

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO (CON MOTIVO DE LA STS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009) (*)

CÉSAR AGUADO RENEDO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS HECHOS Y EL PERIPLO DE LA PRETENSIÓN CONOCIDA EN LA STS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009.—3. LO QUE LLAMA LA ATENCIÓN DE LA STS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009: OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL PROCESO, INUSITADO INTERÉS DE LA SALA EN EL MISMO, VOTOS PARTICULARES VARIOS, MAGRO RESULTADO PARA EL RECURRENTE.—4. EL DOBLE CONTENIDO, A CUAL MÁS RELEVANTE, DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009: A) *La creación de un sistema de responsabilidad patrimonial del TC ante la inexistencia legal del mismo: i) ¿Competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para conocer de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional? ii) El supuesto fundamento para generar un régimen de responsabilidad patrimonial: el principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE. iii) El procedimiento y los órganos para la exigencia de responsabilidad patrimonial por actuaciones irregulares del TC: el irresistible poder de sustitución del TS y una concepción errónea del derecho a la tutela judicial efectiva. B) La interpretación del nuevo régimen legal de responsabilidad patrimonial del TC (art. 139.5 LRJPAC) como finalidad real de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de noviembre de 2009, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia (Ponente, Magistrado Sr. Ricardo

(*) Una primera aproximación al tema fue expuesta en el seminario que, bajo la presidencia del profesor Francisco Rubio Llorente y la dirección de Manuel Aragón Reyes y Juan José Solórzabal Echavarría, tiene lugar periódicamente en la Universidad Autónoma de Madrid. Como siempre, agradezco las intervenciones de los presentes, en especial en esta ocasión las de la profesora Alicia González Alonso.

Enríquez Sancho) en la que enjuicia al Tribunal Constitucional (TC) en relación con lo que considera dilaciones indebidas en la tramitación de un determinado procedimiento. Se trata de una decisión más a anotar en el ya por desgracia no escaso historial de agravios del supremo órgano judicial ordinario al Tribunal Constitucional (1). Tan no escaso que ha dado lugar, por ejemplo, a estudios monográficos sobre lo que se entiende como enfrentamiento entre ambos Tribunales, allende nuestras fronteras (2), donde lo insólito de este modo de proceder para alguno pareciera que pasa menos desapercibido que aquí: y no porque nuestros iuspublicistas (en sentido amplio, desde los académicos a los jueces especialistas en la materia) no sean conscientes del mismo, sino porque se sobreentiende ya como un trasfondo característico del sistema institucional español.

(1) «El Supremo “condena” al Alto Tribunal por dilaciones indebidas», titulaba la noticia el diario nacional de mayor tirada el 23-12-2009; y apostillaba más adelante: «Se trata de otra decisión en la guerra que mantiene la Sala de lo Contencioso con el Constitucional...». De «verdadero embate contra la posición institucional del Tribunal Constitucional» la tilda REQUEJO PAGÉS, J. L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el Tercer Cuatrimestre de 2009», en esta misma Revista, núm. 87, pág. 316.

Apenas unas semanas antes el Tribunal Constitucional (Sala Segunda) hubo de dictar la STC 195/2009, de 28 de septiembre, como reacción «contra la flagrante desobediencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo» (TORRES MUÑOZ, I., en la misma «Doctrina del Tribunal Constitucional...») que se acaba de citar, pág. 322): la desobediencia en cuestión es la que deriva de la declaración mediante Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de tal Sala de lo Penal, de 12 de mayo de 2005, de desvincularse de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prescripción penal, contra lo que taxativamente dispone el artículo 5.1 LOPJ; merece la pena reseñar al respecto el sensato Voto Particular a la citada STC 195/2009, del Magistrado Sr. Rodríguez Arribas, que compendia el modo como debiera operarse en éste y en todos los casos similares: aun entendiendo incorrecta (como él la entiende) la doctrina del TC sobre la cuestión, ello no puede suponer desconocer el imperativo legal de su acatamiento. No parece muy difícil de entender que, dando por supuesto que el TC ha emanado decisiones no sólo opinables, sino, en alguna ocasión, calificables de poco afortunadas, cuando no directamente de erróneas, la Constitución, y en su desarrollo el legislador orgánico, ha dejado meridianamente clara la solución institucional en caso de discordancia entre uno y otro cuando aquél considere que la misma versa sobre garantías constitucionales. Es de temer, no obstante, que la actitud del TS para con el TC no es cuestión de entendimiento, sino, aparentemente al menos, de lo que cabría designar como «celos jurisprudenciales».

(2) Cfr. HANSEN, C., «Guerra de Cortes»- *Der Konflikt zwischen dem Spanischen Verfassungsgericht und dem Spanischen Obersten Gericht*, Hamburgo, Verlag Dr. Kovac, 2008. Entre nosotros, como es bien sabido, una década antes ya utilizó tal expresión, proveniente del sistema italiano, SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes*, Madrid, Tecnos, 1999, aunque en un sentido más técnico y sin que se hubieran producido aún algunos de los lamentables episodios que han ocurrido en la presente década; ya más recientemente, se ha ocupado del tema especialmente DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «Los conflictos entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: génesis, evolución y algunas propuestas de solución», *Revista (electrónica) General de Derecho Constitucional*, núm. 4, Iustel, 2007.

La decisión a la que nos referimos tiene poco que ver, afortunadamente, con la que marca el punto álgido de esos agravios (hasta ahora, porque si algo enseña la experiencia en el comportamiento del Supremo para con el Constitucional, es que nada en él es descartable), que, como resulta bien conocido, es la Sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2004, que declaró a los Magistrados constitucionales civilmente responsables, con la obligación de pago correspondiente al recurrente, por —a juicio de dicha Sala— la no resolución de un amparo que se elevó al Tribunal Constitucional (3) [y que, por cierto, también mereció atención fuera de aquí (4)].

2. LOS HECHOS Y EL PERIPLO DE LA PRETENSIÓN CONOCIDA EN LA STS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009

El asunto resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante, en ocasiones, por razones de brevedad, TS sin más) trae causa del despido de un empleado (en quien concurría la condición de abogado): agotada la vía ordinaria pertinente sin ver sus pretensiones satisfechas, el despedido acude en amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso es inadmitido, pero, notificada la Providencia de inadmisión, el solicitante de amparo recusa a dos de los Magistrados que componían la Sección que acordó dicha Providencia. El TC deja sin efecto ésta porque no consta la fecha de notificación de la nota informativa a la representación procesal del demandante, de la Sala, Sección y Magistrados que la integraban: corría el 4 de junio de 2001.

La siguiente fecha que interesa aquí es la de 7 de octubre de 2004, en la que el TC dicta Auto 376/2004 (5), declarando extinguido el incidente de recusación por pérdida sobrevenida de su objeto, al haber dejado de pertenecer los Magistrados recusados a la Sección que debía ocuparse del recurso de amparo interpuesto por el recurrente y respecto del cual los recusaba; no obstante esta razón

(3) De la misma nos ocupamos con detalle en «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *Revista (electrónica) General de Derecho Constitucional*, núm. 1, Iustel, 2006.

(4) En concreto la de alguna autora británica, lo que es especialmente llamativo dado lo refractarios que es sabido suelen resultar los estudiosos del derecho de aquellos territorios insulares a lo que no provenga de algún miembro de la Commonwealth o de EEUU: cfr. TURANO, L., «*Quis Custodiet Ipsos Custodes? The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 1, enero, 2006, págs. 151-162.

(5) En su Antecedente 2.º puede constatarse el dato al que se acaba de hacer referencia de la privación del efecto de la Providencia de inadmisión por el Tribunal Constitucional.

formal de la extinción del objeto del incidente, en dicho Auto se expusieron también, y con pormenor, las razones de fondo por las que eran notoriamente infundadas las recusaciones. A la semana siguiente, el TC dictó Providencia de inadmisión del citado recurso de amparo.

Entre enero de 2001 y marzo de 2003 —señala la Sentencia del TS que nos ocupa: FD 2 *in fine*— el recurrente se dirigió al menos en cuatro ocasiones al TC, instándole a la pronta resolución del incidente de recusación, de modo que éste estuvo paralizado (según contabiliza con notoria precisión la Sentencia en su FD 8) 2 años, 7 meses y 16 días.

El frustrado recusante comienza entonces un periplo a la búsqueda de responsabilidad patrimonial por la actuación del Tribunal Constitucional. De entrada, se dirige al Ministerio de Justicia reclamando una indemnización por daños económicos y morales sufridos dado el funcionamiento anormal del TC en la tramitación del incidente que en su día interpuso. El Ministerio le transmite, mediante el Acuerdo correspondiente, de un lado, que es incompetente para conocer del asunto y, de otro, que traslada al TC su reclamación. El TC contesta al Ministerio mediante Acuerdo del Vicesecretario General —el cual también comunica al reclamante— que «el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación de la que se nos ha dado traslado». Contra ambos Acuerdos (el del Ministerio y el del TC) recurre el interesado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se declara incompetente y remite la reclamación a la Audiencia Nacional. Ésta se declara competente, pero sólo para entender del Acuerdo del Ministerio de Justicia, no del Acuerdo del TC, elevando exposición razonada a la Sala Tercera del TS para que ésta determinase si se consideraba competente para conocer de este segundo Acuerdo. Finalmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal no tiene la menor duda acerca de su competencia para conocer de ambos Acuerdos, «puesto que de otro modo —asevera— se rompería la continencia de la causa» (Antecedente de Hecho Séptimo).

El reclamante cuantifica la responsabilidad patrimonial que exige en 12.022 € por los daños económicos (provisiones de fondos), y en 360.000 € por los daños morales, toda vez que «... el comportamiento del Tribunal Constitucional le ha causado lesiones psíquicas que le incapacitan para el ejercicio de su profesión de Abogado y daños en su dignidad como ciudadano...» (en los términos que recoge el FD 8 de la Sentencia) (6).

(6) La alegación del recurrente parece inspirada en la doctrina del propio TS en la Sentencia de su Sala Primera, de 23 de enero de 2004, antes citada, que afirmó —en relación con los efectos que al entonces también ciudadano-abogado le causó lo que sin duda la Sala Tercera llamaría anor-

La decisión del TS es desestimar el recurso contra el Acuerdo del TC y estimarlo contra el Acuerdo del Ministerio de Justicia (pero negando indemnización alguna al recurrente, como después se dirá), en Sentencia dictada por el Pleno conformado por treinta y dos miembros, de los que ocho suscriben hasta tres Votos Particulares, los dos primeros de los cuales (el primero, signado por el Magistrado Sr. Luis M.^a Díez-Picazo Giménez; el segundo, por el Magistrado Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona con la adhesión de otros cuatro más) entienden —en la misma línea del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal— que el recurso debió ser inadmitido, mientras que el tercero (firmado por la Magistrada Sra. Pilar Teso Gamella, al que se adhiere otro Magistrado más) entiende que procedía su completa desestimación.

Para una comprensión más cabal del tema pueden añadirse dos datos. Uno referido a la que cabría designar como habitual relación jurídica del actor con los Magistrados del TC y, así, de un lado, su última actuación respecto al incidente de recusación fue —como recuerda uno de los Votos Particulares de la Sentencia— recusar a todos los Magistrados del TC excepto a la Presidenta, en relación con la decisión de declarar extinguido el referido incidente de recusación por el citado ATC 376/2004 (dicha recusación colectiva fue inadmitida a trámite por ATC 80/2005, de 17 de febrero); de otro, en el FD 8 de la Sentencia del TS se apunta que, en su momento, se querelló contra dos Magistrados (por asunto ajeno a dicha recusación); y, por último, la Presidenta del TC solicitó la abstención en un nuevo recurso de amparo interpuesto por el mismo recurrente, abstención aceptada por el TC mediante ATC 266/2009, de 24 de noviembre. El otro dato se refiere a la Sala que dictó la Sentencia de la que nos ocuparemos aquí, y consiste en que, al día siguiente de dictar la Sentencia que será objeto aquí de análisis, es decir, el 27 de noviembre de 2009, dictó otra, en la que procede al control de la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos causados por la Oficina del Defensor del Pueblo, como consecuencia también de la defectuosa tramitación de una solicitud a ella dirigida: en rigor, las dos Sentencias se resuelven el mismo día, lo que evidencia la conexión entre ellas, tal y como se deriva de la segunda, cuando hace referencia a que la responsabilidad patrimonial alcanza a todos los poderes públicos, también a los órganos constitucionales, «incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la Sentencia dictada en el recurso de casación

mal tramitación de un recurso de amparo—, que «... no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral, por lo menos desde el punto de vista de hacer que se tambaleen sus creencias como ciudadano de un Estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior...» (FD 5).

585/08» (FD 4); esta segunda Sentencia vuelve a contar con Votos Particulares suscritos por seis Magistrados.

3. LO QUE LLAMA LA ATENCIÓN DE LA STS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009:
OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL PROCESO, INUSITADO INTERÉS DE LA SALA
EN EL MISMO, VOTOS PARTICULARES VARIOS, MAGRO RESULTADO
PARA EL RECURRENTE

Una lectura superficial de la Sentencia de 26 de noviembre de 2009 pone de manifiesto algunos datos que, de inmediato, suscitan el interés y, junto con él, la perplejidad. El más llamativo, desde luego, es el objeto sobre el que versa, consistente en la exigencia de la responsabilidad patrimonial por un anormal funcionamiento del TC en la tramitación de asuntos ante él cuando, a la sazón, no existía previsión legal alguna, ni, por tanto, cauce determinado para ello. Que días antes de la Sentencia surja el régimen legal específico que luego se verá para la exigencia de responsabilidad patrimonial del TC, en nada afectaba, en principio, a la resolución del caso.

El tratamiento de tan peculiar asunto hizo que el Presidente de la Sala elevara al Pleno la causa (Antecedente Decimocuarto), e igualmente que resultara una cuestión disputada, tal y como revelan los Votos Particulares ya aludidos. Pero, tratándose del TS, y más de la Sala de lo Contencioso, llama la atención que —como se ha dicho— dos de los VVPP, en la misma línea del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, propugnasen la inadmisión del recurso, y que la Sala rechazase tal idea: este importante conjunto de opiniones, fundadas en razones más que pertinentes, a las que se aludirá más adelante en el lugar correspondiente, revelan un inusitado interés del órgano en conocer del asunto.

Inusitado, decimos, sobre todo a la vista del resultado final para el recurrente, pues el resarcimiento que reclamaba como contenido de la responsabilidad patrimonial por los daños materiales y morales que aducía sufridos, le es negado por entender la Sala que tales daños, o no existen (los morales) (7), o no tienen relación con la actuación del TC impugnada (los económicos). Ciertamente el TS acaba anulando el Acuerdo del Ministerio de Justicia, en el cual se declaraba incompetente para tramitar la reclamación solicitada y la traslada al TC, pero tal

(7) En razón de la condición de abogado del recurrente, pues —apunta la Sentencia— «... precisamente su condición de abogado le hubiera debido advertir de las escasas posibilidades de éxito que tenían tanto el recurso de amparo interpuesto como el incidente de recusación formulado» (FD 8).

anulación no comporta consecuencia para el recurrente, que no sea una hipotética satisfacción moral.

4. EL DOBLE CONTENIDO, A CUAL MÁS RELEVANTE, DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2009

Señalado todo lo anterior, se está en disposición de hacer un análisis de la Sentencia y, a su resguardo, de la cuestión de fondo que en ella se aborda: el régimen de la responsabilidad patrimonial del TC.

Ese análisis viene marcado por la aparición en el ordenamiento jurídico, estando pendiente el asunto del que ha decidido conocer, del nuevo artículo 139.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que contempla la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento anormal del TC en determinados tipos de procesos: concretamente determina que «El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado». El precepto en cuestión aparece en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (BOE del 4), de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, pero su entrada en vigor queda diferida seis meses, por lo que, como se ha dicho, en nada afectaba directamente a la resolución del caso. Sin embargo, resulta evidente que la interpretación de este precepto por la Sala sentenciadora del modo que en su momento habrá de verse, se convierte en el verdadero motivo de la Sentencia. En consecuencia, ésta acaba teniendo dos contenidos que la hacen doblemente importante: *a)* de un lado, la fundamentación en relación con la solución del caso concreto «en ausencia de regulación legal» sobre la responsabilidad patrimonial del TC (FD 6), lo que —frente a lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos, que tienen su solución en la aplicación de una o varias normas— hacía del mismo un supuesto, por fuerza, más problemático jurídicamente, y *b)* de otro, la interpretación del nuevo régimen legal de responsabilidad patrimonial del TC: la mucha mayor relevancia de este aspecto frente al anterior, deriva de la posición en la que pretende erigirse el TS arrogándose el control de aquél en tal materia.

A) *La creación de un sistema de responsabilidad patrimonial del TC ante la inexistencia legal del mismo*

i) *Sobre la competencia de la Sala para conocer del caso y sobre la admisibilidad del mismo*

Para no hacer excesivamente extenso y farragoso este comentario, que sobre todo pretende ser una aproximación teórica sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del TC dispuesto recientemente por el legislador, se prescindirá aquí del análisis pormenorizado tanto de la afirmación de la competencia de la Sala para conocer de dicha cuestión con motivo del caso que resuelve, como de las causas de inadmisibilidad del recurso que, compartidas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, son desestimadas por aquélla. En cuanto a lo primero, baste decir que la interpretación que fluye de modo natural del conjunto de preceptos relacionados con el conocimiento de la responsabilidad patrimonial por la Sala Tercera del TS, a saber y por este orden: artículos 1.3.a) LJCA, 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, 1.2 y 1.3 *in principii* LJCA, resulta en su gramaticalidad incompatible con la conclusión mayoritaria (8); lo que esta conclusión comporta es, sencillamente, añadir al artículo 1.3.a) LJCA un contenido nuevo del que puede conocer dicha jurisdicción en relación con los concretos órganos aludidos en el precepto: de su responsabilidad patrimonial. Y ello suscita la vidriosa cuestión de la relación entre el poder judicial y el poder legislativo, con las legitimaciones que ostentan uno y otro.

En cuanto a lo segundo, esto es, a las causas de inadmisibilidad planteadas por el Abogado del Estado y compartidas por el Ministerio Fiscal, difícilmente pueden dejar de producir la sensación, para los familiarizados con el modo habitual de proceder de la Sala Tercera del TS en la fase procedimental inicial, de que la admisión por el propio recurrente en el caso del hecho de haber recibido una comunicación respecto de la que dejó transcurrir el plazo legal para reaccionar, y de que el Acuerdo del TC comunicado por su Vicesecretario General al actor no constituía una resolución sino un mero acto informativo [además de por su contenido (9), porque el mismo era una respuesta del TC al Ministerio de Justicia que le trasladó la reclamación, sin que el reclamante se hubiera dirigido

(8) En el mismo sentido, los dos primeros Votos Particulares a las dos Sentencias de la misma Sala aquí referidas: la que se comenta y la referida a la Oficina del Defensor del Pueblo.

(9) El contenido consistía únicamente en que «el Tribunal Constitucional *no cuenta con habilitación legal para conocer* de la reclamación de la que se nos ha dado traslado» (cursiva nuestra).

en ningún momento al Alto Tribunal], ofrecían fundamento más que suficiente a la Sala para inadmitir el asunto; o dicho de otro modo, que al TS le resultaba bastante más forzado jurídicamente razonar la admisión que la inadmisión del asunto, lo que, como antes se decía, inclina a entender como inusitado el interés de la Sala por conocer del asunto.

ii) *El supuesto fundamento para generar un régimen de responsabilidad patrimonial: el principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE*

La falta de previsión legal para que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pudiera conocer de la responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones del TC, es para el TS un obstáculo menor, que no puede impedir la exigencia de justicia material que demanda la actuación indebida del TC, la cual deriva de la Constitución, concretamente del principio de responsabilidad de los poderes públicos proclamado en el artículo 9.3 CE. Éste es entendido por la Sala sentenciadora como corolario indefectiblemente subsiguiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su específica garantía procesal del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), toda vez que su «contenido comprende el derecho a que la tutela judicial impetrada se conceda en un plazo razonable». En concreto argumenta respecto del principio general aludido que, como todos los demás principios del artículo 9.3, entre sus virtualidades se encuentra la de poder «... ser utilizado como fuente de derecho supletoria en caso de inexistencia o insuficiencia de la regulación legal», y continúa: «Es cierto que la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos representa permite al legislador un cierto margen en el momento de su concreción, en atención al poder público de quien se predique, pero también lo es que *la ausencia de regulación legal* no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño, cuando los tribunales pueden detectar, *sin riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del poder legislativo*, que la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 CE, en el cual se incluyen sin duda alguna, los daños causados por un funcionamiento de los poderes públicos ajeno a lo que debe considerarse un comportamiento regular» (10); de modo que —concluye— «Del artículo 9.3

(10) En el mismo sentido, aún más taxativamente, en la aludida Sentencia de la misma Sala referida al Defensor del Pueblo: el margen de maniobra que tiene el legislador, «... no autoriza... a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya

CE deriva una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular...» (FD 5, cursivas nuestras, en razón de lo que después se dirá) (11).

He aquí, sin embargo, que como en toda «ausencia de regulación legal», esto es, en toda anomia, la cuestión que se plantea es si se está verdaderamente ante una laguna del sistema, es decir, ante una falta involuntaria de regulación o, en cambio, se está ante una actuación de alguna manera deliberada del legislador, cuya voluntad en relación con la materia de que se trate ha sido, justamente, obviar su regulación, por entender que no debía, que no podía (p. ej., por razones de insuficiencia de mayoría o de inexistencia de acuerdo político necesario en el caso: recuérdese lo que viene sucediendo con el derecho de huelga en nuestro ordenamiento), o simplemente que por política institucional no convenía reglarla, de modo que la ausencia de regulación legal es, de una u otra manera, intencionada.

En esta segunda situación estaríamos en lo que Larenz denominaba «silencio elocuente» de la ley (12), siendo así que «“Laguna” y “silencio de la

querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución» (FD 4).

(11) En apoyo de su conclusión aduce, esencialmente, el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha condenado (en la Sentencia «Soto Sánchez», de 25 de noviembre de 2003) al Reino de España por dilaciones del Tribunal Constitucional, utilizando la Sala la doctrina vertida en dicha Sentencia *ex* artículo 10.2 CE para interpretar el artículo 24 CE de modo que resulta imperativo para su satisfacción la posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial respecto de las actuaciones de cualquier poder. Sucede, sin embargo, que el citado asunto en el que se pronunció el TEDH nada tenía que ver con el que ahora resolvía el TS: en aquél, la cuestión versaba sobre una pena de privación de libertad que sufría el recurrente; en éste, sobre una recusación respecto de la reclamación de un amparo laboral. Pero, antes aún que este aspecto (material, por así decir) de la cuestión, ha de repararse en que la utilización de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo por el TS en asuntos relacionados con actuaciones del TC, acaba haciendo de aquél el intérprete del contenido y alcance de un derecho fundamental (en el caso, del derecho previsto en el art. 24.2 CE sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), conforme a la interpretación de un precepto internacional —el art. 6.1 CEDH—, frente a quien, precisamente, la CE (art. 123) y la ley (art. 1.1 LOTC y art. 5.1 LOPJ) atribuye plena superioridad en tal cometido: el TC.

Ahora bien, aunque el principal argumento en que se apoya la Sala para justificar su conocimiento del asunto es este que se acaba de comentar, nos caben pocas dudas de que el razonamiento para concluir la imperiosa exigencia de responsabilidad patrimonial que trae consigo las dilaciones indebidas, y en general la anormal tramitación de asuntos, por el TC, es en buena medida trasunto de una decisión previa de la Audiencia Nacional, de 8 de julio de 2008, recaída en otro procedimiento por dilaciones indebidas en sede jurisdiccional constitucional, a la que en ningún momento se alude en la Sentencia que comentamos: en ella se parte del «valor normativo directo» del principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE y de que el mismo implica, «entre otras, una garantía patrimonial» necesariamente (FJ 5).

(12) LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 363; las citas del autor que se transcriben en los párrafos siguientes, se encuentran entre las págs. 363 a 370 de la misma obra.

ley” no son... sencillamente lo mismo». Las lagunas normativas o las de regulación comportan «... una “incompletez —dice, haciendo uso de la expresión de Elze (13)— contraria al plan de la ley”», plan éste que «... se ha de inferir de ella misma por la vía de la interpretación histórica y teleológica». En el caso que aquí nos ocupa, es claro que ni de la LRJPAC (antes de que incorporase su actual art. 139.5) ni de la LOPJ en el desarrollo que hacen de las distintas responsabilidades patrimoniales de la Administración y de la concreta Administración de Justicia, respectivamente, a que se refieren los preceptos constitucionales que determinan de forma específica dicho tipo de responsabilidad (los fundamentales artículos en esta materia, 106.2 y 121 CE), y tampoco de la LOPJ ni de la LJCA cuando determinan las atribuciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, se deduce «plan» alguno que incluyera la tramitación irregular del TC (14) como causa de responsabilidad patrimonial, ni que posibilite a los órganos de dicha jurisdicción para enjuiciar tal eventualidad.

La inexistencia de régimen legal en la materia hasta ese momento obligaba a acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) invocando el artículo 6.1 del Convenio, que garantiza el derecho al «plazo razonable» en la tramitación de las causas. Podía, por supuesto, criticarse esta única salida al exterior del ordenamiento interno, si se entendía que no era una solución especialmente adecuada (15). A nuestro juicio, sin embargo, parece que entre los supuestos en los que más sentido puede tener acudir a tal instancia internacional se encuentran los de esta índole, precisamente por la dificultad intrínseca que presenta el enjuiciamiento de los más altos órganos del Estado por los de la justicia interna, cuando no hay una previsión específica e idónea en el ordenamiento, dificultad que, como muestra la Sentencia aquí comentada (16), comenzaba por la inexistencia de previsión jurídica de instancias jurisdiccionales a las que acudir *ad intra* del Reino de España (17). En todo caso, por muy criticable que pudiera considerarse ese *status quaestionis* de la inexistencia de un régimen

(13) Precisamente el título de la obra de ELZE es *Lücken im Gesetz*.

(14) O de otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional, como el Defensor del Pueblo.

(15) Así lo hace la Audiencia Nacional en la Sentencia antes citada de 8 de julio de 2008, si bien con una petición de principio, pues tal es, obviamente, concluir como ella hace que, acudir al TEDH no satisface, «desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno, la exigencia constitucional contenida en el artículo 9.3 CE» (FJ 9).

(16) Y los supuestos resueltos por el TEDH en 2003 citados en la misma, y el de la aludida Sentencia de la Audiencia Nacional de 2008.

(17) De la misma idea parece J. L. REQUEJO, cuando afirma que «... la Sentencia de la Sala Tercera pretende cubrir un vacío donde sólo hay, en su caso, una competencia de control sobre el Tribunal Constitucional reservada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (*ibidem*).

de exigencia de responsabilidad de órganos constitucionales, entre ellos el TC, tal situación no autorizaba a quien no tiene atribución para ello a sustituirlo sin más. Acudiendo de nuevo a Larenz, él señalaba un ejemplo práctico de decisión del legislador de dejar de regular determinado derecho (18), decisión que se demostraría más tarde equivocada «por razones político-económicas y político-sociales; pero —razona—, puesto que no se trataba de una incompletez “contraria al plan” de la ley, sino de un desacierto jurídico-político, la jurisprudencia de los tribunales no estaba llamada a completar la ley. Para corregir la decisión del legislador de entonces, que ahora se reconoce defectuosa —concluye Larenz—, resultó precisa una nueva decisión del legislador...», que fue la efectivamente tomada en el caso ejemplificado con la promulgación de una nueva Ley.

Por si cupiere alguna duda en el razonamiento expuesto, lo mismo predica el conocido filósofo del Derecho alemán del concepto más genérico de «laguna del Derecho», que algunos autores distinguen de la laguna de la ley, en tanto aquélla no comporta la falta de compleción de una ley concreta, sino del orden jurídico en su conjunto porque éste no contenga «... un instituto jurídico que debiera contener atendiendo a una necesidad imprescindible del tráfico o a un principio jurídico afirmado por la conciencia jurídica general»; acerca de este tipo de «laguna del Derecho» aclara de inmediato: «Sobre esto hay que decir, ante todo, que la falta de un tal instituto tampoco debe considerarse una «laguna del Derecho» cuando su falta se refiere a una decisión consciente del legislador».

En suma, pues, respecto de lo que aquí interesa ha de concluirse, con el reconocido maestro alemán, que, si la ausencia de regulación legal sobre una materia admite ser entendida de alguna forma como idea intencionada del legislador, el aplicador por antonomasia de la ley, el juez, no es ya que no debe, sino que no puede suplantarle.

En el supuesto que ocupa nuestra atención, es indudable que el legislador no podía dejar de ser plenamente consciente de que, en tres décadas de funcionamiento del TC, no había previsto un sistema de responsabilidad patrimonial por eventuales incorrecciones o errores en las tramitaciones de procedimientos en su sede: la cuestión estuvo presente ya en la STEDH sobre el caso «Rumasa» de 1993; la propia Sentencia objeto aquí de análisis recuerda los dos supuestos de los cuales que el TEDH conoce en 2003 de dilaciones del TC español y, aún más específicamente, de los problemas sobre la inexistencia de un cauce *ad hoc* para hacer efectiva la exigencia de responsabilidad, concluyendo el segundo de

(18) Se refiere a que el legislador alemán no incluyó «intencionadamente» en el Código Civil cierto derecho real sobre las viviendas o partes de edificios.

ellos con condena a España; y, en fin, la extensa Sentencia de la Audiencia Nacional de 2008 hasta ahora citada aquí en nota, gira toda ella sobre tal cuestión, consistiendo la parte esencial de su fallo en disponer que resuelva el Consejo de Ministros la reclamación en que consistía la causa, o sea, el órgano en el que justamente confluye ser origen de casi todas las iniciativas legislativas y ser también el encargado de hacer efectivas las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial en los casos más relevantes. Especialmente significativa aparece esta confluencia que se acaba de señalar, porque si no ha tenido lugar durante tres décadas una regulación específica de la responsabilidad patrimonial del TC, difícilmente podía imputarse ese vacío legal a la inadvertencia o al desconocimiento del representante de la voluntad general. De hecho, la regulación de la responsabilidad patrimonial del TC en nuestro sistema ha acabado exactamente como hemos visto que preconizaba Larenz, al aprobar el legislador español el ya aludido artículo 139.5 LRJPAC, que contempla el modo de exigencia de responsabilidad patrimonial por tramitaciones defectuosas respecto de los particulares afectados en los procesos de amparo y en las cuestiones de inconstitucionalidad. Pero en el procedimiento que viene suscitando nuestro interés, ni existía tal precepto cuando se produce la reclamación del actor, ni estaba en vigor al momento de dictar la Sentencia la Sala Tercera, por lo que la materia seguía en estado de anomía. Y si tal anomía no podía interpretarse, por todo lo que se acaba de decir, como laguna jurídica, el sustento que se procura el TS para operar como lo hizo en el caso, resulta inexistente a nuestro modesto entender.

Más aún. Incluso aun cuando se entendiese que existía una «laguna del Derecho» en relación con la responsabilidad patrimonial del TC, había que integrarla acudiendo a la regulación existente en el ordenamiento. Como ha quedado dicho, el TS deduce tal responsabilidad del principio general constitucionalizado en el artículo 9.3 CE de la responsabilidad de los poderes públicos. Ahora bien, como ha demostrado García de Enterría acudiendo a diversos criterios hermenéuticos (histórico, sistemático, lógico) (19), la responsabilidad a la que alude el artículo 9.3 CE no puede entenderse como un tipo específico de responsabilidad, y menos aún como el concreto tipo de responsabilidad patrimonial, sino como un principio general de dación de cuentas de los poderes públicos frente

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El principio de “responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», hoy en su obra recopilatoria de trabajos sobre *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas, 2005, págs. 71 y sigs.: aunque él aborda el principio desde la perspectiva de la concreta responsabilidad patrimonial a la que el título hace referencia (la del Estado legislador), aquí son de plena aplicación sus cabaes razonamientos relativos a la primera parte de la rúbrica del trabajo.

al pueblo, «del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE; y de modo específico para la justicia, art. 117.1 *in principii*); lo que habitualmente tiene lugar ante sus representantes políticos (responsabilidad luego desarrollada en el Tít. V CE para el Estado, en el art. 152.1 para las Comunidades Autónomas —hoy ya de forma generalizada— y, en su caso, en el art. 140 para los municipios), y en el supuesto de la responsabilidad de los representantes, ante el cuerpo electoral de forma periódica. Cuando el constituyente ha querido especificar un tipo de responsabilidad particular distinta de la política, lo ha hecho: como sucede con la responsabilidad criminal de los parlamentarios nacionales (art. 71.2 CE) y de los miembros del Gobierno (art. 102 CE), o con la responsabilidad singularizada de los Jueces y Magistrados cuando determina las características de su estatus: «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, *responsables* y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE) (20); y, sobre todo, en lo que aquí interesa, como sucede con la responsabilidad específicamente patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos de la Administración (art. 106.2 CE) y del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121 CE), según se ha dicho ya.

Una lectura somera de estos dos últimos preceptos que se acaban de apuntar evidencia que determinan (a) un «derecho» subjetivo, (b) a una indemnización, (c) de conformidad con lo que «la ley» disponga. Nada de ello sucede en el artículo 9.3 CE, porque, como muy bien apunta García de Enterría, mientras aquellos preceptos están regulando la responsabilidad desde «el lado activo del ciudadano», éste hace referencia al principio genérico de responsabilidad desde el punto de vista «pasivo de la organización política» (21); esto es lo propio de su ubicación, en el Título Preliminar, donde se enuncian los grandes principios que inspiran el sistema (22), en concreto en el caso del artículo 9.3 los principios básicos del Estado de Derecho en el que, conforme al artículo 1.1, se constituye España (como en el del art. 9.2 se contiene un principio básico, igualdad real y efectiva, del Estado social), y no parece que pueda considerarse, en rigor, como básico un principio de responsabilidad específicamente patrimonial y aún menos referido a órganos constitucionales.

Resulta especialmente reveladora en este sentido la diferencia de significados aludida hace ya algún tiempo, p. ej., por Beltrán de Felipe y que a estas alturas nos resultan familiares, entre los términos anglosajones *accountability*

(20) Cfr. al respecto DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, CEPC, 2002, en particular, p. ej., pág. 61.

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., pág. 110.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., pág. 102.

(responsabilidad en el sentido político o jurídico) y *liability* (responsabilidad patrimonial surgida de la comisión de daños) (23): resulta muy reveladora esta diferencia, decimos, porque uno y otro ponen perfectamente de manifiesto la distinción entre la responsabilidad general a la que se refiere el artículo 9.3 CE cuando constitucionaliza el principio de responsabilidad de los poderes públicos, y la responsabilidad, propiamente patrimonial, a la que se refieren los artículos 106.2 y 121 CE; responsabilidades netamente distintas por su naturaleza y sus consecuencias.

En definitiva, pues, en el caso que nos ocupa, faltaban los dos presupuestos de los que dice partir la Sala Tercera del TS en la Sentencia objeto de estudio para conocer del mismo: ni podía afirmarse con el rigor que requería la trascendencia de la cuestión en juego la existencia de un vacío legislativo que requiriese el complemento al legislador por ella misma, ni cabía posibilidad seriamente consistente de deducir un régimen tan específico como es el de responsabilidad patrimonial de un principio tan genérico como el de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE. Ignorar ambos razonamientos suponía, en nuestro modesto sentir, forzar de un modo tan intenso el ordenamiento jurídico, que acaba haciéndosele decir lo que no decía porque no podía decirlo.

iii) *El procedimiento y los órganos para la exigencia de responsabilidad patrimonial por actuaciones irregulares del TC: el irresistible poder de sustitución del TS y una concepción errónea del derecho a la tutela judicial efectiva*

Contra todo lo que aquí se acaba de lucubrar, la Sala Tercera del TS concluye, sin embargo, que no había duda acerca de la derivación de la responsabilidad patrimonial por actuaciones irregulares del TC. Para articularla, dada la ausencia de regulación legal de un régimen que permita exigirla, procede a la determinación, tanto del órgano competente que ha de fijarla, como del modo de tramitar tal decisión.

Por lo que hace al primero, infiere que ese órgano ha de ser el Consejo de Ministros, de acuerdo con el principio de equivalencia de dignidades entre la superior posición que en el entramado institucional ostenta el TC y la que le

(23) BELTRÁN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de Sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, Civitas-Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pág. 222: *apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 109.

corresponde al Consejo de Ministros en cuanto ostenta el máximo nivel de representación del Poder Ejecutivo (FD 6).

Por lo que hace al procedimiento para tramitar la reclamación, la Sentencia señala que el mismo requiere la intervención de tres órganos: el Ministerio de Justicia, el Consejo de Estado y el propio TC que causa la reclamación patrimonial.

La intervención del primero va tan de suyo para la Sala sentenciadora que reprocha a dicho Ministerio el «... error cometido... al rechazar la reclamación sin continuar la instrucción del procedimiento en la forma debida» (FD 7): ahora se verá qué es lo que entiende el TS por instrucción correcta del procedimiento en el caso.

La intervención del Consejo de Estado ha de tener lugar —recuerda la propia Sala—, en virtud de la determinación legal (art. 22.13 de la LOCE) que hace preceptivo su informe en las reclamaciones superiores a 6.000 €, tal y como se ha dicho que sucedía en el caso.

Pero lo más relevante, sin duda, es que, en paralelo a lo que sucede con la responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones del Poder Judicial, en el que el procedimiento regulado para su exigencia requiere del pronunciamiento al respecto del Consejo General del Poder Judicial, entiende la Sala que igualmente ha de oírse al propio TC cuando se pretenda exigir responsabilidad patrimonial al Estado por tramitaciones incorrectas en su sede, toda vez que «... es una exigencia consustancial al sistema porque deriva del principio constitucional de separación de poderes y responde a la necesidad de preservar al Tribunal Constitucional de posibles perturbaciones procedentes *del Poder Ejecutivo...*» (FD 6, cursiva nuestra) (24).

Determinados los órganos y el procedimiento a seguir según el TS para la exigencia de responsabilidad patrimonial por actuaciones del TC ante el silencio legislativo hasta ese momento existente, resulta que en el caso concreto del que conoce, ni el procedimiento se ha seguido (pues el Ministerio de Justicia se limitó simplemente a negar su competencia para tramitarlo), ni ninguno de los órganos (Tribunal Constitucional, Consejo de Estado y Consejo de Ministros), ha intervenido en el caso: como dice el segundo de los Votos Particulares, «Frente a la reclamación patrimonial no se incoó en realidad ningún expediente administrativo, ni se oyó al Consejo de Estado, ni la cuestión fue sometida al

(24) «Casualmente» esto mismo es lo que dispone el nuevo párrafo 5 del artículo 139 LRJPAC citado, pero —razona el TS— «... aunque el citado precepto no estuviera en vigor cuando se presentó la reclamación que da origen a este proceso, ni lo esté en el momento de dictar esta resolución, la garantía que representa la intervención del Tribunal Constitucional debe considerarse exigible, en ausencia de dicha regulación legal» (FD 6).

único órgano que consideramos competente para resolverla, esto es, al Consejo de Ministros» (25). Estos «varios obstáculos que podrían oponerse al examen de la cuestión de fondo planteada por la parte actora» no impiden según la mayoría conocer del recurso, porque «... la Sala entiende que ninguno de esos obstáculos constituyen impedimentos que puedan limitar el derecho a la tutela judicial efectiva reclamada por el actor que requiere que el examen de la cuestión de fondo planteada sólo sea postergada cuando existan razones muy fundadas que impidan a la Sala su decisión. Y en el caso presente no concurren esas razones» (FD 7). En consecuencia, para hacer efectivo lo que hace el TS es sustituir, con sus propios razonamientos y decisiones, a los distintos órganos en las respectivas decisiones que éstos tendrían que haber tomado.

Y así, en lo que hace al TC, afirma que «Ciertamente el Tribunal Constitucional no era competente para resolver la reclamación formulada pero tuvo ocasión de haber advertido lo que hubiera considerado pertinente acerca de las circunstancias que determinaron la demora de casi tres años en la decisión del incidente de recusación» (FD 7). Ante tal omisión, la Sala se pronuncia en su lugar, acudiendo tanto a la doctrina del TEDH como a la del propio TC en materia de dilaciones indebidas, y proyectándola en las concretas circunstancias del caso, para concluir finalmente que éste no resolvió el incidente de recusación en el plazo razonable en que debió haberlo hecho (FD 8). Además de otras consideraciones (26), que tal conclusión no es la única que cabía lo ponen de relieve, sin ir más lejos, los cinco Magistrados que suscriben el segundo de los Votos Particulares, que ofrecen una explicación bastante lógica del modo de proceder del TC a la vista de las concretas circunstancias de dicho órgano, excluyendo con ello el carácter irrazonable, esto es, indebido, de la demora en la contestación al autor del incidente de recusación, a los efectos de la responsabilidad exigida (27). Así

(25) Y continúa dicho Voto Particular: «Sin estos trámites inexcusables y sin la decisión del órgano competente no resulta, a mi juicio, adecuado que el Tribunal Supremo decida directamente resolver la pertinencia de aquella reclamación en cuanto al fondo.

En supuestos más o menos análogos (ciertamente, no en todos) hemos decidido que procedía retrotraer las actuaciones para que el órgano administrativo competente se pronunciara previamente al respecto».

(26) Como la de que es obvio que tal contestación supone negar la validez del Acuerdo del TC, que afirmaba su falta de habilitación legal, no «para resolver» la reclamación, en los términos que emplea la Sala, sino «para conocer» de la misma, que es lo que especifica aquel Acuerdo, y cualquier pronunciamiento del TC sobre ella hubiera supuesto contradecir el fundamento de su afirmación, a saber: que no había un procedimiento legal en ese momento que previese un pronunciamiento suyo (no ya la solución de la reclamación) sobre la cuestión.

(27) En concreto, razona el citado Voto, suscrito por cinco Magistrados: «Es cierto, sin duda, que hubo una demora en resolver el incidente de recusación, pero de ello no se sigue automática-

pues, la conclusión del TS en relación con el caso consiste en la suplantación de la que él mismo previamente ha subrayado que es una imprescindible intervención del TC (por resultar «exigencia consustancial al sistema», en su misma expresión).

Por lo que al Consejo de Estado se refiere, la Sentencia se limita simplemente a notar que su «... dictamen no es vinculante para la Administración y, obviamente, en cuanto se integra en la resolución final del procedimiento manifiesta una opinión que puede no ser seguida por los órganos de esta jurisdicción, de modo que su ausencia no representa óbice alguno a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por el recurrente» (FD 7). Indudablemente, el TS puede no compartir la opinión del Consejo de Estado, y dictar su resolución sin tenerla en cuenta. Pero parece claro que esto es una

mente que este retraso deba calificarse de “dilación indebida” en la acepción técnico-jurídica que estos términos han adquirido en nuestro ordenamiento.

La actuación del Tribunal Constitucional se adecua, en mi opinión, a los estándares temporales inevitablemente admisibles para resolver los recursos de amparo. Un tribunal de doce magistrados no puede, simplemente, dar respuesta rápida —esto es, sin dilaciones— a seis mil o siete mil demandas de amparo anuales, sin contar los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad más los conflictos de competencia.

Por muchos medios instrumentales (personales y materiales) de que disponga, salvo que los magistrados abdicasen de su responsabilidad —lo que, obviamente, es impensable— no podrán resolver en un tiempo breve y de modo fundado todas aquellas demandas. Podrán, además, dar prioridad a unos recursos frente a otros, en función de determinados criterios que ahora no es el caso desarrollar, y postergar incluso la resolución de aquellos en que se advierta ya a primera vista su carencia manifiesta de fundamento. Todo ello entra dentro del sentido común y de la razonabilidad.

La duración normal de los procesos de amparo no se ha excedido en este caso. El Tribunal Constitucional inadmitió en mayo del año 2000 el recurso de amparo presentado en octubre de 1999. La recusación se había formulado en el mismo mes de mayo de 2000, una vez dictada la providencia de inadmisión, y de nuevo la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió en un tiempo razonable (junio de 2001) que debía reponerse aquella providencia originaria. Los derechos del recurrente fueron, pues, escrupulosamente respetados en ese intervalo.

Es cierto que desde el inicio de la pieza separada de recusación hasta su conclusión (octubre de 2004) transcurrió un tiempo en que el incidente estuvo paralizado. Pero lo realmente determinante, a mi juicio, es que el recurso de amparo rechazado *a limine* por primera vez en mayo del año 2000 y vuelto a rechazar finalmente en octubre de 2004 se resolvió en un plazo un tiempo que puede considerarse justificado dentro de los estándares temporales que se han de aplicar a un órgano con cometidos jurisdiccionales como son los propios del Tribunal Constitucional, sobrecargado de miles de demandas de amparo».

Parece bastante posible que la contestación del TC, si hubiese sido aplicable al caso el hoy vigente artículo 139.5 LRJPAC que impone su declaración según se ha señalado ya, hubiera sido de este o parecido tenor, y no cabe descartar que la misma acabe siendo el modelo de respuesta en los supuestos —naturalmente, siempre indeseables y ha de presuponerse que muy escasos— de eventuales reclamaciones por decisiones que se prolonguen en el tiempo.

cosa, y otra muy distinta es inaplicar una norma legal que hace preceptivo el dictamen de dicho órgano.

En sentido similar, resulta harto difícil comprender el razonamiento referido al Ministerio de Justicia, cuando la Sala le reprocha, según antes se ha señalado, que no continuase la instrucción del procedimiento «en la forma debida»; en concreto —afirma— «... en lugar de enviar esa reclamación al Tribunal Constitucional para que la resolviera debió haberlo hecho al Consejo de Ministros, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 LPAC» (mismo FD 7). Y ello porque lo que este artículo dispone es que «El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública». El órgano competente en este caso sería desde luego el Consejo de Ministros, pero el artículo 142.2 LRJPAC determina que los procedimientos de responsabilidad patrimonial serán resueltos por el Consejo de Ministros sólo «si una Ley así lo dispone», y precisamente lo que faltaba en el caso era tal ley. En rigor, el reproche del TS respecto de la forma de operar del Ministerio de Justicia aparenta resultar una recriminación por haberse atendido éste a lo que determina la ley (cuando —recuérdese— la Administración ha de actuar «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»: art. 103.1 CE).

Por último, la Sala Tercera del TS procede de idéntico modo con la decisión que correspondía al Consejo de Ministros, esto es, sustituyéndolo, desde el momento en que —asevera— la forma de proceder del Ministerio de Justicia, enviándole al TC, y no al Consejo de Ministros, la reclamación del recurrente, «... no debe retrasar aún más la tutela judicial pedida por la parte actora, toda vez que no existen intereses públicos prevalentes que fuercen a una decisión expresa del Consejo de Ministros dilatando una resolución que finalmente habría tenido que ser enjuiciada por esta Sala» (FD 7). De nuevo vuelve a surgir aquí el artículo 142.2 LRJPAC antes citado, pero ahora desde la vertiente del Consejo de Ministros, pues el precepto en cuestión hace necesaria la previsión legal para que él pueda resolver un procedimiento de responsabilidad patrimonial, y tal previsión no existía en el momento en que reclama el actor.

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, cabe recordar lo que la misma Sala señalaba al inicio, como premisa de su posterior razonamiento acerca de la integración de lo que ella entiende como una evidente insuficiencia del ordenamiento jurídico partiendo de un principio general de Derecho, cuando supeditaba ese modo de proceder a que la actuación de los tribunales no comportase «riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del poder legislativo»: habida cuenta de las distintas decisiones de la Sala en relación con los diversos

órganos citados, ha de concluirse que es una peculiar manera ésta de entender cuándo no se suplanta al legislador.

Contra lo afirmado en tal inciso, es paladina esa suplantación del legislador por el TS, no tanto como pudiera aparentemente entenderse (y así lo entiende, p. ej., el tercero de los Votos Particulares) por la aplicación de un precepto adelantada a su vigencia —el art. 139.5 LRJPAC (28)—, sino por las distintas actuaciones que lleva a cabo: unas, haciendo abstracción de preceptos legales (casos de los arts. 142.2 LRJPAC o 22.13 LOCE); otras, forzando su interpretación [caso del art. 2.e) en relación con el art. 1.3.a) LJCA]; y, sobre todo, generando un sistema de responsabilidad patrimonial «por daños antijurídicos causados por el Tribunal Constitucional» (FD 6), inexistente hasta ese momento en el ordenamiento, cuando, como se ha visto, ni cabía deducir que su inexistencia fuere de una u otra forma producto de la intención del legislador, ni tampoco podía hallar fundamento en el principio general del Derecho constitucionalizado, aducido por el TS con una concepción manifiestamente impropia.

Lo más llamativo de esta idea y del modo de proceder de la Sala Tercera que la misma conlleva es, sin embargo, que pretende basarse en la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente: en los términos literales ya antes vistos, en «... el derecho a la tutela judicial efectiva reclamada por el actor que requiere que el examen de la cuestión de fondo planteada sólo sea postergada cuando existan razones muy fundadas que impidan a la Sala su decisión. Y en el caso presente no concurren esas razones» (FD 7). A nuestro juicio, la razón de que no existía la necesaria previsión legal para poder exigir el tipo de responsabilidad pretendido por la actuación del TC y, en consecuencia, que ello abocaba a que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS debía suplantar el modo de proceder y la voluntad de órganos como los señalados, era razón ciertamente fundada para que dicha Sala hubiera obrado de modo muy distinto. Máxime cuando la Sala sustenta tal modo de operar en el derecho a la tutela judicial efectiva del actor, cuya concepción no parece la correcta.

Así al menos entendemos nosotros que sucede cuando se identifica la tutela judicial efectiva con la idea de que, salvo que concurren causas de inadmisión, la respuesta a las pretensiones del justiciable por parte de los jueces y tribunales haya de ser una respuesta afirmativa o negativa, pero en todo caso sustancial, confundiendo la necesidad de que la resolución del caso haya de ser sobre su

(28) Como se ha visto ya, la propia Sentencia señala que el precepto no era aplicable al caso del que estaba conociendo, y pretende evitar la impresión de que lo aplica adoptando el precepto aún no vigente como un elemento interpretativo más, junto con otros, para llegar al mismo resultado de lo que en él se regula y proyectarlo a continuación sobre el supuesto concreto del que está conociendo.

fondo conque dicha resolución tenga que ser necesariamente material, en el sentido de tangible. Y ello porque al justiciable no podrá dársele lo que solicita si, pese a estar legitimado para pedirlo, e incluso no aparentando ser irrazonable la petición desde un punto de vista moral o social, el ordenamiento no contempla la posibilidad de darlo. Podrá entonces, ciertamente, criticarse la omisión o la insuficiencia del ordenamiento jurídico que imposibilita dar lo que se pide aun pareciendo que viniendo avalado, en su caso, por razones sustantivas, e instar a que se ponga remedio a tal situación, pero lo que no podrá el órgano judicial, so pretexto de la efectividad de la tutela judicial, es generar él mismo un contenido jurídico (en el caso, un sistema de responsabilidad patrimonial), que no está entre sus atribuciones determinar: imposibilidad tanto mayor cuanto más entidad o más significación tenga tal contenido. Porque, por decirlo en términos que en alguna ocasión ha hecho suyos el propio TC, «... lo que exige el derecho a la tutela judicial no es que los derechos adquieran una determinada dimensión sustantiva, sino que una vez delimitada ésta, “no existan obstáculos artificiales para su defensa en juicio”» (STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 5). Un entendimiento como el que se deriva de la Sentencia comentada del ya de por sí sobredimensionado cajón de sastre en que se ha convertido en nuestro ordenamiento el derecho a la tutela judicial, además de consecuencias disfuncionales con las categorías jurídicas en las que se funda el sistema (29), acabaría haciendo del juez —más en general del Poder Judicial— el epicentro absoluto del Estado, el *deus ex machina* de todo el sistema, y del legislador y del poder ejecutivo meros colaboradores circunstanciales suyos.

(29) Como se ha visto que sucede en el caso que se ha analizado hasta aquí. Ya finalizadas estas páginas, ha aparecido el comentario a la Sentencia de la que las mismas traen origen realizado, y a la nueva regulación del artículo 139.5 LRJPAC, de FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», *REDA*, núm. 146, 2010, págs. 267 y sigs.; enlazando con lo antes comentado por nosotros acerca del incorrecto uso del caso «Soto Sánchez» para fundar la Sala su decisión de conocer del caso, la incoherencia del resultado a que ésta da lugar es expuesta así por el citado autor: «La mera posibilidad de que pueda ser ...[la Sala Tercera del Tribunal Supremo]... la que finalmente decida sobre si el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas..., es por sí sólo suficiente para probar la esquizofrenia de un sistema en el que, de una parte, la tutela última del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas corresponde al Tribunal Constitucional, mientras que, de otra, ahora por la vía indirecta de la responsabilidad patrimonial del Estado, la tutela de ese mismo derecho cuando se ejercita ante el Tribunal Constitucional revierte a la jurisdicción ordinaria» (págs. 288-289).

B) *La interpretación del nuevo régimen legal de responsabilidad patrimonial del TC (art. 139.5 LRJPAC) como finalidad real de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo*

Así pues, el esfuerzo desplegado por el TS en la Sentencia objeto aquí de comentario se ha demostrado más que notable en particular en proporción al resultado final sobre la pretensión deducida: la anulación de un Acuerdo del Ministerio de Justicia sin repercusión alguna en las pretensiones indemnizatorias del recurrente, que las ve denegadas en su totalidad. Una magra conclusión para haber requerido nada menos que la creación pretoria de todo un sistema legalmente inexistente de responsabilidad patrimonial del Estado respecto de un órgano constitucional y, una vez creado, de la suplantación por un órgano judicial —aunque sea el supremo de entre ellos— de órganos constitucionales o de relevancia constitucional a los que soslaya en las decisiones que les corresponde tomar conforme al ordenamiento. Se hace, pues, evidente que debía existir una razón de más alcance que la proclamada por la Sala como impostergable tutela judicial efectiva reclamada por el actor y, efectivamente, tal razón se yergue bien enhiesta en el breve párrafo que cierra el FD 6, el cual, una vez sentado que no hay duda de que los daños producidos por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional comportan la responsabilidad patrimonial del Estado, que el órgano que ha de determinar la misma ha de ser el Consejo de Ministros y que en el procedimiento a seguir para ello ha de oírse lo que al respecto tenga que decir el TC, concluye: «La decisión del Tribunal Constitucional respecto a si ha incurrido o no en funcionamiento anormal... acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional».

Este aparente *obiter* resulta en realidad la verdadera *ratio* de esta Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que persigue manifiestamente dejar claro que le corresponde el control del TC en cuanto a la anormal tramitación de los procesos en su sede: que le correspondía antes de la nueva regulación *ad hoc* que supone el actual artículo 139.5 LRJPAC si se hubiere pronunciado el TC (tal y como se manifiesta con el caso que resuelve en la Sentencia), y, sobre todo, que le corresponde igualmente pro futuro con dicho nuevo régimen. Precisamente éste es el primer y principal reproche que a la mayoría hace el tercero de los Votos Particulares: «... cuando se señala que la intervención del Tribunal Constitucional constituye “una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan”, la senten-

cia se está pronunciando sobre la naturaleza y el más que previsible alcance de un trámite previsto en una norma no aplicable al caso, y sobre la que a buen seguro nos habremos de pronunciar en el futuro», de modo que —continúa dicho Voto— la operación de integración de la laguna regulativa hasta la vigencia de dicho precepto que lleva a cabo la Sala, había «... de realizarse, en todo caso, sin adelantarse ni comprometer la interpretación que hagamos en el porvenir sobre el mentado artículo 139.5 de la Ley 30/1992». Que la intención de la Sala, por tanto, es dejar sentado un precedente, un apoyo para —con meridiana previsibilidad— aducirlo en eventuales supuestos de anormal funcionamiento del TC, no admite duda y, una vez puestas ya de manifiesto las serias debilidades (que constituyen, más precisamente, irregularidades) de la Sentencia en lo que hace a la resolución del caso, estas páginas abandonan su carácter de comentario jurisprudencial para convertirse en un estudio aproximativo sobre la interpretación del nuevo artículo 139.5 LRJPAC y la relación entre el TS y el TC que deriva del mismo.

Tal y como es concebida por la Sala de lo Contencioso del TS, la declaración del TC en el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial por su funcionamiento anormal tiene naturaleza gubernativa, no jurisdiccional, lo que permite su enjuiciamiento por ella misma. Pero es más que difícil dejar de entender que cuando el TC intervenga en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, no se limitará a «declarar» o indicar o comentar su actuación en la tramitación cuestionada, sino que, en rigor, habrá de «decidir», a la vista de las concretas circunstancias que rodearon el caso en cuestión, si se produjo, o no, un funcionamiento anormal del mismo: como ejemplo evidente de que ello ha de ser así, basta recordar de nuevo lo que el segundo de los Votos Particulares (y antes el Abogado del Estado), razona en relación con el concreto caso resuelto en esta Sentencia que comentamos, para concluir, precisamente contra el parecer mayoritario, que podía explicarse la demora que se produjo en el caso «dentro del sentido común y de la razonabilidad» y, con ello, entenderla como no indebida; y lo mismo se puede afirmar en relación con eventuales errores, acaso indudables como tales, pero que el TC puede no considerar que entren dentro de lo que ha de concebirse como anormal tramitación de la causa, v. gr., porque no supusieren una alteración sustancial en la tramitación del proceso o un perjuicio de apreciable entidad a la parte.

Por lo demás, en fin, parece evidente que, en una buena parte de los casos si no en la gran mayoría, resultará imposible deslindar la función de juzgar del modo de tramitar la causa, modo cuya corrección o incorrección puede llegar a tener una incidencia muy directa en el resultado final (jurisdiccional, claro es) de la misma. En términos específicos de responsabilidad patrimonial lo expresa

muy bien, a nuestro juicio, el Voto Particular del Magistrado Luis M.^a Díez-Picazo, cuando afirma que «... tratándose de lesiones que se dicen ocasionadas por actos u omisiones del Tribunal Constitucional en el curso de un proceso constitucional, el único modo de determinar si existe o no un deber jurídico de soportar el daño es, por definición, examinar la corrección del modo en que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo su función jurisdiccional», vale decir, enjuiciarla, trasladando a continuación este razonamiento al caso sobre el que la Sentencia se pronuncia: «ni que decir tiene que determinar si una resolución del Tribunal Constitucional es indebidamente tardía es un modo de fiscalizar aquélla».

Así es, este entendimiento resulta indefectible si se quiere guardar una mínima coherencia en un sistema que, como se ha recordado ya aquí, confía justamente en último extremo las «garantías constitucionales» al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes respecto de las mismas (art. 123 CE). Y más todavía cuando la virtualidad de la labor de este órgano jurisdiccional no se agota en resolver litigios o proteger intereses más o menos particulares o generales, sino en determinar la constitucionalidad, o no, del modo de proceder de los poderes públicos, o sea, cuando su actuación tiene un componente objetivo esencial, como sucede en el caso del TC, muy en especial a partir de la reforma de su Ley reguladora mediante la LO 6/2007, de 24 de mayo, que persigue precisamente la objetivización del proceso más subjetivo de los que tienen lugar en sede constitucional, el recurso de amparo.

En suma, pues, ha de concluirse que la declaración que lleve a cabo el TC en el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial que se exija como consecuencia de lo que un interesado pretenda que constituyó «un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad» (art. 139.5 LRJPAC), es de naturaleza propiamente jurisdiccional.

Y si es jurisdiccional, no es posible el enjuiciamiento de la declaración del TC acerca de si fue, o dejó de ser, anormal la tramitación que él efectuó, por ninguna otra instancia, incluida la Sala Tercera del TS, en virtud del artículo 4.2 LOTC, según recuerda de nuevo el Voto Particular a la Sentencia al que se acaba de hacer referencia. Como es bien sabido, el citado precepto ha sido modificado por la citada LO 6/2007 con la intención de garantizar la plena independencia del TC en el ejercicio de su función y —caber decir— la incolumidad del mismo tras las malas experiencias habidas hasta la fecha protagonizadas por distintas Salas del TS. A tal efecto el citado precepto dispone ahora que «Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

La fórmula resulta tan lacónica como taxativa, pero, interpretando su supuesta literalidad, ya se ha querido ver en ella, concretamente por Mendizábal Allende, la confirmación de la tesis que sostiene la Sala Tercera en su Sentencia objeto aquí de comentario: así, ha aseverado el citado autor en este sentido que «... sólo son inatacables las «resoluciones» jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y esta calificación *no le corresponde a su dictamen* sobre si en un caso concreto se ha producido un funcionamiento anormal a causa de dilaciones indebidas...» (30). Prescindiendo de la notoria contradicción en que incurre (31), es claro que, afirmada —como se acaba de razonar— la naturaleza jurisdiccional de la declaración que el artículo 139.5 LRJPAC dispone que ha de hacer el TC en el proceso para dilucidar la eventual responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, nada impide que la misma adopte la forma de providencia o, en su caso, de auto, en función de la mayor o menor motivación que conlleve la misma (32) y según la índole de su contenido, que es el criterio que dispone el artículo 86.1 LOTC para todas «Las otras resoluciones» que no hayan de observar alguno de los concretos modos que en él se señalan (33).

(30) MENDIZÁBAL ALLENDE, R., «Las dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional vistas desde el Supremo», *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2010, pág. 914, remarcado original; se trata de un breve comentario a la Sentencia que nos ocupa.

(31) En tanto en cuanto él mismo comienza su comentario a la Sentencia en cuestión afirmando que, con ella, ha irrumpido «... con cierto estrépito la *Sala de lo Contencioso-administrativo*, entrando a enjuiciar *la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional*, a pesar de la reciente Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que trató de blindarle contra las supuestas incursiones del Supremo...»: ob. cit., pág. 911, de nuevo remarcado del propio autor.

(32) Aunque es sabido que la práctica del TC ha desdibujado tal criterio de diferenciación entre providencias y autos.

(33) Más aún: aun cuando desde un punto de vista práctico sería más que aconsejable que la manifestación del TC *ex* artículo 139.5 LRJPAC adoptase alguna de las formas procesales típicas citadas (auto o providencia), tampoco sería imprescindible: puestos a seguir el criterio gramatical, entre las formas habituales de resolución judicial no se encuentra la «declaración», y, sin embargo, es la forma que adopta el control previo de los Tratados Internacionales (art. 78.2 LOTC); sobre ella el TC ha señalado que, aunque la misma no pueda considerarse una sentencia, tiene efectos propios de ésta (Declaración de 1 de julio de 1992, FJ 1), es decir, en lo que aquí interesa ahora, tiene una naturaleza totalmente jurisdiccional; puede deducirse de esta doctrina que, *in extremis*, cabría también el uso por el TC, junto a las «declaraciones sobre Tratados», otro tipo de «declaraciones», que serían las «declaraciones sobre responsabilidad patrimonial», con el contenido jurisdiccional que resulta propio de éstas. Más difícil nos parece, sin embargo, que esta decisión del TC pudiese adoptar la forma de «acuerdos», por lo que razonamos en su momento y a lo que, para no hacer aún más extenso este trabajo, cabe remitirse ahora: nota núm. 7 en «Del intento de control...», citado en n. 3.

Pero, además de lo que se acaba de decir, el carácter netamente jurisdiccional de la declaración del TC referida en el artículo 139.5 LRJPAC, y, por tanto, irrevisable, tiene también otras consecuencias capitales para el proceso regulado en dicho precepto. Si esa declaración resulta afirmativa respecto de la anomalía afirmada por la parte interesada, procederá que el Ministerio de Justicia tramite el procedimiento, se oiga al Consejo de Estado y, finalmente, que el Consejo de Ministros fije la indemnización que corresponde a favor de aquélla. Pero si el TC niega tal anomalía, no habrá procedimiento alguno que tramitar por el Ministerio de Justicia, ni indemnización que determinar por el Consejo de Ministros, pues esta determinación única y exclusivamente tendrá lugar, en los literales términos del artículo en cuestión, «cuando el Tribunal Constitucional haya declarado... la existencia de un funcionamiento anormal...», no en otro caso.

Las decisiones del Consejo de Ministros serán susceptibles de control en el primer supuesto, porque, aun con toda su significación, el máximo nivel del poder ejecutivo no deja de ser un órgano administrativo. Pero ese control no puede suponer un control indirecto, o más expresivamente dicho, oblicuo, de la decisión del TC (34): concretamente mediante el juego con el *quantum* de la cantidad cifrada por el Consejo de Ministros en el caso (35). En tal sentido procede señalar, de entrada, lo evidente: que la Sala Tercera deberá ser especialmente cuidadosa en la motivación de una decisión que aparezca (muy) dispar respecto de lo fijado por el Consejo de Ministros, en particular cuando —como es de prever— obedezca esencialmente a lo dictaminado por el Consejo de Estado, órgano éste que, como es lugar común, resulta sin duda especialmente cualificado en materia de responsabilidad patrimonial dada su dilatada experiencia y su reconocido buen hacer por lo general en la misma. A partir de aquí, aparece como algo hartamente difícil, en principio, imaginar un supuesto que vaya más allá de este tipo de control, es decir, un supuesto en el que el Consejo de Ministros considerase radicalmente incompatible la anulación por la Sala Tercera de lo que él haya determinado como responsabilidad patrimonial en un supuesto concreto:

(34) Algo que tampoco cabría respecto de cualquier otra materia, incluidas las expresamente previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como ámbitos en los que es posible la revisión de actuaciones del TC por la Sala Tercera del TS: en tal sentido, L. AGUIAR DE LUQUE señala que nada parece impedir que la jurisdicción contenciosa conozca de tales supuestos, «siempre que ello no represente una revisión indirecta de decisiones materialmente jurisdiccionales, posibilidad hoy expresamente vedada por el artículo 4.2 de la LOTC» [«Acuerdos del Tribunal Constitucional», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2.^a ed., Thomson-Civitas (en prensa)].

(35) Basta recordar los avatares entre el TS y el TC de las indemnizaciones en el célebre «caso Preysler», para que tal eventualidad aparezca como algo más que puramente hipotética.

la eventual solución a esta discrepancia sería, desde luego, compleja y, fuera cual fuera, disfuncional para el sistema, por lo que, evidentemente, es algo más que conveniente evitar que se produzca.

El otro marco posible es el de que el TC niegue la anormal tramitación pretendida por la parte interesada. Como ha quedado dicho, tal decisión resulta irrevisable *ex* artículo 4.2 LOTC; y —cabe añadir ahora ya— si se pretendiese el enjuiciamiento de la misma, el previo artículo 4.1 LOTC veda la posibilidad de promover cuestión de jurisdicción o competencia al TC, sin que, como bien se ha puesto de relieve (36), tal decisión pueda ser controvertida, esto es, resultando la decisión de aquél de necesaria observancia por los tribunales ordinarios: si así era antes de la reforma de la LOTC operada por la referida LO 6/2007, tras ella el citado precepto añade además la especificación de la declaración de nulidad de los actos y resoluciones que menoscaben el ámbito que el TC haya decidido como su jurisdicción [con las garantías de motivación y de audiencia tanto del Ministerio Fiscal como del órgano que llevó a cabo el acto o resolución anuladas: nuevo art. 4.3 LOTC (37)], anulación que resulta una nueva atribución, *expressis verbis*, del Pleno del mismo, conforme al artículo 10.1.h) LOTC (38). De esta suerte, al TC se le han proporcionado (más bien se le han explicitado) los instrumentos necesarios para preservar la posición jurisdiccional que la Constitución le otorga en nuestro sistema, que no es más que una posición homóloga a la que tienen otros Tribunales de la misma naturaleza en sistemas próximos al nuestro.

Va de suyo que la declaración negativa del TC, precisamente por ser insusceptible de fiscalización *ad intra* del sistema jurídico interno, dejaría expedito el cauce para acudir ante el TEDH a la parte interesada, porque, frente a la anterior inexistencia de regulación, el procedimiento previsto en el actual artículo 139.5 LRJPAC ha pasado ahora a constituir la vía previa, de inexcusable agotamiento, para poder acceder a Estrasburgo cumpliendo con la subsidiariedad del recurso ante el TEDH.

(36) Por DE MATEO MENÉNDEZ, F., «Comentario al artículo 4», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* [J. L. REQUEJO (coord.)], TC-BOE, 2001, págs. 131-133.

(37) Un comentario a la reforma del artículo 4 LOTC, puede verse en FERNÁNDEZ FARRES, G., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *REDC*, núm. 81, 2007, en concreto págs. 34 a 36.

(38) Apunta M. ARAGÓN REYES, que tales modificaciones de la Ley Orgánica reguladora del TC, en orden a asegurar la supremacía jurisdiccional del mismo, se han producido porque «... de forma sorprendente y sumamente criticable, ha sido desatendida, en pocos, pero sonoros casos, de la práctica judicial española...»: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 85, 2009, pág. 14.

Analizado el contenido del artículo 139.5 LRJPAC y su alcance, cabe preguntarse, por último, si la regulación que se ha terminado efectuando sobre la responsabilidad patrimonial del TC en caso de tramitaciones anormales de amparos y cuestiones de inconstitucionalidad, es la más adecuada que cabía o, por el contrario, había alguna alternativa.

De entrada, y como bien se ha apuntado (39), llama la atención el modo de introducir la responsabilidad patrimonial del TC mediante la citada Ley 13/2009, cuyo contenido mayoritario y principal es muy distinto a aquél, al tratarse de una Ley de reforma procesal que crea la Oficina Judicial (40); ajenidad que resulta aún más remarcada porque en la Exposición de Motivos de la misma no hay alusión alguna que explique la novedad del régimen de responsabilidad patrimonial del TC que incorpora, algo en lo que seguramente tuvo que ver que la Ley no suscitara precisamente mucha atención a su paso por las Cámaras (41).

Mucho más relevante en este sentido, no obstante, es lo que se deriva de la concepción jurisdiccional que antes hemos concluido que tiene la intervención del TC en forma de declaración acerca de eventuales anomalías en su tramitación de amparos o cuestiones de inconstitucionalidad, porque siendo ello así, es decir, siendo parte tal declaración del «procedimiento ante el» TC, parece que la sede normativa apropiada de la regulación de la responsabilidad patrimonial derivada de uno u otro de los procedimientos señalados, era la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional *ex* artículo 165 CE (42).

(39) Por el siempre atento a toda innovación jurídica, PULIDO QUECEDO, M., «Responsabilidad por funcionamiento anormal del TC», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 790, 2009.

(40) FERNÁNDEZ FARRERES apunta al respecto: «Aunque el punto al que hemos llegado en nuestro sistema jurídico y, en particular en lo que atañe a las llamadas fuentes del Derecho, ya nada es imposible, sólo una mente con gran capacidad de imaginación podría admitir como posible que una ley relativa a la reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial pudiera contener semejante novedad normativa. Por sorprendente que sea, ha quedado confirmado que, en efecto, todo es posible y que esas mentes no sólo existen, sino que acceden al Boletín Oficial del Estado» («La responsabilidad patrimonial del Estado...», cit., pág. 267).

(41) «... no concitó ni un minuto de debate» esta innovación, que se gestó en el Senado, informa M. PULIDO, ob. cit. FERNÁNDEZ FARRERES aventura que esta decisión legislativa de incorporar dicho régimen de responsabilidad patrimonial en una ley como en la que ha aparecido, «... dada la manera tan precipitada en adoptarla, probablemente haya sido inducida por la arriesgada tesis jurisprudencial que en esos momentos se estaba fraguando...» (pág. 268), y que daría lugar a la Sentencia que aquí se ha comentado.

(42) Es decir, a nuestro entender, se trataría de una reserva específica como parte necesariamente integrante de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, que, según el citado artículo 165 CE, debe regular «... el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones...», lo que admite aún menos margen de duda acerca de la necesidad de integrar dicho contenido en la misma, que una reserva general del funcionamiento del TC, que es a la que parece referirse M. PULIDO: «¿Dónde queda, pues, la idea de la Ley Orgánica del Tri-

Pero, dejando estos importantes detalles ahora de lado, la pregunta sobre la idoneidad del régimen dispuesto en el artículo 139.5 LRPAC que nos hacemos obedece realmente a si el mismo se corresponde con la infeliz experiencia hasta el momento en lo que hace al comportamiento del TS para con el TC; y, a raíz de ésta, a la constatación de que existen sistemas próximos al nuestro con prácticas o tratamientos distintos al aquí adoptado para abordar los problemas generados por el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales (43). Entre estos tratamientos destaca el del sistema italiano de autodiquía o autocrinia, al que ya nos referimos en su día con motivo justamente del comentario de la Sentencia del TS citada al inicio de este comentario (44). Surgido en un principio —según relata P. Rodríguez-Patrón— para designar la potestad de determinados órganos de conocer los recursos de su personal, se ha extendido hasta acabar por designar un sistema notablemente restrictivo del control externo de actos y disposiciones de administración y funcionamiento de los órganos constitucionales (45); o sea, que el propio órgano decide sobre aquello que le concierne, sin

bunal Constitucional como *lex consumens*, que debe tratar de forma unitaria todo lo relacionado con la organización y funcionamiento del TC?» (*ibidem*). Para FERNÁNDEZ FARRERES la cosa es meridiana: «Ninguna duda tengo de la manifiesta inconstitucionalidad en la que se ha incurrido. La nueva función que se atribuye al Tribunal Constitucional... vulnera frontalmente la frontera que dispone el artículo 165 CE... La infracción resulta... tan evidente como inexplicable. Lo que queda por ver, aunque no es fácil que suceda es si el Tribunal Constitucional puede llegar a tener oportunidad de corregir tamaño desafuero. Y, en caso de tenerla, si es capaz de hacerlo. Porque, de no ser así, se habrá consolidado —concluye— un trascendental cambio en el modelo de justicia constitucional» (ob. cit., págs. 288-289).

(43) Entre las prácticas, la que tiene lugar en el sistema alemán, en el que, hasta donde sabemos, los órganos judiciales ordinarios no inciden en la esfera del superior intérprete de la Ley Fundamental, aun cuando —como antes se ha recordado— forme parte del mismo conjunto que aquéllos; acaso sea así porque la primera de las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal que establece la Constitución alemana es que «El Tribunal Constitucional Federal decidirá: 1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio en virtud de esta Ley Fundamental o del Reglamento de un órgano federal supremo» (art. 93.1.1).

(44) En concreto de la Sentencia de la Sala Primera citada al inicio, de enero de 2004: «Del intento de control...», cit.

(45) RODRÍGUEZ-PATRÓN, P., «El control de los actos y disposiciones del Tribunal Constitucional en el ordenamiento español. Una comparación con el sistema italiano», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2004, págs. 279 y sigs.; el modelo es hoy criticado por la mayoría, quizá, del sector doctrinal (y aun la propia autora no parece partidaria del mismo), en relación con las cuestiones de personal: prescindiendo de que ni siquiera en relación con este ámbito ha sido modificado dicho sistema hasta ahora, lo que induce a pensar que no ha dado tan malos resultados en la práctica, aquí se apunta como referencia únicamente en relación con el aspecto que ha originado estas líneas, que es la responsabilidad patrimonial derivada de las eventuales tramitaciones

intervención alguna de otros órganos que se encarguen de la tramitación, que le aconsejen o que determinen el resultado material (p. ej., cantidades dinerarias) de cuestiones que aquél considere de carácter interno.

A nuestro modesto juicio, seguramente ésta hubiera sido una solución más idónea también en nuestro sistema en lo que hace a la eventual tramitación anormal de procedimientos ante el TC, que afecten a intereses particulares (amparo y cuestión de inconstitucionalidad). Normativamente, porque tal solución se cohonestaría mejor que cualquier otra con el nuevo artículo 4 LOTC y con la finalidad que antes se ha dicho que el mismo persigue, atendida la poco grata experiencia habida hasta ahora; y orgánicamente, por la «cualidad de órgano de cierre» que tiene el TC (46) en su función jurisdiccional sobre garantías constitucionales. Más profunda que estas razones, no obstante, es la de la dificultad que entraña cualquier solución para el control de un alto órgano jurisdiccional: implícita pero no por ello menos efectiva, es la regla de que, cuanto más alta es la posición que ocupa un órgano en el entramado institucional del Estado, más comprometido y más disfuncional se hace su control formal en general y, *a fortiori*, el control de los extremos más peculiares del mismo (p. ej., la anormalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional: errores, demoras...). Por eso estamos convencidos de que tanto la corrección como el alcance de las consecuencias de los errores o irregularidades cometidas por los órganos superiores en general, y los jurisdiccionales en particular, es cuestión que tiene que bastante ver más con el recto sentido institucional que ha de presidir la actuación de sus componentes (más en general, si se quiere, con «el sentido de Estado», según la expresión que suele predicarse con admiración del modo de actuación de los altos cargos y autoridades del centro y norte de Europa, de lo que parece que trae buena parte de su causa su consideración de países más avanzados y de modelos de referencia), que con sofisticados mecanismos de escrutinio generados ya legal, ya jurisdiccionalmente.

En todo caso, entre estos dos tipos de mecanismos, de los primeros siempre se podrá decir, sean más o menos acertados (y sobre la premisa, naturalmente, de que no contradigan el marco orgánico dispuesto por la Constitución), que cuentan con la legitimidad de haber sido dispuestos por el representante de la voluntad general, legitimidad que no podrán esgrimir los creados o deducidos por los jueces. De ahí lo preocupante de la pregunta que a lo largo de las pá-

anormales de procesos en sede constitucional, es decir, en un ámbito que, de un lado, es de carácter propiamente jurisdiccional según hemos razonado y, de otro, es de carácter mucho más significativo —y, por tanto, potencialmente más problemático— que las cuestiones de personal u otras de carácter netamente instrumental.

(46) RODRÍGUEZ-PATRÓN, P., ob. cit., pág. 316.

ginas anteriores se ha visto que se deducía con reiteración insidiosa, a la vista del modo de proceder de la Sala que dictó la Sentencia aquí analizada: si el TS opera como se ha visto aquí que ha operado en el caso aquí analizado, ¿dónde queda el legislador?

Aun cuando, como se ha recordado aquí varias veces, la experiencia no invita al optimismo, y por lo que aquí se ha visto, menos invita a ello la Sentencia aquí analizada, no queda otro remedio que confiar en el sentido institucional de los miembros de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del (volvemos a recordar una vez más que es el) «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías institucionales» (art. 123 CE), cuando, a partir de ahora, entre en juego el nuevo régimen que el legislador ha dispuesto para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional.

