

Tribunales sin Ley o cómo la pasión no juzga

(Necesidad y posibilidad de borrar los efectos de la STS –Sala Civil- de 23 de enero de 2004, sobre responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional)

Marcos Fernando Pablo

Prof. Titular de Derecho Administrativo

1. La paradoja del juzgador juzgado o de la metasentencia.

La anécdota que pretendo comentar no merecería la atención de la doctrina ni la consideración de la academia, si no fuera por que el momento especial en que atraviesan las Leyes Constitucionales españolas, forzadas por todas partes, a adaptarse a caprichosas ocurrencias políticas... o jurisprudenciales. Como se sabe, quizá para sonrojo de los publicistas españoles, el Tribunal Supremo español, en una Sentencia sin precedentes, ha condenado, en concepto de responsables civiles a los Magistrados del Tribunal Constitucional que, en ejercicio de sus funciones, inadmitieron a trámite un recurso de amparo presentado frente a una Sentencia del propio Tribunal Supremo. Se supone (y la lectura de la Sentencia no ayuda mucho a pasar del nivel de la suposición) que el reproche se realiza a título de negligencia profesional en el ejercicio del cargo, dado que el recurso fue inadmitido sin un atento examen y sin dar una respuesta suficientemente fundada en derecho:

"los Magistrados en cuestión se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un "non liquet" totalmente inadmisibile. Ya que dichos Magistrados, como miembros del Tribunal Constitucional al que se había dirigido una petición de amparo de derechos del artículo 53-2 de la Constitución Española, rechazaron la misma, no porque no se comprendiera dentro de los casos y formas establecidos por la ley -artículo 161-1-b) de la Constitución Española-, sino porque, según el proveído, iba dirigido a un hipotético tribunal y no al Tribunal Constitucional, lo que es absolutamente incierto, pues iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa; sin que se pronunciaran en modo alguno sobre la petición primera, su posible abstención, sobre todo cuando el tema planteado en el amparo se refería a una cuestión que habían resuelto gubernativamente los miembros del Tribunal Constitucional demandados...

*Y se habla de conducta antijurídica, con base en principios de legalidad ordinaria, puesto que el Código Civil en su artículo 1-7 proclama, como principio de eficacia imperativa para todos los sectores del ordenamiento jurídico, que **"los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido..."** [1]*

Este incumplimiento del deber de "resolver" toda contienda judicial, incluso no admitiendo a trámite la pretensión iniciadora, parte de una actitud de conducta negativa, fundamentada en una manifestación de que no se va a resolver sobre la pretensión ejercitada, sin aducir razón alguna que fundamente o motive seriamente dicha posición negativa a dar la resolución procedente, salvo la existencia de un hipotético Tribunal. Lo que supone siempre una resolución judicial en este sentido dada en cualquiera de sus modalidades: providencia -éste es el caso-, auto o sentencia, y, acuerdo -que asimismo es el caso-.

Y esta posición negativa se puede producir en una resolución motivada cuya base no tenga apoyo legal o sea ilógica o arbitraria -siempre hablando desde un punto de vista de legalidad ordinaria"

En definitiva, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil[2], reprocha a los Magistrados del Tribunal Constitucional haber incurrido en una actitud de non liquet al resolver inadmitiendo una demanda de amparo. Y como considera que tal conducta es antijurídica y que ha ocasionado un daño, estima procedente la demanda de responsabilidad civil frente a ellos, condenando a cada Magistrado a satisfacer al demandante la cuantía de 500 Euros.

Por su parte el Tribunal Constitucional, por vía de comunicado de prensa, ha señalado que tal conducta judicial (enjuiciando bajo el ángulo de la responsabilidad civil de los magistrados y calificando de "non liquet" la respuesta dada en trámite de inadmisión de la demanda de amparo) supone inmiscuirse en la jurisdicción propia del Tribunal Constitucional al que ningún órgano puede plantear cuestión o contienda alguna de jurisdicción o competencia, con merma de su papel constitucional de supremo interprete de la Constitución y juez pleno del amparo [3].

El hijo más querido^[4] de uno de los más eminentes juristas del siglo XX, H. KELSEN, reclama, dolido, su histórico papel en la tradición constitucional europea, frente al Poder Judicial decimonónico y liberal....Pero ¿Cómo es explicable, en el actual contexto de derecho positivo español, tal situación?

El Tribunal Supremo comienza indicando, previa cita del art. 56-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Tribunal Constitucional que "se va a estudiar la posible responsabilidad de los demandados dentro del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual común, tipificada en el artículo 1902 del Código Civil. *Y se va a recurrir a ello por la sencilla razón de que dicha responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene que ser aplicable de una manera directa a los Magistrados del Tribunal Constitucional, ya que en su regulación orgánica no se han introducido singularidades o especialidades derivadas del ejercicio de su función como máximo intérprete de la Constitución a través de las competencias que le otorga el artículo 161 de la Constitución Española*, como ha ocurrido con respecto a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria, y como ha sucedido también con relación a los distintos cuerpos de funcionarios de las Administraciones Públicas....". Desde esta afirmación de base, que discutiremos a continuación, la Sala de lo Civil construye su pasmosa sentencia con una ligereza argumental que, literalmente, rebaja la función de ejercer la interpretación suprema de la Constitución, al desempeño de cualquier cargo público o de cualquier otro oficio privado.

La paradoja de la sentencia es que, estando construida con argumentos que podrían calificarse de "correctos", parte de una base falsa y conduce a conclusiones inadmisibles... Por eso es necesario desvelar la **metasentencia** que permitiría hablar de este pronunciamiento como congruente con el sistema constitucional español.

Y así sería si, en efecto, estuviera previsto un régimen de responsabilidad de los Magistrados del Tribunal o si, en ausencia del mismo, pudiera serles de aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual no delictiva por actuaciones realizadas en ejercicio de su función constitucional. Respecto al primer aspecto, el Tribunal Supremo parece entender que el art 56 que cita, de la LOPJ ("La Sala de lo Civil conocerá:.... De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, Miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.... ") establece un régimen de responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional, cuando, como es patente, se limita a establecer un aforamiento, señalando el órgano jurisdiccional competente: No en vano el precepto de sitúa en el Título IV "De la Composición y Atribuciones de los Órganos Jurisdiccionales". No hay en el precepto derecho sustantivo alguno, por que el Estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional, y por tanto las precisiones sobre la exigencia de responsabilidad de los mismos, y los términos en que procede, hay de buscarla *necesariamente* en la LOTC: Así lo preceptúa, por cierto, el art. 165 de la Constitución. Es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que debe interpretarse y "llenarse" con el aforamiento que resulta de la LOPJ. Proceder en sentido contrario, como hace la Sala de lo Civil , conduce a graves conclusiones susceptibles de alterar las bases mismas de reparto de funciones constitucionales. Veámoslo detenidamente.

2. ¿"En el cargo", "en el ejercicio del cargo", "ejerciendo las funciones propias del cargo..."? Sobre la titularidad de la función y el ejercicio misma.

Si por un momento aceptamos que el precepto de la LOPJ citado es una norma sustantiva que permite exigir responsabilidad civil por negligencia por "*hechos realizados en el ejercicio de su cargo*" entendiendo esta expresión en el sentido de "*por hechos realizados en el ejercicio de las funciones propias*" de cada una de las Altas Magistraturas a las que se refiere el precepto, las consecuencias serían las siguientes: El Defensor del Pueblo (que goza de inviolabilidad) podría ser enjuiciado -y eventualmente condenado como responsable civil a título de negligencia por "mal desempeño del cargo"- con olvido de lo previsto en el art. 6 de la Ley Orgánica 3/81 del Defensor del Pueblo, según el cual, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o **juzgado en razón de las opiniones que formule o los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo**"

A la vista de este precepto, parece más creíble una interpretación que entienda lo prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de que la responsabilidad civil de quien ocupa el cargo del Defensor del Pueblo mientras ocupe la titularidad de esas funciones, por causas diferentes a "los actos que realice en ejercicio de las competencias del cargo", sólo puede ser exigida ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recuperando así el art. 56 de este texto legal su verdadero papel de simple "aforamiento".

En otras palabras, aunque la LOPJ se refiera también a "hechos realizados en ejercicio de su cargo", parece claro que una interpretación sistemática de esta expresión implica diferenciar la *responsabilidad civil por hechos ajenos al cargo* pero que dan lugar a un aforamiento por razón de la **titularidad de la función** mientras se mantenga la misma, y la responsabilidad por ejercicio de las funciones propias de dicha titularidad, responsabilidad que sólo podrá definir la normativa propia de cada institución. Únicamente el primer aspecto habría sido tomado en consideración por el citado art. 56 equivalente a "mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones" (art. 6 3 de la LO3/81 del Defensor del Pueblo).

Si esto es así para el Defensor del Pueblo, podría continuarse el examen par el resto de Magistraturas, sin más

que indicar que respecto de Jueces y Magistrados, puesto que de un precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se trata, y ella es la que constitucionalmente ha de establecer el Estatuto de jueces y magistrados (art. 122C.E.), es posible que la propia LOPJ defina tal responsabilidad "en el ejercicio de las funciones" del cargo judicial, de conformidad con el régimen que resulta de los arts. 411 y ss de dicho texto legal (Artículo 411.: *Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa*) [5].

Pensemos ahora en la responsabilidad civil de Diputados y Senadores: ¿Es que puede interpretarse el art. 56-2 de la LOPJ en el sentido de que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo puede exigir, en cualquier supuesto, responsabilidad civil a Diputados y Senadores por hechos realizados *en el ejercicio de sus cargos* ¿ ¿En que quedaría entonces la inviolabilidad parlamentaria "*por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*" – art. 71 C.E.-?. Naturalmente, sólo cabe interpretar que la referencia de la LOPJ tiene un carácter procesal, de aforamiento, para lo supuestos en que proceda exigir esa responsabilidad, mientras se ostente *la titularidad de la función parlamentaria*. La STC 30/97 resumiendo la doctrina constitucional, señala que el contenido de esta prerrogativa parlamentaria de la inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en ejercicio de su función, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales, privilegio que impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tengas por objeto exigir responsabilidad a los diputados o senadores por tales opiniones.:

"la prerrogativa del art. 71.1 C.E. constituye una excepción o límite

constitucional al ejercicio por los Jueces y Tribunales de la potestad del art. 117.3 C.E., que, si bien se extiende según el art. 4 L.O.P.J. a «todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español», lo es «en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes». Y de la Constitución deriva directamente este límite a su ejercicio puesto que el Tribunal que entiende en un litigio, rebasando los límites constitucionales o legales de sus atribuciones, no desarrolla una actividad válida. Por otra parte, los límites subjetivos de la jurisdicción exigen asimismo que no estén sustraídas a su ámbito las personas que hayan de intervenir como partes y en el caso del parlamentario su prerrogativa le sustrae absolutamente, no sólo por razón de la persona sino también de la materia, cuando el objeto del proceso consiste en exigirle responsabilidad por expresiones proferidas en su actuación. ..."

Es por tanto, imposible, en términos de estricta constitucionalidad, interpretar igualmente el art. 56-2 de la LOPJ en el sentido de que permite a la Sala Civil del Tribunal Supremo exigir responsabilidad civil a Diputados y Senadores "*por hechos realizados en el ejercicio de su cargo*" si esta expresión se interpreta en el sentido de "en ejercicio de su función", pero no si se le da el sentido de "*mientras ostenten la titularidad de la función*", respecto de hechos u opiniones que no sean "en ejercicio" del cargo.

Uno es el régimen de exigencia de responsabilidad por razón de la titularidad de una función (aforamiento) y otro, mucho más restrictivo y resultado de preceptos que integran el bloque la constitucionalidad, el régimen de responsabilidad por el ejercicio efectivo de esa función o cargo.

¿Quid iuris, en el caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional?. La Sala de lo civil entiende que basta el precepto de la LOPJ para acudir al régimen general de responsabilidad por culpa del Código civil.

3.¿Pero y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional?

Como ya se ha dicho, la Constitución ordena (art. 165) que sea la Ley Orgánica de este Tribunal la que defina el Estatuto de sus miembros. Ya queda aclarado el sentido del art. 56 de la LOPJ que nada aporta en términos de derecho sustantivo. Si la LOTC sólo contempla la responsabilidad criminal (art. 26 y 23-1 in fine), la falta de atención con diligencia a los deberes de su cargo (art. 23) y el haber sido declarado responsable civilmente por dolo (art. 23) sin que además puedan ser "perseguidos por las opiniones expresadas en ejercicio de sus funciones" (única referencia a la responsabilidad por ejercicio de la función, art. 22) no parece que pueda construirse una responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su funciones propias, admitiendo o no una demanda de amparo.

Las únicas menciones, (taxativas, en terminos de interpretación del art. 165 C.E.) se refieren a *dejar de atender con diligencia los deberes del cargo*. Si se ejercen tales funciones, más puede localizarse en tal ejercicio una falta de diligencia, pues la referencia es, patentemente, una llama al incumplimiento de las obligaciones que conlleva la atención del cargo. Se admite que los Magistrados puedan ser condenados como responsables civiles, incluso a título de culpa... ¡pero en parte alguna se admite al condena por ejercicio de las funciones propias!. Al

contrario, se señala que no podrán ser perseguidos –ni siquiera bajo la argumentación de responsables civiles– por las opiniones expresadas al ejercer sus funciones, y es que en eso se sustantiva su función de interpretar la Constitución, frente a actos normativos o no de los poderes públicos, en la medida en que no puede ser otro el sentido de “opinar en ejercicio de sus funciones” .

Sirva como prueba de que esto no es retorcer ningún texto, el propio art. 90 de la LOTC: El Presidente y los Magistrados, ejerciendo sus funciones “opinan” y por ello se admite que todos ellos puedan “reflejar en un voto particular su opinión discrepante”, publicándose tal voto particular con la sentencia en el Boletín Oficial del Estado...

No parece que pueda prosperar, sino es *contra legem*, la idea de la Sala Civil del Tribunal Supremo de que los Magistrados del Tribunal Constitucional no ejercen sus funciones y no están amparados por el art. 22 de la Ley Orgánica y el art. 165 C.E. cuando redactan o votan una providencia inadmitiendo a trámite un recurso de amparo. No puede prosperar esa “responsabilidad” por que no tiene fundamento en nuestro derecho positivo: El Código civil debe ceder ante un precepto taxativo como el art. 22 de la LOTC.

4. Y si la Ley no basta, falla la antijuridicidad: No cualquier pretensión en forma de demanda obliga al Tribunal “al ejercicio de sus funciones”

No es fácil apreciar la causa de la pretendida responsabilidad por que falta el presupuesto. ¿Es que es antijurídica la respuesta del Tribunal? ¿Por qué? ¿Por que no se presta a examinar en términos de debate jurídico-procesal de admisión del recurso de amparo un escrito calificado de “demanda” sólo por que así lo ha querido el actor?.

En otras palabras, el que impetra justicia y hace valer su derecho de queja constitucional, debe expresar con claridad los hechos que la fundamenten y fijar con precisión el amparo concreto que se solicita. No cualquier escrito es, por tanto, demanda de amparo, ni los ciudadanos pueden presentar bajo forma de demanda cualquier pretensión, ni solicitar cualquier contenido del amparo. Quien omite esto, y se dirige al Tribunal subespecie de demandante de amparo, no ejerce su derecho al recurso de amparo, sino, a lo sumo, el derecho de petición ex art. 29 C.E.

Es el recurrente el que debe justificar, fundar su pretensión sin que cualquier solicitud o escrito, por el dato de presentarse “*sub especie libelo*” se constituya en demanda, y sitúe al Tribunal en la obligación de tramitarla como tal.

Creo que, contrastados los datos que se pueden obtener de la calificada “demanda” de amparo, ésta no cumplía los mínimos requisitos para forzar al tribunal, sin negligencia alguna, a un examen diferente del que hizo: Constatar que el escrito, solicitud, instancia, o “documento” no respondía a una demanda, pues las “pretensiones” (el contenido del amparo solicitado) con rotundidad excedía lo que puede otorgar una sentencia de amparo: se reclamaba, entre otras cosas, forzar al titular de la iniciativa legislativa, se supone que también a las Cortes Generales, a tramitar una nueva norma que hiciera posible –con dudas sobre su constitucionalidad, en todo caso: La Constitución no contempla ese otro Tribunal Constitucional ad hoc)- el examen imparcial de su queja de amparo que no se fundamenta....

No hay antijuridicidad en la conducta del Tribunal Constitucional, sino ejercicio de su soberana jurisdicción para determinar lo que puede solicitarse como contenido del amparo y lo que esta fuera de los remedios que ofrece la Constitución española para la tutela de los derechos fundamentales.

5. Necesidad y posibilidad institucional de reaccionar frente a la Sentencia de la Sala civil.

El autor de esta nota, en su muy modesta opinión, no tiene duda alguna que la Sentencia de la Sala Civil ha incurrido en error judicial. La jurisprudencia sobre el mismo es abundante y, por citar sólo la emanada de la Sala especial del art. 61 de la LOPJ, pueden indicarse las siguientes : 26 noviembre de 2002 (“*únicamente puede hablarse error judicial cuando exista una actividad judicial que constituya un desajuste objetivo, patente e indudable entre la resolución judicial y la realidad fáctica o jurídica, bien por partir en sus consideraciones jurídicas de unos hechos radicalmente distintos de aquellos que han constituido el soporte de la propia resolución, bien por haber aplicado un precepto legal absolutamente inadecuado, o cuando el mismo haya sido interpretado en forma que no responda, de modo patente, a ningún criterio válido y admisible en Derecho...*”) , 3 de mayo de 1999 (“*dado el carácter de cognición limitada que tiene el proceso de error judicial, en él no se puede tratar de evaluar el acierto de la decisión judicial sino «el mantenimiento de la resolución judicial dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del derecho»; «el desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con el orden legal, habiéndose*

tratado de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, patente, indubitado e incontestable que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas, ilógicas e irracionales generadoras de una resolución absurda y rompedora de la armonía del sistema jurídico») 16 de abril 1998 (el error judicial "no puede estar basado en una simple discrepancia o falta de conformidad sobre la aplicabilidad o no de un determinado precepto legal o el alcance que al mismo se le haya dado, siempre que la interpretación dada por el juzgador a la norma jurídica se halle dentro del sentido racional de la misma" y quedan fuera del error judicial las decisiones judiciales cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica que obedecen a un proceso lógico). La sentencia citada en último lugar apunta que *no cabe combatir en nombre del error judicial la interpretación que de las normas realizan jueces y tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional, especialmente cuando la exégesis que se dice equivocada procede del Tribunal Supremo, por lo que la lícita discrepancia debe o puede mantenerse en sede doctrinal, pero no en el procesal.*

Aún con esta cautela, seguimos creyendo que la comentada sentencia de la Sala Civil incurre en error judicial patente **por que extrae y aplica una norma inexistente**, la responsabilidad civil por culpa de los Magistrados del Tribunal Constitucional en ejercicio de sus funciones, cuyo régimen, obviamente, forma parte de su Estatuto, el cual ha de ser determinado mediante la Ley Orgánica del Tribunal (art. 165 C.E). En ausencia de precepto expreso en la misma (que sin embargo, ha contemplado otros posibles supuestos de responsabilidad) el juzgador no puede, sin incurrir en error judicial, "inventar" una norma, que además, conduce a esa situación que la jurisprudencia de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ califica de "error judicial" por sus consecuencias en el sistema institucional.

Cabe, por tanto, intentar la declaración de error judicial ante la Sala especial del art. 61 de la LOPJ y sería incluso deseable que el argumento apuntado (junto con el desconocimiento del precepto positivo contenido en el art. 22 de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: *Los Magistrados del Tribunal Constitucional no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones*) fueran atendidos a fin de restablecer el equilibrio constitucional.

[1] Sin duda, la Sala de lo Civil da por sentado: a) que el Tribunal Constitucional es un órgano del Poder Judicial, b) que ejerce jurisdicción ordinaria y c) que en tal concepto esta sujeto al mandato de resolver las cuestiones que se le planteen "ajustándose al sistema de fuentes"... Pero, cualquier publicista, atento al significado de la Jurisdicción Constitucional, defenderá, con argumentos constitucionales: a) que el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, sino que se sitúa al margen y por encima de la división de poderes, b) que la jurisdicción constitucional no es un "grado" ni un "orden jurisdiccional" de los regulados por la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino un Organismo Constitucional que ejerce una función constitucional propia, la interpretación suprema –inobjetable– de la Constitución c) que el Tribunal Constitucional, a diferencia de los Tribunales que forman parte del Poder Judicial no esta sujeto mas que " a la Constitución y a su Ley Orgánica". Esta última conclusión es derecho estrictamente positivo: art. 1 de la Ley Orgánica 2/79, del Tribunal Constitucional

[2] Sentencia de 23 de enero de 2004, puede consultarse en la Web del Consejo General del Poder judicial: <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>

[3] El texto del comunicado puede verse en la web del TC: <http://www.tribunalconstitucional.es>

[4] Vid. FIX ZAMUDIOI, Hector: *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos* UNAM, México 1980 pag. 52, con cita de MARCIC, Rene.

[5] Por cierto, la responsabilidad civil del Defensor del Pueblo Europeo por falta de correcto ejercicio de sus funciones ha sido examinada en una conocida sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, la Sentencia Lamberts de 10 de abril de 2002 , que parece mucho más próxima a la intención de la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, que la que ésta cita (también en tema de responsabilidad) Braserie de Pecheur (48/93, de 5 de marzo de 1996. Un comentario a la Sentencia Lamberts en COBREROS MENDAZONA, E.: ¿Responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo Europeo?, RAP 159, pag. 209 yss.