

## **PRÓLOGO**

### **AL LIBRO DE**

**Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio,**  
*El control de convencionalidad y responsabilidad del Estado,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá  
2013,

*Por el profesor Luciano Parejo Alfonso*

**Catedrático de Derecho Administrativo,**

**Universidad Carlos III de Madrid**

#### I

Del cataclismo que supuso la II Guerra Mundial surgió la reafirmación del valor de la persona y su dignidad, lo que vale decir, su libertad (y, con ella, las concretas libertades en que, para su efectividad, se desagrega), haciéndolo trascender el plano nacional-estatal en búsqueda de su garantía real también en el internacional. De ahí el establecimiento de mecanismos de reconocimiento y protección colectivos de los derechos humanos que, si no dotados inicialmente –por razones obvias– de potencia suficiente para su plena efectividad a escala universal (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), pronto se articularon, en la regional –primero en la Europa integrada en el Consejo de Europa: CEDH Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH), y luego en América: Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969)–, no solo de forma más enérgica, sino también portadora de las posibilidades de una evolución perfeccionadora. Así lo demuestra magistralmente este libro por lo que hace al caso americano, que ha sido capaz –gracias a su afirmación y decantación progresivas– de la acuñación de la feliz categoría del “control de la convencionalidad”; fenómeno que, como veremos, ha tenido lugar, paralelamente y con resultados sustancialmente equivalentes, en el ámbito europeo.

La razón de este proceso luce en las características de este último sistema, impresas en él desde su mismo origen: la imbricación de los principios de democracia, primacía del Derecho y garantía

de los derechos fundamentales sobre la base de la dignidad de la persona en cuanto valor fundante del orden político, social y económico. En modo alguno puede tenerse por casual, por ello, que cuando España se refunda democráticamente en la Constitución de 1978, esta encabece su orden sustantivo de libertades, derechos, deberes y principios rectores de la política social y económica con la afirmación (art. 10.1) de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás *precisamente en calidad de fundamento del orden político y de la paz social*. Se explica, así, el vínculo que el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa (Tratado de 1949) establece con el reconocimiento por los Estados miembros de dicho Consejo de los principios del imperio del Derecho y el de goce por cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; reconocimiento que debe ir acompañado del compromiso de colaboración sincera y activa en la consecución de la finalidad de una unión más estrecha en la salvaguardia y promoción de los ideales y los principios constitutivos del patrimonio común. De donde –como dejó dicho la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de Viena de 1993– la presuposición por la adhesión al Consejo de Europa de la adaptación de la instituciones y los ordenamientos estatales a la tríada constituida por los principios fundamentales del Estado democrático, la preeminencia del Derecho y el respeto de los derechos fundamentales (inclusiva implícitamente de la ratificación previa del CEDH). Y consecuentemente también de la exclusión de la incorporación de los Estados no democráticos (en tal sentido), regla aplicada en especial con ocasión de la incorporación de los antiguos países socialistas de Europa central y oriental.

Los desarrollos aludidos se inscriben en el fenómeno de internacionalización del Derecho a escala regional y mundial, favorecido recientemente por la generalización de la lógica de la economía de mercado. Pero por ello mismo sus logros y la continuación de su avance, de suyo permanentemente dificultados por la lógica inercial de la soberanía estatal, corren serio riesgo en tal contexto por la dinámica expansiva y colonizadora adquirida en la actualidad por la economía, en detrimento del orden de valores de que ahora tratamos. Porque la aludida dinámica es capaz de suyo de desconocer las barreras de aquella soberanía e imponerle sus condiciones, como está demostrando sobradamente la actual crisis económica mundial, pero con especial incidencia en Europa. Razón esta por la que la internacionalización puede experimentar arrolladores avances no solo en los ámbitos del Derecho civil y mercantil o comercial, sino, incluso, administrativo. Pues hasta en este último orden es capaz de sortear más fácilmente aquella soberanía, so capa de producirse su penetración en el espacio teóricamente cubierto por ella de modo intersticial y funcional. Esto es justamente lo que no sucede de manera tan fácil, sin embargo, cuando está en juego –cual sucede con las libertades y los derechos de la persona “frente” al Estado– no ya el orden constitucional (aunque también en él, dada su resistencia a abandonar su carácter “introspectivo” y, por tanto, “nacional”), sino el núcleo esencial del mismo, aquel donde lo que se dilucida es la plena disposición estatal (del poder público) sobre la relación con “sus” ciudadanos. Y no solo en el caso de los Estados con posición preeminente en el orden mundial actual, como sucede, por ejemplo, con Estados Unidos, refractario a toda incidencia en su orden interior de cualquier instancia internacional (incluida la apoyada en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que ni siquiera ha llegado a ratificar). Así lo demuestran, en el caso americano, la no participación de Canadá en esta última Convención y las denuncias de la misma por parte de Trinidad y Tobago en 1998 y de Venezuela en 2012. Y en el caso europeo –dejando aparte las fricciones derivadas de la coexistencia de los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la actual Unión Europea– la reticencia de la jurisprudencia constitucional de algunos Estados y especialmente del Tribunal

Federal alemán frente al proceso de integración europea. Tal reticencia –conducente a la afirmación de una reserva última del control sobre la garantía efectiva de los derechos llamados fundamentales según el estándar de su proclamación nacional incluso frente a la acción de las instancias comunitarias europeas (con evitación, sin embargo, del conflicto directo con el Derecho supranacional: sentencias “*Solange I*” de 1974, “*Vielleicht*” de 1979, “*Solange II*” de 1986 y “*Maastricht*” de 1993<sup>1</sup>)– ha tenido ciertamente un efecto de signo inverso (de abajo hacia arriba) paradójico: la contribución significativa a un proceso de incorporación en el plano comunitario de la protección de los referidos derechos no solo en sede jurisprudencial, sino normativa (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000) y, con ello, también a la suavización, si no eliminación, de fricciones entre los órdenes de dicha Unión y del Consejo de Europa<sup>2</sup>. Pero ha determinado asimismo –suscitando notable controversia<sup>3</sup>– la erección de la identidad

---

<sup>1</sup> En la Sentencia “*Solange I*” de 1974 tal afirmación se hace sobre la base de la inexistencia, a la sazón, de un Parlamento europeo democráticamente elegido de modo directo y de un catálogo de derechos y la consecuente constatación de que el nivel de protección comunitaria de éstos era inferior, de modo que “en tanto que” no exista un tal catálogo establecido por un Parlamento democráticamente elegido de forma directa se debe mantener la expresada reserva constitucional, es decir, la prevalencia de las normas interiores y, por tanto, el control del propio Tribunal sobre las normas comunitarias. En la Sentencia “*Vielleicht*” (“Quizás”) de 1979 se matizó la anterior doctrina con ocasión de una cuestión de constitucionalidad planteada respecto de una norma comunitaria, afirmándose –para evitar el conflicto competencial con el Tribunal de Luxemburgo– que ha de verse en qué casos concretos y con qué alcance seguía en vigor la jurisprudencia *Solange*. Esta modulación se confirmó en la Sentencia “*Solange II*” de 1986, señalando que la elevación entretanto del nivel de la garantía comunitaria de los derechos fundamentales determinaba la no necesidad de la aplicación de los propios derechos fundamentales mientras ese nivel no disminuyese de forma general (no puntual) y grave. La Sentencia “*Maastricht*” de 1993 ha vuelto, sin embargo, a plantear exigencias mínimas e irrenunciables de legitimación democrática de las instituciones comunitarias.

<sup>2</sup> El preámbulo de la Carta citada señala, en efecto: “La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, *el CEDH Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por *el Consejo de Europa*, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.

<sup>3</sup> Sentencia sobre la ratificación del Tratado de Lisboa de 30 de junio de 2009. Véase el comentario a esta sentencia, cuyo sentido se asume en el texto, de Antonio Cantaro, “Democracia e identidad constitucional después de la ‘*Lissabon Urteil*’. La integración ‘protegida’”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N° 13, enero-junio de 2010, accesible electrónicamente en [[www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/05Cantaro.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/05Cantaro.htm)].

constitucional nacional<sup>4</sup> en “valor” absolutamente indisponible para el Derecho europeo, de modo que –aún reconociéndose que, en el espacio europeo de justicia, las garantías constitucionales internas y comunitario europeas pueden ir perfectamente de la mano– se entiende que la sola existencia de tal doble escalón de garantía de los derechos no autoriza la renuncia por parte del propio Tribunal al ejercicio de su propia jurisdicción, constituyendo motivo, antes al contrario, para afirmar la pertinencia de la activación del “control interno de identidad” en caso de que, por efecto de la acción de los órganos europeos, se violen los principios fundamentales intangibles de la Ley fundamental de Bonn. Y esto es así, incluso si el Derecho comunitario respeta –como lo hace– la identidad de los Estados miembros, pues esta noción europea no coincide con la constitucional propia, expresiva de un núcleo resistente a la integración europea. Con independencia de la difícil precisión del alcance jurídico de la posición así formulada (evidentemente sobre el trasfondo de la verificación de la integración europea como un proceso abierto y continuado), parece claro que alude a un núcleo singular e irreductible en Alemania (y, por tanto, en cada Estado miembro) susceptible de interpretación específica interna (ahora y en el futuro) con independencia de que algunos contenidos de la identidad coincidan con valores propios de las tradiciones comunes de dichos Estados. Lo que lleva de suyo a la tesis de la llamada “integración protegida” y, con ella, a la reserva de la facultad de no aplicación en territorio nacional tanto de la normativa europea “*ultra vires*” (por exceso sobre el principio de competencias de atribución), como de aquella que vulnera el núcleo de la identidad constitucional.

Obvia es, pues, la actualidad, oportunidad y, sobre todo, pertinencia, por su objeto (que urge revitalizar), de la obra de los Profs. A. R. Brewer-Carías y J. O. Santofimio Gamboa; obra cuya calidad huelga resaltar dado el abrumador aval que le proporciona la trayectoria –sembrada de relevantes publicaciones– de ambos, más que administrativistas iuspublicistas con una dedicación acusada a las cuestiones constitucionales, teóricas y prácticas: el primero, maestro de maestros con proyección de su *auctoritas* a ambos lados del Atlántico de quien –en largos años de amistad– no he dejado nunca de aprender y cuya curiosidad investigadora, generadora de enormes frutos para el Derecho constitucional patrio, le ha llevado a desbordar pronto tal marco en términos premonitorios del magnífico estudio que ahora nos brinda; y el segundo, administrativista de fulgurante carrera, por méritos sobrados, tanto en el ámbito universitario como de la judicatura de más alto rango nacional en el orden contencioso-administrativo (orden en el cual ha sido y sigue siendo actor destacado en la jurisprudencia precisamente sobre responsabilidad del Estado), parte de cuya andadura científica he tenido la enorme suerte de compartir en beneficio propio.

El acierto de la perspectiva adoptada por los autores en el tratamiento de las cuestiones que abordan (el control de la convencionalidad y, desde tal perspectiva, la responsabilidad del Estado), sumado a la compleción y el rigor del tratamiento de las mismas –características que lejos de empañar hacen más meritoria la claridad, fluidez y capacidad de atracción de la atención de la exposición–, dejan poco espacio y proporcionan escaso soporte para cualquier análisis crítico a

---

<sup>4</sup> De la que forman parte, en calidad de fundamentos “intangibles” (al punto de que el intento de su eliminación otorga el derecho de resistencia) del orden estatal y conforme al art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn, los principios de Estado federal democrático y social, emanación del poder –mediante elecciones– del pueblo; ejercicio del poder por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y sometimiento del poder legislativo al orden constitucional y de los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho (lo que incluye el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales).

quien en cualquier caso –por no ser precisamente experto en el sistema americano de protección de los derechos humanos, ni, por supuesto, en el colombiano de responsabilidad extracontractual del Estado– carecería de criterio para realizarlo con fundamento. Por ello, solo el aprovechamiento de estas líneas de exordio para una muy sintética exposición de los correspondientes sistemas europeo y español y respectiva evolución puede proporcionarles siquiera sea un pequeño valor añadido de utilidad para el lector, al situarlo en condiciones de contrastar, a la luz de la misma y sus resultados, los alcanzados en la actuación de los estudiados en este libro.

## II

El desarrollo del mecanismo europeo de tutela de los derechos humanos se ha desplegado en el doble plano sustantivo y organizativo. Si inicialmente selectivo (restricción a los considerados básicos, tomados a préstamo, para su proclamación, de la Declaración Universal)<sup>5</sup>, el catálogo de derechos se ha ido ampliando mediante protocolos adicionales, el último de los cuales es de 2002<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> El carácter selectivo fue confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto *Golder c. Reino Unido*, aludiendo a que en el momento fundacional se consideraba que solo podían garantizarse los derechos esenciales y las libertades fundamentales consagrados tras una larga experiencia por todos los regímenes democráticos (constitutivos, así, de un denominador común de sus instituciones políticas a título de condición de su existencia y funcionamiento). Tratándose de derechos mínimos estimados absolutamente indispensables para determinar los principios del funcionamiento de la democracia política y que, por ello, debían protegerse mediante un sistema colectivo. Los derechos originalmente reconocidos han sido doctrinalmente agrupados en: - Derechos reconocidos al individuo en tanto que persona (derecho a la vida, prohibiciones de la tortura, la esclavitud y el trabajo forzado, derecho a la libertad y seguridad, derecho a la no discriminación). - Derechos del individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forma parte (derecho a un proceso equitativo, prohibición de imposición de penas sin previa ley, derecho a la vida privada y familiar, derecho a contraer matrimonio, derecho a un recurso efectivo). - Derechos de contribución a la formación de los órganos del Estado y participación en sus actividades (libertades de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión y asociación).

<sup>6</sup> Se trata de los siguientes: el protocolo N° 1 (simultáneo prácticamente –1952-- al propio CEDH), relativo a los derechos de propiedad, educación y elecciones libres; el protocolo N° 4 (de 1963), relativo al derecho de libre circulación y las prohibiciones de prisión por deudas, expulsión de nacionales y expulsiones colectivas de extranjeros; el protocolo N° 6 (de 1983), relativo a la abolición de la pena de muerte, la pena de muerte en caso de guerra, con prohibición de derogación y reserva respecto de sus contenidos; el protocolo N° 7 (de 1984), relativo a las garantías en las expulsiones de extranjeros, y los derechos al doble grado jurisdiccional en materia penal, indemnización en caso de error judicial, a no ser juzgado ni condenado dos veces y a la igualdad entre los esposos; el protocolo N° 12 (de 2000), relativo a prohibición general de la discriminación, y el protocolo N° 13 (de 2002) sobre abolición de la pena de muerte, con prohibición de la derogación de la reserva respecto de su contenido.

En todo caso ese catálogo comprende, junto con los derechos sustantivos, los de carácter instrumental precisos para su tutela y, por tanto, efectividad, es decir, los alusivos a un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales en caso de violación de los derechos, no discriminación y abuso de derecho. Su complemento –verdadera pieza capital– es el mecanismo de control, articulado en origen –de forma análoga al americano– en tres instituciones: la Comisión Europea (establecida en 1954), receptora de las demandas de los individuos y competente para decidir sobre su admisibilidad, el establecimiento de los hechos y el intento de un arreglo amistoso o, caso de fracaso de tal intento, la emisión de informe con pronunciamiento sobre la existencia o no de la violación denunciada; el Tribunal Europeo (constituido en 1959), encargado del conocimiento de las demandas admitidas y del dictado de sentencia definitiva (con carácter declarativo); y el Comité de Ministros, competente para el seguimiento de la ejecución de las sentencias y la adopción de decisiones definitivas sobre aquellas demandas examinadas por la Comisión que no hayan sido remitidas al conocimiento del Tribunal.

El mayor salto cualitativo experimentado por el sistema y que más lo diferencia hoy del americano se sitúa, sin duda, en este último mecanismo de control de la observancia por los Estados del CEDH, es decir, el que los Profs. Brewer y Santofimio califican como control de la convencionalidad. Pues, tras sucesivas modificaciones del CEDH<sup>7</sup>, dicho control ha quedado concentrado en un único órgano: un nuevo tribunal de carácter permanente y con jurisdicción obligatoria y exclusiva en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del CEDH (quedando reducido el Comité de Ministros al seguimiento de la ejecución de las sentencias)<sup>8</sup>. Esta

---

<sup>7</sup> Verificadas mediante los protocolos N° 11 (de 1998) --sustitutivo de los N° 2 (de 1970), 3 (de 1970), 5 (de 1971), 8 (de 1990), 9 (de 1994) y determinante de la pérdida de objeto del protocolo N° 10-- y 14 (de 2010), dirigido a garantizar la eficacia a largo plazo del Tribunal Europeo optimizando la admisión y gestión de las demandas.

<sup>8</sup> El Tribunal Europeo está integrado por tantos jueces como partes contratantes que, elegidos –para mandatos de 6 años (son reelegibles hasta el cumplimiento de 70 años)-- por la Asamblea Parlamentaria (por mayoría absoluta y de entre una lista de tres candidatos presentada por el correspondiente Estado), forman parte del órgano judicial a título individual, estándoles prohibido el ejercicio, durante su mandato, de actividad que sea incompatible con las exigencias de su independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una función ejercida a tiempo completo. Pueden ser revocados por acuerdo del propio Tribunal (adoptado por mayoría de 2/3) en caso de haber dejado de reunir las condiciones requeridas. Funciona, además de en pleno (para la elección de Presidente, Vicepresidente(s), Secretario y Secretarios Adjuntos y la aprobación de su Reglamento y la constitución de las Salas), en Comités (3 jueces), Salas (7 jueces) y Gran Sala (17 jueces). Y conoce (jurisdiccionalmente de forma plena) de i) denuncias por un Estado de incumplimiento del CEDH por otro Estado y ii) demandas individuales (cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que sea víctima) por violación, por un Estado, de los derechos reconocidos en el CEDH o sus protocolos; así como (para emitir opinión consultiva) iii) cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH o sus protocolos, a solicitud del Comité de Ministros (estas opiniones no pueden referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso). Al Tribunal solo puede recurrirse después de agotar las vías impugnatorias internas y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna

opción en modo alguno ha sido inocua, en la medida en que dicho tribunal ha ido asumiendo dos funciones decisivas:

1. Por de pronto, la de interpretación dinámica del CEDH a la luz de las condiciones de vida en cada momento (sentencias, entre otras, de 25 de abril de 1978, asunto *Tyrer c. Reino Unido*; 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*, y 20 de marzo de 1995, asunto *Loizidou c. Turquía*) o, lo que es lo mismo, la desplegada asumiendo el papel de garante de un instrumento vivo. Posición esta que ha hecho de la interpretación dinámica una segunda vía –paralela a la de los protocolos adicionales– de expansión del catálogo de derechos, como lo acreditan (i) la apreciación de la violación del derecho de libertad de expresión al servicio de la efectividad del derecho de acceso a la función pública (Sentencia de 26 de septiembre de 1995, asunto *Vogt c. Alemania*), y (ii) la “extensión” del radio de acción de los derechos a la vida privada y familiar, el domicilio o, incluso, a la salud y la vida para cubrir la dimensión medioambiental y proteger así, indirectamente, un cierto derecho a un medio ambiente adecuado (sentencias de 7 de diciembre de 1972, asunto *Handyside c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1990, asunto *Powel y Rayner c. Reino Unido*, 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España*, 19 de febrero de 1998, asunto *Guerra y otros c. Italia*, y 2 de octubre de 2001, asunto *Hatton y otros c. Reino Unido* –seguida de Sentencia de la Gran Sala de 8 de julio de 2003–).

El impacto de esta interpretación dinámica –con idénticos efectos– en los órdenes jurídicos internos es indudable. Así sucede, a título de ejemplo, en el caso español, teniendo en cuenta que, como tiene señalado el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>, para precisar el contenido de los derechos

---

definitiva. La inadmisibilidad de asuntos (estimable en cualquier fase del procedimiento): procede (respecto de demandas individuales) en los casos de formulación anónima, identidad esencial con demanda ya examinada por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo; incompatibilidad con las disposiciones del CEDH o de sus protocolos; manifiesta mala fundamentación y carácter abusivo. Puede ser decidida por: i) los Comités, por unanimidad, en el caso de demanda individuales por violación de derechos o, en otro caso, por las Salas, las cuales son competentes **para decidir de las demandas** de unos Estados contra otros; y, en su caso, ii) la Gran Sala. Declarada admisible una demanda, procede el examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, en su caso, una indagación; el intento –en términos confidenciales– de un arreglo amistoso (el cual, de alcanzarse, determina la cancelación del caso) y, de persistir la controversia, la celebración de vista pública (salvo circunstancias excepcionales) antes del dictado de sentencia. Si el Tribunal declara que ha habido violación del CEDH o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Las sentencias de las Salas son definitivas, salvo que, en plazo, se deduzca demanda de remisión a la Gran Sala y dicha remisión se acepte por un colegio de 5 jueces (por considerar que el asunto plantea una cuestión grave de carácter general o de interpretación o aplicación del CEDH). Las sentencias (en su caso de la Gran Sala) tienen fuerza obligatoria (sobre la base del compromiso asumido por los Estados de acatarlas) y por su ejecución vela el Comité de Ministros.

<sup>9</sup> En una doctrina constante expuesta desde la temprana Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, que mantiene hoy: véase la Sentencia 91/2000, de 30 de marzo.

proclamados en la Constitución revisten relevancia especial la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a los que remite el artículo 10.2 de la norma constitucional como criterio interpretativo; opción constitucional, que expresa el reconocimiento de la coincidencia con el ámbito de valores e intereses que aquellos instrumentos protegen y la voluntad de incorporación a un orden jurídico internacional que propugne la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. De donde

... la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados [...] y muy singularmente, *el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo*” (cursiva del autor).

De hecho, la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Europeo antes citadas ha determinado un giro en la del Tribunal Constitucional español, plasmado en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, que, por ello, señala –a pesar de la inexistencia de un derecho fundamental al medio ambiente– que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, *ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida*” (cursiva del autor).

2. Pero, además y de forma congruente con la anterior, una función en todo equivalente –en el campo de los derechos humanos– a la propia de un Tribunal Constitucional interno, estableciendo estándares de protección del ejercicio de los referidos derechos y adaptándolos a la evolución social<sup>10</sup>. Y ello sobre la base de una doble afirmación: la del carácter de instrumento

---

<sup>10</sup> Y ello en términos muy parecidos, en efecto, a como ve su propio cometido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, que en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, ha afirmado (en asunto referido al conjunto de derechos proclamados en el artículo 18 de la Constitución española: honor, intimidad personal y familiar –con limitación, al efecto, del uso de la informática–, propia imagen, domicilio y secreto de las comunicaciones): “Estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos [...], *se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada*” (cursiva del autor).

constitucional del orden público europeo en materia de derechos humanos del CEDH<sup>11</sup> y la de similitud de su actuación con la de las jurisdicciones constitucionales internas, trascendiendo así el plano propio del juez del caso concreto<sup>12</sup>. De esta forma, el Tribunal, precisamente por incluir en sus decisiones pronunciamientos generales sobre el desarrollo del CEDH, ha ido en ocasiones –y tempranamente– más allá de la declaración de la violación de este por un Estado para efectuar un control de las normas jurídicas (incluso las constitucionales) del mismo<sup>13</sup>, imponiendo su interpretación del CEDH sobre la de la respectiva Constitución verificada por el correspondiente Tribunal Constitucional<sup>14</sup> y, además, estableciendo por propia autoridad las consecuencias de sus sentencias. Ello en modo alguno significa, sin embargo, que haya llegado a alcanzar propiamente una función de depuración jurídica directa (mediante declaración de nulidad de normas o pronunciamientos judiciales internos) y de íntegro e igualmente directo restablecimiento de los derechos violados. Pero sí la extensión del control que le es propio incluso a los tribunales constitucionales de los Estados miembros por lo que hace a la observancia, en los procesos ante ellos seguidos, del derecho a un proceso equitativo<sup>15</sup>.

En la medida en que el diseño del CEDH es de doble escalón (con acento en el estatal), queda planteada así la cuestión del funcionamiento real del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Ese funcionamiento reposa básicamente en el principio de subsidiariedad (de la intervención del Tribunal Europeo), toda vez que la función protectora principal corresponde a los Estados miembros, sin que –de otro lado y conforme al artículo 53 CEDH– las disposiciones del

---

<sup>11</sup> Sentencia de 20 de marzo de 1995, asunto *Loizidou c. Turquía*.

<sup>12</sup> Se suele citar como prueba la referencia –en la Sentencia de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx c. Bélgica*, limitadora de sus efectos retroactivos– a la similitud de la solución con la adoptada por los tribunales constitucionales de algunos Estados miembros.

<sup>13</sup> Acercándose así a la función de control abstracto de la constitucionalidad de las normas: sentencias, por ejemplo, de 28 de noviembre de 1978, asunto *Luedicke, Belckacem y Koç c. Alemania*, y *Klass y otros c. Alemania*.

<sup>14</sup> Sentencias de 22 de octubre de 1992, asunto *Open Door y Dublin Well Women c. Irlanda*; 1 de julio de 1997, asunto *Gitonas y otros c. Grecia*; 30 de enero de 1998, asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*; y 28 de octubre de 1999, asunto *Zielinski y Pradal y otros c. Francia*.

<sup>15</sup> Pueden citarse las tempranas sentencias –en las que se plantea el asunto, aunque no se condena aún al Estado-- de 6 de mayo de 1981, asunto *Buchholz c. Alemania*; 22 de octubre de 1984, asunto *Srameck c. Austria*; 29 de mayo de 1986, asunto *Deumeland c. Alemania* (en la que se incluye el proceso ante el Tribunal Constitucional como parte del procedimiento total); y 23 de septiembre de 1989, asunto *Bock c. Alemania* (en la que se califica ya de indebidas a las dilaciones producidas en el proceso constitucional como productoras de la violación denunciada). Las primeras sentencias en que se condena al Estado sea por infracción del principio de igualdad de armas en el proceso, sea por aquellas dilaciones indebidas en sede de la jurisdicción constitucional, son las de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, y 11 de octubre de 2001, asunto *Díaz Aparicio c. España*, respectivamente (en la Sentencia de 27 de abril de 2004, asunto *Gormaz Lizarraga y otros c. España*, se mantiene la misma doctrina, pero no se aprecia violación).

CEDH puedan interpretarse en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y libertades fundamentales susceptibles de ser reconocidos por los ordenamientos nacionales o en cualquier otro CEDH internacional. Sobre la base de la responsabilidad principal estatal (art. 1 CEDH<sup>16</sup>), sus manifestaciones principales son dos: (i) la obligación de los Estados de articulación de vías de recurso efectivas para la reparación de las violaciones, incluso si estas tienen su origen en la actuación de personas en ejercicio de funciones oficiales (art. 13 CEDH), y (ii) la necesidad del agotamiento previo de dichas vías internas como requisito del acceso al Tribunal Europeo (art. 35 CEDH). La subsidiariedad implica desde luego que este último no debe ocupar el lugar de los tribunales internos (correspondiéndole más bien verificar si los efectos de la interpretación realizada por estos es compatible con el CEDH<sup>17</sup>), pero igualmente que la protección interior no sea inferior a la dispensada por tal instrumento internacional, por más que a los Estados se les reconozca un cierto margen de apreciación (por su mejor posición para conocer las circunstancias concretas del caso)<sup>18</sup>. Y en ningún caso significa que el control europeo subsidiario sea meramente ocasional, ya que su ejercicio puede producirse en todos los casos. Esto último conduce, según ha destacado la doctrina<sup>19</sup>, a una sustracción a los órganos judiciales nacionales del juicio definitivo sobre el carácter satisfactorio o no de la situación de los derechos en el Estado de que se trate.

Al anterior principio se añade otro de origen más bien jurisprudencial (en su caso, compartido con el escalón nacional, cual sucede en España): el de solidaridad, que se manifiesta en el efecto de cosa juzgada (en términos, por lo que hace al Tribunal Europeo, de cosa interpretada por razón del precedente, de la doctrina sentada como fuente del Derecho). Este es un punto clave, ya que de él depende la eficacia del sistema colectivo. En la práctica está demostrado<sup>20</sup> que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo se aplican con normalidad por los tribunales nacionales (ordinarios y constitucionales) con independencia de los términos de la interiorización del CEDH y del rango que este asuma en los ordenamientos internos en calidad bien sea de fuentes del Derecho *lato sensu*, bien sea de criterio interpretativo de dichos ordenamientos (incluso de las normas de rango constitucional).

Por lo que hace a España, a los precedentes se suma aún el principio de complementariedad derivado de la Constitución y conforme al cual la protección dispensada por el Tribunal Europeo es una modalidad más –justamente complementaria de las nacionales– de garantía jurisdiccional de los derechos y las libertades reconocidos por la norma fundamental.

---

<sup>16</sup> A tenor de este artículo los Estados reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y las libertades definidos en el CEDH.

<sup>17</sup> Así en la formulación de la Sentencia de 23 de enero de 2000, asunto *Miragall Escolano y otros c. España*. Antes también las sentencias de 23 de julio de 1968, asunto *Minorías lingüísticas en Bélgica*, y 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*.

<sup>18</sup> El Tribunal Europeo emplea la técnica interpretativa del margen de apreciación –en el contexto del principio de subsidiariedad-- para valorar, a la luz de la proporcionalidad, si la actuación estatal ha sido necesaria en una sociedad democrática.

<sup>19</sup> S. Ripoll Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona 2007, p. 45.

<sup>20</sup> Véase el anexo a la Recomendación del Comité de Ministros 6, de 2004, del Consejo de Europa.

Sin perjuicio de la apariencia que pueda resultar de las consideraciones precedentes (teórico funcionamiento armónico de los dos escalones del sistema europeo), la práctica demuestra que el esquema de las relaciones entre dichas piezas no garantiza la ausencia total de fricciones y conflictos, tanto más si se considera la complejidad añadida de su conversión en triangular por efecto de la integración comunitaria (la actual Unión Europea dotada de jurisdicción propia, cuya lógica conduce al desdoblamiento funcional de los órganos judiciales internos: al propio tiempo jueces nacionales y comunitarios cuando están en juego normas supranacionales). Las causas principales radican, junto con la operatividad en el plano internacional (europeo) de conceptos de contenido poco preciso (orden público europeo, tradiciones constitucionales comunes), en la autoconsideración por los tribunales Europeo de Derechos Humanos y constitucionales nacionales como instancias jurisdiccionales últimas en sus respectivos ámbitos y la duplicidad de cuerpos normativos (CEDH y protocolos, de un lado, y ordenamientos nacionales –con más, en su caso y el supranacional comunitario formando bloque con ellos, sin perjuicio de no estar exento tal bloque, a su vez, de dificultades de integración interna). Tomando el ejemplo de España, si la relación internormativa no plantea muchas dificultades en virtud de la integración en el Derecho interno (aunque no sea con carácter supralegal) de los tratados y convenios suscritos<sup>21</sup> y la cobertura por el principio de asunción de las obligaciones internacionales del acatamiento de las decisiones del Tribunal Europeo, otra cosa sucede con la específica articulación de la jurisdicción de este, pues la ratificación del CEDH no ha significado cesión de soberanía, es decir, de competencia, alguna –en virtud del artículo 93 CE y como sucede en el caso de la Unión Europea– no obstante estar claro (en el caso de España desde la ratificación en 2010 del Protocolo adicional 14, de 2004, y, por tanto, del actual art. 46 CEDH), que: (i) los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal, debiendo, así, ejecutarlas (a cuyo efecto el Comité de Ministros posee la facultad de supervisión), y (ii) el Tribunal puede apreciar (sobre la base de acuerdo previo de dicho Comité) la violación del deber estatal de ejecución, remitiendo al Comité de Ministros el examen de las medidas que deban ser adoptadas.

Para la superación de la expresada dificultad, doctrinalmente se ha llamado la atención sobre el carácter jurisdiccional del Tribunal Europeo (aunque sus sentencias sean declarativas) y la aceptación de su jurisdicción TEDH (que no requiere integración orgánica en el poder judicial español), pero especialmente se ha sostenido la posibilidad de sortear la prescripción constitucional (art. 117.1) de la administración de justicia por jueces y magistrados integrantes del poder judicial tanto sobre la base de la extensión por la Ley orgánica de este poder (art. 2.1) del ejercicio de la potestad jurisdiccional, más allá de los juzgados y tribunales determinados en las leyes, por los que lo sean por los tratados internacionales, cuanto con apoyo en la obligación de la interpretación de los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución (art. 10.2) de conformidad con los tratados ratificados sobre las mismas materias como una limitación de los poderes públicos internos. Sea como fuere, es convincente la tesis de que la ratificación del CEDH implica la sujeción a un proceso de “integración por el Derecho”, con la consecuente repercusión en la relación entre Tribunal Europeo y tribunales nacionales; proceso análogo al que, aquí sí con clara e institucionalizada interacción entre estos últimos y el Tribunal de Justicia, se cumple en la Unión

---

<sup>21</sup> Conforme al artículo 96.1 C.P. española, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, no pudiendo sus disposiciones ser derogadas, modificadas o suspendidas sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Europea. Quiere decirse con ello que los Estados han perdido el monopolio sobre el Derecho, que es cada día más fruto del juego combinado de normas y reglas de procedencia diversa, dando lugar –en lo que ahora importa– al fenómeno ya destacado en su día por P. Häberle<sup>22</sup> de cristalización progresiva de un Derecho constitucional común europeo, del que el CEDH constituye núcleo esencial y en el que a la jurisprudencia corresponde un papel capital.

Desde la perspectiva del CEDH, las sentencias del Tribunal Europeo tienen ciertamente fuerza de obligar a los Estados, pero no por ello son directamente ejecutivas, toda vez que, a tal efecto, se requiere la interposición de la autoridad estatal (aunque bajo la supervisión del Comité de Ministros)<sup>23</sup>. De ahí que el propio Tribunal, tomando pie en el carácter declarativo de sus pronunciamientos, reconozca a los Estados cierto margen de apreciación a la hora de la ejecución, sobre todo cuando esta –por referirse a deficiencias estructurales ordinamentales– determine la necesidad de introducir modificaciones normativas. Así, ya en su Sentencia de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx c. Bélgica*, dejó señalado –a propósito de asunto relativo a filiaciones y sucesiones– que, aun cuando no puedan referirse directamente a los textos legales, sus pronunciamientos pueden producir efectos que desbordan los límites del asunto concreto cuando las violaciones tienen su origen inmediato en normas y no en decisiones individuales, si bien el carácter declarativo de sus decisiones deja a los Estados la elección de los medios a emplear para su acatamiento. La jurisprudencia ha ido, no obstante, matizando el alcance de tal carácter declarativo para justificar la posibilidad de la concreción de las medidas a adoptar (p. ej.: la de restitución en materia de propiedad o las generales precisas para evitar la repetición de la violación o las concretas pertinentes, en particular la de indemnización sustitutoria), generalizar el recurso a la medida consistente en una satisfacción equitativa sustitutoria (relativa a los daños morales y materiales y los gastos y costas ocasionados), de modo que la conexión, en la sentencia, entre apreciación de la violación y fijación de esta última medida (de carácter pecuniario y en contraste con el carácter declarativo del pronunciamiento) ha llegado a convertirse en práctica habitual (pasando de mecanismo subsidiario a mecanismo ordinario). Tal evolución se ha consolidado con el Protocolo 14 de 2004, de suerte que, a partir del mismo, la apreciación de problemas estructurales en el ordenamiento correspondiente (problemas que están en el origen de las violaciones apreciadas) conduce –con reducción del margen de apreciación en la fase ejecutiva– a requerir del Estado de que se trate el reexamen de la efectividad de los recursos internos y el establecimiento de los precedentes para evitar casos repetitivos e, incluso, la eliminación en el

---

<sup>22</sup> P. Häberle, “Derecho Constitucional Común Europeo”, trad. de E. Mikunda, en *Revista de Estudios Políticos*, 1993, n. 79. Sobre el concepto de Häberle véase la nota de A. E. Pérez Luño, “El Derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), N° 88, abril-junio 1995, pp. 165 y ss.

<sup>23</sup> En el caso de España, el Tribunal Constitucional tiene sentada doctrina (por todas, sentencias 303/1993, de 25 de octubre, y 296/2005, de 21 de diciembre) según la cual las sentencias del Tribunal Europeo “resultan de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”, lo que no significa que no subsistan algunos problemas ejecutivos, en particular respecto de sentencias judiciales internas firmes (especialmente en materia penal).

orden interno de cualquier obstáculo a la reparación que proceda (trátase de la adopción de medidas generales o de concretas, incluso con identificación de la única procedente)<sup>24</sup>.

### III

La determinación interna de la responsabilidad extracontractual del Estado se realiza en algunos Estados americanos a partir y sobre la base del Derecho internacional. Así se justifica detenida y convincentemente en el libro respecto del ordenamiento jurídico colombiano, en el que está en consolidación, sobre la base del artículo 90 C.P. y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias C-169 y C-918 de 2002), en consideración a la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*” inspirador de la Convención protectora de los derechos humanos.

La comparación con la situación en Europa no permite apreciar, en esta materia, paralelismo equivalente al apreciado en la protección de los derechos humanos. Pues del CEDH no parece que pueda predicarse capacidad de influjo, en el terreno de la responsabilidad, parecida a la de la Convención americana, siquiera sea más allá de lo que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre reparación o indemnización por las violaciones apreciadas. El fundamento real en Europa de la responsabilidad extracontractual del Estado es, pues, el correspondiente orden constitucional. El único régimen supranacional desarrollado a tal respecto es, en efecto, el de la Unión Europea (en adelante UE).

El artículo 41.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, a la que remite el artículo 6 del Tratado de la Unión, incluye, en el contenido del derecho ciudadano a la buena administración que proclama, el derecho de toda persona a la reparación por la UE de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones; y ello de conformidad

---

<sup>24</sup> En la Sentencia de 17 de febrero de 2004, asunto *Maestri c. Italia*, se requiere del Estado la eliminación de cualquier obstáculo a la reparación del demandante. En la de 8 de abril de 2004, asunto *Assanidzé c. Georgia*, se demanda como único medio adecuado para reparar una detención arbitraria la puesta en libertad inmediata del demandante. Y la misma exigencia, incluso respecto de dos Estados, se contiene en la Sentencia de 8 de junio de 2004, asunto *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*. Fundamental es la Sentencia de 22 de junio de 2004, asunto *Broniowski c. Polonia*, pues –tras identificar el carácter estructural o sistémico de la violación apreciada-- se requiere del Estado la adopción de las medidas generales (legislativas y administrativas) para llevar a efecto la sentencia, llegando incluso a definir –vía subsidiaria-- las medidas postuladas (mecanismos de reparación o, en su caso, de reparación equivalente). Posición esa que se confirma en ulteriores sentencias, como las de 10 de noviembre de 2004, asunto *Sedjovic c. Italia*, y 2 de febrero de 2005, asunto *Hutten-Czapska c. Polonia*. Con posterioridad la Sentencia de 12 de mayo de 2005, asunto *Ocalan c. Turquía*, ha venido a precisar que la nueva doctrina, si bien no desmiente el carácter declarativo de sus sentencias y el margen de apreciación en sede ejecutiva de que gozan los Estados, supone que excepcionalmente el Tribunal puede indicar el tipo de medidas a adoptar, sea en situación de violación estructural (posibilidad de señalamiento de varias opciones), sea en supuestos cuyas características permitan un único medio de cesación de la violación o de su reparación (inexistencia de opción). Con esta precisión, la doctrina señalada debe entenderse hoy consolidada.

con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Por su parte, el artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión determina que, en materia de responsabilidad extracontractual, la UE debe reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros (añadiendo que el Banco Central Europeo afronta por sí mismo, de conformidad con los mismos principios, la responsabilidad en que pueda incurrir). Lo que ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión a desarrollar una doctrina de la responsabilidad fundamentalmente por ilegalidad, inspirada en la noción de falta (pero sin excluir totalmente la posibilidad de la responsabilidad sin falta en caso de un perjuicio anormal y especial)<sup>25</sup>.

De esta forma, en Derecho comunitario europeo el surgimiento de responsabilidad extracontractual depende, como regla general, de la concurrencia de (i) un acto u omisión ilegal, (ii) la producción de un daño o perjuicio real, y (iii) la existencia de una relación de causalidad entre el acto (o la omisión) y el daño. Aunque, así debe precisarse, se admita también la responsabilidad por acto lícito (o conforme a Derecho), siempre que –además de los requisitos de causalidad y realidad del daño o perjuicio– concurra el del carácter anormal y especial de este último. El mero error o la simple irregularidad no bastan por sí solos, pues, para desencadenar la responsabilidad, a menos que aquellos se caractericen por falta de diligencia o de prudencia. Concurriendo responsabilidad, la indemnización incluye tanto el daño experimentado como el perjuicio o beneficio dejado de obtener, lo que implica que uno y otro han de ser ciertos y no meramente posibles, aunque pueden ser inminentes y posibles con certeza suficiente, esto es, daño o perjuicio futuros pero suficientemente ciertos<sup>26</sup>. Dada la peculiar construcción de la UE (en la que los Estados asumen la función de agentes ejecutores indirectos y ordinarios del Derecho supranacional), este régimen rige también cuando el órgano a cuya acción u omisión (en aplicación del Derecho comunitario) sea imputable el daño o perjuicio sea estatal, al menos en términos de impedimento de previsión por el Derecho interno correspondiente de requisitos menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes derivadas de la aplicación del Derecho nacional, ni articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, sentencias de 9 de septiembre de 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies Inc (FIAMM Technologies), Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. v. Council of the European Union, Commission of the European Communities, Kingdom of Spain*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, y, más recientemente, 19 de marzo de 2012, asunto C-221/10 P, *Comisión Europea c. República Federal de Alemania*.

<sup>26</sup> La valoración del daño o perjuicio y el otorgamiento de intereses legales se efectúan de conformidad con los principios comunes a los Estados miembros en esta materia, debiendo en todo caso ser compensada la depreciación del valor de la moneda. Y el plazo de prescripción de la acción resarcitoria no comienza a correr hasta que se manifiesten los efectos dañosos o perjudiciales.

<sup>27</sup> En este supuesto, en efecto: **i.** La obligación de reparación no está subordinada al requisito de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que con carácter prejudicial declare la infracción. **ii.** Los procedimientos de resarcimiento se sujetan a los requisitos y plazos establecidos por el Derecho interno; entrega a este que debe

Importa destacar, por lo que luego se dirá respecto del Derecho nacional, que –gracias en este caso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión<sup>28</sup>– incluso los actos legislativos pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial. La responsabilidad por acto legislativo así admitida:

a) Solo se produce cuando el dictado del acto legislativo (comunitario o estatal en ejecución, en este último caso, del Derecho comunitario) o su omisión (por institución comunitaria u órgano estatal; por ejemplo y en este último caso, la no trasposición de una Directiva comunitaria) merece la calificación de ilegal<sup>29</sup>. A este respecto, tienen la consideración de normas superiores de Derecho protectoras de los particulares, cuya contravención da lugar a responsabilidad extracontractual, los principios generales de legalidad, confianza legítima, respeto a los derechos consolidados, irretroactividad, no discriminación y proporcionalidad.

En ningún caso puede una disposición con rango de Derecho primario (originario –tratados y sus modificaciones–, es decir, del orden “constitucional” supranacional) dar lugar, sin embargo, a responsabilidad extracontractual porque no constituye acto de las instituciones comunitarias o de sus agentes.

b) Y es aplicada, en todo caso, con criterio restrictivo según las reglas que pueden sintetizarse así: (i) debe existir, como regla general, infracción o incumplimiento de una norma superior protectora de situaciones jurídicas individualizadas, si bien (ii) en materias en las que el poder opera con amplio margen de discrecionalidad (p. ej., política económica), solo cuando tales infracción o incumplimiento sea manifiestos y graves (incumplimiento “caracterizado”) y el daño sufrido por los particulares sea anormal y singular.

---

entenderse en el contexto del régimen de la remisión general al mismo presidido por los principios de equivalencia (la regulación estatal aplicable no puede ser ni menos favorable que la referible a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, siempre que el objeto de la acción sea similar) y efectividad (la regulación estatal no debe hacer imposible o muy difícil en la práctica la reparación).

<sup>28</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión, entre otras, de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357; 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029; 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. p. I-1631; 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2553; 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer y otros*, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845; 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95, Rec. p. I-1531; 15 de septiembre de 1998, *Edis*, C-231/96; 17 de noviembre de 1998, *Aprile*, C-228/96; 9 de febrero de 1999, *Dilexport*, C-343/96; 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00; 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01; 17 de junio de 2004, *Recheio-Cash & Carray*, C-30/02; y 26 de junio de 2010, dictada en cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en relación con precepto de ley continente de diversas medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>29</sup> El principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho de la UE que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional (p. ej., por falta de transposición de una directiva). En otro caso la responsabilidad se imputa a la UE.

Siendo impracticable aquí siquiera sea una sintética exposición del panorama que ofrece la institución de la responsabilidad extracontractual del poder público a escala europea, preciso es circunscribirse a unas pinceladas del régimen de dicha institución en el Derecho español. La responsabilidad del poder público tiene rango constitucional, al incluir el artículo 9.3 de la norma fundamental –en el contexto de la enumeración de los principios propios del Estado de Derecho que ella garantiza– los de responsabilidad e interdicción de los poderes públicos. De estos principios se predica, pues, un radio de acción que alcanza a todos los poderes públicos, trátase del ejecutivo-administrativo o del judicial o, incluso, legislativo. Ocurre que, en el desarrollo constitucional, el régimen de la responsabilidad de cada uno de ellos es distinto.

La responsabilidad extracontractual de la Administración pública está establecida también con rango constitucional: el artículo 106.2 CE reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos “en los términos establecidos por la Ley”<sup>30</sup>. Es, en este sentido, específica y no dependiente de la concurrencia de los requisitos tradicionales derivados de la responsabilidad civil (que descansa sobre la culpa como criterio de la ilicitud del daño o perjuicio y en la excepcionalidad de la imputación de la misma por hecho de tercero –culpa *in vigilando* o *in eligendo*–), actualizándose en cuanto exista un daño o perjuicio que traiga causa del funcionamiento de los servicios públicos y no sea debido a fuerza mayor.

Conforme a su regulación legal<sup>31</sup> es efectivamente directa (atribución a la organización titular del servicio correspondiente<sup>32</sup>) y objetiva (no exigencia del concurso de culpa y exclusión solo de

---

<sup>30</sup> Aunque del inciso referido a la ley haya querido deducir la jurisprudencia contencioso administrativa (p. ej., Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001) que se está ante un derecho de configuración legal, la doctrina mayoritaria entiende que el texto constitucional consagra la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos en que lo hace directamente.

<sup>31</sup> En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>32</sup> La responsabilidad patrimonial requiere, en efecto, que la lesión sea imputable a un servicio público cuya titularidad corresponda a una Administración, siendo indiferente que el régimen aplicable para la gestión del servicio sea público o privado. Por consiguiente, hay responsabilidad administrativa cuando: i) se hace presente, por razón de la titularidad de un servicio público, cualquier Administración; ii) se produce una lesión (daño o perjuicio) con ocasión del funcionamiento de dicho servicio público, entendido este como giro o tráfico propio de la correspondiente Administración, es decir, “toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad”, en palabras de las sentencias del Tribunal Supremo de 1º de febrero de 2008 y 22 de octubre de 2009. La imputación del daño o perjuicio tiene lugar por cualquiera de las causas siguientes: i) acción u omisión de un funcionario, empleado o agente de la Administración (tiene lugar siempre que se trate de personal integrado en la organización administrativa correspondiente y que actúe desempeñando las funciones o tareas que en la misma tenga asignadas; solo si el agente opera claramente fuera de sus funciones cabe la exclusión de dicha imputación, aunque también esto se discute); ii) generación por el servicio público de que se trate de un riesgo, cuya actualización haya determinado

los casos de fuerza mayor), lo que significa: giro en torno a la noción de lesión<sup>33</sup>, lo que hace de la institución mecanismo de cierre de la garantía constitucional patrimonial del ciudadano frente a

---

el daño o perjuicio (es indiferente que el funcionamiento del servicio sea normal --lesiones incidentales por actuaciones lícitas-- o anormal --conductas ilícitas, inactividad, actividad tardía y actividad no acorde con los criterios mínimos exigibles--, pues la responsabilidad es objetiva por ser de resultado, de manera que lo relevante es solo la antijuridicidad de la lesión, sin perjuicio de la exigencia del nexo causal (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007, 1º de febrero de 2008, 22 de octubre de 2009 y 15 de marzo de 2011; de ahí que solo la fuerza mayor, pero no el caso fortuito, excluya la responsabilidad); iii) enriquecimiento sin causa (de creación jurisprudencial: obtención por la Administración de un beneficio o una ventaja sin contraprestación o título para ello y a costa del ciudadano); y iv) disposición legal específica (establecimiento expreso, más allá del régimen general, cual sucede en el caso de daños causados por la actuación de bandas armadas o terroristas, aun cuando no exista causalidad entre la lesión patrimonial y los servicios públicos). En el caso de desarrollo de acciones o actividades en común o con intervención de varias Administraciones, la regla general es --cuando la actuación es conjunta-- la de la responsabilidad solidaria y --en los restantes casos-- la de fijación para cada una de ellas de la responsabilidad que le corresponda, atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, y de modo que solo cuando no sea posible esa determinación individualizada cabe aplicar la regla de la solidaridad.

<sup>33</sup> La lesión es un concepto más estricto que el de daño o perjuicio, pues i) comprende solo el daño o perjuicio que sea antijurídico, es decir, que no se tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley; ii) la antijuridicidad no trae causa, a su vez, de la incorrección de la acción u omisión causante del hecho dañoso o perjudicial, sino exclusivamente de la inexistencia de deber jurídico en el dañado o perjudicado de sufrir y soportar las consecuencias que de aquel hecho se derivan para su esfera patrimonial, es decir, de la ausencia de título bastante justificativo del daño o perjuicio ocasionado, y iii) el daño, para dar lugar a lesión y ser, por tanto, indemnizable, debe: a) derivar de hechos o circunstancias previsibles o evitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción (las imprevisibles e inevitables excluyen, pues, la responsabilidad, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer; este requisito, introducido por reforma legal de 1999, precisa el carácter objetivo o de mero resultado de la responsabilidad --por introducción de la perspectiva de los riesgos cuya actualización sea susceptible en cada momento de ser prevenida-- y ha dado lugar a una doctrina jurisprudencial --sobre todo en materia sanitaria--, conforme a la cual “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención de un resultado, que en ningún caso pede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente” --sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 1º de febrero de 2008 y 22 de octubre de 2009--; y, más concretamente, a la doctrina de la llamada “pérdida de oportunidad” generada por la privación de expectativas --sentencias del Tribunal Supremo

la acción del poder público, cubriendo todos los supuestos de lesión valorable económicamente distintos de la expropiación forzosa y, por tanto, no cubiertos por esta. Se trata, empero, de un desarrollo legal que no deriva inexcusablemente del orden constitucional, por lo que, habiendo sido objeto de crítica doctrinal, está sufriendo una cierta reconsideración –incluso jurisprudencial– en el sentido de la superación de la equiparación de objetividad y universalidad<sup>34</sup>, así como de la

---

de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008--), entendida como un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a toda práctica de la medicina --circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación--, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio --Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008--); b) incidir en bienes o derechos (tanto los derechos propiamente dichos como los intereses patrimoniales legítimos, aunque no las expectativas); c) ser efectivo, es decir, actual y no meramente potencial o posible; d) ser evaluable económicamente, es decir, susceptible de valoración económica, y e) estar individualizado con relación a una persona o grupo de personas: ha de suponer la colocación de una persona o, todo lo más, de un círculo concreto de personas en una situación de desigualdad o sacrificio especial respecto de las cargas generales propias de la convivencia o comunes a los ciudadanos y que estos, por ello, no están obligados a soportar sin más.

<sup>34</sup> No todo daño es indemnizable, y de ahí que el juego de la institución experimente restricciones en función de los elementos de: lesión, antijuridicidad del daño, causalidad e imputación (en esta línea, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003, 9 de diciembre de 2008 y 26 de enero y 15 de junio de 2010).

vinculación entre causalidad e imputación<sup>35</sup> y de lesión e indemnización, con revalorización<sup>36</sup> del significado de la objetividad como imposición –con carácter determinante– de la perspectiva de la posición del ciudadano afectado y, en concreto, del deber o no de este de soportar las consecuencias de la acción u omisión del poder público<sup>37</sup>. El resultado es, así, que la objetividad no implica hoy surgimiento mecánico del deber de indemnizar, sin perjuicio de la persistencia y alcance general del principio de responsabilidad patrimonial –directa y plena– de la Administración pública, conforme a un régimen jurídico-público único garante a todos de un tratamiento común frente a la acción de ésta, cuando cause a los ciudadanos lesiones que estos no tengan el deber jurídico de soportar; y ello sin necesidad de individualizar –ni de reclamar previamente– a la autoridad, funcionario o agente cuya conducta haya causado efectivamente la lesión, y, además, con

---

<sup>35</sup> De modo que la primera no determina necesariamente la segunda. El surgimiento de la responsabilidad depende, desde luego, de la existencia de una relación causal, esto es, de un nexo de causa a efecto entre actuación administrativa y daño o perjuicio; relación que, en principio, ha de ser directa, inmediata y exclusiva (sin intervención extraña), de tal manera que la interferencia de culpa de la víctima o del hecho de un tercero exonera a la Administración de responsabilidad cuando sea determinante del resultado lesivo. No obstante, una línea jurisprudencial actualmente dominante señala que la exclusividad no es nota necesaria de la relación de causalidad, de tal manera que la interferencia del hecho del propio afectado o de un tercero no elimina por sí sola la responsabilidad de la Administración pública, aunque sí da lugar a la procedencia de la valoración de tal concurrencia con el fin de, en su caso, moderar equitativamente o distribuir la cuantía de la indemnización. En lo que se refiere al carácter directo del nexo causal hay también una línea actual de tendencia hacia su interpretación laxa cuando se esté valorando la imputación del daño por conducta de un agente de la Administración (apreciando la concurrencia del nexo incluso en casos de actuaciones privadas de los agentes sin vinculación relevante con el servicio público). La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha reaccionado frente a esa tendencia, señalando que la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de sus servidores que no guardan relación con el servicio. Por lo tanto y conforme señalan las sentencias de 1º de febrero de 2008, 22 de octubre de 2009 y 15 de marzo de 2011, la existencia de nexo causal, los términos en que determina la imputación y, en su caso, la ruptura de dicho nexo (con exoneración de la Administración) son cuestiones a apreciar en sede judicial en función de los hechos concurrentes en el caso concreto. En todo caso, la relación de causalidad opera de modo específico en el supuesto de comportamiento activo y distinto que en el supuesto de comportamiento omisivo. Si en el primer caso basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de la correspondiente acción (en términos permisivos de la atribución lógica del resultado lesivo a la misma), en el segundo (conducta omisiva) no es suficiente una conexión lógica (pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad), siendo necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión, el cual solo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar (sentencias de 31 de marzo de 2009 y 27 de marzo de 2012).

<sup>36</sup> Y paralela ponderación del tipo de actuación del poder público y, por tanto, funcionamiento del servicio público.

<sup>37</sup> En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002, 31 de enero de 2003, 21 de marzo, 18 y 26 de abril y 17 de julio de 2007, 26 de junio de 2008 y 29 de junio de 2010.

independencia de la licitud o ilicitud de tales conducta o funcionamiento, pero con referencia, en su caso, a un estándar del servicio público<sup>38</sup> y siempre que dicho daño sea efectivamente imputable a la Administración y en la medida en que lo sea, determinando en esta el correlativo deber.

Cuando el Estado opera en calidad de juez su responsabilidad es específica por relación a la anterior de la Administración pública, estando regulada por ello en la Ley orgánica del poder judicial (arts. 292-296). Aquí el ámbito de la responsabilidad es más restringido<sup>39</sup>, pues cubre ya solo los supuestos de error en la función de juzgar y de mal funcionamiento de la Administración de Justicia, pudiendo derivar de dos supuestos: (i) lesión causada por la actividad judicial misma, y (ii) lesión derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia, es decir, de toda otra actividad del poder judicial que no consista precisamente en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

A diferencia de como opera en el caso de las Administraciones públicas y del Estado-juez, la Constitución no extrae del principio general de responsabilidad de los poderes públicos, por último, consecuencia alguna, expresa y concreta, para el Estado-legislador. Por ello, la admisión de la responsabilidad por hecho del legislador es cuestión controvertida, a pesar de la existencia, desde 1992, de una regulación legal (art. 139.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), que se refiere a ella al establecer que “las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

No siendo este punto pacífico en la doctrina científica, probablemente el mejor enfoque de la cuestión sea –por clarificador y en ausencia de previsión constitucional suficiente– el que descansa en la diferenciación del doble papel que cumple hoy el legislador al mismo tiempo como poder de un Estado miembro de la Unión Europea e interno derivado de la soberanía constituida y retenida (no cedida a dicha Unión)<sup>40</sup>, es decir, como “ejecutor” del ordenamiento comunitario y productor de decisiones de la comunidad nacional sobre sí misma. Pues si cuando actúa en el marco del Derecho comunitario y por estar desde luego sujeto a este, su responsabilidad surge en los casos y la medida previstos por dicho Derecho (en los términos ya antes expuestos) y puede, por ello, ser apreciada por el juez ordinario contencioso-administrativo (en tanto que juez indirecto de la Unión

---

<sup>38</sup> La referencia al estándar de funcionamiento del servicio (introducida en una reforma legal de 1999 y consistente en el estado del conocimiento científico y técnico en el momento de los hechos determinantes del resultado lesivo) implica que su cumplimiento excluye el nacimiento de responsabilidad.

<sup>39</sup> En todo caso rigen también los requerimientos de efectividad, evaluabilidad económica e individualización (respecto de una persona o grupo de personas) del daño, siendo el régimen igualmente jurídico-público (la acción ha de ejercitarse ante el Ministerio de Justicia, siendo recurrible su decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa).

<sup>40</sup> La jurisprudencia contencioso-administrativa invoca con normalidad la jurisprudencia del TJUE en esta materia; véase la Sentencia de 30 de enero de 2008

Europea)<sup>41</sup>, no parece que pueda sostenerse con verdadero fundamento un régimen distinto para dicha responsabilidad cuando opera exclusivamente en el marco de la Constitución. Y, sin embargo, existen en la práctica diferencias en este último caso, cuando menos en punto a la exigencia de: (i) la impugnación de los actos de aplicación de la norma legal (viabilidad de la responsabilidad incluso frente a actos firmes, pero no así cuando está implicada una violación del Derecho europeo); (ii) la cualificación de la violación (inexistencia del requisito de la suficiente caracterización, que sí se aplica en caso de violación del Derecho europeo), y (iii) la condición directa del daño (carente del rigor que presenta en caso de violación del Derecho europeo).

En todo caso, la cuestión debe analizarse, en el plano del Derecho constitucional interno, en el terreno de la garantía constitucional de la propiedad y, por tanto, de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE), pues esta es una garantía establecida en todo caso frente a la acción de cualquier poder público. Es, pues, en este terreno, en el que debe interpretarse y aplicarse la regulación legal establecida, que se refiere a derechos (de los sujetos privados) y emplea, así, fórmula equivalente a la utilizada tanto en dicho artículo como en el previsor de la responsabilidad administrativa. La clave de tal regulación legal reside en la remisión que hace al plano de la aplicación de la Ley y, por tanto, al administrativo, pero excepcionando el régimen general de la responsabilidad propio de la Administración. Pues desde ella debe entenderse que:

a) Excluye los actos legislativos expropiatorios. Esta exclusión es lógica en tanto que expresiva de respeto estricto de la garantía expropiatoria. En efecto: si la Ley es formalmente expropiatoria (ley, problemática, de caso único), sólo el Tribunal Constitucional puede decidir sobre su conformidad o no con la garantía constitucional de la propiedad. Caso de declaración de constitucionalidad, las únicas cuestiones ya posibles (en especial: fijación y pago del justiprecio; eventual reversión) deben resolverse en sede judicial ordinaria. Pero si la ley resulta declarada inconstitucional, ha de tenerse por infractora de la garantía expropiatoria y, por tanto, productora de un daño que, de deber ser indemnizado por haberse actualizado en sede aplicativa, determina la entrada en juego de la cláusula constitucional de cierre de la garantía patrimonial: la responsabilidad.

b) Incluye las leyes que, no siendo formalmente expropiatorias, puedan tener, por el alcance de su regulación y en su aplicación, efecto materialmente equivalente al expropiatorio (privación o lesión total o parcial de derechos). Es justamente la falta de jurisdicción del juez contencioso-administrativo para enjuiciar la ley propia del constitucionalismo continental europeo, la que explica el requisito de la previsión del derecho de indemnización y los términos de esta por el propio legislador. Legitimando, de esta forma, incluso desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, su propia regulación, se traslada la efectividad del cierre de la garantía patrimonial al momento de la efectividad de la norma legal (si es autoaplicativa) o, en otro caso, de su ejecución administrativa, pero sin confusión de la responsabilidad que con ocasión de esta se actualice (que trae causa del legislador y queda sujeta a un régimen especial) y la de la Administración por razón de su propia actuación, es decir, de su giro o tráfico propio. Es lógica y en modo alguno errónea, por ello, la exigencia de inexistencia respecto de los destinatarios de la regulación de deber jurídico de soportar la consecuencia dañosa que traiga causa directa de la ley, pues de consecuencia de efecto equivalente al expropiatorio debe tratarse.

---

<sup>41</sup> Así resulta desde luego de la jurisprudencia del TS (SsTS de 29 de enero de 2004, 24 de mayo de 2005 y, más recientemente, 14 de enero de 2011).

De esta suerte, este régimen especial de la responsabilidad por hecho del legislador puede dar lugar a los siguientes supuestos básicos: (i) ley sin previsión alguna acerca del derecho a indemnización, en su caso por actos de aplicación, cuya regulación sea reconducible enteramente a la (de)limitación de derechos: de ser constitucional, su aplicación no puede dar lugar nunca a responsabilidad; y de ser declarada inconstitucional por ser materialmente expropiatoria, su efectividad o, en su caso, aplicación habrá determinado, en su caso y en los términos que resulten de la sentencia del Tribunal Constitucional, la correspondiente responsabilidad; y (ii) ley con previsión del derecho a indemnización, en su caso por actos de aplicación, de cuya regulación puedan derivarse efectivamente consecuencias de efecto equivalente al expropiatorio: de ser declarada constitucional, su aplicación puede dar lugar a responsabilidad en los términos de la propia ley; y de ser declarada inconstitucional, sucederá lo mismo que en la hipótesis de inconstitucionalidad antes aludida.

Para que surja efectivamente la responsabilidad y proceda, por tanto, la indemnización, es preciso que: (i) sea directamente eficaz en la realidad la norma legal o tenga lugar una aplicación efectiva de la misma y, por tanto, una incidencia real de su regulación en las situaciones individualizadas de los ciudadanos; (ii) el daño o perjuicio, aunque se actualice con ocasión de la actuación de la Administración (permitiendo así la exigencia a esta del abono de la indemnización), traiga causa de la regulación legal y no sea imputable a dicha Administración por razón de su giro o tráfico propio (en cuyo caso lo que hay es una responsabilidad administrativa); y (iii) no exista deber jurídico de soportar el daño o perjuicio por tener éste efecto equivalente al expropiatorio, es decir, implicar un sacrificio especial, singular y desigual y, por ello, insusceptible de ser calificado como una carga general.

Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>42</sup>, al igual que –desde mucho antes– la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>43</sup>, afirma la inexistencia de verdaderos derechos adquiridos frente a la acción innovativa del legislador, lo cierto es que en el contexto del reconocimiento incidental por el Tribunal Constitucional, primero y a propósito de la anticipación por el legislador de la edad de jubilación de funcionarios, de que las nuevas regulaciones legales pueden producir la frustración de expectativas existentes y, por tanto, perjuicios económicos merecedores de compensación, y posteriormente<sup>44</sup> de la posibilidad de aplicación por los tribunales ordinarios de la normativa general en la materia, se ha producido en la jurisprudencia contencioso-administrativa una evolución en la que, tras algunas vacilaciones, se ha acabado imponiendo y consolidando la línea claramente afirmativa de este tipo de responsabilidad<sup>45</sup> en los siguientes términos:

1. El principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos tiene valor normativo directo y virtualidad inmediata, desplegando la triple función que es propia de todo

---

<sup>42</sup> Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio, 70/1988, de 19 de abril, y 65/1990, de 5 de abril.

<sup>43</sup> Confirmada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992.

<sup>44</sup> Sentencias 28/1997, de 23 de febrero, y 248/2000, de 19 de octubre.

<sup>45</sup> Sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo de 15, 25 y 30 de septiembre, 7 de octubre y 17 y 19 de noviembre de 1987, 30 de noviembre de 1992, 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, 26 y 27 noviembre de 2009, 17 de junio y 17 de noviembre de 2009, 2 y 8 de junio 2010, 11 de octubre de 2011, y 14 de febrero, 29 de marzo y 13 y 24 de abril de 2012.

principio general del Derecho y, en particular, la de operar como fuente supletoria del Derecho en los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal. Por ello, el sistema constitucional no permite ámbitos exentos de responsabilidad, hallándose el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. Las únicas excepciones posibles son, pues, las que la propia Constitución contempla (p. ej., el Rey: art. 64.2 CE) y las puedan prever las leyes que la desarrollan.

Ahora bien, la garantía que el principio comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en función del poder público respecto del cual aquella se predique. No puede recibir el mismo tratamiento, en efecto, la responsabilidad de unas organizaciones sometidas plenamente a la Ley y al Derecho (las Administraciones) o la un poder disperso (el judicial) que la del poder legislativo, que representa directamente al pueblo y es, por lo tanto, esencialmente soberano y con una gran libertad de configuración, sin más límites que el bloque de constitucionalidad. Lo que no quiere decir que el margen de maniobra del legislador sea ilimitado, por lo que no excluye su responsabilidad, aunque le confiere carácter excepcional. Por ello, ni siquiera la omisión de toda regulación de la responsabilidad de cualquiera de los poderes constituidos, ni, por tanto, su silencio respecto de la responsabilidad derivada de su propia actuación con ocasión del establecimiento de una concreta regulación, son capaces de crear un espacio inmune a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial. Son en este caso los tribunales –indagando la *ratio legis*– los llamados a determinar la existencia o no de una lesión antijurídica que deba resarcirse y efectuar la correspondiente declaración de responsabilidad, sin por ello incurrir en suplantación del legislador.

2. La actuación del legislador capaz de producir lesión resarcible es tanto la constitucional como la inconstitucional. La que sea constitucional puede siempre, cuando no tenga carácter expropiatorio, determinar responsabilidad patrimonial, con la consecuencia de la desaparición, al menos como presupuesto o exigencia ineludible de la referida posibilidad, la de previa previsión y aceptación de la responsabilidad en la propia ley. Y la declarada inconstitucional da lugar normalmente a responsabilidad, pero el desencadenamiento de esta puede presentar específicas dificultades.

Por de pronto, el título de imputación de la responsabilidad no es otro que la declaración de inconstitucionalidad, derivando la lesión, por ello, de la aplicación misma de la ley (constatada, sobrevenidamente, como indebida), de modo que no es exigible la previsión por el propio legislador de la indemnizabilidad de sus decisiones, porque conduciría a una conclusión interpretativa absurda e ilógica, de suyo rechazable: la supeditación de la reparación del perjuicio a la contemplación por el propio legislador de la posibilidad de la inconstitucionalidad y del consecuente planteamiento, para tal hipótesis, de la procedencia o no de la inclusión de un pronunciamiento al respecto.

De otro lado, el juego de la responsabilidad se produce tanto cuando la declaración del Tribunal Constitucional establece la responsabilidad, como cuando nada dice al respecto o, incluso, dispone para aquella declaración solo efectos *ex nunc*. Más aún, tiene lugar incluso cuando la referida declaración no puede afectar a fallos judiciales firmes en virtud del efecto de cosa juzgada. Y ello, porque –no planteando problema el primer supuesto–: (a) la regla general es la de la nulidad radical, en origen, de la norma legal, de la que deriva la improcedencia de erigir la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad en único título jurídico de un eventual derecho al resarcimiento; (b) la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre el alcance temporal del fallo o la reparabilidad de la lesión únicamente determina que deban ser los jueces y tribunales los

llamados a decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, aplicando las leyes y los principios generales del Derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia; y (c) la más delicada cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los procesos en los que se haya hecho aplicación de la norma inconstitucional y el obstáculo que para el éxito de la acción indemnizatoria puedan suponer, por tanto, los pronunciamientos firmes en ellos recaídos, debe resolverse en el sentido de (i) quedar incólume el valor de cosa juzgada de la sentencia firme basada en la aplicación de la norma declarada inconstitucional, con la única excepción referida a los procesos penales o contencioso-administrativos de revisión de resoluciones sancionadoras, en los que la inaplicación de la norma inconstitucional determine un efecto beneficioso para aquel o aquellos afectados por los correspondientes pronunciamientos; pero (ii) siendo perfectamente posible la exclusión –cuando se trate de hechos o fundamentos jurídicos nuevos– de los llamados efectos negativo y positivo de la cosa juzgada material (pues dichos hechos o fundamentos nuevos pueden válidamente otorgar soporte a una acción a la que no le alcancen los efectos, ya sean excluyentes, ya vinculantes, de la cosa juzgada); y (iii) debiendo interpretarse restrictivamente las reglas sobre aplicación de las normas jurídicas insertas en el ámbito del instituto de la cosa juzgada, con limitación de su aplicación a sus previsiones expresas y regulación de sus efectos o su valor para el específico supuesto al que se refieren; de lo que se sigue (iv) que la conservación por la sentencia firme del valor de cosa juzgada y la consecuente improcedencia de la revisión del proceso al que puso fin en modo alguno implican dar por juzgadas pretensiones distintas, bien porque lo sean los sujetos frente a los que se piden, bien porque lo sea el *petitum*, esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita (radica aquí el fundamento de la viabilidad de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación, en la sentencia dotada del valor de cosa juzgada, de la ley luego declarada contraria a la Constitución).

3. El surgimiento de la responsabilidad patrimonial depende estrictamente de la antijuricidad del daño o perjuicio que se ha seguido efectivamente de la aplicación de la ley; antijuricidad que debe darse por supuesta en caso de declaración de la inconstitucionalidad, pues si es antijurídica la ley ha de serlo el daño o el perjuicio, pudiendo solo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, a saber, la de que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar el daño.

4. La imputación a la Administración de la responsabilidad derivada de actuación del legislativo.

Habiéndose alargado en demasía, quizás, las consideraciones precedentes, pero confiando en que cumplan su función antes avanzada, hora es ya de dejar paso a la lectura, que aseguro al lector de todo punto provechosa, de la obra a la que sirven de introducción.

Getafe (Madrid), 27 de octubre de 2012