

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO POR LAS LEYES
INCONSTITUCIONALES (O EL DERECHO
A NO SER PERJUDICADO POR UNA LEY
INCONSTITUCIONAL) (*)

MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ

«El control de constitucionalidad de la ley no permite ya decir que es ésta la que define realmente esos derechos [fundamentales] y que, por consiguiente, el único derecho fundamental realmente existente es el derecho a la legalidad, pero la suerte de los ciudadanos no mejora mucho si el único derecho fundamental que se les concede es el derecho a obtener una sentencia judicial. La vigencia plena de los derechos exige no sólo el control de constitucionalidad de las leyes, sino también, directamente, el de las decisiones judiciales que las aplican. Sobre la forma de organizar este control cabe la discusión; sobre su necesidad, no» (1).

SUMARIO: I. EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR LAS LEYES INCONSTITUCIONALES.—II. LAS DIFICULTADES DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR: 1. *El debate doctrinal: fundamentos teóricos de la responsabilidad del legislador.* 2. *La jurisprudencia en materia de responsabilidad del legislador.*—III. NOVEDADES QUE INTRODUCE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS LEYES INCONSTITUCIONALES.—IV. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY COMO DECLARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR.—V. EL «DERECHO A NO SER PERJUDICADO POR UNA LEY INCONSTITUCIONAL»: ¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR O DEL ESTADO-JUEZ?—VI. CUESTIONES ABIERTAS. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y REPARACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD: EL LÍMITE DE LA COSA JUZGADA.

(*) Este trabajo recoge mi contribución al Libro Homenaje al Profesor Rubio Llorente. Alicia González Alonso y Ramón Sastre Legido fueron generosos, más allá de lo que obliga la amistad, ofreciéndome su tiempo, buenas ideas y los puntos de vista del abogado y del juez. Francisco Rubio fue informado de cada minúsculo avance, sin que el destino del trabajo le influyera particularmente a la hora de sugerir mejoras. El resultado, me temo, no hace justicia a estas ayudas.

(1) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», incluido en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid (1998), pág. 173.

I. EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR LAS LEYES INCONSTITUCIONALES

En una reciente serie de sentencias el Tribunal Supremo ha reconocido y declarado el derecho a indemnización por responsabilidad del Estado legislador derivada de la aplicación de una ley inconstitucional (2). La doctrina sobre la que apoya esta conclusión, expuesta con admirable simplicidad, parece tan lógica y tan equitativa que casi sorprende que no se hubiera impuesto de modo «natural» mucho antes. Porque tal y como la presenta el Tribunal, viene a ser una inevitable derivación de ese principio básico y esencial para cualquier ordenamiento fundado sobre una Constitución dotada de auténtica eficacia normativa, el de constitucionalidad, que reclama el sometimiento del Legislador a la Constitución:

«Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos —leyes— quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Legislador puede tener... origen en la inconstitucionalidad de la Ley» (3).

«[P]or definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado... Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial

(2) Se trata de las Sentencias de 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, todas ellas pronunciadas por la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en resolución de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por diversas personas y entidades contra los acuerdos del Consejo de Ministros que desestimaron sus solicitudes de indemnización por responsabilidad del Estado legislador. Los perjuicios, según los recurrentes, derivaban del cobro del gravamen complementario sobre la tasa fiscal del juego, establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990 y declarado inconstitucional y nulo por la STC 173/1996. La doctrina del Tribunal Supremo se anticipa ya en una Sentencia de 22 de febrero del mismo año en la que, sin embargo, se denegó el derecho a indemnización en el caso concreto (aquí el recurrente solicitaba indemnización por los perjuicios derivados de una condena penal, de la que fue absuelto posteriormente, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 21.1 de la LO 1/1992 de Seguridad Ciudadana).

(3) STS de 11 de octubre de 1991 (Az. 7784), FD 2.º Se trata de una afirmación en *obiter dictum* representativa, en aquel momento (en 1991), de una opinión doctrinal, pero no de una posición jurisprudencial. Es cita en las mencionadas sentencias de febrero y junio.

cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles» (4).

Pero quizá la conclusión no sea tan segura, ni la lógica de esta doctrina de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales, después de todo, tan irresistible. De hecho, lo que el Tribunal Supremo pretende evidente no lo había sido —tampoco para él— hasta ahora (5). Que de la inconstitucionalidad de la ley se derive para el Estado la obligación de indemnizar los perjuicios que su aplicación hubiera ocasionado, es algo que en algunos casos merece ser reivindicado pero, como regla, dista de estar clara y, desde luego, no sucede «por definición». La primera y más visible dificultad de esta doctrina es que sólo funciona a partir de la idea de que toda declaración de inconstitucionalidad de una ley es confirmación de que hubo «un funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa» (6) y que, por principio, nadie tiene la «obligación jurídica de soportar» perjuicios derivados de la aplicación de leyes que, aunque en el momento de su aplicación —por necesidad— aún no habían sido declaradas inconstitucionales, *eran* inconstitucionales. La responsabilidad del Estado legislador sería uno de los efectos conectados a la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Pero uno con el que, claramente, el Tribunal Constitucional no había contado.

El potencial de esta doctrina es enorme. Por un lado puede ser el paso necesario para la instalación, al fin, en nuestro ordenamiento, de una particular versión del principio del «*due process of law*»: digamos, «nadie puede sufrir lesión o privación de sus derechos e intereses legítimos sino en virtud de una ley constitucional». Por otro, abre un nuevo horizonte en el terreno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Todavía más: de aceptarse en sus términos, sin ulterior matización, esta doctrina neutraliza el «poder» conquistado por el Tribunal Constitucional para limitar las consecuencias jurídicas de la declaración de inconstitucionalidad de una ley «en lo que toca al pasado» (7). Y puesto que mediante la acción de responsabilidad no se solicita en

(4) STS de 29 de febrero de 2000 FD 4.º El argumento ya aparece en la sentencia de 22 de febrero y se reitera después en la de junio.

(5) De los vaivenes jurisprudenciales a propósito de la doctrina de la responsabilidad del legislador nos ocupamos *infra*, págs. 312 y sigs. Además, en claro contraste con la doctrina de estas sentencias, la de 26 de diciembre de 1998 (Az. 10215) pronunciada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, parecía sugerir una solución opuesta para el mismo asunto.

(6) La expresión aparece en la STS de 13 de junio de 2000, FD 9.º

(7) Como es conocido, el Tribunal Constitucional se arrogó esta facultad, cuyo respaldo legal nunca ha estado claro, en la STC 45/1989; desde entonces, su fundamento se ha remitido in-

ningún caso la revocación de actos de aplicación de la ley declarada inconstitucional, lo que el Tribunal Supremo ha denominado «el valladar de la cosa juzgada», no puede interferir en su ejercicio. Las situaciones consolidadas, las situaciones ya irreversibles en las que la aplicación de la ley provocó un daño que tras la declaración de inconstitucionalidad se revela «antijurídico», serán precisamente el objetivo de las acciones de responsabilidad. Cuando ya no es posible dejar sin efecto la aplicación de la ley, porque no hay vías de revisión, porque el daño ya se ha producido, el perjudicado por la ley podrá demandar del Estado (legislador) una indemnización compensatoria (8).

En las próximas páginas pretendo ocuparme de algunas de las muchas cuestiones que plantea la aceptación de esta novedosa doctrina. Más concretamente, desearía explorar sus repercusiones sobre nuestro sistema de control de constitucionalidad y desde esta perspectiva, la del control, examinar un poco más detenidamente la solidez de su «principio» y, sobre todo, la interesante entrada en escena de ese derecho «a no ser perjudicado por una ley inconstitucional».

II. LAS DIFICULTADES DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

El asunto de la responsabilidad del Estado legislador ha ocupado abundantemente a los administrativistas. Los constitucionalistas, en cambio, parecen haberlo considerado un aspecto marginal de la discusión en torno al control de

variablemente a este precedente. En general, sobre la variedad de consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad véase, J. JIMÉNEZ CAMPO: «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», incluido en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, ya citado, págs. 109-154.

(8) El Tribunal considera la vía indemnizatoria como independiente y complementaria a la de revisión del acto nulo por aplicación de una ley inconstitucional. En ningún caso se trataría, y esto es importante, de una vía subsidiaria: «no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial...» (FD 4.º STS 15 de julio de 2000). En hipótesis, sin embargo, podría suceder que a través de la revisión y anulación se lograra adecuada reparación, lo que privaría de sentido a la pretensión indemnizatoria. No queda claro en esta construcción si sería posible una reclamación de responsabilidad derivada de la aplicación de una ley declarada inconstitucional pero no nula (o con nulidad diferida). Lo que sí parece seguro es que el Tribunal Supremo considera que la limitación temporal de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad (ex art. 40.1 LOTC y art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) no supone un obstáculo para el ejercicio de acciones de responsabilidad por daños derivados de una ley inconstitucional. La referencia al «valladar de la cosa juzgada» aparece a menudo en estas sentencias (por ejemplo, en FD 4.º, STS 15 de julio de 2000 o FD 5.º, STS 30 de septiembre de 2000).

constitucionalidad de las leyes y sus efectos. En la práctica, lo han ignorado (9). Es verdad que, en los últimos tiempos, ciertos desarrollos del derecho comunitario están forzando la revisión de algunos de los «dogmas» del derecho público, entre los cuales debe incluirse el de la «irresponsabilidad del legislador». Quienes se han ocupado de la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador no han dejado de advertir de la revolución en marcha (10). Pero, de nuevo, y quizá por influencia de nuestro Tribunal Constitucional —máximo expositor de doctrina constitucional, renuente a extraer consecuencias de largo alcance para nuestro derecho constitucional de la asimilación de la *rule of law* comunitaria— tales desarrollos continúan considerándose por muchos un efecto colateral de la aventura europea, toda ella un desafío a la Teoría del Estado tradicional. Probablemente, a estas alturas, se impone una revisión de lo que hoy implica el Estado de Derecho. En cualquier caso, el propósito de estas notas está lejos de tal empresa. Como antes indiqué, de lo que aquí se trata es de examinar las implicaciones recíprocas entre esta doctrina que afirma la responsabilidad del Estado por las leyes inconstitucionales y las premisas teóricas que aparentemente inspiran nuestro sistema de control de constitucionalidad y, hasta ahora, han condicionado el modo de administrarlo y la determinación de sus efectos.

(9) Me refiero a la situación en la doctrina española. En todo caso, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es problemática. Ni todo supuesto de responsabilidad del legislador lo es también de inconstitucionalidad ni, al contrario —como aquí se pretenderá demostrar—, toda inconstitucionalidad comporta el reconocimiento de la responsabilidad del legislador. Hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes *vigentes* que reconocen la posibilidad de responsabilidad del legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE.UU.); ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento —limitado a lo dispuesto por la ley— de un derecho a indemnización por los perjuicios provocados por leyes (sería el caso español).

(10) «Hemos dicho... que el Derecho comunitario de la responsabilidad extracontractual debe inspirarse en los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros. La realidad es que se está produciendo un efecto inverso: el Derecho comunitario de la responsabilidad, tal y como está siendo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está influyendo de manera obligada y precisa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros». S. MUÑOZ MACHADO: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», incluido en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE (coords.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, cit., pág. 180. «L'onda d'urto della rivoluzione comunitaria in tema di responsabilità dello Stato legislatore si espande oramai in tutta Europa...», A. LAZARI: «La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della *cross-fertilisation*», en *Danno e Responsabilità*, núm. 12 (2000), pág. 1187.

Una breve referencia al que hasta ahora podía considerarse el estado de la cuestión de la responsabilidad del legislador en el plano doctrinal y jurisprudencial resulta oportuna. Por un lado, para destacar mejor la trascendencia de la nueva aportación del Tribunal Supremo; por otro, porque el planteamiento alternativo del problema de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales que más adelante propondré, pretende ser consecuente con las reglas de nuestro sistema de control de constitucionalidad, pero también con cierto modo de entender la responsabilidad del Estado legislador, nada nuevo ni original, que cuenta con apoyo doctrinal y jurisprudencial, y que aparentemente y por motivos poco claros no es el que ha servido como premisa al Tribunal Supremo en esta ocasión.

La discusión sobre la responsabilidad del legislador —un debate que no ha cedido desde el siglo XIX— no es sencilla de resumir. Con el modesto fin de poner rápidamente en situación a quien no esté familiarizado con ella, he preferido poner el énfasis en los principales argumentos teóricos en sustento de la tesis de la responsabilidad y aludir a sus debilidades más reconocidas. Si se tienen presentes las incertidumbres o, al menos, el irresuelto debate doctrinal, causa menos sorpresa la zigzagueante trayectoria de la jurisprudencia en materia de responsabilidad del legislador. Pero también resulta más llamativa la repentina claridad de ideas del Tribunal Supremo que descubre ahora la inevitable responsabilidad del legislador por las leyes inconstitucionales. La descripción que ofrezco es seguramente una imperfecta aproximación a un debate antiguo, en curso, y que no debe ser simplificado. Por lo demás, tampoco el Tribunal Supremo tiene más fortuna al describir el panorama doctrinal. La «notable tendencia» que él advierte en la doctrina y en el derecho comparado, a admitir un derecho a la indemnización por los daños causados por las leyes inconstitucionales (11), no se detecta a primera vista. Particularmente enigmática es la referencia al derecho comparado, pues a excepción del desenvolvimiento singular de la figura de la responsabilidad del legislador en el derecho comunitario —un sistema en el que sólo por aproximación puede hablarse de control de constitucionalidad— no parece que tal doctrina sea la pauta en ordenamientos más o menos próximos al nuestro (12).

(11) Véase el texto al que se refiere la nota 4.

(12) El artículo clásico e imprescindible para tomar conciencia de las dimensiones teóricas del problema de la responsabilidad del legislador sigue siendo el de J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «La Teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, núm. 68 (1972). La descripción del panorama doctrinal, jurisprudencial y legal, más completa y detallada, se puede encontrar en monografías y estudios colectivos recientes sobre la cuestión. Véanse, por ejemplo, F. J. JIMÉNEZ LECHUGA: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho español. Una*

1. *El debate doctrinal: fundamentos teóricos de la responsabilidad del legislador*

El último gran momento en la discusión a propósito del régimen de la responsabilidad del legislador en nuestro ordenamiento lo provocó la aprobación de la Ley 30/1992 reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC, en adelante). En su artículo 139.3 esta ley se refiere a las condiciones en las que procede la indemnización por «aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que [los particulares] no tengan el deber jurídico de soportar» y menciona como tales estas dos: que la propia ley prevea indemnización y que ésta se solicite de acuerdo con lo dispuesto en ella. La regulación de la responsabilidad por el hecho de las leyes constituyó una absoluta novedad en nuestro ordenamiento, pero, en opinión prácticamente unánime de la doctrina, a la vista de su contenido, se hubiera podido prescindir de ella sin demasiado quebranto. Las opiniones sobre el precepto han oscilado entre las de quienes lo consideran superfluo y quienes lo consideran inconstitucional (13).

En definitiva, la regulación desencantó a todos: a los que consideran que en nuestro ordenamiento no tiene sentido hablar de un sistema de exigencia de responsabilidad del legislador distinto del procedimiento de control de consti-

visión de conjunto, Marcial Pons, Madrid (1999); J. L. LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ (coords.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, MP, Madrid (1999); M.^a C. ALONSO GARCÍA: *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, MP, Madrid (1999). Para la perspectiva comparada, J. BARNÉS (coord.): *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid (1995); J. A. GARCÍA DE COCA: «Responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos en Bélgica: análisis jurisprudencial y doctrinal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9 (2000). Una buena visión de conjunto, breve, aunque no tan reciente, es la que ofrece T. QUINTANA LÓPEZ: «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm.135 (1994).

(13) La regulación parece seguir la pauta alemana y, claramente, parte de una noción de «soberanía del legislador» en la que no es difícil descubrir la herencia francesa: «Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley... De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción». Es la muy conocida formulación de Laferrière que cito por J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador», págs. 72-73 y n. 31.

tucionalidad (y éste no está pensado como mecanismo resarcitorio) (14), a aquéllos que entienden que en todo caso corresponde indemnización frente a la ley inconstitucional que produce daños (pero sólo en este caso) (15), y a quienes sostienen que si se acepta la posibilidad de responsabilidad del legislador como derivado de una exigencia constitucional, como quiera que se configure, lo que no cabe es hacerla depender de la voluntad del mismo legislador que provoca el daño (16). Según la primera opinión no hay supuestos de responsabilidad del legislador sino leyes inconstitucionales y los efectos que de la inconstitucionalidad se deriven serán los previstos en la ley del Tribunal Constitucional, modalizados, en su caso, en la propia sentencia estimatoria. Según la segunda, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley la identifica como un acto antijurídico del que, en consecuencia, no pueden derivarse obligaciones y, menos aún, intromisiones en la esfera patrimonial de los ciudadanos que éstos tengan «el deber jurídico de soportar». Según la tercera, el reconocimiento de la responsabilidad del legislador no depende, necesariamente, de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, sino del tipo de perjuicio que la ley produce, en la idea de que algunos son indemnizables y otros no. De modo que una ley que provoca perjuicios indemnizables no es por eso inconstitucional y al contrario.

La llamativa diferencia de opiniones obedece, naturalmente, a diferentes formas de fundamentar la responsabilidad del legislador. En este punto —y, de nuevo, habré de disculparme por la simplificación— los argumentos principa-

(14) Es por ejemplo la postura de J. LEGUINA VILLA: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Leguina y Sánchez Morón, dirs.), Tecnos, Madrid, 1993, págs. 408-415. Este autor considera, incluso, que la posibilidad de reclamar indemnización «depende de que, en los fallos con eficacia invalidante retroactiva, la sentencia reconozca expresamente el derecho a la indemnización, los sujetos que pueden ejercerlo, el grado o nivel de su cuantía y la modalidad que haya de revestir... En caso contrario... la ejecución de la sentencia constitucional no comporta derecho alguno al resarcimiento» (pág. 415). Esta drástica conclusión no es compartida por otros autores que coinciden en la idea básica de que la posibilidad de una indemnización depende de los efectos asociados a la declaración de inconstitucionalidad, por la ley o por el propio Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, L. MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, cit., págs. 850-851.

(15) Destacadamente, en defensa de esta tesis, F. GARRIDO FALLA: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 118 (1989); «La responsabilidad del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *REDA*, núm. 77 (1993); «A vueltas con la responsabilidad del legislador», *REDA*, núm. 81 (1994).

(16) Por ejemplo, QUINTANA LÓPEZ en «La responsabilidad del Estado legislador», ya citado.

les han sido dos: uno, basado en la figura de la garantía expropiatoria y otro, en la teoría del sacrificio. Ambos coinciden en el punto de partida: en origen, la obligación de indemnizar (de resarcir, de compensar), correlato del reconocimiento de responsabilidad por daños, responde a la necesidad de reparar una situación de trato desigual, o de desventaja, provocada por la ley. Dicho de otra forma, el interés público que justifica una ley no justifica por sí solo la lesión o privación de derechos de unos pocos. Cuando se parte de la idea de la expropiación, esto conduce a la «justa compensación». Por analogía con la figura de la expropiación, puede entenderse que el despojo, la privación por ley de cualquier derecho con contenido patrimonial, no justificada por un interés preeminente frente al que el interés particular deba ceder, ha de ser o impedida, o compensada. El punto de vista de la teoría del sacrificio se distancia de esta construcción. Se concentra en los perjuicios, vamos a decir, incidentales, imprevistos, o contingentes, que la aplicación de una ley puede, de hecho, producir a algunas personas. En casos así, un presupuesto principio de «igualdad ante las cargas públicas» quebrado por la ley que, sin pretenderlo, perjudica de manera especial y grave a unos pocos, justifica la demanda de indemnización (17).

En un sistema con control de constitucionalidad en el que la garantía expropiatoria esté recogida en la Constitución, como sucede en el nuestro, los casos de expropiación sin justa compensación son supuestos de inconstitucionalidad (18). En cambio, con fundamento en la teoría del sacrificio, es posible reconocer la responsabilidad del legislador y determinar la procedencia de indemnización respecto de leyes no expropiatorias de derechos, que no prevén compensación y, en principio, no suscitan problemas de constitucionalidad.

(17) En la teoría del sacrificio y en la afirmación de esa «igualdad ante las cargas públicas» descansa la construcción francesa de la teoría de la responsabilidad. En esta construcción, la especialidad del daño es un requisito esencial, porque «si el daño causado por la ley fuese general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad», en palabras de Odent, citado por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en «La Teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», *cit.*, pág. 91 y n. 72.

En el caso de que la ley perjudicara a un colectivo determinado, situándolo en desventaja, estaríamos ante un problema puro y simplemente de igualdad en la ley, por lo tanto de constitucionalidad de la ley que se resuelve de acuerdo con otros criterios. La igualdad plantea problemas propios en cuanto a la selección del remedio adecuado para su restauración. *Vid.*, últimamente, M. GONZÁLEZ BELFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEC, Madrid (2000).

(18) Aunque no necesariamente de reversión si subsiste la *causa expropriandi*. Acerca de si el derecho de reversión forma parte de las garantías constitucionales de la expropiación, *vid.* J. GARCÍA LUENGO: «Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión», *REDA*, núm. 106 (2000).

Descendiendo ya al detalle en ambas construcciones se descubren las reales dificultades de su traslado al plano de la práctica: determinar cuándo estamos ante la privación o lesión de un derecho por la ley y cuándo ante una delimitación, limitación o regulación *ex novo* del mismo puede ser complicado; la propia definición de lo que vale por «derecho» a estos efectos es polémica, pues, aunque de entrada se dejen fuera de esta categoría las simples «expectativas», en general no se discute la conveniencia de amparar «intereses» patrimoniales legítimos; tampoco es más sencillo medir la gravedad y especialidad del daño para decidir cuándo se ha traspasado el umbral de lo «soportable» (19); por no hablar, en fin, de las dificultades inherentes a la operación de cuantificación del daño, paso previo para la fijación de la adecuada indemnización.

Estas dos fundamentaciones descritas muy a grandes rasgos son las que, por separado o en combinación, han permitido construir en muchos ordenamientos, normalmente, por vía jurisprudencial, sistemas de responsabilidad por daños provocados por las leyes. No se puede pasar por alto, sin embargo, un tercer argumento que de un tiempo a esta parte reclama atención creciente, seguramente a impulsos de su empleo por el Tribunal de Luxemburgo. La afirmación del «principio de la confianza legítima», derivado de los principios de seguridad jurídica y de buena fe, ha abierto paso al reconocimiento de otra forma de responsabilidad del legislador en presencia de un tipo de lesión más abstracta, aunque no por ello menos perjudicial o gravosa para los afectados, consistente, para decirlo en pocas palabras, en la defraudación de expectativas legítimas. La confianza legítima se quiebra cuando el legislador introduce cambios normativos que no son razonablemente previsibles, y que por su entidad o por su precipitación, no pudieron entrar en el cálculo de quienes habiendo adecuado su conducta económica a una situación jurídica que consideraban estable, se ven de pronto perjudicados por el cambio de regulación o, más en general, por el cambio de criterio del legislador. Aunque es verdad que no existe un derecho a la permanencia de una regulación (ni al mantenimiento de una ventaja, o de un beneficio concedido por la ley), pues tal cosa implicaría la insoportable petrificación del ordenamiento, desde antiguo se ha entendido que

(19) «Es preciso, también, que el perjuicio especial experimentado sea de una excepcional y anormal gravedad; que supere, en valores absolutos o relativos, los inconvenientes, las incomodidades, las sujeciones que la vida colectiva impone necesariamente a cada individuo. Hay un margen de perjuicio que no es indemnizable y que corre a cargo de aquél o de aquéllos sobre los que recae la mala suerte. El derecho a reparación no nace sino cuando el perjuicio excede de este margen» (según Cambier, y de nuevo tomo la cita de J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «La Teoría de la responsabilidad del Estado legislador», *cit.*, págs. 91-92 y n. 73).

el principio de seguridad jurídica, de certeza del derecho, demanda un mínimo de estabilidad que permita a quienes han de ajustar su conducta a Derecho saber a qué atenerse. El principio de confianza legítima protege algo más que la integridad de derechos «consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto». A su través se pretende evitar que los particulares resulten irrazonablemente perjudicados por la inconsecuencia del legislador, y que quienes planearon prudentemente su actividad al amparo de los criterios de la ley vigente hayan de soportar enteramente a su costa el tránsito a la nueva regulación cuando ésta, inevitablemente y sin haber sido prevenidos, les inflija pérdidas. Nótese que frente al principio de no retroactividad de las normas «restrictivas de derechos individuales», el de confianza legítima garantiza cierto grado de vinculación del legislador a sus «promesas», entendiendo por tales legítimas y razonables expectativas que él mismo creó y alentó; protege, entonces, lo que todavía no son derechos en sentido estricto —y por lo tanto no pueden equipararse en cuanto a su valor a derechos—: «derechos» pendientes, futuros, o sujetos a condición que por causa del cambio normativo ya no podrán realizarse. Precisamente porque no hablamos de derechos ya incorporados al patrimonio del sujeto, no cabe aquí hablar de expropiación (o privación o restricción). Tampoco de sacrificio especial si la nueva regulación, en sí misma considerada, no impone cargas particularmente gravosas e injustificadas a algunos de sus destinatarios.

La efectiva instrumentación de este principio de confianza legítima es también complicada. Para empezar, porque su exacto alcance sólo se puede determinar tomando en cuenta circunstancias fácticas que varían de un caso a otro, de manera que pretender una definición en abstracto de lo que constituye lesión de la confianza legítima es como intentar definir sin referencia al caso concreto cómo se pondera la equidad. Junto a esta dificultad, que puede ceder a medida que se construyen patrones de casos, está la de determinar en cada situación cuál será el mecanismo adecuado de protección, porque no hay duda de que, en muchos casos, la lesión de la confianza se evita con el establecimiento de una normativa transitoria, o con medidas de apoyo o ayuda a aquéllos que previsiblemente tendrán más dificultades para adaptarse a la nueva regulación. Es decir, que la compensación económica, la indemnización, no es ni el único remedio ni necesariamente el más adecuado. El quebrantamiento de la confianza legítima, por otra parte, puede ser tan grave como para provocar una declaración de inconstitucionalidad, por ejemplo si el brusco cambio de criterio legislativo no está justificado (por un interés preeminente, etc.), o si la nueva regulación pasa por alto las razones que en el pasado justificaron un trato más favorable para los afectados y tales razones no han desaparecido. Pero a partir de ahí, cuando no es tan grave como para concluir que la actuación del

legislador es arbitraria e inconstitucional, hay toda una escala de apreciación. Y de nuevo, según se pruebe la magnitud y lo insoportable del perjuicio, entonces su eventual indemnización (20).

2. *La jurisprudencia en materia de responsabilidad del legislador*

De todos estos argumentos y de todas estas dificultades de la teoría de la responsabilidad del legislador que la doctrina ha puesto de relieve, hay reflejo en la jurisprudencia ordinaria y constitucional. Pero además, dado que los jueces, a diferencia de los académicos, no pueden decidir lo más conveniente en términos *de lege ferenda*, un motivo recurrente de preocupación y de discusión en la jurisprudencia hasta la llegada de la Ley 30/1992 y aún después, ha sido el de la ausencia de concreción constitucional y desarrollo legal del supuesto de responsabilidad por daños causados por las leyes. Todavía hoy es éste un aspecto sin resolver definitivamente: el artículo 139.3 LRJ-PAC tiene una aplicación limitada (por ejemplo, no contempla el caso de la ley inconstitucional ni, en general, el de la ley que provoca daños y nada dice sobre indemnización, tampoco el caso de la indemnización insuficiente) y no deja de ser significativo que tal precepto esté incluido en el Título dedicado a la responsabilidad «de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio» (21). Ninguna sorpresa entonces que, todavía en 1992, el Pleno de la Sa-

(20) Sobre el principio de confianza legítima, en general, puede acudirse a F. A. CASTILLO BLANCO: «La protección de la confianza en el Derecho Administrativo», MP, Madrid (1998). La puesta a prueba de la utilidad de este criterio en G. ARIÑO y F. VELASCO: «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura ley del sector eléctrico», incluido en J. L. LÓPEZ-MUÑOZ y A. CALONGE (coords.): *La responsabilidad de los poderes públicos*, cit., págs. 87-114.

(21) No se regula aquí la responsabilidad de los jueces (la LRJ-PAC se remite a la LOPJ) y hay especialidades en el caso de procedimientos administrativos en materia tributaria (Disp. Adic. 5.ª LRJ-PAC). Adviértase que la obligación de indemnizar corresponde a la Administración que aplica la ley, con independencia de que se trate de una ley estatal o autonómica. Eventualmente, esto puede plantear dudas en cuanto a la responsabilidad patrimonial «concurrente» de la Administración central y las autonómicas. En dos Sentencias de 26 de mayo de 1999 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia debió resolver la cuestión de si la misma Administración (en este caso la autonómica) estaría obligada a indemnizar no sólo por lo indebidamente ingresado en virtud de una ley estatal declarada inconstitucional, sino también por los intereses de demora. El TSJG indicó que «si bien es cierto que el carácter indebido del ingreso provino de la declaración de inconstitucionalidad de una norma de ámbito estatal que daba cobertura a aquella figura tributaria, el título imputativo de aquella obligación resarcitoria a la Administración Autonómica des-

la Tercera del Tribunal Supremo afirmara la ausencia de un sistema de responsabilidad del legislador en nuestro ordenamiento (22) y lo «inadmisible» de su introducción por vía jurisprudencial (23). En apoyo de esta conclusión podía esgrimirse además la opinión del Tribunal Constitucional, contraria a un entendimiento «amplio» del artículo 106.2 CE capaz de abarcar el caso de la responsabilidad derivada de las leyes (24).

Sin embargo, para entonces, el Tribunal Supremo (también el Pleno) no sólo había reconocido ya en abstracto el derecho a indemnización por perjuicios derivados de las leyes (25), sino que en una muy comentada Sentencia del año

cansa en la circunstancia de ser dicha Administración la gestora o perceptora de dicho tributo en razón de su carácter de cedido, sin perjuicio de las posibilidades de reintegro que dicha Administración pueda actuar frente a la Administración autora [?] de la norma declarada inconstitucional» (FD 3.º).

(22) En la STS de 30 de noviembre de 1992 (Az. 8769) —la Ley 30/1992 aún no había entrado en vigor— indicaba: «[S]i la exigencia de responsabilidad por actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo en los arts. 106.2 y 121 de la Constitución, los mismos (*sic*) se remiten, y por tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué caso procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso» (FD 3.º).

(23) *Ibid.* en FD 4.º: «a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente al Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que al margen de casos puntuales en los que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibile que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo».

(24) STC 70/1988, FJ 3.º: «La actividad legislativa queda fuera de las previsiones de este precepto constitucional que está referido al derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran «a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», concepto éste en el que, obviamente, no cabe comprender la función del legislador.» En idéntico sentido se había pronunciado ya en la STC 127/1987.

(25) SSTS de 15 de julio (Az. 10105 y 10106) y de 25 de septiembre (Az. 10107) de 1987. En esta última decía: «... no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los Principios Generales del Derecho... si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de

anterior (26), había realizado el esfuerzo de individualizar los tres fundamentos de responsabilidad del legislador de los que derivaría obligación de indemnizar: el de la expropiación, el de la inconstitucionalidad de la ley y el de la ley constitucional no expropiatoria que irroga al particular perjuicios económicos graves y ciertos. Dejaba fuera, como caso aparte, el de las leyes tributarias que, por definición, si son constitucionales no provocan perjuicios indemnizables (27) y que si no lo son, tampoco está claro que den derecho a indemnización, al menos en nuestro ordenamiento y a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respecto (citaba a propósito la STC 45/1989). Lo curioso del caso es que la sistematización de los supuestos de responsabilidad del legislador la conseguía el Tribunal Supremo a partir de la lectura «a contrario» de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, al resolver sobre la constitucionalidad de las leyes que anticipaban la edad de jubilación (28), había cerrado las puertas a reclamaciones de indemnización sobre la base de los dos primeros fundamentos —al decidir que no había expropiación, que la ley no era inconstitucional—, mientras las dejaba abiertas para el tercero —cuando sin apreciar inconstitucionalidad en la ley, reconocía que de ella derivaban perjuicios «difícilmente justificables» y por ello «merecedores de alguna compensación». Y, realmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988 sólo podía leerse como respaldo de las sentencias del Pleno del Tribunal Supremo que, reconociendo —en abstracto— el derecho a indemnización por perjuicios provocados por leyes «no expropiatorias de derechos», indicaron el cauce para ejercitarlo (29). En resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional admitía la

cualquier rango, incluso las leyes, de lo que se infiere que, si fácilmente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados...» (FD 4.º).

(26) La Sentencia de 11 de octubre de 1991 (Az. 7784).

(27) «Los tributos, por esencia, suponen una detracción coactiva de la renta o el patrimonio del sujeto pasivo no resarcible de manera inmediata (sino mediata e indirecta, en la medida que representan el pago de servicios públicos esencialmente indivisibles o responden a modernos postulados de redistribución de la renta), de forma que si su exacción fuera indemnizable dejarían de ser tributos» FD 3.º

(28) SSTC 108/1986, 99/1987, 129/1987 y 70/1988 que resolvieron recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados a propósito del Decreto-Ley 17/1982, de 24 de septiembre, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y la Ley 6/1985, de 1 de julio.

(29) «[L]a constitucionalidad de la nueva regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya se dijo en la STC 108/1986, de 29 de julio, y se reitera en la 99/1987, de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos,

posibilidad de la «responsabilidad del legislador» por perjuicios derivados de leyes no inconstitucionales. Y esto, a pesar de la inconcreción del artículo 9.3 CE, de no existir desarrollo legal específico y de negar la oportunidad de una interpretación extensiva del artículo 106.2 CE. En este punto, el Tribunal Constitucional resultaba francamente inconsecuente, porque la vía y condiciones que el Tribunal Supremo había señalado para hacer efectiva la indemnización por el hecho de las leyes, eran las dispuestas por el artículo 40 de la entonces vigente Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado, un precepto del que nadie dudaba que constituía el desarrollo legislativo del artículo 106.2 CE. Tampoco deja de ser irónico que en esa STC 70/88 el Tribunal se refiriera a la cuestión de la indemnización como un problema a resolver en términos de «legalidad ordinaria», competencia por tanto de los jueces ordinarios, en el que él no debía entrar (30).

En este marco, la posición del Pleno del Tribunal Supremo en la Sentencia de 1992 era, por decir lo menos, contradictoria. Negaba la existencia del cauce legal que él mismo había habilitado en las sentencias de 1987 y resolvía sobre el fondo, desestimándola, una pretensión de indemnización respecto de la cual acababa de declararse incompetente (31).

perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación. [] A esta doctrina se ha referido expresamente el Tribunal Supremo en Pleno...Nos referimos a las dos Sentencias de 15 de julio de 1987 ... y a la Sentencia de 25 de septiembre de 1987...». (STC 70/1988, FJ 3.º). En tales sentencias fue donde el Tribunal Supremo indicó que las peticiones de indemnización en estos casos deberían dirigirse al Consejo de Ministros, una opción que luego no se ha mantenido en iguales términos en la ley 30/1992 (véase el artículo 142). Sobre las razones de la elección de aquél cauce en el año 1987 y las consecuencias de la diferente opción hecha en la vigente LRJ-PAC, *vid.* Quintana, «La responsabilidad del Estado legislador», cit., págs. 133-135.

(30) «Quede, por tanto, [a] la Sala proponente de la cuestión, de modo semejante a lo resuelto en las citadas Sentencias del Tribunal Supremo [se refiere a las de dos de 15 de julio y a la de 25 de septiembre de 1987], enjuiciar y resolver lo que estime procedente en orden a la petición compensatoria articulada subsidiariamente en la demanda y a la que se refiere el Auto planteando la cuestión en su considerando cuarto «aun partiendo de la constitucionalidad» —como en él se dice— del Real Decreto-ley 17/1982, de 24 de septiembre, objeto de la presente cuestión. La duda de inconstitucionalidad que en el mismo plantea con base en el artículo 33.3 de la CE y que se desestima en esta Sentencia como ya se hizo en las precedentes sobre la misma materia, no condiciona necesariamente la resolución de la Sala sobre dicho problema *que puede enjuiciar en términos de legalidad ordinaria* en los que, naturalmente, no puede entrar este Tribunal» (FJ 3.º, cursiva añadida).

(31) Tiene interés advertir, porque afecta al tema de nuestro comentario, que en esta sentencia el Tribunal Supremo estimó «innecesario» plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre las disposiciones de las Leyes de Presupuestos de los años 1985 y 1989 —cosa que se pedía en la demanda— en vista de que su opinión era la de que no procedía la indemnización. A la sentencia siguió un voto discrepante suscrito por tres magistrados.

La previsión, limitada como hemos visto, de un derecho a indemnización por daños causados por la aplicación de leyes en la Ley 30/1992, ha servido para despejar algunas dudas en cuanto a la «posibilidad» de admitir un sistema de responsabilidad por actos legislativos, pero no para aclarar el alcance de esta responsabilidad. Del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia pueden extraerse algunos datos de interés.

Claramente, este Tribunal ha sido reacio a reconocer un derecho a indemnización con fundamento en la tesis expropiatoria, en el entendido de que en estos casos, si se concluye que ha habido expropiación sin indemnización lo que hay es pura y simple inconstitucionalidad por vulneración del artículo 33.3 CE; de modo que en todas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional rechazó la existencia de «privación de derechos», el Tribunal Supremo dedujo a continuación que aun cuando de tales leyes (no inconstitucionales) se derivaran perjuicios, por ejemplo, por «frustración de expectativas», éstos no eran indemnizables. La compensación, en su caso, debería fijarla el legislador. Tampoco ha tenido mayor éxito ante este Tribunal la tesis del «sacrificio especial», que en principio le parece plausible como base para una demanda de indemnización pero que, en la práctica, no le cuesta mucho desbaratar apelando a las circunstancias en que se introduce la legislación, al interés que la justifica, a la inexistencia de «desigualdad» en la ley, para concluir que se trata de perjuicios que el particular «tiene el deber jurídico de soportar» (32). Sin embargo, la combinación de este argumento con el principio de la «confianza legítima» sí ha dado frutos.

En los escasísimos casos en los que el Tribunal Supremo ha reconocido un derecho a indemnización por daños producidos por las leyes, han concurrido estas dos circunstancias: una frustración de expectativas que origina pérdidas por gastos ya desembolsados y una lesión de la confianza legítima, en la medida en que los particulares incurrieron en tales gastos incitados de alguna forma por el comportamiento del poder público. Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exento del pago de derechos aduaneros tras el Acta de Adhesión de Es-

(32) Esto fue muy claro en sentencias como la de 15 de julio de 1999 (Az.6546): «[A]un cuando puedan existir daños y perjuicios para los agentes de aduanas como consecuencia de la supresión de barreras arancelarias derivada de la entrada en vigor del Acta Única europea, los mismos no pueden generar responsabilidad patrimonial para el Estado por existir, dadas sus características, la carga de soportarlos por los afectados, y no ser imputables, atendidas las circunstancias en que se producen, a medidas de sacrificio singular adoptadas por la Administración respecto de determinados particulares, sino a genéricas disposiciones de rango legal, las cuales imponen limitaciones que se proyectan sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran».

paña a las Comunidades Europeas (33), en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (34), o en el caso ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectadas por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (35). De aquí ha resultado una doctrina que se puede considerar consolidada, de conformidad con la cual, «no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley» y por lo tanto que, «cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable» (36). En todos estos casos lo esencial fue la prueba de que el perjudicado «no tenía el deber jurídico de soportar» el daño. En todos ellos los perjuicios a indemnizar procedían de leyes «constitucionales» (37).

Hasta la llegada de las sentencias del Tribunal Supremo de 2000 que vamos a comentar, este Tribunal nunca reconoció indemnización en casos de le-

(33) SSTs de 5 de marzo de 1993 (*Pescanova*), 27 de junio de 1994 (*Alvamar*) y 16 de septiembre de 1997 (*Pebesa*).

(34) STS de 17 de febrero de 1998 (Az. 1677)

(35) SSTs de 8 y 9 de octubre de 1998 (Az. 7903 y 7905, respectivamente)

(36) STS de 17 de febrero de 1988 (Az. 1677), FD 4.º

(37) Excepcionalmente, el Tribunal Supremo planteó cuestión de inconstitucionalidad — resuelta por la STC 28/1997— en el procedimiento concluido por la Sentencia de 17 de febrero de 1998. La sentencia constitucional, que declaró la no inconstitucionalidad de la ley, reenvió a los tribunales ordinarios la decisión de la cuestión de la responsabilidad patrimonial: «... la Sala cuestionante parece vincular la eventual vulneración del artículo 33.3 CE al hecho de que en la Ley 3/1984 no se disponga expresamente una fórmula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma. Pero en el propio Auto de planteamiento se condiciona la pretensión indemnizatoria objeto del recurso contencioso-administrativo del que conoce en apelación, a que las normas cuestionadas superen el juicio de constitucionalidad que por razones competenciales en él se plantea. En tal supuesto entiende que habrá de conocer del problema indemnizatorio debatido que, resuelto favorablemente para las sociedades recurrentes por la Sentencia de instancia, se plantea en la apelación. Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos» (FJ 7.º).

yes declaradas inconstitucionales. En parte, esto fue así porque el Tribunal Constitucional ha sido tremendamente restrictivo en su interpretación del alcance de la garantía expropiatoria, que, como ha indicado en repetidas ocasiones, sólo opera cuando se produce una auténtica privación de un derecho patrimonial y no, cuando se procede por la ley a su delimitación, modificación o, incluso, regulación *ex novo*, siempre que no se afecte su «contenido esencial» (38). Además, no ha considerado incluidos dentro del concepto de

(38) «Es claro que la garantía expropiatoria del artículo 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los «bienes y derechos» individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público... Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el artículo 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del artículo 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos. [] Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución). Y lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos, sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen. [] Es obvio, por otra parte, que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial «no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales» que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo» (STC 227/1988, FJ 11.º).

«derecho patrimonial», a los efectos de la indemnización, los «derechos» no integrados en el patrimonio del sujeto —derechos pendientes, futuros o condicionados— ni, por supuesto, las meras expectativas. En consecuencia, estos derechos que no son indemnizables a los efectos del artículo 33.3 CE tampoco están cubiertos por la garantía de no retroactividad de las disposiciones que los restrinjan (art. 9.3 CE) (39). Aun cuando en algunos de estos casos, como se ha indicado, el Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de reclamar indemnización por perjuicios derivados de una ley «no expropiatoria de derechos», el Tribunal Supremo consideró que en ausencia de una auténtica «privación» de derechos y, sobre todo, con fundamento en una ley constitucional, era difícil reconocer la ausencia del «deber jurídico de soportar» la ley y, con ella, el perjuicio.

Hubiera podido ser de otra forma en los supuestos de leyes que establecen tributos y son declaradas inconstitucionales. De hecho, lo ocurrido tras las SSTC 79/1985 y 19/1987 —la devolución por parte de la Hacienda estatal de lo indebidamente cobrado— pudo hacer pensar en un implícito derecho de indemnización en estos casos, que cubriera como mínimo la devolución de lo pagado en virtud de una ley inconstitucional (40). Sin embargo, la sentencia del Tribunal 45/1989, que inauguró la era de los pronunciamientos de inconstitucionalidad con eficacia *pro futuro*, no sólo desalentó tal interpretación, sino que introdujo para lo sucesivo un nuevo condicionante para el ejercicio de todo tipo de acciones encaminadas a hacer valer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto de actos pasados de aplicación de la ley. El Tribunal Constitucional se arrogaba la facultad de limitar las posibilidades de remover situaciones «consolidadas», entendiendo por tales no sólo las mencio-

(39) «La prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas» (STC 97/1990, FJ. 6.º).

Otra opinión, favorable a un entendimiento menos riguroso y más realista del alcance de la garantía expropiatoria en conexión con las exigencias de la seguridad jurídica, se refleja en los votos particulares de los Magistrados Gómez-Ferrer Morant en la STC 6/1983 (a propósito de ciertos beneficios fiscales suprimidos por un decreto-ley con efecto retroactivo) y Rubio Llorente en la STC 208/1988 (a propósito de la supresión de ciertos derechos pasivos —pensiones complementarias— que habían sido expresamente garantizados por el Estado).

(40) La devolución se produjo en ambos casos *ex officio*, en el primer caso ordenada por el RD 1959/1986 y en el segundo, a través del RDL 1/1987. Ninguna de las sentencias había establecido la obligación de restitución de lo indebidamente ingresado, pero el Gobierno interpretó que ésa era la consecuencia necesaria. Una interpretación que F. Rubio, por ejemplo, ha considerado fruto de «un entendimiento muy radical del principio de la eficacia *ex tunc*» de la declaración de inconstitucionalidad en «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», incluido en *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993), pág. 534 y n. 116.

nadas en el artículo 40.1 de su Ley —procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada— sino, mucho más allá, también las simplemente consentidas o, en general, las no recurridas —en vía administrativa o judicial— a la fecha del pronunciamiento del Tribunal (41). Al declarar irrevisables los actos pasados de aplicación de la ley, el Tribunal podía obrar la convalidación de los efectos producidos por la ley antes de su declaración de inconstitucionalidad (42). Este poder para limitar los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad —que no afecta, sin embargo, a la excepción contenida en el artículo 40.1 LOTC acerca de la posibilidad de revisar procesos penales o sancionadores (43)— lo ha justificado el Tribunal apelando a razones de seguridad jurídica, de justicia y, ocasionalmente, de igualdad. Es un poder por muchos motivos polémico pero ejercido con frecuencia. ¿Afecta a la posibilidad de ejercitar demandas de resarcimiento de daños derivados de la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales? Indudablemente. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (44).

(41) En algunas ocasiones el Tribunal Constitucional ha señalado como fecha «tope» la de la publicación de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. Por supuesto que de esta forma se abre paso a la impugnación de actos de aplicación de la ley ya declarada inconstitucional en el período intermedio entre el pronunciamiento de la sentencia y su publicación. Esto ocurrió, por ejemplo, con la STC 179/1994 (Cámaras de Comercio I).

(42) Sin embargo, pocos años antes, en la STC 167/1986, el Tribunal había indicado que «nuestro sistema de control de normas... no permite una declaración de nulidad que a la vez aparezca como convalidación de la norma hasta el momento de dicha declaración» (FJ 4.º).

En general, se acepta que la declaración de inconstitucionalidad afecta en todo caso a las sentencias de tribunales ordinarios fundadas en la ley declarada inconstitucional y pendientes de ejecución a la fecha del pronunciamiento de inconstitucionalidad. Un problema particular y no fácil de resolver es el que se refiere a si es sancionable el incumplimiento de una ley posteriormente declarada inconstitucional y anulada con efectos *ex nunc*. Al respecto y refiriéndose al caso concreto de los incumplimientos de obligaciones tributarias, véase, L. A. MALVÁREZ PASCUAL: *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias*, Asociación Española de Asesores Fiscales, 1998, págs. 124-143.

(43) Y esto por exigencia del artículo 25.1 CE. Sin embargo, lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la reciente STC 194/2000, hace dudar también de la absoluta indisponibilidad de esta regla, véanse si no sus FFJJ 10.º y 12.º

(44) Claramente en la STS 26 de diciembre de 1998 y, más veladamente en las sentencias de 2000 que comentamos, en las que se establece una inequívoca conexión entre la premisa de la eficacia *ex tunc* de la sentencia de inconstitucionalidad y la deducción de la responsabilidad del legislador (por ejemplo, en los FFDD 3.º y 4.º de la STS de 30 de septiembre de 2000). En la sentencia de 26 de diciembre de 1998, el Tribunal Supremo considera «doctrina general», aplicable tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los de recurso jurisdiccional la de «... la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, con equiparación, por tanto, de la anulación a la derogación, aunque sólo como queda dicho, res-

Como se ha visto, los pronunciamientos judiciales de responsabilidad del legislador y el reconocimiento de la correspondiente obligación de indemnizar, en la práctica y hasta el año 2000, sólo tuvieron lugar respecto de leyes «constitucionales». El reconocimiento de la responsabilidad se ha tratado como una cuestión distinta y aparte, de la de la constitucionalidad. El «deber jurídico de soportar» los perjuicios derivados de la ley, se ha ponderado a partir de las circunstancias del caso concreto, no se ha hecho depender de la validez de la ley, cuestión ésta que sólo puede ser decidida de modo concluyente por el Tribunal Constitucional. Y si éste ha declarado que la decisión a propósito de la procedencia de indemnización por daños y la fijación de su cuantía, es asunto de la competencia de los tribunales (porque es una cuestión de «legalidad ordinaria») es que, al menos en apariencia, ha desvinculado la cuestión de la «responsabilidad» del legislador —a los efectos de la indemnización por daños—, de la cuestión de la «actuación conforme a Constitución» del legislador —a los efectos del juicio de constitucionalidad.

La persistencia de la discusión doctrinal, con todo, es comprensible. En efecto, no acaba de estar claro cómo es que se puede hablar de «responsabilidad del legislador» por incumplimiento de un supuesto deber de no perjudicar —que si limita al legislador en su actuación ha de estar radicado en la Constitución— sin, al tiempo, sospechar de la constitucionalidad de una ley *porque* provoca perjuicios que demandan indemnización (45). Quizá —pero sólo quizá— podría trasladarse aquí el tipo de razonamiento que sirve en el control de constitucionalidad de ciertos tipos de omisión legislativa: la ley es constitucional en la medida en que «no excluye» (o en la medida en que «incluye») la posibilidad de indemnizar los perjuicios —singulares, injustificados e insoportables— que provoca. Lo peculiar del asunto es que, por esta vía, los tribunales ordinarios se convierten en los encargados de decidir y, eventualmente, reparar en cada caso concreto, una especie de inconstitucionalidad de la ley «en su aplicación a ciertos sujetos» que se remedia mediante indemnización. Pura *judicial review*.

La discusión doctrinal que hasta ahora ha corrido a cargo de los administrativistas, acerca de la posibilidad, los límites y, en general, las condiciones

pecto de los actos firmes, subsistiendo, en cuanto a los de diferente naturaleza, la posibilidad de impugnarlos si así lo permite la legalidad aplicable una vez declarada nula la disposición general» (FD 3.º).

(45) No cabe aquí intentar un paralelismo con el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración por actos lícitos, por funcionamiento normal de los servicios públicos porque, en ambos casos, es la Ley la que prevé la posibilidad de indemnización en estas circunstancias. Si no fuera así estaríamos ante casos de *damnum absque iniuria*.

que han de concurrir para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado por daños producidos por las leyes, seguramente se verá afectada por la inequívoca toma de postura del Tribunal Supremo en favor del reconocimiento de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales. Seguro también que no concluirá. La doctrina del Tribunal Supremo pone de relieve la dimensión constitucional de la cuestión. Y, probablemente, algo tendrá que decir el Tribunal Constitucional, si es que continúa en la idea de que su Ley le inviste de la facultad de decidir en cada caso concreto el alcance y las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad y, en lo que toca al pasado, la repercusión de la declaración de nulidad de la ley sobre actos de aplicación o disposiciones dictadas a su amparo. Según el Tribunal Supremo, la determinación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es una competencia que, por defecto, retienen los jueces:

«En nuestra opinión, cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad *en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia*, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad» (46).

III. NOVEDADES QUE INTRODUCE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS LEYES INCONSTITUCIONALES

En su formulación por el Tribunal Supremo en las sentencias de 2000, la principal novedad de esta doctrina consiste, sin duda, en el reconocimiento de un auténtico derecho a reclamar compensación por daños producidos por la ley in-

(46) STS 15 de julio de 2000, FD 4.º (se añade la cursiva). En opinión de algunos autores, las indicaciones que contiene el artículo 40 de la LOTC a propósito de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, van dirigidas sobre todo a los jueces ordinarios, a quienes corresponderá determinar el alcance y repercusión de una declaración de inconstitucionalidad y nulidad sobre los litigios de los que conozcan; así, X. PIBERNAT [«Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, (1988)] o J. JIMÉNEZ CAMPO («La declaración de inconstitucionalidad de la ley», *cit.*). Es una postura que el Tribunal Constitucional sostuvo en alguna sentencia, por ejemplo, en la STC 160/1986. Sobre los inconvenientes de esta solución, véase J. JIMÉNEZ CAMPO, *loc. cit.*, págs. 128-129.

constitucional en toda suerte de circunstancias, aunque por un período de tiempo limitado. Es decir, recaída la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal reconoce un derecho a la indemnización siempre que pueda probarse la existencia del perjuicio (susceptible de indemnización en los términos de la Ley 30/1992 y conforme a la doctrina de la responsabilidad patrimonial), con independencia de que los actos (normalmente, de aplicación de la ley) que hayan contribuido a su producción sean o no revisables, sean o no anulables (47).

Aparte de esta radical novedad, es notable también que el Tribunal Supremo por vez primera reconozca un derecho a indemnización respecto de una ley inconstitucional; y que, frente a la posición mantenida en su sentencia del año 1991 —a la que, por lo demás, se remite abundantemente—, decida la procedencia de indemnización por perjuicios derivados de la aplicación de una ley tributaria (48).

Por supuesto, a pesar de su pretensión de generalidad, no se puede prescindir del contexto en el que esta doctrina se enuncia. Las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos, en las que se declara el derecho a una indemnización con cargo al Estado para compensar los perjuicios económicos derivados del abono de ciertas cantidades que resultaron ser indebidas porque la ley que las hacía exigibles fue declarada inconstitucional, han sido celebradas como la justa reparación del «desaguisado» provocado por la Sentencia 159/1997 del Tribunal Constitucional (49).

(47) Considera el Tribunal Supremo que, aun cuando razones de seguridad jurídica puedan justificar el mantenimiento de actos afectados por vicios invalidantes, esto no implica la exclusión de un derecho a la indemnización por los perjuicios antijurídicos que tales actos hayan provocado. Acudiendo al procedimiento de responsabilidad es posible «sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o de una disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho» (STS 15 de julio de 2000, FD 3.º).

(48) De esta forma, el Tribunal Supremo tercia en la espinosa cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes tributarias sobre tributos ya cobrados. Véanse, sobre este asunto los trabajos de M. A. CAAMAÑO ANIDO: «Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 92 (1996) págs. 759-774; P. M. HERRERA MOLINA: «Los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)», *Quincena Fiscal*, núm. 13 (1996) págs. 43-54; R. FALCÓN Y TELLA: «La llamada jurisprudencia prospectiva: precisiones sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias», *Quincena Fiscal*, núm. 7 (1997); o el ya citado de L. A. MALVÁREZ PASCUAL: *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias* (1998).

(49) «Por fin se ha dado solución en términos de justicia a un problema hasta la fecha insoluble y que se encontraba varado en las arenas de una mal interpretada seguridad jurídica: el de

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, haciendo gala de un formalismo del que ha prescindido sin mayor problema en otros casos, apeló a la «teoría» para justificar un resultado práctico que pugnaba contra la lógica mas elemental: en la Sentencia 173/1996 el Tribunal había declarado la inconstitucionalidad de un precepto legal por impermisiblemente retroactivo, «en consecuencia», la STC 159/1997, declaraba intocables, irrevisables, precisamente, supuestos de aplicación retroactiva de tal precepto legal. De acuerdo con la doctrina de esta sentencia, hay dos tipos de leyes inconstitucionales: las que lo son por vulnerar derechos protegidos por amparo, las que lo son por incompatibilidad con cualquier otro precepto constitucional. Frente a las primeras, el perjudicado por su aplicación puede demandar protección de sus derechos (también amparo constitucional), frente a la segundas, no puede nada, salvo sugerir, sin que esto genere ningún tipo de expectativa, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (50). El Tribunal Constitucional ha reco-

las personas que habiendo pagado un impuesto declarado posteriormente inconstitucional se encontraban en la impotencia de no poder hacer nada para recuperar las cantidades abonadas», E. SEGU VILLUENDAS: «Responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la ley declarada inconstitucional», *La Ley*, núm. 5236, 30 de enero de 2001. Los comentarios críticos a la Sentencia 159/1997 han sido muy numerosos.

(50) Que la inconstitucionalidad de la ley por razón de la vulneración de ciertos derechos fundamentales (los protegidos por amparo) tiene especialidades frente a la inconstitucionalidad por violación de otros preceptos constitucionales, referidos o no a derechos, es evidente. En primer término, como se ha señalado, porque la inconstitucionalidad por causa de la vulneración de derechos protegidos por amparo puede ser denunciada ante el propio Tribunal Constitucional por el afectado por actos de aplicación de estas leyes, a quien de este modo se le reconoce legitimación subjetiva para instar el control de constitucionalidad de la ley por ciertos vicios de inconstitucionalidad (concretamente, inconstitucionalidad por vulneración de *sus* derechos protegidos por amparo). No sólo esto, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se plantee *sponte sua* una cuestión de inconstitucionalidad se limita a los casos en los que la ley vulnera derechos «amparados» y tiene por exclusivo objeto examinar la compatibilidad de la ley con los preceptos de la Constitución referidos a tales derechos, hasta el punto de que no rige aquí la regla común para los procesos de control del artículo 39.2 LOTC («El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional...»). Así se dice, por ejemplo, en la STC 160/1986. Las especialidades no terminan aquí. También son diferentes los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, puesto que cuando la inconstitucionalidad deriva de la vulneración por la ley de derechos protegidos por amparo, la posibilidad de limitar los efectos de la inconstitucionalidad sobre actos pasados de aplicación de la ley está más restringida. Las posibilidades de revisión de actos de aplicación son mucho mayores, tanto si se trata de actos de aplicación judicial (y no sólo en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC en conexión con vulneraciones del art. 25.1 CE), como si se trata de actos administrativos (el art. 62 LRJ-PAC considera nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas «que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», que además, de acuerdo con el art. 102.1 de la misma ley, serán declarados nulos de oficio). Y esto sería así por-

nocido el derecho del justiciable a la aplicación de la ley, incluso, a la reputada inconstitucional por el juez que debe aplicarla (51), pero no al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la ley que le perjudica y que, a su modo de ver, es contraria a la Constitución. En algunas ocasiones el Tribunal ha tomado en cuenta la circunstancia del «consentimiento» en la aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional

que, en estos casos, la reparación de la inconstitucionalidad sólo se consigue cuando cesa la vulneración del derecho fundamental protegido por amparo. Poco sentido tiene eliminar la ley (porque de su aplicación deriva la vulneración de derechos) y, al tiempo, mantener los efectos de los actos de aplicación de la ley que directamente vulneran esos derechos.

Es seguro que alguna conexión existe entre causas de inconstitucionalidad y consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad. Algunas variantes de sentencias constitucionales ensayadas por el Tribunal Constitucional son prueba de ello. Pero si esto es así, la buena pregunta es la de por qué los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no son siempre igual de intensos cuando la ley vulnera derechos fundamentales, aunque no estén protegidos por amparo, y por qué, en este último caso, no son revisables ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los jueces que tienen el efecto de vulnerar tales derechos fundamentales, bien porque no los protegen frente a la ley que los ha lesionado, bien porque aplican la ley que los vulnera. Parece poco adecuado que la garantía de estos derechos, también constitucionales y eficaces frente al legislador, consista al final en la esperanza de que los jueces decidan plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Efectivamente, todo esto enlaza con la discusión, recurrente, a propósito de la necesidad de un amparo frente a leyes o, lo que es casi lo mismo, de extender la protección del amparo a todos los derechos fundamentales. Sobre tal discusión me remito a los lugares conocidos: la Ponencia de P. CRUZ VILLALÓN —«El recurso de amparo constitucional»— y debate posterior, recogidos en *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid (1992), págs. 117 y sigs.; I. BORRAJO: «Amparo frente a leyes», *RAP*, núm. 98 (1982); L. M. DíEZ-PICAZO: «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *REDC*, núm. 40 (1994) y, sobre todo, P. CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», *REDC*, núm. 41 (1994).

(51) En la STC 23/1988 el Tribunal Constitucional consideró que un tribunal vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 al dictar una sentencia sin atenerse al «sistema de fuentes», en este caso, al inaplicar una ley postconstitucional, determinante del sentido del fallo, por considerarla inconstitucional a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional. Al estimar el amparo, el Tribunal indicó también que no podía forzar al tribunal *a quo* al planteamiento de la cuestión, aunque sí a la aplicación de la ley... a menos que planteara cuestión. La historia siguiente del litigio fue que el tribunal, tras el revivio del asunto, decidió plantear cuestión, resuelta finalmente por la STC 158/1993, en la que se declara (confirmando la opinión del juez) la inconstitucionalidad de la norma que primero se inaplicó y luego se cuestionó (en el FJ 5.º se dice que «conclusión de inconstitucionalidad tan clara no puede quedar empañada por lo argüido, en favor de la Ley, en las alegaciones de la Abogacía del Estado...»). Se supone que tras esto el tribunal *a quo* pudo volver a dictar una sentencia idéntica a la que según la STC 23/1988 vulneraba el artículo 24.1 CE. Esta doctrina probablemente se revisa en la STC 211/1998.

Admitida a trámite una cuestión de inconstitucionalidad, el juez proponente no puede decidir retirarla —cambiar de opinión— y dictar sentencia dando aplicación a la ley cuestionada (ATC 313/1996, FJ 5.º).

para determinar el círculo de los afectados por tal declaración. De esto no se deduce que exista un derecho a «resistir» la aplicación de las leyes que se tengan por inconstitucionales (52).

La gran mayoría de las críticas a esta sentencia —incluidas las de los votos particulares— se han centrado en dos aspectos, uno de carácter más teórico y otro más influido por las circunstancias del caso. En primer lugar, estaba el hecho de que el Tribunal afirmara que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal no afecta a los amparos pendientes de resolución en los que se cuestiona —por motivos diferentes a los tomados en cuenta para la declaración de inconstitucionalidad— la legitimidad constitucional del mismo precepto. La justificación ofrecida por el Tribunal fue muy simple: por un lado, la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación del precepto declarado inconstitucional (cuando no concurre la excepción a la que se refiere el art. 40.1 LOTC) y, por otro, la decisión de un recurso de amparo sólo puede ser estimatoria si se aprecia la lesión del derecho invocado. En segundo lugar, el Tribunal pasaba por alto que al negar la transmisión de efectos del proceso de control de constitucionalidad al proceso de amparo, excluía del círculo de los «beneficiados» por la declaración de inconstitucionalidad a quienes nunca consintieron el resultado de la aplicación de la ley que les perjudicaba y consideraban inconstitucional, y utilizaron para oponerse todos los recursos que el ordenamiento ponía a su alcance. Finalmente, sus esfuerzos quedaban en nada, por la simple razón de que aunque el Tribunal Constitucional toma ocasionalmente en cuenta la circunstancia del «consentimiento» para determinar el alcance «personal» de la declaración de inconstitucionalidad, no hace lo mismo en el caso de «no consentimiento», cuando el particular afectado por la aplicación de la ley agota antes de recaída la sentencia de inconstitucionalidad las posibilidades de impugnación de actos de aplicación. En conse-

(52) Sin embargo, ¿por qué se tiene en cuenta la circunstancia del consentimiento si no se reconocen consecuencias a la actitud de «no consentir» (impugnando la aplicación de la ley por órganos de la Administración, solicitando el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad)? J. Jiménez Campo ha escrito, por ejemplo, que «la Ley de cuya constitucionalidad se dude o discrepe con seriedad ha de ser llevada ante la jurisdicción en defensa del Derecho, o del derecho propio, sin esperar a que un eventual pronunciamiento futuro de nulidad, promovido después o por otros, resuelva o repare situaciones cuya depuración no se intentó en tiempo. Esto vale, por de pronto, para limitar... el alcance de la «retroacción» que pueda deparar la anulación de la ley, retroacción que, por simplificar ahora, sólo debiera beneficiar al ciudadano activo, que hizo valer en tiempo su derecho» (en «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», ya citado, pág. 113). Excepcionalmente, en la muy interesante STC 5/1992, el Tribunal tuvo en cuenta la circunstancia del «no consentimiento».

cuencia, el Tribunal daba por bueno el desigual efecto de la declaración de inconstitucionalidad sobre quienes, en las mismas condiciones, solicitaron del juez ordinario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. La diferencia se justificaba por razones de principio: en nuestro sistema jueces y tribunales —cada uno de ellos— disponen de la facultad de proponer cuestiones de inconstitucionalidad en los términos del artículo 163 CE y su decisión es irrevisable. En teoría, incluso en casos tan llamativos como el decidido por el Tribunal, no puede hablarse de diferencia de trato a la hora de la aplicación de la ley, sino de diferencia de criterios judiciales en cuanto a la constitucionalidad de ésta: porque todos los jueces decidieron conforme a la Constitución, y ninguno aplicó una ley (a su juicio) inconstitucional. En la práctica...

Ha habido, sin embargo, otro aspecto menos destacado de la polémica conexión entre las SSTC 173/1996 y 159/1997 que tiene, a mi modo de ver, una importancia crítica para el asunto que nos ocupa. En la STC 173/1996, el Tribunal Constitucional por primera vez declaró la inconstitucionalidad de una norma por vulneración del principio de la confianza legítima, que el Tribunal entiende, sin sombra de duda, incorporado en el principio de seguridad jurídica de artículo 9.3 CE (53). Aunque, en efecto, la perenne cuestión de la constitucionalidad de las normas tributarias retroactivas fue asunto debatido una vez

(53) FJ 5.º: «En definitiva, cuando el Real Decreto-ley 7/1989 fijó para el año 1990 en la tasa fiscal del juego una cuota tributaria de 141.750 pesetas por cada máquina o aparato, estaba concretando, en este ámbito de actividad y para el referido período impositivo, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 de la Constitución. Los interesados en esta actividad conocían previamente las consecuencias tributarias que derivaban de su decisión de explotar el negocio de las máquinas o aparatos de juego, conocimiento previo que es imprescindible a la hora de planificar cualquier actividad empresarial, en tanto que el tributo es siempre un componente más —y, a menudo, como sucede en este caso, nada despreciable— del coste de la misma. De este modo, cuando la Ley 5/1990 estableció un gravamen complementario aplicable sobre las tasas ya devengadas al comienzo del año 1990, no hacía otra cosa que *modificar, de manera imprevisible*, el quantum del deber de contribuir que ya había sido satisfecho, *quebrantando, de este modo, la seguridad jurídica de quienes en 1990 permanecieron en dicho sector del juego o iniciaron su actividad empresarial en el mismo en la confianza de que sus obligaciones fiscales se hallaban previamente delimitadas por el Real Decreto-ley 7/1989*. Una modificación retroactiva y de tal magnitud de una cuota tributaria ya satisfecha sólo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debiera ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos que, conforme se desprende de cuanto llevamos expuesto, no se aprecian en este caso [...] Lo anteriormente expuesto obliga a concluir que la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución» (Se añade la cursiva).

más, en esta ocasión, el Tribunal no enfocó el problema de la retroactividad desde el punto de vista de la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de «derechos individuales», sino de su conexión con las exigencias de certeza del Derecho, de seguridad jurídica, que protegen a los destinatarios de las normas de los perjuicios derivados de cambios legislativos imprevisibles e injustificados (54).

En la Sentencia 173/1996 el Tribunal no declara inconstitucional el gravamen complementario de la tasa en cuanto tal, sino *el modo* en que se impone. Por eso, porque lo inconstitucional no es el gravamen en sí —el Tribunal no cuestiona el poder del legislador para establecerlo— sino su introducción y exigencia en circunstancias tales como para provocar un quebrantamiento de la confianza legítima que vulnera el artículo 9.3 CE, lo que se declara inconstitucional es el gravamen complementario introducido por la Ley 5/1990 *en su aplicación a* «quienes en 1990 permanecieron en dicho sector del juego o iniciaron su actividad empresarial en el mismo en la confianza de que sus obligaciones fiscales se hallaban previamente delimitadas por el Real Decreto-ley 7/1989» (55).

Como ya advertimos en otro momento, la lesión de la confianza legítima

(54) FJ 3.º: «[A]firmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, Fundamento Jurídico 9.º), señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional.

La seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando resulta claro, como se advertía en el Fundamento Jurídico 8.º de la STC 150/1990, que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 6/1983, 99/1987 y 126/1987), consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio artículo 9.3 CE, ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (SSTC 150/1990 y 197/1992).

Determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurran en cada supuesto (SSTC 126/1987 y 150/1990).»

(55) Véase el FJ 5.º en la parte transcrita *supra* en nota 53.

no se puede apreciar haciendo abstracción de las circunstancias en el caso concreto (56). También indicamos que el tipo de reparación que conviene, para el caso de que tal lesión se estime producida, no es único y debe decidirse en función del perjuicio provocado. En el caso resuelto por el Tribunal, es claro que la vulneración de la confianza no se hubiera apreciado si el incremento de la tasa no hubiera sido tan grande (suponía más del doble de lo inicialmente establecido), no se hubiera impuesto con efecto retroactivo y, en fin, el legislador hubiera podido apelar a «claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica... debiera ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos». El Tribunal comprobó todas esas circunstancias antes de declarar la inconstitucionalidad. No obstante, el dato fundamental fue el de la imposición retroactiva. El Tribunal no habría declarado la inconstitucionalidad, no habría entendido producida la lesión de la confianza, si la norma no hubiera surtido, de hecho, efectos retroactivos (57). O sea, que en el cálculo de la reparación, como en el de apreciación de la lesión de la confianza, necesariamente, no se podía pasar por alto que los perjuicios ya se habían producido y que el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad se suscitaba, precisamente, en el marco de procesos dirigidos a reclamar «la devolución de lo indebido». Al declarar inconstitucional y nulo el gravamen en los términos indicados, el Tribunal hacía posible que tales procesos siguieran adelante. Más aún: anticipaba la estimación de las pretensiones de rectificación de las declaraciones-liquidaciones correspondientes al año 1990, exactamente, las afectadas por la eficacia retroactiva del gravamen complementario.

(56) Este dato tiene interés, y explica cómo es que la misma norma, en otras circunstancias puede no ser inconstitucional. En el caso de esta sentencia, el propio Tribunal indica por qué motivos en un caso anterior, una norma igual no fue declarada inconstitucional...: «respecto a una norma idéntica a la que ahora enjuiciamos —la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria—, este Tribunal llegó a la conclusión de que se acomodaba a la Constitución porque concurrían las siguientes circunstancias: Tenía carácter transitorio, su aplicación se limitaba al ejercicio en que la ley se aprobaba, no podía calificarse de imprevisible y respondía a la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria (STC 126/1987, Fundamento Jurídico 13). Como en seguida veremos, algunas de las circunstancias que concurren en el caso que ahora nos ocupa —concretamente las dos últimas— son sensiblemente diferentes y de ahí que haya de serlo también la conclusión a que llegamos» (FJ 3.^o).

(57) No hay lesión de la confianza si no hay perjuicio. Un cambio inesperado a mejor, aunque imprevisto, obviamente no «lesiona» la confianza. En la STC 150/1990 el Tribunal entendió que no había vulneración de seguridad jurídica por razón de la retroactividad, porque la norma no llegó a aplicarse retroactivamente, ya que el parlamento regional de Madrid suspendió la eficacia de la ley autonómica impugnada.

El modo en el que el Tribunal Constitucional decidió a continuación las demandas de amparo a propósito de la aplicación de la ley —unos amparos que él mismo dejó pendientes de resolución a la espera de lo que se decidiera en el proceso de control de constitucionalidad— fue desconcertante. Primero, porque para justificar la ausencia de lesión del primero de los derechos invocados, en concreto del artículo 14 CE, se sintió obligado a realizar un nuevo juicio de constitucionalidad de la norma que ya había declarado inconstitucional, para decidir ahora si también lo era por infracción del principio de igualdad. Segundo, porque en relación con la alegada infracción del artículo 24.1 CE que se habría producido al ratificar el juez la constitucionalidad de la ley y no plantear cuestión, el Tribunal se fijó exclusivamente en las condiciones en las que el juez rechazó tal cuestión, sin atender a las consecuencias que de tal negativa derivarían para el recurrente (58). En realidad, el proceso estaba abocado a la desestimación si el juez no planteaba cuestión, ya que la estimación de la pretensión actuada —rectificación de las liquidaciones y devolución de lo indebido— sólo podía producirse sobre la base de la previa declaración de la inconstitucionalidad de una norma que fue simplemente cumplida en sus términos por el recurrente (bajo amenaza de multa si no lo hacía). En un proceso planteado de este modo, la cuestión de la inconstitucionalidad de la norma, no puede considerarse «incidental», sino el *thema* del proceso, que giró todo él en torno a las mismas cuestiones que el Tribunal Constitucional decidió en la STC 173/1996 pero que el juez resolvió en sentido diametralmente opuesto. ¿Cómo pudo entonces el Tribunal Constitucional desconocer la lesión de los derechos e intereses legítimos del recurrente por una sentencia que decidía con carácter definitivo para el afectado la ausencia de un perjuicio que el propio Tribunal, en la citada sentencia de 1996, no sólo había considerado ya producido, sino que además fue premisa para la declaración de inconstitucionalidad? ¿Cómo considerar bien fundada una decisión —la de no plantear cuestión de inconstitucionalidad— que implicaba dar por buenos los efectos de una ley que el propio Tribunal Constitucional había considerado fruto de una actuación arbitraria del legislador, lesiva de la confianza legítima del recurrente y, en esa medida,

(58) FD 5.º: «[T]ampoco se aprecia en el caso indefensión constitucionalmente relevante de ningún género. Lo que ha ocurrido es, sencillamente, que, tras exponer la demandante ante dicha Sala, en los momentos procesales hábiles para ello, cuanto ha estimado de interés y conveniente a su derecho para suscitar en la misma dudas acerca de la inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, dicho órgano jurisdiccional, tras un examen y análisis razonado de esas alegaciones, e incluso de la prueba y antecedentes aportados por la propia recurrente, en el ejercicio de su jurisdicción, ha rechazado las dudas de constitucionalidad que en él trataban de provocarse.»

productora de perjuicios indemnizables? (59) Finalmente, visto que el Tribunal Constitucional ha entendido que «determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede determinarse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto» (60), sólo podría considerarse razonable la decisión del juez de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad si esta doctrina, vinculante de acuerdo con el artículo 5.1 LOPJ, se hubiera respetado.

Que la doctrina de la STC 159/1997 a propósito del alcance de la STC 173/1996 era discutible, se puso de manifiesto en el seno del Tribunal, de lo que quedó constancia en tres votos rotundamente discrepantes (61).

(59) STC 190/1990 FJ 3.º: «[L]os errores de los órganos judiciales, cuando no son imputables a la negligencia de la parte, no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, pues si así se entendiera, se configuraría una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva». ¿Qué queda de la «doctrina» del ATC 272/1991?: «La aplicación de una norma material o formalmente inconstitucional no es en sí misma causa directa y necesaria de una lesión en los derechos fundamentales sustantivos del sujeto a quien la ley se aplica cuando la razón de la inconstitucionalidad no es, precisamente, la de que la norma aplicada viola alguno de los derechos constitucionalmente garantizados. Como quiera que entre estos derechos se encuentra, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, al acceso a la justicia y a recibir de ésta una respuesta fundada en Derecho, *no cabe duda de que una decisión judicial fundada en la aplicación de una norma legal respecto de la que el interesado instó en su momento, y razonadamente, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, puede ser atacada en esta vía de amparo, pues como es obvio no es decisión fundada en Derecho la que se apoya en una norma inválida.*» (FJ 2.º, se añade la cursiva).

(60) STC 173/1996, FJ 3.º Es doctrina ya anunciada en sentencias anteriores. Así en la STC 150/1990, FJ 8.º: «el principio de seguridad jurídica, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto... sí protege... la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad. Serán, en definitiva, las circunstancias específicas que concurren en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad (STC 126/1987, Fundamento Jurídico 11)».

(61) Los votos fueron suscritos por los Magistrados García-Mon, Jiménez de Parga, Mendiábal (que se adhiere al formulado por el anterior) y Gimeno Sendra. La conclusión de la STC 159/1997 fue la referencia para resolver otros recursos de amparo sobre el mismo asunto: así, SSTC 183/97, 55/98, 71/98, 137/98, 36/99, 84/99, 200/1999, 124/2000 y 111/2001, algunas de ellas acompañadas de votos particulares que insisten en la discrepancia ya manifestada en la STC 159/97. Algunas de estas sentencias incorporan nuevos matices. La STC 71/98 no considera vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por el hecho de que el Tribunal Supremo inadmitiera a trámite un recurso de casación (por razón de la cuantía) a pesar de que en las mismas circunstancias, respecto de otros recursos idénticos, había optado por suspender la decisión sobre admisión hasta tanto no se resolvieran las cuestiones de inconstitucionalidad pendientes ante el TC

Valorada a la luz de lo sucedido en este caso, la solución facilitada por el Tribunal Supremo, justificada en abstracto mediante la doctrina de la responsabilidad del legislador por las leyes inconstitucionales, fue un buen remedio. Esto, no impide, sin embargo, apreciar ciertos defectos de construcción. Entre ellos, el de su alcance excesivo.

La doctrina de la responsabilidad del Estado legislador por los perjuicios derivados de la aplicación de una ley inconstitucional, a primera vista, cierra el círculo de la garantía de la Constitución. Por un lado, impide la consolidación de daños provocados por «la actuación antijurídica» del legislador. Por otro, soluciona llamativas situaciones de inequidad, derivadas del hecho de que, en nuestro sistema, los tribunales sean la puerta de acceso pero también de cierre para los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad. En idénticas circunstancias, la misma ley puede ser aplicada por unos tribunales y cuestionada por otros, con el resultado de que si la ley es finalmente declarada inconstitucional, los afectados por su aplicación judicial habrán de conformarse, si tal acto de aplicación, por cualquier motivo, ha devenido inimpugnable. En teoría, mientras una ley no haya sido declarada inconstitucional por quien tiene competencia para hacerlo, y no haya sido expulsada del ordenamiento, es una ley; la sospecha de su inconstitucionalidad, en nada afecta a su eficacia. En la práctica, esto no es rigurosamente exacto: la sospecha de inconstitucionalidad *afecta* a la eficacia de la ley, justifica que jueces y tribunales procedan al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y se abstengan de aplicarla. El riesgo de una «desigualdad» en la aplicación judicial de la ley por razón de la diversidad de criterios judiciales a propósito de su constitucionalidad es real y, esa desigualdad, lejos de remediarse, se consolidará definitivamente si, como suele suceder, la declaración de inconstitucionalidad llega demasiado tarde para quienes en su momento no objetaron la aplicación judicial de la ley o lo hicieron sin éxito.

Desde esta perspectiva, la acción de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley declarada inconstitucional es un remedio a una situación de desigualdad. Sitúa en el mismo plano a todos los afectados por

(resueltas por la STC 173/96). En la STC 84/99, el Fiscal aboga por la concesión del amparo y la declaración de nulidad de actos basados en la ley declarada inconstitucional y nula. En la STC 36/99, el Magistrado Garrido Falla, recién incorporado al TC, se adhiere a la discrepancia. La STC 124/2000 otorga el amparo, basado en la vulneración del artículo 24.1: el Tribunal aprecia incongruencia omisiva en la sentencia recurrida. Los recurrentes habían interesado del TSJ de Madrid el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad (a propósito del precepto posteriormente declarado inconstitucional) pero el TSJM contestó declarando la legalidad constitucional de la tasa fiscal del juego conforme a la Ley de Presupuestos de 1991. La concesión del amparo en este caso tiene el efecto de abrir a los recurrentes la vía para el recobro de lo indebidamente ingresado.

la ley y permite a los perjudicados por ella —también a quienes no fueron «conscientes» del perjuicio en un primer momento— reclamar compensación. Pero va más allá, porque para ejercitar esta acción no sólo es irrelevante la conducta previa del afectado, sino también la anterior opinión de los jueces sobre la constitucionalidad de la ley. Sólo la declaración de inconstitucionalidad «pone de manifiesto» —para todos, también para los jueces— que la ley *era* inconstitucional, incapaz por tanto de imponer a sus destinatarios, en su caso, el deber jurídico de soportar cargas que afectaban a sus derechos e intereses legítimos. Quien se considere perjudicado por cumplir la ley inconstitucional, puede demandar compensación. Para ejercitar la acción de responsabilidad dispone, según indica el Tribunal Supremo, del plazo de un año a contar desde la fecha de la publicación en el *BOE* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad (62).

No hace falta un gran despliegue argumental para concluir que de este mo-

(62) El Tribunal Supremo recurre a la doctrina de la *actio nata* para justificar el momento a partir del cual es ejercitable esta «acción de responsabilidad»: «En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy por el artículo 139 de la LRJ-PAC. Este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la «actio nata» o nacimiento de la acción. *Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por considerarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones públicas*» (FD 9.º STS 13 de junio de 2000, cursiva añadida).

A la vista de este razonamiento es sensato preguntarse por qué la doctrina de la «actio nata» no puede ser asimismo aplicada al ejercicio de acciones dirigidas a reclamar la devolución de lo indebido, en aquellos casos en los que el carácter de «indebido» deriva de la inconstitucionalidad de la ley que establece el tributo. Esta ha sido, por lo demás, una vía ensayada por algún tribunal en casos como el que el Tribunal Supremo resuelve: «[S]e puede decir que no se dio el supuesto del «ingreso indebido» hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional, y por ello hasta la misma no pudo ejercitarse la acción de devolución», Sentencia de 28-12-1999 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso, sede en Burgos, FD 5.º

Claro que admitir que la sentencia de inconstitucionalidad es condición para el nacimiento de acciones (inicio del plazo de ejercicio de acciones) como las de responsabilidad patrimonial o devolución de ingresos indebidos, tiene muy serias consecuencias. Y sobre todo, sólo puede fundarse sobre la premisa de que los tribunales no pueden decidir concluyentemente sobre la constitucionalidad de las leyes que aplican *ni siquiera respecto del litigio que juzgan*.

do, los esfuerzos del Tribunal Constitucional por limitar en atención a ciertas circunstancias las consecuencias de la inconstitucionalidad de la ley sobre actos pasados de aplicación, sobre situaciones consolidadas, pierden mucho de su sentido. Cabe preguntarse si lo tenían —si lo siguen teniendo— y, también, por qué habrá sido que el Tribunal Supremo se ha mostrado, al reconocer este «derecho» a la indemnización, generoso y audaz donde el Tribunal Constitucional ha sido «poco sensible» y precavido (63). Respecto de esta última pregunta, quizá la respuesta más simple sea también la más acertada. A ella me refiero a continuación.

IV. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY COMO DECLARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

En opinión del Tribunal Supremo,

«La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece...una especial claridad en el supuesto de la ley *declarada* inconstitucional» (64).

En efecto, si toda declaración de inconstitucionalidad sirve como declaración de responsabilidad del legislador, no hay conclusión más clara que la de que todo daño derivado de la aplicación de una ley inconstitucional es antijurí-

(63) Apelando a razones de seguridad jurídica y, para lo que nos interesa, de igualdad, el Tribunal Constitucional ha limitado en ocasiones la posibilidad de impugnar decisiones administrativas o judiciales basadas en la ley declarada inconstitucional y nula. El Tribunal, de este modo, ha defendido una peculiar forma de igualdad frente a la ley, algo así como una «igualdad en la inconstitucionalidad». Al vedar el ejercicio de acciones de nulidad a quienes no impugnaron actos de aplicación de la ley antes de la declaración de inconstitucionalidad (los que «consintieron»), consigue la equiparación entre éstos y aquéllos que sí lo hicieron, aunque sin éxito, y agotaron «antes de tiempo» las posibilidades de impugnación (los que «no consintieron»). El Tribunal pretendidamente evita el agravio consistente en «un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales» (FJ 11 STC 45/1989), igualando a todos en la imposibilidad de recurrir. Como antes he indicado, queda sin resolver el problema de qué sucede con quienes incumplieron la ley después declarada inconstitucional que, paradójicamente, se encontrarían en situación más ventajosa que quienes, consintiéndola o no, la cumplieron.

(64) En la Sentencia de 29 de febrero de 2000, FD 4.º La cursiva es nuestra.

dico y por lo tanto indemnizable. La conclusión fallaría, sin embargo, si esa presupuesta conexión entre inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del legislador no se diera o, digamos, no se diera en todos los casos.

El punto débil de la construcción de la doctrina de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales está en la consideración de la ley inconstitucional como un ilícito del legislador, un acto antijurídico, un resultado del «anormal funcionamiento» del poder legislativo. Con seguridad, el Tribunal Constitucional no comparte, al menos en la actualidad, esta forma de entender el «hecho» de la inconstitucionalidad de la ley. Y entre sus razones para limitar los efectos *pro praeterito* de las decisiones de inconstitucionalidad ocupan un lugar preeminente las que tienen que ver con la protección de la confianza en la ley —en la validez de la ley—, con la deferencia hacia el legislador y con el respeto a las decisiones de los jueces que, siendo intérpretes cualificados del derecho que aplican, no dudaron de la validez de la ley. Normalmente, y pese a la retórica de las sentencias constitucionales en este punto, la inconstitucionalidad no es algo «evidente»; lo contrario llevaría a cuestionar la voluntad constitucional del legislador que hizo la ley inconstitucional y, por lo mismo, la de los jueces que la aplicaron.

Decir de una ley que es inconstitucional no es más que afirmar que es —por cualquier razón— incompatible con la Constitución, lo que no necesariamente implica que se trate de una norma particularmente injusta, odiosa o intolerable. La previsión en un ordenamiento de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes no está pensada para impedir la aparición de leyes inconstitucionales sino para garantizar la eficacia de la Constitución frente a la ley. Pero es la propia Constitución la que, al tiempo que establece los cauces y las consecuencias del control de constitucionalidad, reconoce la eficacia de las leyes inconstitucionales, que sólo podrán ser dejadas sin efecto a través del procedimiento previsto; dicho de otro modo, mientras no se declare la inconstitucionalidad de la ley por el órgano competente para hacerlo y por el procedimiento adecuado, el «hecho» de la inconstitucionalidad de la ley en nada afecta a su eficacia. Si la legitimación para impugnar leyes correspondiera al «perjudicado» por la ley, podríamos establecer una conexión entre perjuicio o daño causado por la ley y control de constitucionalidad, pero en nuestro sistema no es así, o al menos, no es éste el presupuesto del control (dejemos aparte por ahora el asunto del amparo frente a leyes). En principio, cuando la posibilidad de cuestionar la eficacia de una ley por razón de su inconstitucionalidad se reserva a unos pocos sujetos, lo que resulta es que para el resto, la circunstancia de la inconstitucionalidad es, desde el punto de vista del Derecho, irrelevante, que para ellos la perspectiva de la declaración de inconstitucionalidad es tan imprevisible como lo pueda ser la derogación, una eventualidad sobre la

que no pueden fundar expectativas. También es verdad que el nuestro es un curioso sistema en el que los particulares pueden objetar la ley por razón de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios, sin que de ello derive derecho alguno a la inaplicación de la ley inconstitucional; pueden «provocar la duda de inconstitucionalidad» en el juzgador pero, salvo en casos contados —sólo cuando esté en juego la defensa de un derecho protegido por amparo—, no podrán impugnar la decisión del juez de aplicar la ley y no plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En los ordenamientos que no prevén control de inconstitucionalidad de las leyes, ciertamente, el criterio del legislador es jurídicamente incuestionable. Pero también lo es, en los sistemas en los que este control está establecido, el criterio de los jueces de última instancia en cuanto a la constitucionalidad de la ley que aplican (cuando el control es difuso), o el de los Tribunales Constitucionales. Si se parte de la idea, creo que convencionalmente aceptada, de que cualquier cuestión de constitucionalidad es, sobre todo, una cuestión acerca del preciso alcance y significado de los preceptos constitucionales, o sea, un problema de interpretación (constitucional y, a veces, legal), se comprende bien lo inadecuado de conectar el «hecho» de la inconstitucionalidad de la ley con el comportamiento antijurídico del legislador o, en general, con el ejercicio ilícito de su competencia. Una calificación de este tipo debería reservarse para los casos, de esperar extraordinarios, en los que el legislador deliberadamente ignora límites inequívocos que la Constitución le impone.

No voy a ocuparme ahora de las sobradamente reconocidas complejidades de la interpretación constitucional. Tampoco de la interminable discusión acerca de quién debe ser el intérprete último de la Constitución. Quisiera destacar únicamente que las posibles diferencias de opinión en cuanto al sentido y significado de los preceptos constitucionales, resueltas, llegado el caso, por el pronunciamiento autorizado del Tribunal Constitucional, no son evidencia de un defecto de factura de la Constitución —que el Tribunal haya de enmendar— sino la forzosa consecuencia del carácter abierto de los enunciados constitucionales. Y puesto que el Tribunal Constitucional no resuelve dudas interpretativas de la Constitución fuera del marco de los procesos constitucionales, es decir, sólo se pronuncia sobre ellas con ocasión de la impugnación de un acto del poder público, con frecuencia sucede que la decisión a propósito de la adecuación a Constitución del acto impugnado viene acompañada la previa concreción del canon de constitucionalidad al que tal acto hubiera debido ajustarse. Y puede muy bien darse el caso de que, por ejemplo, una ley sea condenada por no cumplir con requisitos, condiciones, deducidos de la Constitución, pero en modo alguno «evidentes» —vamos a decir, indiscutibles— antes de que el Tribunal los explicitara. ¿Cómo justificar una condena a la ley por no atenerse a

una regla de constitucionalidad anunciada o fijada *ex post facto*? Javier Jiménez ha sugerido la conveniencia de «ensanchar» la noción de «inconstitucionalidad sobrevenida» para subrayar este fenómeno de la relativa incertidumbre —e inestabilidad— del canon de constitucionalidad (65).

El asunto quizá fuera más sencillo de explicar si se admite la distinción entre dos «tipos» de inconstitucionalidad: por infracción de la letra de la Constitución y por infracción de la doctrina constitucional. Ambas —la Constitución y su glosa por el Tribunal Constitucional— conforman el parámetro de constitucionalidad pero no son realidades indistinguibles. Alguien puede decir que nunca se impone un texto normativo sin previa interpretación, pero creo que esta objeción puede ceder si se admite que cualquier modificación de la doctrina constitucional, que tiene el efecto de alterar el parámetro de la constitucionalidad, no implica la reforma de la Constitución. La vinculación de los poderes públicos —entre ellos, el legislador— a la doctrina constitucional es consecuencia de la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, no como constituyente, y no parece lógico calificar de «antijurídicas» las razonables discrepancias en cuanto al alcance y significado de los preceptos constitucionales mantenidas por quienes, en el ejercicio de la competencia que les ha encomendado la Constitución y, precisamente para ejercerla «de acuerdo con la Constitución», han de interpretarla. El asunto es más claro, o quizás, al contrario, se complica, si se toman en cuenta las discrepancias en el propio seno del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de interpretación constitucional (66). Que la interpretación constitucional de este Tribunal se sobreponga a cualquier otra es consecuencia de su status como órgano de solución de controversias a propósito de la interpretación de la Constitución y, no necesariamente, de su función de garante de la Constitución. De modo que no toda declaración de inconstitucionalidad es confirmación de una «actuación antijurídica» del legislador.

Es coherente que el Tribunal que apura las posibilidades de interpretación de la Constitución, atenúe la exigencia al legislador de atenerse a límites, de respetar reglas, de cumplir con mandatos, que aunque derivados de la Consti-

(65) J. JIMÉNEZ CAMPO: «La declaración de inconstitucionalidad de la ley», *cit.*, pág. 112. Este autor enfatiza lo «impredecible» de la inconstitucionalidad: «Desconocemos, en buena medida si nuestras leyes serán un día contrarias a la Constitución... Una consideración madura y realista de las cosas debe sugerirnos que el distingo, ni banal ni arbitrario, entre constitucionalidad e inconstitucionalidad sí tiene, en muchos casos, no poco de contingente».

(66) En definitiva, la interpretación constitucional que se impone es la que apoya «la mayoría» del Tribunal. Me permito remitir en este punto a mi trabajo «La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional», *REDC*, núm. 58 (2000).

tución no eran evidentes antes de que el Tribunal los explicitara. Y algo parecido podría decirse del nivel de exigencia a los jueces ordinarios en cuanto aplicadores del Derecho «según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». De hecho, así se entienden mejor esas ocasiones en las que este Tribunal, al tiempo que reconoce la inconstitucionalidad de una ley, «comprende» que los jueces ordinarios la hayan venido aplicando sin reparo alguno, e incluso, hayan rechazado «razonablemente» el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Por decirlo de otro modo, cuando la inconstitucionalidad no es manifiesta y la ley supera los estándares de constitucionalidad establecidos hasta el momento por la jurisprudencia constitucional, la declaración de inconstitucionalidad no constituye una «expectativa» sobre la que apoyar pretensiones (67). Otra cosa es que de la aplicación de una ley aparentemente constitucional se derive la lesión de derechos e intereses legítimos. Y en este punto debemos volver a nuestro asunto, el de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El que una ley afecte peyorativamente a derechos e intereses legítimos de sus destinatarios no la convierte en inconstitucional, aunque tampoco está excluido que en algún caso sean los perjuicios que la ley provoca en todos o algunos de sus destinatarios los que estén en la base de una decisión de inconstitucionalidad. En general, una ley que lesiona derechos reconocidos en la Constitución será declarada inconstitucional, pero también puede ser que una ley que en alguna concreta aplicación vulnera derechos —incluso, derechos protegidos por amparo— no sea, atendiendo a este motivo, declarada inconstitucional (68). De manera que la producción de «daños» por parte de la ley, no

(67) La cuestión sería larga de explicar aquí, pero en todo caso, quisiera llamar la atención sobre el dato de que la conocida doctrina norteamericana de la *prospectivity*, la que permite a tribunales superiores limitar *pro futuro* los efectos de su doctrina, aunque muy discutida, se ha justificado para los casos de decisiones judiciales que quiebran una línea jurisprudencial anterior bien consolidada o introducen una regla radicalmente nueva y, en ese sentido, son impredecibles (*overruling decisions*, o las que suponen *a clear break with the past*). Puras razones de oportunidad, no justifican limitaciones de la retroactividad «normal» de las decisiones judiciales.

(68) Esto se ve claro en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional concede el amparo porque la aplicación de la ley lesionó derechos del recurrente, se plantea autocuestión y decide, finalmente, que la ley no es inconstitucional a pesar de que de su aplicación haya podido derivarse, en algún caso, lesión de derechos (así, por ejemplo, en la STC 185/1990). Y es esta misma idea, la de que el hecho de que la ley «permita» aplicaciones inconstitucionales no la convierte en inconstitucional, la que está en la base de muchas sentencias interpretativas (a menudo, dictadas en procesos de amparo) y en algunas declaraciones «limitadas» de inconstitucionalidad (llamativamente, por ejemplo, en la STC 145/1988). El Tribunal Constitucional también ha llegado a pronunciar declaraciones de inconstitucionalidad —por vulneración de derechos fundamen-

es necesariamente relevante en el juicio de inconstitucionalidad. Pero es determinante para la exigencia de indemnización. Por esta razón, me parece, de la circunstancia de la inconstitucionalidad de la ley no debe extraerse, sin más, la responsabilidad del legislador por «daños» que antes de la declaración de inconstitucionalidad no se consideraban susceptibles de indemnización (69). Salvo, claro está, en aquellos casos en los que la causa de la inconstitucionalidad radique precisamente en los daños que la ley produce, como sucedió en el supuesto de la STC 173/1996.

Según indica la LRJ-PAC en su artículo 142.4, «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización». La misma regla debe trasladarse al caso de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley. Además, cuando el Tribunal Constitucional limita los efectos de la inconstitucionalidad hacia el pasado (cosa que no hizo en la sentencia recién mencionada), provoca, de hecho, la convalidación de la ley para el pasado, de modo que los eventuales daños que una ley así hubiera podido ocasionar sólo serán indemnizables si, en todo caso, con independencia de la inconstitucionalidad de la ley, lo eran. La acción de responsabilidad por daños derivados de la ley, entonces, no «nace» automáticamente con la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad.

Pero hay algo más. Si, como razona el Tribunal Supremo, la acción de responsabilidad por daños derivados de leyes inconstitucionales sólo se puede ejercer después de recaída la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, estamos en presencia de una acción cuya virtualidad depende de que otros —y nunca directamente los afectados por la ley— hayan presentado recurso de inconstitucionalidad o planteado cuestión de inconstitucionalidad. Sin ser consciente de ello, cada vez que resuelve sobre la constitucionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional está decidiendo sobre la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad por daños derivados de la aplicación de la ley que examina.

¿Sería posible ejercitar esta acción de responsabilidad patrimonial (del legislador) por daños derivados de leyes inconstitucionales *antes* de recaída la declaración de inconstitucionalidad? Si la respuesta es positiva, la conclusión

tales— circunscrita en cuanto a sus efectos al caso que juzga (STC 136/1999). Si adoptáramos definitivamente la distinción, básica en el sistema de *judicial review*, entre inconstitucionalidad de la ley *on its face* y *as applied*, es posible que la incierta técnica de las sentencias interpretativas y la aún más incierta de la determinación de sus efectos ganara en coherencia.

(69) Por ejemplo, porque no eran concretos, especiales, singularizados, la ley no imponía un sacrificio especial, ni tenía efectos expropriatorios, ni lesionaba la confianza.

sólo puede ser la de que los justiciables, demostrada la existencia de perjuicios derivados de la aplicación de la ley, tienen «derecho» a que los jueces planteen cuestión de inconstitucionalidad con vistas a «aclarar» la responsabilidad del legislador. Si es negativa significa que, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley que los jueces han venido aplicando sin inconveniente —sin dudas de constitucionalidad— durante años, es la base para solicitar indemnizaciones por perjuicios que hasta entonces nadie, es posible que ni siquiera los propios afectados, había considerado antijurídicos o indemnizables.

¿No será que mediante el descubrimiento de esta acción que, según el Tribunal Supremo dice, nace con la sentencia de inconstitucionalidad, este Tribunal inaugura una vía de reparación de «errores» legislativos, pero también, judiciales?

V. EL «DERECHO A NO SER PERJUDICADO POR UNA LEY INCONSTITUCIONAL»: ¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR O DEL ESTADO-JUEZ?

Si no hay una conexión necesaria entre inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del legislador, puede decirse que no hay más régimen de responsabilidad del legislador que el general, con todas sus dificultades; no hay un régimen especial, más simple, para el caso de que la ley haya sido declarada inconstitucional. Cuando el juez estime que el perjuicio que de la ley se deriva para el afectado, sería indemnizable sólo si la ley fuera inconstitucional —esto es, sólo entonces se consideraría antijurídico— lo que procede es el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Si no la plantea es porque considera que el particular tiene «el deber jurídico de soportar» la ley y, consiguientemente, el perjuicio que derive de su aplicación. Si con posterioridad el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley, y la inconstitucionalidad se funda en los perjuicios que la ley ocasionaba, el perjudicado por su aplicación judicial tendrá abierta la vía de la responsabilidad patrimonial por «error judicial» (70). Pero de este modo resulta también que quien se aquietó y consintió la ley no tendrá derecho a reparación a menos que, atendidos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, en los

(70) En la STS de 11 de noviembre de 1997 (Az. 8305), el Tribunal Supremo, aludiendo a los supuestos de responsabilidad a los que se refieren los artículos 121 CE y 292 LOPJ, señala que están limitados «a los casos de error judicial, *al que, a lo sumo, podría equipararse el error o inconstitucionalidad de la ley*» (FD 4.º, se añade la cursiva).

términos en que el Tribunal Constitucional indique, pueda impugnar el acto de aplicación.

Una percepción no muy distinta a ésta es la que late en la primera de las sentencias del Tribunal Supremo —la de 29 de febrero de 2000— a propósito de la responsabilidad derivada de la inconstitucionalidad de la ley. En esta sentencia no se pasa por alto el dato de que el perjuicio provocado por la ley se consolidó desde el momento en que el juez no planteó la cuestión:

«La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión» (71).

Sin embargo, el Tribunal Supremo no da el último paso, y cuando se trata de imputar la responsabilidad concluye que,

«La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, *directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional*» (72).

(71) En el Fundamento de Derecho 6.º

(72) En el mismo FD (cursiva añadida). Pero una ley que no se aplica, es una ley que «no perjudica», pues no son indemnizables perjuicios temidos o inciertos. En todo caso, si en esta primera de las sentencias de 2000 el Tribunal Supremo concedió relevancia al hecho de que los perjudicados nunca consintieran la ley y denunciaran su inconstitucionalidad ante el tribunal encargado de revisar su aplicación, en las siguientes sentencias este argumento deja de ser importante. De hecho, la Sentencia de 13 de junio de 2000 concede indemnización a quien se conformó con la ley (no protestó ni expresó disconformidad con el pago del gravamen). El Magistrado Xiol Ríos discrepó de lo que consideró un indebida extensión de esta doctrina de la responsabilidad: «Aunque en nuestra sentencia no se dijera expresamente así, puede apreciarse un error judicial objetivo y sobrevenido, consistente en aplicar una ley luego declarada inconstitucional. El error judicial constituye uno de los supuestos de excepción a la eficacia de la cosa juzgada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial... Existe una discrepancia respecto de la sentencia precedente que no se justifica satisfactoriamente. En aquélla se pone énfasis en el hecho de que la parte recurrente agotó todos los recursos para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley a la que se imputa el perjuicio hasta obtener una sentencia firme desfavorable. En esta de la que disiento no se reconoce relevancia a la ausencia de este requisito» (en VP a la STS 13 de junio de 2000).

Frente a esta opinión, si el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional comprende, inevitablemente, el derecho a no ser perjudicado «por la aplicación» de una ley inconstitucional, tiene todo el sentido preguntarse por el tanto de responsabilidad que comparten los jueces con el legislador por la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales.

A diferencia de lo que sucede en el caso de los órganos de la Administración, los judiciales no están forzados a aplicar las leyes sin tomar en cuenta la circunstancia de su posible inconstitucionalidad. En nuestro sistema, los jueces participan en el control de constitucionalidad, de hecho, ejercen el control. Respecto de las leyes postconstitucionales, a ellos se les confía la decisión de plantear cuestiones de constitucionalidad o, lo que es lo mismo, son responsables, en su caso, de la decisión de «no plantear» una cuestión de inconstitucionalidad (73). El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo invariablemente que tal decisión es irrevisable y que de ningún modo existe un «derecho» de las partes en el litigio al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, aun cuando puedan proponerlas (74). Y esto sería así porque —siempre según el Tribunal— la cuestión no actúa como garantía para el justiciable de que la ley que se le aplica es constitucional. La cuestión sirve a otros fines: soluciona el dilema en el que eventualmente se puede encontrar el juez obligado a decidir conforme a la ley pero también de acuerdo con la Constitución y permite la colaboración de los jueces con el Tribunal Constitucional en el elevado aunque a veces poco práctico fin de la «depuración» del ordenamiento. En definitiva, que los ciudadanos no tienen un «derecho» a la constitucionalidad de las leyes, como tampoco a que las leyes que se les apliquen sean —con certeza— constitucionales.

Sin embargo y a la vista de la recién estrenada doctrina de la responsabili-

(73) «Su juicio, que es decisivo cuando resulta positivo para la constitucionalidad de la ley, es, cuando resulta negativo, realmente un juicio de *manifesta fondatezza* [de la sospecha de inconstitucionalidad]. La facultad de analizar la ley, desde el punto de vista de su constitucionalidad, es, pura y simplemente... el equivalente funcional de la *judicial review*. Lo único que se le sustrae al juez ordinario es la facultad de declarar por sí mismo la inconstitucionalidad, pues esta competencia... sí es exclusiva del Tribunal Constitucional», F. RUBIO: «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993), pág. 474.

(74) No obstante, el Tribunal Constitucional puede llegar a la conclusión de que el juez vulneró un derecho fundamental porque aplicó la ley que lo lesionaba. Esto sucede en los casos en los que el Tribunal Constitucional se plantea «autocuestión»: no se hubiera producido la lesión del derecho (comprobada en el amparo) de haber planteado el juez ordinario la cuestión de inconstitucionalidad (que se plantea de oficio el Tribunal Constitucional). Es muy claro en las SSTC 18/1994, 34/1981 o 160/1986.

dad por las leyes inconstitucionales, ¿podría entenderse que —en ciertos casos, bajo ciertas condiciones— el rechazo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad a propósito de una ley posteriormente declarada inconstitucional, fue causa directa de la lesión de derechos o intereses legítimos de alguna de las partes en el litigio? Cuando de la aplicación judicial de la ley que después se demuestra inconstitucional deriva un perjuicio que la parte «no tiene el deber jurídico de soportar», en esos casos en los que la aplicación de la ley fue la necesaria consecuencia del rechazo a plantear cuestión, ¿no estaríamos ante un supuesto de «error judicial»? Y entonces, ¿responsabilidad del Estado-legislador o también (o en cambio) del Estado-juez?

Para justificar esta consecuencia —la responsabilidad del Estado-juez por la aplicación judicial de leyes inconstitucionales— no habría más que acudir, de nuevo, al principio de constitucionalidad, que impone a los jueces particularmente la obligación de interpretar y aplicar el derecho conforme a la Constitución. El «no planteamiento» de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la ley que se declara con posterioridad inconstitucional sería un «error» que, en la medida en que ocasione un daño a los involucrados en el litigio, irreparable de otro modo, dará lugar a una indemnización con cargo al Estado. ¿Una consecuencia excesiva? En estos términos, probablemente, aunque no más que la que se deriva de aceptar la responsabilidad objetiva del Estado legislador por las leyes inconstitucionales (75).

No es por casualidad, en el asunto que está en la base de las sentencias que comentamos, que los «perjudicados» por la aplicación de la ley sean, precisamente, los que no ejercitaron, o ejercitaron sin éxito, la acción para la devolución de lo indebido. La acción de responsabilidad es, para estos últimos, una segunda oportunidad, una vía para conseguir lo mismo que hubieran podido obtener de no haber rehusado el tribunal el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o, más en general, de no estar clausurada la vía de la revisión. Es decir, de no existir el impedimento legal del artículo 40.1 LOTC o, en este caso, del artículo 158 de la Ley General Tributaria (76).

(75) «Pienso que una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad, acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, pasaría por un entendimiento de la cuestión que, reservada en su planteamiento a los Tribunales ordinarios, obligara a estos a justificar adecuadamente su negativa a suscitara y, en lo que ahora importa, permitiera la modulación de los efectos establecidos en el artículo 40.1 LOTC, a los fines de que, interesada —sin éxito— la promoción de la cuestión, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma pudiera desplegar su eficacia en el proceso concluido por Sentencia» (VP del Magistrado Jiménez de Parga a la STC 159/1997).

(76) Este precepto establece que: «No serán en ningún caso revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme».

VI. CUESTIONES ABIERTAS. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
Y REPARACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD:
EL LÍMITE DE LA COSA JUZGADA

«Por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)...», tal es la fórmula con la que de modo casi rutinario el Tribunal Constitucional introduce y justifica la limitación de los efectos de la inconstitucionalidad sobre actos pasados de aplicación de la ley declarada inconstitucional. La preservación de la seguridad jurídica parece ser, también, el fin que inspira la regla del artículo 40.1 LOTC.

El Tribunal no ha dudado, cuando lo ha considerado preciso por razones de interés público, en limitar, más allá de lo que fuerza el artículo 40.1 LOTC, las posibilidades de impugnación de actos o disposiciones fundados en la ley inconstitucional. Y, al contrario, no ha reconocido la posibilidad de excepcionar los límites fijados por este artículo a la revisión de decisiones judiciales firmes sobre la base de la inconstitucionalidad de la ley aplicada. En la práctica, sin embargo, esta revisión se ha producido de hecho en algunos casos, por ejemplo, cuando el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de la ley por impedir o negar el reconocimiento de un derecho exigible ante los tribunales.

La regla de la intangibilidad, inmodificabilidad, invariabilidad de las decisiones judiciales firmes está, sin duda, conectada con el principio de seguridad jurídica pero también, y particularmente, como ha indicado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (77). Evidentemente, la previsión por ley de cauces de revisión de sentencias firmes —así como, más limitadamente, la posibilidad de rectificación, de oficio o a instancia de parte, de errores materiales manifiestos o aritméticos en los que incurran sentencias o autos definitivos (artículo 267 LOPJ)— no vulnera ni aquél principio ni este derecho, pues la regla

(77) «Es doctrina reiterada de este Tribunal que el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que «este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello». El derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE «actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (SSTC 23/1994, Fundamento Jurídico 1.º, y 19/1995, Fundamento Jurídico 2.º, con cita de otras muchas)». STC 48/1999, FJ 2.º

de la inmodificabilidad no está pensada para convalidar errores judiciales (78).

El artículo 40.1 LOTC contempla como excepción a la regla general la posibilidad de revisar sentencias ya firmes recaídas en procesos penales y contencioso-administrativos sancionadores, y esto, por exigencias del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 CE. Fuera de este supuesto, entonces, la inconstitucionalidad de la ley determinante de un fallo judicial no sirve como fundamento autónomo de revisión de lo decidido por sentencia definitiva.

Respecto de litigios entre particulares, seguramente, esta previsión tiene mucho sentido. La presunción de constitucionalidad de la ley, la protección de la confianza en las decisiones de los tribunales, de la buena fe de las partes en el litigio, de los intereses de terceros afectados por la decisión, justifican el mantenimiento de decisiones que se basaron en la ley entonces aplicable y de cuya constitucionalidad el juez no dudó (79). Tiene menos sentido, sin embargo, respecto de litigios que enfrentaron al particular con la Administración y en los que se cuestionó la imposición de «prestaciones personales o patrimoniales de carácter público» que, como dispone el artículo 31.3 de la Constitución, sólo pueden establecerse con arreglo a la ley. Si la ley en virtud de la cual se exi-

(78) «[E]l referido principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes garantiza a los que son o han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo que hayan alcanzado firmeza, no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces previstos (SSTC 159/1987, 119/1988, 12/1989 y 231/1991), puesto que tal hipotética posibilidad de alterar los términos de las resoluciones firmes ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica, pues supondría acabar con la noción misma de firmeza, dejando al albur de peticiones de las partes o de actuaciones de oficio, improcedentes y extemporáneas, el resultado final de cualquier procedimiento judicial (SSTC 119/1988). Ahora bien, también se ha declarado que la inmodificabilidad de las Sentencias firmes no es un fin en sí mismo sino un instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial y que no integra el referido derecho «el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (SSTC 119/1988 y 16/1991)». ATC 228/1993, FJ 2.º

«[E]l remedio frente a posibles errores de los Tribunales ordinarios en el ejercicio de su función jurisdiccional se encuentra circunscrito por el sistema de recursos establecido por el legislador y, cuando no exista un recurso susceptible de modificar la resolución dictada, por la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, si dicho error es patente o manifiesto (arts. 293 a 295 LOPJ)». STC 82/1995, FJ 5.º

(79) Tiene interés en este punto, el artículo 106 LRJ-PAC que se refiere a los límites de la revisión en el ámbito de la actuación administrativa, pero que podrían muy bien trasladarse a cualquier otro: «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»

gieron se declara inconstitucional, ¿por qué impedir la revisión de procesos que confirmaron la obligación del administrado a prestaciones «de carácter público» indebidas cuando carecen de base legal? ¿Cuál es aquí el interés protegido por la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales? No, desde luego, la tutela judicial efectiva; y tampoco parece que genéricas exigencias de seguridad jurídica justifiquen siempre y en todo caso el sacrificio del particular (80).

El Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, puede limitar la posibilidad de remover situaciones que, sin haber sido fijadas por una decisión judicial firme, considera «consolidadas» y, en esa medida, inatacables, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad de la ley en la que se basaron. En la medida en que tal limitación supone una restricción especial para el ejercicio de acciones de otro modo subsistentes, debe ser expresa y justificada. Esto no implica que, cuando en la sentencia constitucional nada se diga al respecto, sea posible la revisión de todo tipo de actos fundados en una ley declarada inconstitucional. La posibilidad de revisión depende de múltiples factores.

La solución de la acción de responsabilidad patrimonial por las leyes inconstitucionales, tal y como la construye el Tribunal Supremo, constituye una vía alternativa a la de la revisión que, en el caso concreto, compensa la imposibilidad de ejercitar acciones para la devolución de lo indebido. Tal imposibilidad no habría existido: 1) de haberse reconocido la posibilidad de revisar las sentencias de Tribunales Superiores Justicia que se basaron en la constitucionalidad de la ley para desestimar la solicitud de devolución de las cantidades ingresadas (81); 2) ni de haber estado abierta la posibilidad de revisión de las decisiones de los TEARs que rechazaron solicitudes de rectificación de liquidaciones y devolución de lo indebido, obligados por su incapacidad de cuestionar la ley; 3) o, finalmente, en aquellos casos en los que no se intentó la devolución, si se hubiera admitido la posibilidad de instar, directamente, ante la misma Administración encargada del cobro de la tasa, la devolución de lo ingresado en forzoso cumplimiento de una ley que se demostró inconstitucional.

(80) Por otra parte, como indica el artículo 297.3 LOPJ: «La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización».

(81) Una propuesta más limitada a favor de la posibilidad de revisión: «Las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley deben permitir revisar los procesos en los que la parte hubiera interesado, sin éxito, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con normas que posteriormente hayan sido declaradas inconstitucionales por infracción de cualquier precepto inconstitucional; siempre, claro está, que la parte haya recurrido en amparo contra la Sentencia que pone fin al proceso en el plazo de los veinte días establecidos en el artículo 44.2 LOTC, como sucedió en este caso» (VP Magistrado Jiménez de Parga en STC 159/1997).

Según el Tribunal Supremo, la prescripción de la acción para solicitar lo indebido, «el valladar de la cosa juzgada», el artículo 40.1 LOTC, el artículo 158 LGT y, sobre todo, la STC 159/1997, cerraban estas vías. Pero es preciso advertir que otros tribunales no lo han entendido así y han reconocido el derecho a solicitar la devolución de lo indebido con fundamento en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del gravamen complementario. De este modo, lo que se hace valer no es un genérico principio de constitucionalidad que «por definición» hace responsable al legislador de los perjuicios derivados de leyes inconstitucionales, sino, simplemente, el específico principio de «legalidad tributaria» recogido también en la Constitución.

Si el Tribunal Constitucional hubiera limitado expresamente en la STC 173/1996 las posibilidades de impugnación de actos pasados de aplicación de la ley declarada inconstitucional y nula, la devolución de lo indebido hubiera sido impracticable, incluso por la vía de la indemnización. Porque cuando este Tribunal limita los efectos de la inconstitucionalidad sobre actos pasados de aplicación de la ley, su pronunciamiento tiene el efecto de convalidar los efectos de la ley *pro praeterito*. Pero en este caso no sucedió así. En realidad, no podía suceder así, si se tiene presente que lo que el Tribunal consideró inconstitucional fue precisamente el establecimiento *con efecto retroactivo* del gravamen complementario.

Cuando razones de seguridad jurídica, en este caso, la protección de la confianza legítima, están en la base de una declaración de inconstitucionalidad, carece de sentido invocar esas mismas razones de seguridad jurídica para justificar el mantenimiento de los efectos de la ley que la conculca, pues esto conduce a un resultado absurdo: la ley es inconstitucional por retroactiva pero la declaración de inconstitucionalidad no ha de afectar a actos pasados de aplicación, por tanto, a los supuestos de aplicación retroactiva. ¿Eficacia no retroactiva para la declaración de inconstitucionalidad de una ley por retroactiva?

La limitación en estos casos de los efectos de la inconstitucionalidad a procesos pendientes, es una invitación al pleito —y a su prolongación mientras se pueda— que no todos los afectados por la ley se pueden permitir (82). Por otro

(82) «Lo cierto es que la práctica de presentar la solicitud de ingresos indebidos inmediatamente después de presentar la declaración es consecuencia de la STC de 20 de febrero de 1989... Así se entiende la práctica que se está produciendo actualmente. Se trata con ello de no generar una situación de firmeza...» F. Serrano Antón, *Las devoluciones tributarias*, MP, Madrid (1996) pág. 296. También los tribunales son conscientes de esta práctica: «Tampoco parece que la futura eficacia del acto firme haya de exigir la cautelar impugnación de toda liquidación tributaria, amparada en disposición de carácter general, al objeto de prever su posible modificación o derogación mediante la estimación de un recurso administrativo o judicial posterior» SSTSJG 30 de abril de 1993 y de 24 de junio de 1996. Tomo estas referencias de L. MALVÁREZ PASCUAL: *Los*

lado, cumplir con la obligación impuesta por una ley, bajo amenaza de sanción, vagamente equivale a consentir la ley. A falta de vías que permitan revisar los pronunciamientos de los jueces ordinarios en cuanto a la constitucionalidad de leyes que, sin afectar a derechos protegidos por amparo, perjudican derechos e intereses legítimos de los particulares, la eficacia de ciertas disposiciones constitucionales frente a la ley que las vulnera queda al arbitrio de cada juez (83).

* * *

Propugnar el reconocimiento de un derecho a no ser perjudicado por las leyes inconstitucionales es un modo de reivindicar la eficacia de la Constitución. El obstáculo principal que en nuestro ordenamiento se yergue frente al reconocimiento de un derecho así procede, en buena medida, del modo radical en que en él funciona la presunción de constitucionalidad de las leyes. En tanto no haya sido declarada inconstitucional, una ley es una ley, y su eficacia no cede, no puede ser suspendida, ni siquiera en los casos en los que de su aplicación resultan perjuicios evidentes. La doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador ofrece un remedio —la compensación económica— para los casos en los que tales perjuicios, inevitables para el afectado y ya producidos, puedan ser evaluados económicamente. Pero es un remedio limitado que no cubre todos esos otros supuestos, quizá los más graves, en los que la aplicación de la ley provoca los llamados perjuicios de difícil o imposible reparación. En estos casos, el único remedio eficaz es la inaplicación de la ley, la posibilidad de suspender o excepcionar su eficacia.

En los sistemas de *judicial review*, el control de constitucionalidad funciona precisamente con ese carácter cautelar, protector de derechos, preventivo de la producción de perjuicios «injustos». De hecho, el control de constitucionalidad está reservado para los casos en que la ley perjudica, y esto es así porque a los jueces no se les reconoce un poder general para fiscalizar la actuación del legislador, sino que esta competencia se entiende implícita en lo que es su fun-

efectos de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de disposiciones tributarias, cit., pág. 102 y n. 206.

(83) «Hoy día... no parece haber razón alguna de peso para que, una vez implantado el amparo constitucional, éste no se extienda a los derechos fundamentales de la Sección Segunda del Capítulo Segundo; por lo demás, no tiene mucho sentido el que el TEDH esté recibiendo demandas individuales frente a España por vulneración del derecho de propiedad, con base en el primer Protocolo adicional, sin que dichas demandas, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución, hayan podido ser previamente examinadas por este Tribunal Constitucional». Son palabras del Presidente del Tribunal Constitucional, Cruz Villalón, en la Presentación de la Memoria del TC de 1999 (págs. 16-17).

ción natural: decidir sobre los derechos de los particulares (84) Esto explica que los requisitos de la legitimación para plantear una *constitutional question* sean, básicamente: la demostración de que la ley es aplicable al caso; que de su aplicación resulta —directamente— un daño cierto, no sólo temido, para el afectado; y que ese daño puede ser evitado, reparado o compensado a través del remedio que se solicita del juez. El punto de partida, claro, es que nadie está obligado por una ley, por cualquier motivo, inconstitucional. Una ley inconstitucional que no perjudica a nadie en concreto es una ley «incontrolable» pues no se reconoce en ningún caso legitimación objetiva para impugnar leyes. Pero también se entiende que quien aceptó las consecuencias de la ley, quien en su momento, pudiendo hacerlo no la resistió, no puede después demandar compensación por los perjuicios sufridos. No hay, entonces, un sistema de responsabilidad del legislador por las leyes inconstitucionales aparte del puro sistema de control de constitucionalidad, que en la práctica funciona como un mecanismo de garantía de derechos subjetivos.

En un sistema como el nuestro, no se reconoce al particular legitimación para resistir la ley inconstitucional, ni siquiera la que le perjudica. Como es conocido, fueron razones de seguridad jurídica las que disuadieron a los europeos de acoger un sistema como el norteamericano:

«Se plantea entonces la cuestión de a quién deba facultar la Constitución para resolver si, en un caso concreto, sus normas fueron respetadas, de si un documento, cuyo sentido subjetivo es una ley en el sentido constitucional, también puede servir como tal por su sentido objetivo. Si la Constitución autoriza a cualquiera a resolver este interrogante, apenas sí podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de derecho» (85).

Supuestamente, la atribución a los jueces ordinarios de la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad, unida a su deber de aplicar el Derecho de conformidad con la Constitución, habría de evitar problemas de seguridad jurídica y garantizar a los particulares la aplicación de leyes constitucionales. Sin embargo, en ausencia de un mecanismo eficaz de supervisión y unificación de las decisiones de los jueces ordinarios sobre cuestiones de constitucionalidad, las supuestas ventajas de este sistema frente al de la *judicial review* no son tan claras.

(84) «The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals», *Marbury v. Madison* [Cranch 1 (1803), pág. 170].

(85) H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. J. Vernengo), UNAM, México (1986), pág. 278. Cursiva añadida.

Una doctrina como la de la responsabilidad por daños derivados de las leyes inconstitucionales puede servir para poner remedio a algunas situaciones flagrantemente inequitativas, pero también tiene sus riesgos y costes evidentes; y algo hay de perturbador en la idea de que las vulneraciones de la Constitución se reparan con una indemnización económica. Antes que como progreso, la aparición de esta doctrina debería tomarse como demostración de que algo no funciona bien en nuestro sistema de control de constitucionalidad.

CRITICA DE LIBROS

