencial es la mejor expresión del desconcierto de quien se sabe ante la prueba de lo artificioso y forzado de su existencia.

#### IV. EL PROBLEMA DE FONDO: LA SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO Y EL DOBLE SENTIDO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

La preocupación del Tribunal Constitucional por delimitar con nitidez su ámbito jurisdiccional sin perjuicio alguno del que es propio de los Tribunales ordinarios le ha llevado siempre a apurar, en ocasiones con exceso, la lógica del principio de subsidiariedad. No es algo que deba extrañar, pues se trata de una lógica extremadamente simple y con la que pueden obtenerse pautas relativamente sencillas para afrontar un problema de notable complejidad. La lógica en cuestión responde a la idea de que el Tribunal Constitucional sólo puede pronunciarse sobre una cuestión de fondo una vez que lo haya hecho la jurisdicción ordinaria. De ahí resultan pautas tales como la que impone iniciar el examen de toda demanda de amparo por aquellas pretensiones cuya estimación se traducirá en la retroacción de lo actuado en la vía judicial previa; o como la que permite hacer abstracción de las formalidades a la hora de tener por satisfecho el requisito de la previa invocación exigido en el artículo 44.1.c) LOTC.

El problema radica en que la de la subsidiariedad no es la única lógica atendible. O, por mejor decir, se trata de una lógica que no siempre se traduce en la

consabida deferencia hacia el Juez ordinario, pues puede hacerlo también en la simple instrumentalización de la vía judicial, concebida entonces como puro apéndice de la jurisdicción constitucional de amparo, sin otra razón de ser que la de operar como un filtro selectivo. En esta segunda perspectiva, la posición del Juez ordinario es meramente ancilar y el principio de subsidiariedad opera en un sentido contrario al habitual: no se trata de que el Juez *se pronuncie necesariamente* sobre el fondo, sino de que *pueda eventualmente hacerlo* para hacer innecesaria la intervención del Tribunal Constitucional. La deferencia a cuyo servicio opera la subsidiariedad no lo es ya para con la jurisdicción ordinaria, sino para con el Tribunal Constitucional; no se busca con ella propiciar el pronunciamiento del Juez ordinario, sino hacer innecesario el del Juez constitucional. No se trata, en definitiva, de que hable aquél, sino de que no tenga que hacerlo éste.

El hecho de que la mayoría de las demandas de amparo se sustancie por la vía del artículo 44 LOTC y que prácticamente todas ellas invoquen como vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva o alguna de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución; en suma, la familiaridad del Tribunal Constitucional con los llamados amparos judiciales ha podido llegar a deformar su perspectiva de análisis para resolver otro tipo de procesos (8). De ahí, quizás, que la tendencia a contraer la subsidiariedad a una de sus variantes sea simplemente el resultado de la inercia. Sólo así pueden explicarse la llamativa deriva jurisprudencial en la que antes nos hemos detenido y la ligereza con la que se omiten verdaderas motivaciones para justificar la adopción de una línea o su contraria. La sinonimia que parece advertir el Tribunal Constitucional en las expresiones «vía judicial procedente» (art. 43.1 LOTC) y «recursos utilizables dentro de la vía judicial» [art. 44.1.a) LOTC], a la que antes se ha hecho referencia, o la relación inescindible que se desprende de su doctrina entre apreciación de infracciones procesales y retroacción para un pronunciamiento de fondo, hablan bien de la asunción de un modelo de enjuiciamiento cuya reiteración lo ha convertido en una pauta que se activa como un acto reflejo. El Tri-

---

(8) Y no simplemente otros procedimientos de amparo (señaladamente los del artículo 43 LOTC, pero sin olvidar los amparos parlamentarios, tan necesitados de un entendimiento propio y en los antípodas de los recursos del artículo 44 LOTC), sino también los que son competencia del Pleno. La conversión del Tribunal Constitucional en una tercera instancia judicial —por más que indeseada por el Tribunal mismo— está haciendo de él un Tribunal de lo razonable, esto es, un Tribunal que lo juzga todo con arreglo al criterio que se impone cuando ha de respetarse el ámbito específico de la jurisdicción ordinaria, pero que resulta perturbador si se utiliza para enjuiciar la actuación de quien se sitúa ante la Constitución y la ley en una posición distinta, sea porque aquélla opera sólo como el marco de lo posible (caso del legislador), sea porque ésta constituye una pauta incontestable (caso de la Administración).

bunal reacciona ya de manera mecánica a cualquier estímulo aplicando el método acostumbrado para resolver un tipo específico de amparos (y sólo ellos).

Ocurre a veces, sin embargo, que la aplicación de ese método produce consecuencias que sumen al Tribunal en alguna perplejidad. Se produce entonces una situación embarazosa, de la que procura salirse sin descomponer excesivamente el gesto y en la que siempre padecen la lógica y el sistema. Puede verse un buen ejemplo de este tipo de episodios en la STC 169/1996, de 29 de octubre. Esta resolución se dicta en un momento en el que regía el criterio que antepone el examen de las pretensiones *ex* artículo 44 LOTC (9). Ese planteamiento no había provocado hasta entonces ninguna dificultad, toda vez que no se habían apreciado vulneraciones de derechos autónomamente imputables al Poder Judicial y, en consecuencia, siempre había sido posible pasar a analizar las pretensiones del artículo 43 LOTC. Sin embargo, tan pronto se presentó un supuesto en el que se estimó la pretensión dirigida contra la resolución judicial, el Tribunal no pudo dejar de pronunciarse también sobre la lesión predicada del acto administrativo. Para la Sala, constatada la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución por los Autos de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, «cabría, en principio, detener aquí nuestro examen del caso, ya que no se nos pide expresamente otra cosa en la demanda, y, en consecuencia, ordenar la retroacción de actuaciones para que el Juzgado volviera a resolver» (FJ. 7.º). Con todo, como quiera que, en realidad, el amparo «se ha planteado con un carácter mixto», es aconsejable «pasar a enjuiciar también la regularidad del procedimiento sancionador», entre otras consideraciones porque «este Tribunal dispone ya de los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la posible vulneración del derecho de defensa en el procedimiento sancionador, por lo que la propia efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) aconseja no demorar más la solución del caso» (*loc. ult. cit.*).

Se diría que, ante la eventualidad de que el planteamiento asumido desplegara todas sus consecuencias, el Tribunal se retrae contraído por el vértigo. Tal es la sensación que produce, en efecto, que termine por hacerse de peor condición a quien ha padecido dos vulneraciones de sus derechos (por obra de la Administración y, además, por causa del Poder Judicial al que hubo de acudir en busca de un primer auxilio) frente a quien sólo ha sufrido la primera, pues así como éste obtendrá una reparación inmediata en sede de amparo, aquél verá retrotraída la causa a la jurisdicción ordinaria para que allí se repare la lesión sufrida al intentar reparar la lesión administrativa originaria. Consciente de que

---

(9) Se trata del período abierto con la STC 97/1996, de 10 de junio, a la que se ha hecho referencia en la nota 7.

lo anterior resultaría en una sangrante paradoja, el Tribunal quiebra el desarrollo de la lógica inicialmente aplicada, amparándose para ello en razones de economía y celeridad procesales (10). En mi opinión, la solución acogida en la STC 169/1996 no debe venir dictada por la oportunidad o la conveniencia, sino por el hecho de que la del artículo 43 LOTC es una vía específicamente diseñada para la impugnación de actos administrativos, siendo éstos el verdadero objeto del proceso, por más que incidentalmente puedan resultar, en el curso de la vía previa, lesiones laterales. Otra cosa será, según veremos, que, en el supuesto de lesiones judiciales autónomas, el recurrente pretenda una declaración expresa de que también esa infracción se ha producido, de suerte que haya de estimarse el amparo en ese punto aun cuando la nulidad del acto administrativo implique ya de suyo la de cuantas resoluciones posteriores lo hayan asumido y confirmado (11).

La sobreabundancia de demandas de amparo *ex* artículo 44 LOTC parece oscurecer el hecho de que, tratándose de amparos mixtos, la resolución judicial vulneradora de derechos fundamentales —por más que la vulneración sea calificable de *autónoma*— se enmarca siempre en un proceso que el artículo 43.1 LOTC quiere previo a la impugnación en amparo de los actos administrativos; es, en otras palabras, una lesión *autónoma* generada en el marco de un procedimiento que no es, por su parte, enteramente autónomo, sino vinculado y anterior, instrumental respecto de la lesión originaria, por cuanto a su través se pretende su reparación (12). Por ello, quizás, lo que se impone, como princi-

---

(10) Ello no obstante, tampoco faltan resoluciones en las que el Tribunal no se detiene en inconsecuencias. Así, en las SSTC 69 y 83/1998, de 30 de marzo y 20 de abril, una vez apreciada la efectividad de la lesión imputada a la resolución judicial, se limita a anularla y a retrotraer lo actuado para que el órgano judicial vuelva a enjuiciar el acto administrativo también recurrido en amparo. La pregunta, inevitable, es en qué queda la especificidad del artículo 43 LOTC.

(11) De otro lado, si la infracción imputada al acto administrativo se ha demostrado inexistente, pero, en cambio, se ha concluido que la resolución judicial ha incurrido en una infracción autónoma de derechos fundamentales, no tendría mucho sentido la retroacción de lo actuado, pues el órgano judicial no podrá concluir cosa distinta. Sin embargo, y como también veremos, es posible que, pendiente la resolución de cuestiones de mera legalidad, se haga preciso facilitar un nuevo pronunciamiento judicial sobre la cuestión litigiosa.

(12) Aquí conviene una precisión. El proceso judicial del artículo 43 LOTC es, en sí mismo, como es natural, un proceso propio, que no hay que construir pensándolo como la antecámara del recurso de amparo. En ese sentido, ha de diseñarse como si el amparo no existiera. Sin embargo, se trata aquí de la acumulación de pretensiones *ex* artículos 43 y 44 LOTC, esto es, de un problema que lo es, ante todo, para el Tribunal Constitucional y que, por tanto, debe resolverse desde la perspectiva que a éste le es propia; es decir, viendo en el artículo 43 LOTC lo que no tiene que ver el Juez ordinario: un proceso previo, instrumental, por tanto.



pio, es abordar siempre en primer lugar las infracciones imputadas al acto administrativo (13).

Hoy queda ya muy atrás el tiempo en el que lo que acaba de apuntarse era advertido como indiscutible, por más que el Tribunal Constitucional fue consciente desde el principio de que no era difícil incurrir en el error de considerar 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, FJ. 2.º, antes citada). En la STC 31/1984, de 7 de marzo, se desvelan con perfecta claridad las consecuencias de un entendimiento equivocado de la razón de ser de la vía previa del artículo 43 LOTC. Frente a la tesis —se dice— de que debe retrotraerse lo actuado tras apreciar una lesión por vía del artículo 44, ha de afirmarse que «el art. 43 de la LOTC (en la línea de la preferencia y sumariedad del proceso judicial precedente), lo que exige es que se haya acudido a la vía judicial precedente, de modo que, utilizada y frustrada por haberse negado esta garantía jurisdiccional, queda expedita la vía constitucional. *El art. 43.1 no establece que deba obtenerse una sentencia de fondo*; lo que dispone es que el remedio a la violación del derecho fundamental se busque, previamente, en la vía judicial precedente, y si no se logra —por estimaciones procesales o por consideraciones de fondo— queda al demandante abierta la protección en sede constitucional» (FJ. 6.º, *in fine*).

Un poco más adelante se resuelve la acumulación de pretensiones sin incurrir en su confusión, haciendo gala de una claridad de conceptos que hoy ha de darse por perdida: «Con ser cierto que el quebrantamiento de las garantías procesales podrá llevar en sí una violación [...] del art. 24.1 [...], la cuestión aquí debe reconducirse a atribuir a las resoluciones judiciales el carácter de agotamiento de la vía judicial precedente, en los términos del art. 43.1 de la LOTC» (FJ. 7.º). Y ello porque, como se dice antes, el actor «no ejercita las acciones subsumibles en el art. 44 de la LOTC y las que tienen cobijo en el art. 43 de la misma Ley, todas a la vez, poniendo en litispendencia el conjunto de las que se apoyan en el art. 24.1 (contra las resoluciones judiciales) y en el art. 14 (contra el Real Decreto...) para que este Tribunal se pronuncie sobre todas ellas. La demandante, con una pluralidad de fundamentos, articula [...] una pluralidad de pedimentos, pero articulados de tal forma [...] que la nulidad de significado procesal se hace valer con el carácter de eventualidad o subsidiariedad, esto es,

---

(13) Con una primera excepción, como luego se verá: precisamente la de las lesiones judiciales conexas que se hayan traducido en la inadmisión del recurso contencioso-administrativo previo a la vía de amparo, pero sin que sea preciso detener el examen en ellas tan pronto se advierta su realidad, sino, por el contrario, abundando entonces en el examen de la infracción primera.

para el caso de que se estimara que no procede el enjuiciamiento —desde parámetros constitucionales— del expresado Real Decreto».

No basta, por tanto, con la simple yuxtaposición de acciones para poder hablar de pretensiones acumuladas. Es preciso que aquéllas se articulen de manera que estas últimas no se excluyan o contradigan mutuamente. Y la única articulación consecuente con la especificidad del artículo 43 LOTC es la que pasa por la *subsidiariedad* de las quejas imputadas autónomamente a la resolución judicial con la que se agota la vía previa. A la posición ancilar o subsidiaria que ocupa el Poder Judicial en el artículo 43 LOTC debe corresponderse, en consecuencia, idéntica posición para las infracciones de derechos imputadas a ese Poder de manera autónoma.

Ahora bien, la condición subsidiaria de la pretensión deducida autónomamente contra la resolución judicial no puede traducirse sólo en la posposición de su examen para el caso de que no prospere la dirigida contra el acto administrativo. La subsidiariedad de aquella pretensión es mucho más radical y no se limita a la que es común a las pretensiones fundamentadas en motivos procesales. La estimación de estos motivos ha de llevar, en la vía del artículo 44 LOTC, a la retroacción de las actuaciones, pues la subsidiariedad opera aquí al servicio de un pronunciamiento judicial de fondo. No tanto, en puridad, por simple deferencia a la jurisdicción ordinaria, cuanto por incompetencia de la constitucional para pronunciarse sobre cuestiones de estricta legalidad. Por el contrario, el proceso judicial del artículo 43 LOTC tiene un sentido muy diverso, en la medida en que lo perseguido es un pronunciamiento de constitucionalidad sobre un acto, omisión, disposición o resolución anteriores a aquel proceso. Esto es, un juicio que pueden dispensar por igual una y otra jurisdicciones y que, por tanto, no hay razón para demorar con la excusa de que pueden haberse producido lesiones laterales de orden procesal, siendo así que estas lesiones derivan de un proceso iniciado para reparar una inconstitucionalidad anterior y no imputable de manera inmediata al propio Poder Judicial.

La autonomía de la lesión imputada al acto administrativo respecto del proceso judicial que ha de transitarse antes de recurrir en amparo queda bien reflejada en la existencia misma del artículo 43 LOTC. De no haberse singularizado esta vía específica de impugnación, las resoluciones judiciales confirmatorias de un acto administrativo supuestamente lesivo de derechos fundamentales serían también recurribles ante el Tribunal Constitucional, si bien entonces sólo por la vía del artículo 44 LOTC. En la práctica, por tanto, cabría también controlar en amparo la constitucionalidad de los actos administrativos, del mismo modo que hoy puede hacerse tal cosa con los actos de particulares, imputándose indirectamente a la resolución judicial que no decreta su nulidad la tacha de inconstitucionalidad que eventualmente se aprecie en aquéllos. Sin

embargo, las cosas no serían exactamente iguales, pues el proceso contencioso-administrativo previo no podría concebirse como instrumental y subsidiario respecto de la pretensión de reparación de una lesión inmediatamente predicable de un acto administrativo. El artículo 43 LOTC no es, en definitiva, una especificación redundante del artículo 44 LOTC.

Es un proceso distinto, cuyo objeto no es una resolución judicial, aunque sólo puede iniciarse tras agotarse la vía jurisdiccional ordinaria. La circunstancia de que en una y otra vías esté presente una resolución judicial puede suscitar la falsa impresión de su equivalencia o, cuando menos, la de su proximidad conceptual, lo que lleva de inmediato a concluir que se trata de procesos tan aproximados que resultan fácilmente acumulables. En realidad, la distancia que media conceptualmente entre uno y otro debería llevar a la conclusión contraria, so pena de sacrificar el sentido propio de la vía que el Legislador orgánico ha querido singularizar para permitir que la impugnación en amparo de resoluciones administrativas pueda verificarse directamente y sin las ficciones que se exigen para el caso de las lesiones imputadas a particulares. Es, justamente, la aparente proximidad de ambos procesos la que no debe llevar a engaño acerca de su radical diversidad, extremándose las cautelas y prevenciones a la hora de aceptar una acumulación que, en principio, debería ser la excepción antes que la norma. Lo contrario, en fin, de lo que hoy se estilaba en la jurisprudencia constitucional.

La acumulación sólo puede ser factible si lo que se pide es congruente. Y la congruencia ha de serlo entre las pretensiones mismas deducidas por el demandante y, sobre todo, entre las vías procesales que se quiere acumular, cuya autonomía se inscribe en un sistema que no puede desnaturalizarse reduciendo a unidad la pluralidad de vías impugnatorias por el expediente de atribuir el mismo sentido a la existencia de una resolución judicial previa a cada una de ellas. Más allá de atentarse así contra el espíritu de sistema del modelo de control de constitucionalidad ideado por la Ley Orgánica, se diluiría el sometimiento específico de la Administración al Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

## V. LA ACUMULACIÓN CONGRUENTE DE PRETENSIONES AUTÓNOMAS. UNA PROPUESTA

La instrumentalidad de la vía judicial previa a los recursos de amparo *ex* artículo 43 LOTC se traduce, según se ha dicho, en la posposición del examen de las quejas deducidas autónomamente contra las resoluciones acordadas en dicha vía y residenciadas ante el Tribunal Constitucional por la del artículo 44 LOTC. Pero no se reduce a eso, sino que condiciona también el examen mismo

de aquellas quejas, hasta el punto de hacerlo inviable si se concluye que derivaría en efectos contradictorios (con la lógica del amparo o con el régimen de articulación de jurisdicciones) o excluyentes (de la otra pretensión acumulada).

Para determinar si, descartada la lesión denunciada por el cauce del artículo 43 LOTC, tiene o no sentido el examen de la pretensión encauzada por el artículo 44 LOTC es preciso atender a dos variables: por un lado, la naturaleza —procesal o sustantiva— de la lesión judicial autónoma; por otro, los términos en los que queda definida la controversia referida al acto administrativo una vez resuelta la pretensión sustanciada por la vía del artículo 43 LOTC.

Antes de pasar a la exposición del modo en el que la conjunción de cada una de estas variables determina la posibilidad o imposibilidad de la acumulación de pretensiones, es necesario detenerse en una cuestión que, en cierta forma, constituye la expresión quintaesenciada de la problemática de los amparos mixtos. Me refiero a las resoluciones judiciales de inadmisión de los recursos intentados en la vía previa al amparo. Tales resoluciones deben ser impugnadas en todo caso, si bien el sentido de su impugnación deberá coherer con la pretensión que se deduzca en la demanda. Si ésta se cifra en la nulidad de la sentencia de inadmisión se habrá descartado de antemano toda posibilidad de acumulación con una pretensión *ex* artículo 43 LOTC, sólo factible en la medida en que no se demande la nulidad de la sentencia previa, sino que se persiga la consideración, por parte del Tribunal Constitucional, de que se ha agotado la vía judicial en los términos exigidos por el artículo 43 LOTC.

En la STC 112/1983, de 5 de diciembre, se contiene una buena exposición de los problemas que suscita la impugnación en amparo de un acto administrativo y, sin matices, de la resolución judicial que impide su revisión en un proceso judicial especial (Ley 62/1978). Para la Sala, en estos casos «no se demanda, ni puede demandarse sin incurrir en contradicción, la anulación de la Sentencia [de inadmisión], cuyo examen ha de hacerse, por tanto, no para cuestionar su corrección constitucional, sino sólo desde el punto de vista procesal, para determinar si con tal Sentencia puede tenerse o no por agotada «la vía judicial precedente»» (FJ. 1.º, *in fine*). ¿Por qué «sin contradicción»? Se dice un poco antes: la anulación de la sentencia de inadmisión «dejaría expedida la vía contencioso-administrativa para el recurrente, cuya impugnación del [acto administrativo] no podría ser entonces admitida a trámite de amparo por no haber agotado, como es ineludible, la vía judicial precedente».

La resolución judicial de inadmisión, por tanto, deberá atacarse siempre; bien para que se tenga por agotada la vía previa, bien para interesar su nulidad y la retroacción de las actuaciones. En cuanto a lo primero, es obvio que sólo así puede prosperar cualquier recurso del artículo 43 LOTC (también los que no se acumulan con ninguna pretensión del artículo 44 LOTC), pues la inad-

misión equivale a la falta de agotamiento y hace imposible la tramitación del amparo. En cuanto a lo segundo, no es menos obvio que con ese planteamiento se excluye de raíz toda posible acumulación, pues sería contradictorio interesar la retroacción y, al tiempo, un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del acto administrativo también recurrido en amparo. La excepción a esta regla vendría dada por los supuestos en los que la cuestión controvertida presentara, además, una dimensión de legalidad que, lógicamente, no podría solventarse en amparo. Fuera de este caso, por tanto, la única vía utilizable para este tipo de pretensiones sería la del artículo 44 LOTC.

Interesa destacar que ante una resolución de inadmisión será obligado comenzar el análisis de la demanda por la queja planteada contra ese pronunciamiento judicial. Ello no significa, sin embargo, anteponer la vía del artículo 44 a la del artículo 43 LOTC. Supone, simplemente, que ha de verificarse el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial precedente, establecido en el artículo 43 LOTC. En el entendido de que la perspectiva adoptada no puede ser la propia de los amparos que hacen de un pronunciamiento judicial su solo y exclusivo objeto. Deberá ser suficiente, por tanto, con que el demandante haya sido razonablemente diligente en el propósito de cumplir con el requisito del agotamiento. En otras palabras, no procederá servirse de la doctrina establecida en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, sino de la jurisprudencia sentada en materia de interposición de recursos procedentes — eminentemente antiformalista y centrada en la exclusión del ánimo dilatorio o de la indiligencia. Y ello porque no se impugna propiamente la resolución judicial de inadmisión, sino un acto administrativo que sólo puede ser objeto de una demanda de amparo si se acredita que se ha agotado la vía previa, circunstancia ésta que se pone en duda con aquel pronunciamiento judicial y que es preciso, por tanto, acreditar.

Pasando ya al examen de las distintas variables antes apuntadas, puede sostenerse como norma de principio que el examen de los amparos mixtos debe iniciarse con la pretensión deducida por el cauce del artículo 43 LOTC. Y si tal pretensión se fundamenta exclusivamente en la inconstitucionalidad (por infracción de derechos fundamentales) de un acto administrativo, su estimación descarta todo pronunciamiento adicional sobre la queja tramitada por la vía del artículo 44 LOTC si ésta se cifra en infracciones de orden procesal (art. 24 CE). Sin embargo, en el supuesto de que también se invoque frente al órgano judicial la lesión de derechos fundamentales distintos de los del artículo 24 de la Constitución, tiene pleno sentido un pronunciamiento en amparo, si bien sea sólo de alcance declarativo, toda vez que el efecto de la nulidad de la sentencia judicial ya se habrá conseguido con la estimación del recurso *ex* artículo 43 LOTC.

La desestimación de la demanda formalizada por el artículo 43 LOTC su-

pondrá, en el común de los supuestos, que la tramitada a través del artículo 44 LOTC únicamente pasará a enjuiciarse en dos circunstancias: Por un lado, y como en el caso anterior, si se imputan a la sentencia judicial lesiones de derechos fundamentales sustantivos; por otro, si al acto administrativo se le imputó también en la vía previa alguna infracción de la legalidad, pues es evidente que sobre esta última no podría pronunciarse el Tribunal Constitucional; y para que pueda hacerlo la jurisdicción ordinaria será preciso retrotraer lo actuado, lo cual exige la nulidad de la resolución que puso fin a la vía previa. En el primero de estos dos casos, estimada la demanda del artículo 44 LOTC por infracción de derechos sustantivos una vez descartada la inconstitucionalidad del acto impugnado por la vía del artículo 43 LOTC y no quedando pendientes cuestiones de legalidad, no tendrá sentido la retroacción en la medida en que el propio Tribunal podrá adoptar medidas reparadoras suficientes *ex* artículo 55 LOTC, entre las que se cuenta la declaración de nulidad de la sentencia judicial. Ahora bien, como quiera que el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad del acto administrativo y no se han dejado abiertas cuestiones de legalidad, la nulidad de la sentencia judicial no puede traducirse en el *desamparo* del acto administrativo, cuya conformidad a Derecho se entenderá suficientemente declarada con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que desestima la pretensión contra él deducida *ex* artículo 43 LOTC.

Con las pautas precedentes es posible, en mi opinión, ordenar con algún sistema el fenómeno de la acumulación de amparos. Siempre habrá supuestos que lleven al límite las posibilidades ordenadoras del sistema, y entonces será preciso una solución particular cuyo criterio deberá inspirarse en la idea que está en la base de toda la construcción: las vías diseñadas en los artículos 43 y 44 no son equivalentes y no tiene el mismo sentido en cada una de ellas el proceso judicial que las antecede. La subsidiariedad —principio omnipresente— opera en un caso (art. 44 LOTC) para garantizar un pronunciamiento judicial de fondo y en el otro (art. 43 LOTC) para hacer innecesario el remedio excepcional del amparo.

Las pautas para la jurisdicción constitucional serían, por tanto y a mi juicio, las que acabo de exponer. Luego vendrá, obviamente, el problema de la mejor defensa de sus derechos e intereses por parte de los recurrentes. La estrategia procesal, en suma, que pueda diseñarse en cada caso a la vista de la lógica que de aquellas pautas se deriva. Así, habrá ocasiones en las que no interese la acumulación por más que se tenga la mayor confianza en que podrían prosperar sendas impugnaciones *ex* artículos 43 y 44 LOTC (14). Piénsese en

---

(14) Ese fue el proceder de la demandante de amparo en el recurso que dio lugar a la STC 114/2002, de 20 de mayo, en cuyo Fundamento Jurídico 1.º se destaca que, «a pesar de que la ci-

el supuesto de una resolución judicial de inadmisión que incurriera en lesiones autónomas de derechos procesales y sustantivos y con la que se hubiera hecho imposible un pronunciamiento de fondo sobre un vicio de inconstitucionalidad imputado a un acto administrativo, dándose la circunstancia de que, en esa específica cuestión, el Tribunal ordinario viniera utilizando una doctrina constitucional más generosa o favorable para los intereses del actor que la sostenida por el Tribunal Constitucional. En esas condiciones, lo razonable sería intentar únicamente la vía del artículo 44 LOTC, asegurándose así un posterior pronunciamiento judicial favorable. De acumularse dos pretensiones en un amparo mixto, el Tribunal Constitucional no debería reparar en que la inadmisión ha hecho imposible un pronunciamiento favorable que él mismo no puede dar en aplicación de su jurisprudencia. Aquí entraría en juego, por encima de la defectuosa estrategia procesal del actor, el respeto al sistema de la Ley Orgánica y, si se quiere abundar en ello, el interés general en la depuración del Ordenamiento sin demoras ni dilaciones, sólo aceptables como estrategia procesal de parte cuando a ésta le asiste un derecho incontestable, lo que no sería el caso.

---

tada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia declaró la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del sindicato recurrente y de que los dos Autos mencionados denegaron el acceso de la cuestión al recurso de casación, ninguna pretensión dirige la demandante de amparo contra estas resoluciones judiciales *desde la perspectiva del art. 24.1 CE*. No estamos, pues, ante uno de los recursos de amparo que han recibido el calificativo de "mixtos": en esencia, la pretensión que se formula es la de que se declare que el Decreto del Presidente de la Diputación Provincial vulnera la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a permanecer en el cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE)».

