

EL PRINCIPIO DE «LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS» SEGÚN EL ART. 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR (*)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

SUMARIO: I. LA OPINIÓN DEL PROF. DíEZ-PICAZO SOBRE LA «SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO» Y LA APARICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ESPAÑOLAS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR.—II. EL SUPUESTO RESPALDO CONSTITUCIONAL DEL ART. 9.3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA RECTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1992: AUNQUE SE REFIRIESE A LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR, ES INSUFICIENTE PARA PODER DECIDIR SOBRE SU SOLO TEXTO.—III. DOCTRINA DOMINANTE SOBRE EL ART. 9.3 COMO ALUSIVO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. LA TESIS DE ESTE TRABAJO: EL ART. 9.3 NO SE REFIERE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, SINO A LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA, SEGÚN LOS ORÍGENES MISMOS DEL CONSTITUCIONALISMO OCCIDENTAL. LA SALIDA DE UN RÉGIMEN POLÍTICO QUE DESCONOCÍA, Y AUN NEGABA, ESA RESPONSABILIDAD.—IV. EL TEMA EN LOS ORÍGENES DEL MODERNO CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XVIII. LA CONSAGRACIÓN DEL LEXEMA RESPONSABILIDAD Y SU SIGNIFICACIÓN.—V. EN CONCRETO, EN EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO.—VI. EN LOS ORÍGENES DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA. EL ART. 15 DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO Y SUS PRECEDENTES EXPLÍCITOS.—VII. EL ORIGEN EN LOCKE DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS GOBERNANTES. SU ESENCIALIDAD EN LA DOCTRINA DEMOCRÁTICA ORIGINARIA Y ACTUAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU INCLUSIÓN EN EL TÍTULO PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN.—VIII. LA TRADICIÓN DE NUESTRO PROPIO CONSTITUCIONALISMO: LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.—IX. EL RESPALDO A ESA TESIS POR OTROS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES Y POR UN SECTOR DOCTRINAL CUALIFICADO. J. LEGUINA. M. BELTRÁN DE FELIPE. EN LA CONSTITUCIÓN EL TÉRMINO «RESPONSABILIDAD» SE USA SIEMPRE Y EXCLUSIVAMENTE PARA LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA.—X. UNA APRECIACIÓN SOMERA DE LOS DEMÁS ARGUMENTOS INVOCADOS EN FAVOR DEL RECONOCIMIENTO GENERAL DE UNA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR. LA RADICAL FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS PARA ENTENDER DE ACCIONES DE CONDENA CONTRA EL LEGISLADOR. CONCLUSIÓN.

(*) Este trabajo se publicará en los *Estudios en honor del Prof. Luis Díez-Picazo*, en prensa.

I

En su excelente y reciente libro *Derecho de daños* (1), un compendio especialmente lúcido de la evolución y de los considerables problemas que plantea hoy esta fecunda rama del Derecho, el Profesor Díez-Picazo dedica un capítulo completo a «los impulsos de socialización y la ordenación general del Derecho de daños», que estima impulsados por el espíritu de los años sesenta del pasado siglo, «que propugnaba un socialismo con rostro humano... animados por el espíritu de aquella época, que se ha podido llamar progresista, aunque en el fondo no se sepa muy bien por qué». Entre las objeciones técnicas y políticas que opone a ese «utópico sistema» de socialización de los riesgos hay una que resulta para la intención de este trabajo especialmente oportuna:

«Consiste en poner en tela de juicio la aptitud de los órganos jurisdiccionales del Estado para convertirse en agencias de gestión del presupuesto social con los endebles mimbres que les pueden proporcionar las normas concebidas como cláusulas generales que se contienen en el Derecho privado».

(O en el Derecho Administrativo, añadimos nosotros).

En el momento en que el gran civilista escribía estas razonables palabras, creo que ignoraba, posiblemente, que los «órganos jurisdiccionales del Estado», y concretamente el Tribunal Supremo en su Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, llevaban ya unos años empeñados en definir nada menos que una responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la aprobación de Leyes —incluso de Leyes perfectamente válidas, a las que ningún reproche de inconstitucionalidad les fuese imputable— por los supremos órganos legislativos del propio Estado (2), o de las Comunidades Autónomas por

(1) L. Díez-Picazo: *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, págs. 187 y sigs.

(2) Las primeras Sentencias en que el Tribunal Supremo declara en términos generales la existencia de una responsabilidad patrimonial del «Estado Legislador» son las que se producen con motivo de las reformas funcionariales de 1984 (reducción de la edad de jubilación de funcionarios —Ley 30/1984—, y de Jueces y Magistrados —Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985—, agravación del sistema de incompatibilidades, etc.): Sentencias de 15 de julio de 1987, 25 de septiembre de 1987, 29 de septiembre de 1987, 12 de febrero de 1988. Se invoca en estas decisiones la reserva que formularon las anteriores Sentencias del Tribunal Constitucional que, desestimando los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes citadas, admitieron, sin embargo, que esas modificaciones legales «en cuanto originan una frustración de las expectativas existentes y determinados perjuicios económicos pueden merecer algún género de compensación»; el Tribunal Supremo se apoya en ellas para afirmar que Leyes perfectamente válidas pueden dar lugar a una «responsabilidad del Estado por los actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable», invocando ahora

sus propias normas superiores del mismo rango (3). Es, me parece, el más alto intento de «socialización del riesgo» nunca intentado, dentro y fuera de nuestras fronteras. Además, una doctrina *ad hoc* estaba surgiendo en aquellos mismos días en que el libro de Díez-Picazo se publica, doctrina que alentaba resueltamente como un progreso y como digna de estímulo explícito esta extensión del instituto de responsabilidad patrimonial (4), que es rigurosamente autóctona, desconocida con tal extensión en cualquier Estado contem-

como base legal el art. 9.3 de la Constitución, a que luego nos referiremos. Pero todas estas Sentencias, categóricas en admitir la posibilidad de una responsabilidad patrimonial como consecuencia de una Ley, quedaron en *obiter dicta*, porque sus fallos se limitaron a decir que los recurrentes debían repetir sus reclamaciones ante el Consejo de Ministros, en lugar del Consejo General del Poder Judicial, que era ante quien habían acudido. Cuando estas reclamaciones retornaron al Tribunal Supremo, éste dicta una Sentencia del Pleno de la Sala, la de 30 de septiembre de 1992, que, rectificando el criterio explícito de las decisiones anteriores, desestimó la declaración de responsabilidad por los supuestos daños causados por esa Legislación funcional, criterio que repetirá luego en todos los casos (casi siempre con votos particulares en contra). Tras esta primera incidencia, las primeras Sentencias que declaran ya formalmente responsabilidad patrimonial por Leyes cuya constitucionalidad no se cuestiona fueron las de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, las tres sobre daños causados a empresas pesqueras nada menos que por el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, Tratado ratificado por la Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985. Las Sentencias de 8 y 9 de octubre de 1999 confirman dos anteriores del Tribunal de Justicia de Canarias que habían declarado que el Legislador autonómico (Ley canaria de 28 de julio de 1986) «debió establecer medidas correctoras transitorias que garantizaran la equidad tributaria» al subir el impuesto autonómico de carburantes. La tendencia ha seguido desarrollándose. Las obras generales sobre responsabilidad patrimonial del Estado dedican ya capítulos especiales sobre esa responsabilidad «del Estado Legislador». Así J. GONZÁLEZ-PÉREZ: *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, cap. II, págs. 53-97. M. PULIDO QUEVEDO: *Código de la responsabilidad patrimonial del Estado*, Aranzadi, Colección Códigos de Jurisprudencia, Pamplona, 2001, págs. 47 y sigs. y 60 y sigs. Se expone ya, pues, una doctrina jurisprudencial que ha consagrado una teoría general que parece firmemente establecida.

(3) Sentencias de 17 de febrero de 1997 y 30 de junio de 2001, sobre Leyes balcares; y las de 8 y 9 de octubre de 1999, sobre una Ley canaria, citadas en la nota anterior.

(4) Aparte de las dos obras citadas, que son más expositivas que dogmáticas, hay ya varias monografías sobre el tema, en general justificativas y alentadoras de esa jurisprudencia. Destacan R. GALÁN VIOQUE: *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona, 2001. C. ALONSO GARCÍA: *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Barcelona, 1999. La serie de artículos de revista sobre el tema es ya considerable; se podrá ver su lista en estos dos libros. Destacan, quizás, varios de F. GARRIDO FALLA, resuelto partidario de esa responsabilidad. También se ha entendido que el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados en el Derecho Comunitario impulsa resueltamente esa solución. Así, especialmente E. GUICHOT: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001, y J. L. JANER TORRENS: «La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un “ius commune” de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 11, 2002, págs. 177 y sigs.

poráneo, sean cualesquiera sus sistemas jurídicos respectivos (5). Aunque se ha dicho que «el Tribunal Constitucional evita pronunciarse por el momento» sobre este grave tema (6), entiendo que ello no es propiamente así, de modo que parece claro que le alcanza alguna responsabilidad, y bastante directa, en la situación creada (7), que él mismo parece que ahora pretende corregir, al

(5) Se cita el caso francés, desde el famoso *arrêt* del Consejo de Estado *La Fleurette* de 1938. Pero este caso, como los otros tres que hasta hoy han seguido su huella, son casos sin apenas entidad y que se refieren a supuestos de Leyes que podían calificarse de expropiatorias, en un sistema sin control de constitucionalidad de las Leyes, afectantes a uno o a poquísimos destinatarios, una vez acreditado, además, que el Legislador no quiso excluir la indemnización y sin apenas significación económica. Absolutamente nada que ver tiene ese precedente con los casos de nuestra propia jurisprudencia, aún tan reciente. Los autores de la conocida obra *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS), 12.^a ed., París, 1999, pág. 328, dicen sobre la doctrina de esos *arrêts*: «La tendencia de la jurisprudencia es la de considerar que toda Ley que interviene en interés general y preeminente contiene implícitamente una tal exclusión» [de cualquier indemnización]. De «triste balance» habla un autor reciente (SENKOVIC: *L'évolution de la responsabilité de l'État Legislatteur sous l'influence du Droit communautaire*, Bruxelles, 2000, pág. 196). El propio GALÁN VIOQUE, tan entusiasta partidario de la institución, reconoce que el Derecho francés ofrece un «balance final decepcionante», *op. cit.*, pág. 328. Las alusiones de este autor, *La responsabilidad*, cit., págs. 355 y sigs., a un supuesto sistema alemán en la materia, que, por lo demás, considera «tímido», no las estimo correctas: no existe tal sistema alemán de responsabilidad del Estado Legislador. Vid. en castellano la colaboración de F. OSSENBUHL: «La responsabilidad de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», a la obra colectiva dirigida por J. BARNÉS: *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Tecnos y Junta de Andalucía, 1995, págs. 952-953: «... en la práctica no se ha dado hasta el momento ningún caso de responsabilidad [por Leyes]»; «El poder judicial carece de la suficiente legitimación como para proyectar sobre el Legislador una institución como ésta... De lo contrario, la jurisprudencia quebraría el principio de división de poderes que la Constitución consagra».

(6) I. BORRAJO, en su trabajo «La responsabilidad del Legislador en la estructura territorial del Estado», en la obra colectiva *La responsabilidad de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial*, Junta de Andalucía, Granada, 2000, pág. 514, comienza su reflexión con esta frase: «Un espectro recorre el Derecho español. Se le denomina la doctrina de la responsabilidad del Legislador. Significa que daños y perjuicios causados por las Leyes deben ser indemnizados. El Legislador niega su existencia, como es natural. El Tribunal Supremo la niega en algunas Sentencias y la afirma en otras, alguna de las cuales han dado lugar al pago de indemnizaciones. El Tribunal Constitucional, por su parte, evita pronunciarse por el momento».

(7) Aparte de las reservas formuladas en sus Sentencias desestimatorias de los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes que alteraron el *status* legal de los funcionarios, ya aludidas *supra* nota 1, a las que vimos que se acogió el Tribunal Supremo en sus primeras Sentencias sobre la materia, pretendiendo encontrar en ellas la base para una declaración de responsabilidad patrimonial por Leyes perfectamente válidas, es lo cierto que es el Tribunal Constitucional el que ha abierto ulteriormente la vía a un supuesto régimen general de «responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos», que parece inferir —aunque sin citarlo— del art. 139.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administra-

menos en alguna de sus aplicaciones. Aludo, en concreto, a la referente a las indemnizaciones procedentes de Leyes declaradas inconstitucionales, donde existe ya más de un centenar de Sentencias del Tribunal Supremo, verdaderamente excesivas (8), que ha dado lugar a libros que ofrecen desde su misma cu-

tivo Común de 1992, e invitando expresamente al Tribunal Supremo a que aplicase por sí mismo tal supuesta «normativa general». Son las Sentencias constitucionales 28/1997, de 23 de febrero, y 248/2000, de 19 de octubre, que declararon no existir «duda constitucional» sobre las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteados por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Baleares sobre si sendas Leyes de la Comunidad Autónoma balear (Leyes 3/1984 y 8/1985) que habían incluido en «Áreas naturales de especial protección» dos lugares singulares de las islas que estaban en curso de urbanización, Leyes que no habían previsto indemnización ninguna, infringían o no el art. 33.3 de la Constitución, que proclama la necesaria indemnización de toda expropiación. El Tribunal Supremo, en alguna de sus Sentencias declaratorias de indemnización por causa de Leyes se ha referido, como resulta explicable, a estas dos Sentencias constitucionales que legitimaban su actuación directa; así su Sentencia de 30 de junio de 2001, FJ. 5. Aunque, como ya notamos, el Tribunal Constitucional no citó expresamente el citado art. 139.3 de la Ley 30/ 1992, parece claro que sólo a este precepto puede referirse, precepto que dice: «Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de *actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos* y que éstos [los particulares] no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Donde, a mi juicio, está la clara inconstitucionalidad del precepto es en admitir que en caso de Leyes «de naturaleza expropiatoria» puedan los Tribunales contencioso-administrativos acordar por sí mismos una indemnización, cuando esa calificación sólo puede hacerse, evidentemente, si la Ley infringe el art. 33.3 de la Constitución, y no es una «delimitación» o regulación del contenido del derecho permitida por el art. 33.2, operación necesariamente reservada al Tribunal Constitucional. Por otra parte, imponer la necesidad de indemnizar a una Ley que no lo ha previsto o que incluso lo excluye expresamente *es una clara modificación del contenido material de la Ley*, lo que ni siquiera está al alcance del Tribunal Constitucional, que lo más que puede hacer será declararla inconstitucional, pero no alterar su contenido normativo. Aún debe notarse que antes incluso de la Ley 30/1992, que introdujo ese polémico precepto, el Tribunal Constitucional ya había admitido que los Tribunales ordinarios podían resolver por sí solos una pretensión indemnizatoria dirigida contra la reducción de la edad de jubilación por la Ley, en su importante Sentencia 70/1988, de 19 de abril, FJ. 3.º, cuando ya lo había afirmado el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 25 de julio y 25 de septiembre de 1987, al decir: «*la duda de inconstitucionalidad* [sobre si la Ley infringía o no el art. 33.3 de la Constitución]... *no condiciona necesariamente la resolución de la Sala* [de una Audiencia Territorial, ni siquiera del Tribunal Supremo] sobre dicho problema [el de una «petición compensatoria» por la reducción de la vida activa de los funcionarios operada por la Ley] *que puede enjuiciarse en términos de legalidad ordinaria*, en los que, naturalmente, no puede entrar este Tribunal». Afirmación de una extraordinaria gravedad, como se comprende, que hace directa e inequívocamente responsable al Tribunal Constitucional del sesgo inadmisiblemente emprendido por la jurisprudencia ordinaria en esta materia.

(8) A partir de la Sentencia de 15 de julio de 2000. La abundancia de esta jurisprudencia ha obligado a la *Recopilación Aranzadi* a abrir una rúbrica específica con el epígrafe «Responsabilidad del Estado Legislador». Las Cortes han tenido que aprobar una Ley especial de crédito extra-

bierta la posibilidad de reclamar esas responsabilidades del Estado por todas y cada una de las Leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, responsabilidades no afectadas, según tal jurisprudencia, por plazo de prescripción alguno, ni siquiera por la firmeza de Sentencias desestimatorias anteriores con fuerza de cosa juzgada (9).

Yo entiendo que esta nueva corriente jurisprudencial y doctrinal no están

ordinario para atender esta avalancha de indemnizaciones, la 9/2002, de 24 de abril (BOE del día 25). La corrección explícita por el Tribunal Constitucional de esa doctrina del Tribunal Supremo se encontrará en su Sentencia 54/2002, de 27 de febrero, BOE del 2 de abril.

(9) La obra a que aludo es la nutrida, y ya en su segundo tomo, de J. CONCHEIRO: *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes. Su posible reclamación con carácter retroactivo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2001; tomo II, 2002. Esa jurisprudencia afirma con énfasis, en efecto, que los plazos prescriptivos de las situaciones existentes según la legislación cuya inconstitucionalidad se ha declarado no comienzan a correr hasta la fecha de la publicación en el BOE de la Sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional. Piénsese en lo que esta doctrina podría suponer cuando se declare inconstitucional un precepto del Código Civil o de cualquier Ley con lustros de antigüedad. Además, se imputa como obvia la responsabilidad al Estado como autor de la Ley, sin tener en cuenta que el beneficio económico que derivaba de esa Ley recaía íntegro en las Comunidades Autónomas y no en la Hacienda estatal; de aplicarse este criterio a una norma sucesoria del Código Civil, por ejemplo, hipotéticamente declarada inconstitucional, podría ponerse en quiebra a dicha Hacienda, en tanto que los beneficiados por dicha norma quedaban definitivamente legitimados en su propiedad adquirida por la norma nula. También afirma el Tribunal Supremo que la fuerza de cosa juzgada no enerva la declaración de la responsabilidad patrimonial por la Ley aplicada, porque se trata —precisa— de dos instituciones diferentes; salvo, naturalmente, nos permitimos precisar, que la Sentencia firme de que se trate haya negado la procedencia de esa responsabilidad, como era precisamente el caso. Añadamos que la propia Constitución, art. 161.1.a) prescribe la inmunidad de las Sentencias con valor de cosa juzgada frente a las Sentencias anulatorias del Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo parece entender que el vicio de inconstitucionalidad de una Ley constituye un supuesto de una execrable supernulidad frente a la cual ningún mecanismo de firmeza o de seguridad jurídica resulta oponible. Recordemos que en la Legislación administrativa, justamente, un precepto explícito, el art. 102.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992-1999 prescribe que en los supuestos de declaración de la nulidad de pleno derecho de una disposición o Reglamento se entiende «sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma». Lo mismo, el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998: «Las Sentencias firmes que anulen una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las Sentencias o actos administrativos firmes que la hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales». Es, justamente, el criterio de la citada Sentencia Constitucional 54/2002, citada en la nota anterior, que intenta corregir el inexplicable entusiasmo condenatorio de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Vid. el excelente trabajo de G. DOMENECH PASQUAL: «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, junio 2001, págs. 275 y sigs.

justificadas y espero publicar próximamente una obra más amplia en la que intentaré justificarlo con detalle (10).

En este momento creo que puede ser oportuno, para contribuir al legítimo homenaje que merece la gran carrera de jurista del Prof. Luis Díez-Picazo, avanzar uno de los capítulos de dicha obra, el que hace referencia al análisis de los posibles fundamentos constitucionales de esa nueva y espectacular extensión del principio de responsabilidad patrimonial que ha aparecido súbitamente en nuestro Derecho.

II

El sector doctrinal que ha apoyado resueltamente la existencia en nuestro Derecho de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador ha creído encontrar un respaldo constitucional explícito a esa extraña institución (respaldo que parece, en efecto, especialmente necesario para poder justificar una carga tan onerosa a la eficacia de las Leyes como la de implicar la necesidad de indemnizaciones que ellas mismas no hayan previsto) en la inclusión expresa en el art. 9.3 de la Constitución, entre los principios que «la Constitución garantiza», del que se enuncia así: «La responsabilidad... de los poderes públicos».

Hay que decir que este argumento, con un precedente doctrinal nada desdeñable, como veremos, parece haberse movilizado en la serie numerosa de recursos contencioso-administrativos dirigidos contra la restricción de derechos funcionariales que tuvo lugar con las reformas de 1984-1985, a que ya hemos hecho referencia. El Tribunal Supremo lo recoge ya, como hemos notado, en las primeras Sentencias resolutorias (aunque no del fondo, por limitarse a una especie de nulidad de actuaciones que dio lugar a posteriores Sentencias sobre el fondo, éstas ya desestimatorias) (11). Por ello el argumento aparece ya ex-

(10) Ver ahora uno de sus capítulos: *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, diciembre 2002. También el artículo publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117, marzo de 2003, *La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador*. Y, en resumen, en el tomo II de la 8.ª edición del *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, de que somos autores TOMÁS R. FERNÁNDEZ y yo mismo, págs. 387 y sigs.

(11) *Supra* nota 2. Es curioso notar que así como en la 1.ª edición de los *Comentarios a la Constitución* por él dirigidos, Madrid, 1985, F. GARRIDO FALLA había negado expresamente, pág. 170, que ese principio del art. 9.3 pudiera referirse a la responsabilidad patrimonial, en su libro con FERNÁNDEZ PASTRANA: *Procedimiento de las Administraciones Públicas un estudio de la Ley 30/1992*, Madrid, 1993, pág. 341, lo admite expresamente, aunque con ciertos paliativos. En el medio se han producido esos contenciosos «en masa», cuya resolución desestimatoria él expre-

presamente recogido por el Tribunal Supremo en esa primera serie de Sentencias, desde la que abre la serie, la de 15 de julio de 1987. En su FJ. sexto dice esta decisión:

«La reparación de los posibles perjuicios que se puedan irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, una edad de jubilación forzosa que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia minora su vida activa, plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho Comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución produzca unos graves y ciertos perjuicios y que *en el Ordenamiento legal que rige en nuestra patria encontraría su respaldo y cauce legal en los arts. 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*».

Sin embargo, frente a esa tesis de que el principio de responsabilidad de los poderes públicos formulado por el art. 9.3 de la Constitución ofrecería cobertura suficiente y explícita para instalar en nuestro Derecho la institución de una responsabilidad patrimonial general por hecho de la Ley, tesis sostenida por la doctrina que apoya este tipo de responsabilidad (12), el propio Tribunal Supremo en Pleno en su Sentencia de 30 de noviembre de 1992, que ya sabemos que fue la que denegó definitivamente la procedencia de cualquier indemnización con motivo de las reducciones de derechos operada por las Leyes de reforma funcional (13), afirmó lo siguiente, que fue corroborado por cuantas

samente crítica. En su artículo «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, pág. 132, habla ya de «la sana tesis de la aplicabilidad directa del art. 9.3 de la Constitución», sostenidos por un voto particular del Magistrado Madrigal que disintió de la posición contraria de la Sentencia a que el título del trabajo se refiere, que fue, como ya sabemos, la que determinó la definitiva posición negativa que el Tribunal Supremo adoptó finalmente sobre la indemnizabilidad de la reducción de la edad de jubilación y de otros derechos funcionariales.

(12) *Vid.* sobre ello, ampliamente, R. GALÁN VIOQUE: *La responsabilidad*, cit., págs. 409 y sigs., con amplias referencias. Se invoca el carácter normativo de los principios proclamados por la Constitución, y por tanto del incluido en el art. 9.3, de manera especial.

(13) Sentencia a la que GALÁN VIOQUE llama, incomprensiblemente, «La Antilafleurette española», *op. cit.*, pág. 481. No hay la menor identidad entre el caso fallado por esta Sentencia y el del *arrêt La Fleurette*. El propio autor no duda en decir que de haber tenido que indemnizar a los 200.000 funcionarios que él estima que eran los afectados por esas Leyes restrictivas (en realidad, eran diez veces más, el total de los funcionarios públicos de España, que hubiesen ido reclamando a medida de sus sucesivas jubilaciones, sin contar las reclamaciones dirigidas por la ampliación del régimen de incompatibilidades y otras limitaciones), «*el aumento del déficit público que hu-*

Sentencias posteriores se produjeron sobre los miles de recursos de ese apasionado debate:

— El FJ primero, al resumir los argumentos del recurso, recoge en primer lugar el siguiente: ... «A) Que el art. 9.3 de la Constitución, en el que se establece la responsabilidad de todos los poderes públicos, es de inmediata aplicación», como lo habrían reconocido una serie de Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales que cita, así como tres dictámenes del Consejo de Estado, que igualmente cita.

— El FJ tercero contesta lo siguiente al argumento: «El art. 9.3 de la Constitución establece, efectivamente, que la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, pero así como la responsabilidad de la Administración es objeto de un tratamiento concreto en el art. 106.2... y la de la Administración de Justicia en su art. 121..., en cambio la posible responsabilidad por actos de aplicación de las Leyes no tiene tratamiento específico en el texto constitucional. Además, el art. 106.2 establece el derecho de los particulares a ser indemnizados “en los términos establecidos en la Ley”, que no tuvo desarrollo legislativo por ser históricamente la primera en ser reconocida... y hallarse regulada en la actualidad por los arts. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; y lo mismo sucede con la responsabilidad de la Administración de Justicia..., arts. 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, si 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 se remiten, y por tanto hacen necesario un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de Leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del art. 9.3 del texto constitucional, la necesidad de un desarrollo legislativo que de-

*biese causada la ejecución de todas las Sentencias de este tipo podría haber alejado a España de la moneda única» y hasta causar «una agravación seria de la crisis económica iniciada justamente en 1992» (pág. 480). El autor, impávidamente, estima que hubiese sido justo pagar ese precio exorbitante por el mantenimiento incólume del principio sacrosanto de la responsabilidad del Estado Legislador. Pero nada de estas onerosísimas y dogmáticas consecuencias ocurrieron con el *arrêt La Fleurette*, que afectó a una sola empresa, ni con ninguna de las tres Sentencias francesas posteriores que continuaron su línea hasta hoy día, todas ellas afectantes a reclamantes singularizados o singularizables en modesto número. El dramatismo de esas gravísimas consecuencias, afectantes a toda la población de la nación, es, en realidad, una *reductio ad absurdum* de la tesis de la indemnización general de todos los perjuicios derivados de las Leyes. *Fiat iustitia, peccat mundus* no es nunca un argumento jurídico invocable; es más bien una razón definitiva contra una interpretación determinada, para excluirla radicalmente, *ad absurdum nemo tenetur*. El Derecho es un orden de la razón práctica de organización social, no una aventura que hayan de soportar los ciudadanos en aras de cualquier mito transpersonal y, menos aún, de cualquier pretendida pureza dogmática de la técnica jurídica.*

termine en qué casos 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».

— FJ cuarto: «Si se estimara, contrariamente a lo antes razonado, que el art. 9.3 de la Constitución es de inmediata aplicación, la primera cuestión a resolver, a falta de desarrollo legislativo, sería fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esas responsabilidades, repasando los posibles modelos, los de la responsabilidad de la Administración, o la de los errores judiciales, o la del Código Civil, sin llegar a prescindir del requisito de la culpa o negligencia que aquel precepto [art. 1902 Cc] exige, que hace totalmente inviable su aplicación analógica al caso que examinamos; por último, 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 que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles 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».

— Sigue argumentando la Sentencia (FJ 5) observando que en el Derecho Comparado se distinguen países con control jurisdiccional de las Leyes y sin ese control, y sólo en los primeros se han conocido supuestos de responsabilidad del Legislador, pero no en los segundos, en el que sólo podría imputarse responsabilidad a las Leyes declaradas inconstitucionales, lo que en el caso objeto del litigio, justamente, no ha ocurrido, pues las Leyes a las que se reprocha el daño han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional.

— Arguye en el FJ 6.º que si hubiese que reconocer indemnizables los daños a los intereses legítimos, según el art. 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, «conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la Legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales».

— En el FJ 8, en fin, se invoca a la recién aprobada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 139.3, que aunque no había entrado en vigor aún, establece como requisitos para indemnizar los daños procedentes de actos legislativos que «no tengan el deber jurídico de soportarlos» y que la indemnización «tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos», requisitos... que, de estar vigentes, excluirían, por supuesto, la indemnización pretendida.

Es una excelente Sentencia que, no obstante ir acompañada de cuatro votos disidentes, fue la que se impuso definitivamente en toda la ulterior serie de

Sentencias producidas por la reforma del Derecho funcional. Desde el día siguiente (Sentencia de 1 de diciembre de 1992), la serie de Sentencias desestimatorias de las reclamaciones de indemnizaciones por miles de funcionarios se produjo sin nuevos problemas.

III

Pero nuestro interés en este momento se centra únicamente en el primero de los argumentos utilizados tanto en los miles de recursos contencioso-administrativos como en la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta, el referente al valor normativo del principio proclamado por el art. 9.3 de la Constitución de «responsabilidad de los poderes públicos». Tanto los miles de recurrentes, como la doctrina que ha seguido manteniendo hasta hoy la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, como incluso la línea jurisprudencial contraria a la anterior, que, como acabamos de ver, acertó a poner coto al primer embate (verdaderamente masivo) de reclamaciones indemnizatorias, todos, pues, los protagonistas que actuaron en esa primera ocasión y que, en general, siguen hoy debatiendo el importante problema que nos ocupa, todos, han aceptado que el art. 9.3 al referirse a la responsabilidad de los poderes públicos está aludiendo a una responsabilidad patrimonial. La discrepancia, como se ha visto, está sólo en determinar si ese principio abstracto es o no suficiente por sí solo para justificar ya condenas patrimoniales al Estado Legislador, sin necesidad de ningún complemento normativo o, por el contrario, la eficacia del principio proclamado requeriría un desarrollo legislativo más determinado y específico.

Hay que decir que la mayoría de los comentaristas constitucionales aceptan esa interpretación de base, que el art. 9.3 proclama el principio de una responsabilidad patrimonial. La elaboración del precepto no suscitó debate sustantivo alguno (14). En el comentario más extenso que hay de este precepto, el de *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por O. Alzaga, el art. 9.3 fue estudiado por los Profesores J. L. Villar Palasí y E. Suñé Llinás, y es explícita la re-

(14) *Vid.* la obra editada por las Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, 1980, págs. 8-9. En la sesión de 16 de mayo de 1978, pág. 917 de la obra, el Ponente Constitucional Sr. Herrero Rodríguez de Miñón dijo: «Nosotros [la Ponencia] consideramos que en el Título preliminar del proyecto de Constitución se comprenden los grandes principios rectores, las grandes claves de bóveda del edificio constitucional y pudiéramos decir que incluso los epígrafes generales de toda la Constitución». En el debate de la Comisión hubo consenso general: 27 votos a favor, 1 abstención (pág. 931).

ducción del comentario a la responsabilidad patrimonial, civil y de Derecho Administrativo, aunque añaden ya (15): «En otro orden de cosas —dicen estos autores—, la constitucionalización del principio de responsabilidad debe, en buena lógica, hacer que el principio se extienda a la actuación de otros poderes distintos del Ejecutivo». En otros comentarios apenas se da relevancia al precepto (16).

Mi opinión es radicalmente diferente: el principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador (ello no se compadece con el hecho de su fácil y apenas notada introducción en su texto), sino que es una alusión inequívoca (aunque lo cierto es que apenas si he visto que otros dos iuspublicistas, administrativistas, por cierto, sustenten esta tesis) (17), al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben «dar cuenta» a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma.

Es, en este sentido, como vamos a ver, un principio que apareció en los primeros documentos estrictamente constitucionales de la historia, en la Revolución Americana y en la Revolución Francesa y que recogerá luego nuestra primera Constitución, la de Cádiz de 1812. Son estos orígenes los que explican el texto constitucional español, el cual se justifica como especialmente oportuno, y aun necesario, en el momento de salir de un régimen político que justamente y de manera expresa excluía categóricamente esa «responsabilidad» —obligación de responder— y más bien proclamaba, con especial énfasis, que

(15) Pág. 382.

(16) Así O. ALZAGA: *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, págs. 139-40. En la 3.ª edición ya citada de los *Comentarios a la Constitución* dirigidos por F. GARRIDO FALLA, pág. 180, dice el propio Garrido: «Formulado así este precepto, incluye tanto la del Estado como tal como la personal de los funcionarios... No hay referencia explícita a la responsabilidad del Poder Legislativo, por lo que su configuración legal es la que diseña el art. 139.3 de la Ley citada» [de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común]; no pone en duda la constitucionalidad de este precepto en cuanto limita tal responsabilidad (fuera del caso de las que tengan contenido expropiatorio) a cuando lo disponga la propia Ley y en los términos que ella precise. El maximalismo interpretativo que quiere ver en el principio del art. 9.3 la consagración incondicionada y general de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, ha tildado de inconstitucional dicho precepto, no por las razones apuntadas supra en nuestra anterior nota 7, sino porque limita tal responsabilidad a que la propia Ley la reconozca y la valore, aparte de las que tengan contenido expropiatorio.

(17) Los Profs. J. Leguina y M. Beltrán de Felipe, a los que luego me referiré.

«El Supremo Caudillo del Movimiento, personifica todos los Valores y todos los Honores del mismo. Como Autor de la Era Histórica donde España adquiere la posibilidad de realizar su destino y con él los anhelos del Movimiento, el Jefe asume, en su entera plenitud, *la más absoluta autoridad*.

El Jefe *responde* ante Dios y ante la Historia» (18).

En una opinión que leo en un volumen de la *American Society for Political and Legal Philosophy* sobre el tema específico de la responsabilidad, tomo dirigido por Carl F. Friedrich (19), se dice: «“Responsabilidad política” tiene en común con la responsabilidad moral y jurídica nada más que el uso de la misma combinación de letras», opinión que me parece excesiva. Sí parece, no obstante, que hay una gran diferencia entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad política. Personalmente estaría más cerca de la afirmación del relevante autor de esa introducción, J. R. Pennock, cuando dice: «Desde un punto de vista ético, la relevancia actual sobre la idea de responsabilidad representa a la vez una modernización de los primitivos conceptos liberales y *una reacción contra los ataques totalitarios*» (20). Entiendo que es justamente

(18) Art. 47 de los Estatutos del Movimiento, aprobados por Decreto de la Jefatura del Estado de 31 de julio de 1939, nunca derogado (subrayado propio; las mayúsculas del texto proceden del original). Las ulteriores «Leyes Fundamentales» parten ya de estos conceptos, que reiteran explícitamente. Así la Ley de Principios del Movimiento, de 17 de mayo de 1958, contiene esta fórmula promulgatoria: «Yo, Francisco Franco, Caudillo de España, *consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia*, en presencia de las Cortes del Reino, promulgo como Principios del Movimiento Nacional, entendido como comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada, los siguientes». Principios que, por cierto, se declaran en esta misma Ley Fundamental «por su propia naturaleza, permanentes e inalterables» y capaces de determinar la nulidad de las Leyes y disposiciones que los «vulneren o menoscaben». El uso de poderes en efecto divinos, capaces de vincular a un pueblo por toda la eternidad, es notorio.

(19) THE AMERICAN SOCIETY FOR POLITICAL AND LEGAL PHILOSOPHY: «Responsability», ed. by CARL F. FRIEDRICH, *Nomos III*, New York, 1960, pág. 4. Artículo introductorio de J. ROLAND PENNOCK: *The problem of responsibility*, pág. 4, frase que este último refiere a un tercero.

(20) J. R. PENNOCK: *Cit.*, pág. 5. Debo notar que en el siglo XVIII la palabra *responsability* no incluía la responsabilidad patrimonial, para la que se reservaba el término *liability*. Aun hoy mismo en el inglés de Inglaterra el término (que se utiliza sobre todo en la fórmula latina *respondeat*, unido a cierto tipo específico de acciones, más o menos en el sentido romano originario a que aludimos *infra* nota 22) es virtualmente desconocido. Así, en el amplio *The Dictionary of English Law*, de CARL JOWITT, ed. de C. Walsh, London, 1959, págs. 1541 y sigs. se registran las siguientes voces: *respondeat oyster*, *respondeat superior*, *respondent* («a person against whom a petition, e.g., a divorce petition, is presented, a summons issued or an appeal brought, just as a defendant against whom an action is brought»), *respondentia*, *respondere non debet*, *responsa prudentium*, *responsalis*, *responsalis ad lucrandum vel petendum* y *responsios*; no se recoge ni *responsability* ni *responsible*; ninguna de las voces recogidas se refiere a la responsabilidad patrimonial. En el más conciso *Oxford Dictionary of Law*, de E. M. MARTIN, 4.^a edición, Oxford,

esa reacción, que da nueva actualidad, como se ve, al significado actual del concepto de responsabilidad, la que reflejaron nuestros constituyentes de 1978.

En todo caso, lo que resulta más que evidente es que hay diferencias sustanciales entre la responsabilidad política de los gobernantes y la responsabilidad patrimonial de los órganos públicos; por cierto que esta última los inventores del constitucionalismo moderno no la imaginaron siquiera en momento alguno aun referida a la Administración, no digamos ya al Legislador. Por eso puede y debe retenerse la afirmación enfática de Rescigno (21) cuando afirma categóricamente, en el plano técnico estricto, que la responsabilidad política es «una forma de responsabilidad... que constituye un género por sí misma y por tanto no es una forma de responsabilidad jurídica», entendida esta última como patrimonial.

IV

En efecto, en el constitucionalismo primigenio, tanto el inglés originario, como en el americano y en el francés se encuentra con reiteración el concepto de «responsabilidad» (por cierto, empleada por primera vez tanto en inglés como en francés justamente entonces) (22) con la significación precisa de una

1997, pág. 403, ocurre lo mismo, aunque recogiendo menos voces. En cambio, en el autorizado diccionario jurídico americano, *Black's Law Dictionary, with Pronunciations*, de H. C. BLACK, 5.ª ed., 1979, St. Paul, Minn., págs. 1179 y sigs., aparecen ya las voces *responsability* («the state of being answerable for an obligation»), *responsability of eviction*, *responsible* («liable, legally accountable or answerable; able to pay a sum for which is or may be become liable»), *responsible cause*, pero también, *responsible government* («this term generally designates that species of government system in which the responsibility for public measures of acts of state rests upon the ministry or executive council, who are under an obligation to resign when disapprobation of their course is expressed in the legislative assembly»); este concepto es también conocido en la práctica inglesa, con el mismo nombre, aunque los diccionarios estrictamente jurídicos —en el sentido judicial estricto— no lo recojan, lo que sí hacen los Diccionarios más generales. Se demuestra así que el término responsabilidad continúa esencialmente vinculado a su significación política originaria. Luego citamos, al final de la nota 22, otras fuentes lexicográficas que avalan esta tesis.

(21) G. U. RESCIGNO: Voz «Responsabilità (Diritto Costituzionale)», en el tomo XXXIX de la magna *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 1341-1367; la frase transcrita, en pág. 1342, bajo el epígrafe «La responsabilità politica come forma di responsabilità specifica del Diritto Costituzionale».

(22) En mi libro *La lengua de los derechos* (2.ª ed., Madrid, 2001, págs. 141 y sigs.) ofrecí ya unas precisiones sobre el origen del lexema *responsabilità*, *responsability*. BRUNOT, en el tomo IX.2 de su gran *Histoire de la langue française*, que cito en ese lugar, dijo que la palabra *responsabilité* «resume en sí una pequeña revolución del Derecho Público, para testimoniar un

responsabilidad de quienes ejercen el poder ante su verdadero titular, el pueblo. La plasmación definitiva de esta significación se encuentra en el art. 15 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento esencial, cuyo texto es inequívoco:

«*La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*»,

(esto es, la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público).

Pero esta fórmula, que por cierto sigue vigente en Francia, a través de la recuperación del valor constitucional de la Declaración que ha hecho el *Conseil*

cambio total en las doctrinas y en las prácticas de la Administración en su conjunto». Los estudios de VILLEY: «Esquisse historique du mot “responsable”», de J. HENRIOT: «Note sur la date et le sens de l’apparition du mot “Responsabilité”», y de G. VINEY: «La responsabilité», los tres en los *Archives de Philosophie du Droit*, números de 1977 los dos primeros y de 1990 el último, han ofrecido datos concluyentes sobre cómo ese término surge y se afianza en el mismo momento de las dos Revoluciones modernas, y en concreto por parte de Hamilton en América (lo corrobora PENNOCK: *Op. cit.*, pág. 5, nota: exactamente en el núm. 63 de *The Federalist*, pág. 178; cita otro trabajo de R. MCKEON: «The development and the significance of the concept of Responsibility», en *Revue Internationale de Philosophie*, 1957, con la misma opinión) y de Necker en Francia, los dos refiriéndose precisamente a la «responsabilidad del Gobierno». Es ésta, sin duda alguna, la significación inicial de la palabra, siendo digno de notar que los Códigos napoleónicos civil (1804) y penal (1810) desconocen aún la palabra, que la doctrina de fin del siglo XIX extenderá por vez primera a las respectivas materias. Datos concretos, aparte de los referidos en mi citado libro, en VINEY: *cit.*, págs. 275 y sigs. Grocio y Domat, dice esta autora, desconocen la palabra y afirma rotundamente que en el Derecho civil no se generaliza el término hasta 1892, para hacerse “una categoría jurídica que tiene vocación de reagrupar todas las obligaciones de responder de un hecho o de un comportamiento o de una situación ante la justicia y de asumir las consecuencias derivadas”. Observemos marginalmente que el Código Civil español conoce ya el término de responsabilidad (que entra en nuestra lengua con una extraordinaria precocidad, como veremos), pero está aún lejos de usarlo en la significación general que hoy tiene en el lenguaje jurídico; así se cita en los arts. 511, 1716, 1769, 1784, 1903, 1905, 1906, 1907, 1908, 1910, 1911 y 1968; la responsabilidad contractual se califica así en los arts. 1102, 1103, 1105 y 1107. En el Derecho Romano *respondere* equivalía a responder a una citación judicial, a una petición o demanda cualquiera; en Justiniano *respondere* se emplea en el sentido de ser garante o prestar una caución. Pasará luego al lenguaje moral (VILLEY: *cit.*, pág. 55), de donde será retomado por los juristas. En el magno *Oxford English Dictionary*, la obra más importante sobre la historia de cualquier lengua, se ha localizado en 1643 el uso del adjetivo *responsible*, precisamente en el sentido de «responsible to Parliament»; y la significación que le da esta obra es: «*Of person: liable to be brought before any jurisdiction, answerable, liable to answer, responsible (to law, etc.)*». Así, pues, históricamente, y específicamente en el Derecho Constitucional primigenio, como ya notamos, *supra* nota 20, nada más lejos del significado del término que el de una responsabilidad patrimonial, como se pretende ahora ver en el art. 9.3 de nuestra Constitución de 1978.

Constitutionnel desde 1971, es perfectamente clara e inequívoca y tiene tras de sí una considerable base histórica, tanto en el constitucionalismo americano como las autóctonas que confluyen en el gran texto revolucionario. Vamos a verlo con alguna detención.

La idea que ese concepto expresa nos puede hoy parecer obvia, pero no lo era en absoluto en el Antiguo Régimen (23), donde no sólo el Rey, sino también los nobles ostentaban un oficio público como una titularidad subjetiva patrimonial, que se heredaba, se vendía, se compraba (24). Vamos a ver aparecer y desarrollarse el nuevo concepto de la responsabilidad política en los constitucionalismos americano y francés, su recepción en el constitucionalismo español originario, Constitución de Cádiz de 1812, y su reflejo en la actual doctrina constitucionalista.

V

La aparición de las palabras *responsible*, *responsability*, que veremos que se van imponiendo frente a otras que también utilizan los documentos originarios (como *amenable*, *accountability*) (25), es fácilmente identificable en los textos de los primeros documentos constitucionales de los varios Estados iniciales formados por las antiguas colonias en el momento de la secesión del Rey

(23) Por aportar un testimonio explícito, cito de la excelente y reciente obra de ANTONIO FEROS: *El Duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*, Madrid, 2002, pág. 307: «Un principio fundamental que justificaba la obediencia a las autoridades legalmente constituidas en la España moderna era la creencia de que el monarca era un ser superior que no podía ser juzgado por otros humanos, o a quien no se le podía resistir. Sólo Dios, se aseguraba, podía cuestionar y castigar a los malos gobernantes».

(24) Todavía los «oficios enajenados» aparecen citados en nuestro Código Civil de 1889 como integrantes de un patrimonio, art. 339, en el Libro II, *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*. La concepción básica de la famosa noche de 4 de agosto de 1789, en la que la Asamblea Nacional francesa había suprimido todas esas titularidades y privilegios, no era aún operativa en España un siglo después, como cincuenta años más tarde, según hemos visto, seguía presente la vieja idea del Antiguo Régimen sobre el origen divino de la titularidad soberana concreta sobre un pueblo y sobre la imposible exigencia de responsabilidad por su ejercicio. He aquí una razón que puede explicar en el plano histórico general la oportunidad del principio recogido en el art. 9.3 de la Constitución de 1978.

(25) «*Amenable*» lo define así el conocido *Black's Law Dictionary* (5.^a ed., St. Paul, Minn, 1979): *Subject to answer to the Law; accountable, responsible; liable to punishment*. En el gran *Oxford English Dictionary*, que aporta mucha bibliografía sobre el uso de la palabra (ninguna, por cierto, anterior al siglo XVI), se dice: *Of person: liable to be brought before any jurisdiction; answerable; liable to answer; responsible (to law, etc.)*, y señala su etimología como procedente del francés *amener*: conducir ante alguien.

inglés, especialmente en los *Bill of Rights*.

El primer texto donde el concepto aparece es el *Bill of Rights* de Virginia, de junio de 1776, art. 2.º, que dice:

That all power is vested, and consequently derived from, in the people; that magistrates are their trustees and servants, and all times amenable to them

(que todo poder es investido por el pueblo y consecuentemente deriva de él; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y que en todo momento responden ante él) (26).

La misma fórmula se mantiene (intercalando entre *magistrates* y *are* la palabra *therefore*, esto es, por ello) se encuentra en las «Enmiendas propuestas por la Convención de Virginia en 1788» (27).

En la Declaración de Pensilvania de 1776 se dice: «El pueblo es el titular de todos los poderes y, en consecuencia, éstos emanan de él, por lo cual todos los agentes, pertenezcan al poder legislativo o al ejecutivo, son sus *trustees* y sus servidores y *responden* siempre ante él (*and are accountable to them*). En las Declaraciones de Massachusetts de 1780 y de New Hampshire de 1783 se repite de nuevo la fórmula, ya casi establecida, añadiendo que los magistrados *at all times*, en todo tiempo, *are amenable to them*.

La significación del concepto es, pues, paladina y así se explica perfectamente que pasase al constitucionalismo revolucionario francés. Se trataba de subrayar que no había ni un solo titular del poder que no ejercitase el poder que sólo al pueblo pertenecía, que nadie podía ser propietario de un poder propio que, como tal, fuese capaz de sobreponerse al pueblo, al conjunto de sus destinatarios, usando a su arbitrio de tal poder. Era una pieza esencial del nuevo orden político, que desplazaba definitivamente la concepción del monarca como delegado de Dios, ante el cual sólo podía haber súbditos pasivos.

VI

Se comprende, por ello, que estos conceptos apareciesen como esenciales ante los revolucionarios franceses, que poco después iniciaban su propia ope-

(26) He traducido *trustees* por mandatarios, aunque el *trust* sea un mandato muy específico. El uso del concepto de *trust* para explicar el mecanismo de la representación política es una trascendental aportación de Locke, como luego veremos.

(27) «*That all power is naturally vested in and consequently derived from the people; that Magistrates, therefore, are their trustees and agents are all times amenable to them*».

ración revolucionaria, más enérgica por la sustancia absolutista de la monarquía francesa, no afectada, como lo había sido la inglesa parcialmente, tras la Revolución de 1688, por ninguna consagración de ámbitos de libertad ciudadana exentos de su poder.

Así la Asamblea Nacional, en el corto elenco de Derechos del Hombre y del Ciudadano que proclamó solemnemente en su sesión de 26 de agosto de 1789 incluyó como art. 15 el siguiente, según ya notamos:

«La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration»,

esto es, la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todos los agentes públicos.

Ya observamos que estos conceptos, hoy evidentes para todos, pugnaban vívidamente con las instituciones básicas del Antiguo Régimen. Por ello en los *Cahiers de doléances*, los pliegos de agravios que los mandatarios de los distintos grupos que enviaron a sus representantes a la reunión de los Estados Generales que había convocado el Rey, y de la que saldría inesperadamente la Revolución Francesa, incluyeron con reiteración una corrección del sistema imperante en este punto, que pugnaba con la concepción básica del poder como mandato revocable del pueblo que la nueva filosofía y el ejemplo americano habían mostrado como posible; se trataba de instituir un poder concebido como un mandato revocable del pueblo, ejercido exclusivamente en interés de éste y obligado permanentemente a rendir cuentas de ese objetivo, que era lo único capaz de justificarlo. Igualmente en la escasa, pero significativa, literatura que alimenta el movimiento el tema se presenta como central.

En el *Travaux des droits* que Mirabeau incluyó en su libro de 1788 *Aux Bataves sur le Staathouderat*, la declaración II dice ya lo siguiente:

«Tout pouvoir étant émané du peuple, les différens magistrats ou officiers du gouvernement, revêtus d'une autorité quelconque législative, exécutive ou judiciaire, ils doivent compte dans tous les temps» (28).

El Duque de Orleans, a su vez, en sus Instrucciones a sus subordinados para los Estados Generales, incluye un art. VII que dice:

(28) Tomo el texto del rico *dosier* del libro de STÉPHANE RIALS: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pág. 519. Traducción: Siendo todo poder emanado del pueblo, los diferentes magistrados u oficiales del gobierno, revestidos de cualquier autoridad legislativa, ejecutiva o judicial, deben (rendir) cuentas en todo tiempo.

«Les Ministres seront comptables aux États Généraux de l'emploi des fonds qui leur seront confiés et responsables aux dits États de leur conduite en tout ce qui sera relatif aux Lois du Royaume» (29).

En el extenso «Primer Proyecto de Declaración de derechos» que Sieyès presenta a la Asamblea Nacional del 20-21 de julio de 1789, cuya influencia directa sobre la Declaración adoptada finalmente es manifiesta, se precisa, en la larga exposición previa:

«Le mandataire public, quel que soit son poste, n'exerce donc pas un pouvoir qui lui appartienne en propre, c'est le pouvoir de tous, il lui a été seulement confié; il ne pouvoit pas être aliéné, car la volonté est inalienable, les peuples sont inalienables... C'est donc une grande erreur de croire qu'une fonction puisse jamais devenir la propriété d'un homme; c'est une grande erreur de prendre l'exercice d'un pouvoir public pour un "droit", c'est un devoir. Les officiers de la Nation n'ont au-dessus des autres citoyens que des devoirs de plus».

Y de esa consideración general se deriva el art. XXXI de su Proyecto de Declaración, que dice ya, categóricamente:

«Les Officiers publics dans tous les genres de pouvoir sont responsables de leurs prévarications et de leur conduite» (30).

En el Proyecto de Declaración de derechos de Target, de fines de julio de 1789, se dice en el art. XX:

«La force exécutive et tous les Offices publics n'étant établis que pour le bien de tous, sont une propriété du Corps Politique, mais non de ceux qui les exercent, et qui ne sont que les mandataires de la Nation».

Para concluir, como una consecuencia necesaria, en el art. XXI:

«Les attentats à la vie, à la sureté, à la liberté... sont des crimes... et tous les dépositaires de l'autorité qui s'en rendent coupables doivent être punis» (31).

(29) RIALS: *Op. cit.*, pág. 532. Traducción: Los Ministros deberán rendir cuenta a los Estados Generales del empleo de los fondos que les sean confiados y serán responsables ante dichos Estados de su conducta y de todo cuanto sea relativo a las Leyes del Reino.

(30) En RIALS, págs. 601 y 605. Traducción del último texto: Los Oficiales públicos en toda clase de poder son responsables de sus prevaricaciones y de su conducta.

(31) Original en RIALS, pág. 610. Traduzco los dos textos: La fuerza ejecutiva y todos los Oficiales públicos, al no ser establecidos más que para el bien de todos, son propiedad del Cuerpo

El segundo Proyecto de Declaración de Sieyès, unos días posterior al primero, y que recoge ya ideas del gran debate abierto sobre el tema, precisa en sus artículos XXIX y XXXII:

«Tous les pouvoirs publics viennent du Peuple et n'ont pas pour objet que l'intérêt du Peuple».

Y en el segundo:

«Une fonction publique ne peut jamais devenir la propriété de celui qui l'exerce; n'est pas un droit, mais un devoir»,

para concluir en el art. XXXIII:

«Les Officiers publics, dans tous les genres de pouvoirs, sont responsables de leurs prévarications et comptables de leur conduite» (32).

(Obsérvese que aparece ya aquí la palabra *responsable*, aunque unida a la tradicional de *comptable*).

En el Proyecto de Declaración que sale a fines de julio de 1789 de una de las Comisiones de la Asamblea, aparece ya como art. XXIII el texto que pasará íntegro a la Declaración:

«La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration».

Aun el *Analyse* de Touret, ya entrado agosto de 1789, señala en su § V:

«De l'obligation de garantir la "liberté", la "propriété" et l'"égalité", résultent en faveur de la Nation les droits suivants:

... 3.º Celui de surveiller l'exercice du pouvoir exécutif, et "d'en rendre tous les Agens responsables" en cas de prévarication.

... Sans la "responsabilité, rien ne préviendrait la déprédation des Finances, ou les abus d'autorité"».

Político, pero no de quienes los ejercen, y que no son más que los mandatarios de la Nación. Los atentados a la vida, a la seguridad, a la libertad... son delitos... y todos los depositarios de la autoridad que se hagan culpables de ellos deben ser castigados.

(32) En *RIALS*, págs. 620-621. Traducción: Todos los poderes públicos vienen del Pueblo y no tienen por objeto más que el interés del Pueblo. Una función pública no puede jamás llegar a ser la propiedad de quien la ejerce; no es un derecho, sino un deber. Los Oficiales públicos, en todos los tipos de poder, son responsables de sus prevaricaciones y deben rendir cuenta de su conducta.

El propio Touret elabora un Proyecto completo de Declaración unos días después, cuyos arts. XXIV y XXVII dicen:

«Les “pouvoirs publics” qui constituent le Gouvernement appartiennent à tous les citoyens collectivement, émanent d’eux, et ont pour objet l’intérêt, non de ceux qui les exercent, mais de ceux qu’ont créé et conféré l’exercice».

De donde,

«Ils [tous les citoyens] ont le droit de demander à tous les Officiers ou Agens publics “compte” de leur conduite, et de leurs “rendre responsables” de leur prévarications» (33).

Custine, días después, insiste en las mismas ideas en su propio proyecto, arts. XXVII (*«Tous les pouvoirs émanent de la Nation, et n’ont pour objet que l’intérêt de la Nation»*) y XXIX (*«Une fonction publique ne peut jamais devenir la propriété de celui qui l’exerce; son exercice n’est pas un droit, mais un devoir»*), para concluir en el art. XXXVII: *«Les Officiers publics, dans tous les genres de pouvoirs, “sont responsables” de leurs prévarications et comptables de leur conduite»* (34).

Aun el proyecto de Duport reitera estos mismos conceptos, motivo XXI (*«Les fonctions publiques sont des devoirs imposés par la Société aux individus jugés capables de les remplir; il est donc absurde qu’elles soient héréditaires»*), correspondiente con el art. 1.º de la Declaración que propone (*«Tout pouvoir, toute autorité émane de la Nation et n’est institué que pour elle»*) (35).

(33) RIALS: Pág. 639. Traducción de los tres textos transcritos: De la obligación de garantizar la libertad, la propiedad y la igualdad resultan en favor de la Nación los derechos siguientes: ... 3.º El de vigilar el ejercicio del poder ejecutivo y de hacer a todos los Agentes responsables de prevaricación... Sin la responsabilidad, nada podrá prevenir la depredación de las Finanzas o los abusos de autoridad. Los poderes públicos que constituyen el Gobierno pertenecen a todos los ciudadanos colectivamente, emanan de ellos, y tienen por objeto el interés, no de quienes lo ejercen, sino de aquellos que los han creado y han conferido su ejercicio. Todos los ciudadanos tienen el derecho de pedir cuenta a todos los Oficiales o Agentes públicos de su conducta y de hacerles responsables de sus prevaricaciones.

(34) RIALS: Págs. 618-619. Traducción: Todos los poderes emanan de la Nación, y no tienen por objeto más que el interés de la Nación. Una función pública no puede jamás llegar a ser la propiedad de quien la ejerce; su ejercicio no es un derecho, sino un deber. Los Oficiales públicos, en todas las clases de poderes, son responsables de sus prevaricaciones y deben rendir cuentas de su conducta.

(35) RIALS: Pág. 659. Traducción: Las funciones públicas son deberes impuestos por la Sociedad a los individuos que se juzgan capaces para cumplirlos; es, pues, absurdo que sean hereditarias. Todo poder, toda autoridad emana de la Nación y no se instituye más que para ella.

Lo mismo los «*Principes*» de Rabaut Saint-Etienne, personalidad tan relevante, y cuyo art. IV relativo al Gobierno precisa: «*Le pouvoir souverain appartenant à la Nation, tous les pouvoirs qu'elle confie ou délègue émanent d'elle et "sont comptables" à elle*» (36), conceptos que traslada a su proyecto de Declaración, relativo a «*tous les pouvoirs délégués et constitués*», con la fórmula categórica:

«*Qu'ils "sont comptables et responsables" envers la Nation*» (37).

Lo mismo el Proyecto de Declaración de Bouche (38), de Gouges-Cartou (39), de Pisou de Galland (40), Marat (41) y Mirabeau; éste último en su proyecto de Declaración de 17 de agosto de 1789, esto es, de una semana antes de la adopción de la Declaración definitiva, lo subraya a propósito del Ejército y de los Magistrados que ejercen poder sobre el mismo, los cuales son «*"responsables des ordres" qu'ils leur donneront*» (42).

Si hemos expuesto detalladamente estos precedentes del art. 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano finalmente aprobada el 26 de agosto de 1789, es para hacer perfectamente clara la significación básica de ese precepto y el valor destacado que el principio de la responsabilidad de todos los agentes públicos tiene en la concepción nueva del poder que la Revolución pone en pie, rectificando resueltamente la que resultaba del orden político anterior, en el que los oficios públicos eran normalmente propiedades privadas

(36) RIALS: Pág. 677. Traducción: Perteneciendo el poder soberano a la Nación, todos los poderes que ella confía o delega emanan de ella y son responsables ante ella.

(37) RIALS: Pág. 684. Traducción: Que ellos [los poderes] deben rendir cuentas y son responsables ante la Nación.

(38) RIALS: Pág. 688 (XL: «Les Dépositaires du Pouvoir exécutif, tous les Agents de le Pouvoir, soit Politique, Civil ou Militaire ou fiscal *sont responsables* envers la Nation leur conduite et de la perfidie ou de la corruption des conseils qu'ils donnent au Monarque»).

(39) RIALS: Pág. 710: art. XVI: (... «Tous ceux qui dans une Nation sont revêtus d'une portion quelconque d'autorité, ne doivent être considérés que comme ses mandataires»; art. XXVII: «Les Officiers publics, dans tous les genres de pouvoirs, *sont responsables* de leurs prévarications et comptables de leur conduite»).

(40) RIALS: Art. 724: art. XXXI: «Tous dépositaires de l'autorité publique, tous les Officiers, tous employés, tous préposés du Gouvernement, sont institués en faveur de la Société. Nul ne l'est ni ne peut l'être pour lui-même ou pour son avantage particulier. Tous sont Mandataires médiats ou immédiats et serviteurs de la Nation à laquelle il appartient. Tous lui doivent serment et fidélité».

(41) RIALS: Pág. 742, en términos más generales. Traducción: «responsables [los Magistrados] de las órdenes que le den».

(42) RIALS: Pág. 749.

enajenables y heredables como cualquier otro bien patrimonial, o atributos personales concedidos por Dios y sólo ante él responsables. Sin exceso puede afirmarse que se trata de conceptos esenciales para la nueva construcción política que se pretende; de ahí el énfasis y la reiteración con que se proclaman.

VII

Estas ideas, centrales, pues, en el nuevo orden político, provienen de Locke, como ya apuntamos más atrás. El poder público, *being only a fiduciary power to act for certain ends*, puede manifestarse, sin embargo, *contrary to the trust*, en cuyo caso el pueblo, que *remain still a supreme power to remove or alter* dicho poder, puede ejercitar esta facultad legítimamente, pues *all power given with trust* para alcanzar un fin está *limited by that end* (43). Como es sabido, el *trust* supone una subordinación del *trustee* o mandatario a *cestuy qui trust* o mandante y, por tanto, la obligación, perfectamente normal, así como obligada, de rendir cuentas o de «responder»; no se trata, en modo alguno, de una traslación definitiva e irrevocable de poder, o revocable sólo por causas muy graves, como había pretendido la antigua teoría política y teológica.

Es obvio que estos principios continúan siendo hoy operativos y, más aún, esenciales. Así puede decirse con toda justicia que «la responsabilidad del Estado aparece como el corolario de los derechos del hombre» (44). O, en términos aún más explícitos, «representación y democracia están estrechamente vinculados, una no puede estar sin la otra, la responsabilidad se ve como la otra cara de la representación» (45). Y aún un tercero: hay «un lazo indisociable entre las nociones de legitimidad y de responsabilidad. Una no va sin la otra. Quien analiza la política a partir de la legitimidad se ve inexorablemente conducido a reflexionar sobre el problema de la responsabilidad, y en primer lugar la de los gobernantes. Quien aborde la cuestión de la responsabilidad no puede evitar interrogarse sobre la noción de legitimidad en política» (46).

(43) J. LOCKE: *Two treatises of Civil Government*, II, § 13. Traducción: «... siendo sólo un poder fiduciario para actuar para ciertos fines», puede ser «contrario al *trust*»; el pueblo «permanece aún el poder supremo de revocar o alterar» dicho poder; pues «todo poder dado con *trust*... está limitado por este fin».

(44) V. AZIMIT: «Aux origines de la responsabilité ministerielle», en la obra colectiva 1791. *La première Constitution française*, París, 1993, pág. 218.

(45) L. CARLASARE: *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Milano, 2001, pág. 1.

(46) J. M. COLCAUD: «Légitimité et responsabilité des gouvernants», en la obra colectiva dirigida por O. BEAUD y J. M. BLANQUER: *La responsabilité des gouvernants*, París, 1999, pág. 95.

No tiene ahora interés perseguir las fórmulas concretas en que se ha ido formalizando el principio esencial de una responsabilidad de los gobernantes y su papel en los distintos sistemas de gobierno. Lo que nos interesa en este momento concreto es subrayar que la aparición en el Título Preliminar de nuestra Constitución, donde se enuncian los grandes principios que inspiran el sistema, de la expresión «responsabilidad de los poderes públicos» no puede tener otra significación que esa tan general propia de un régimen democrático genuino, cuya afirmación enfática (hoy en general sobreentendida en todas las democracias como algo obvio) tenía perfecto sentido recordar para subrayar la definitiva superación del régimen político anterior en que el imperante era, explícitamente, «responsable sólo ante Dios y ante la Historia». En ningún caso parece que pueda interpretarse, sino abusivamente, como la apertura expresa de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, cuestión jamás tocada por ningún texto constitucional, en ningún tiempo, en ningún país y que carecería totalmente de sentido insertar entre los grandes principios del nuevo orden político que figuran en el Título Preliminar de la Constitución. La novedad absoluta de un principio del alcance que se pretende hubiese exigido, inexorablemente, una mención mucho más explícita, inequívoca y articulada para precisar sus límites, que es evidente que alguno tendría que haber, como notó lúcidamente la línea jurisprudencial abierta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, más atrás expuesta.

VIII

Pero aún puede ser digno de notarse que nuestra propia tradición constitucional nos ofrece, igualmente, un apoyo explícito a esa interpretación del principio de responsabilidad de los poderes públicos como responsabilidad que alcanza a cuantos ejercitan poderes públicos respecto del titular verdadero del poder, que es la colectividad o el pueblo.

La Constitución de Cádiz de 1812, primer y glorioso instrumento constitucional de nuestra historia, recoge, en efecto, ese uso específico e inequívoco de la palabra y del concepto de responsabilidad en el sentido que resultó de la Revolución Francesa. En efecto, el art. 130 de la misma enuncia entre «las facultades de las Cortes», la siguiente, que enumera como vigésimo quinta:

«Hacer efectiva *la responsabilidad* de los Secretarios de Despacho (47) y demás empleados públicos».

(47) Equivalentes a los que se llamarían luego Ministros. El «Discurso Preliminar» de la Constitución subraya que «el órgano inmediato del Rey lo forman los Secretarios de Despacho,

En ella aún se declara (art. 168) a «la persona del Rey... sagrada e inviolable y no está sujeta a *responsabilidad*» (aunque debe notarse que no se trataba de un Rey absoluto, dadas las «restricciones a su autoridad» enumeradas en el art. 172 y lo que luego indicaremos), lo que nos sirve para contrastar su régimen con el común de los demás agentes públicos (48).

El art. 226 vuelve a precisar: los «Secretarios serán *responsables* en las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución o las Leyes», y aun añade —lo que concluye de perfilar el status propio del Rey— «sin que les sirva de excusa haberlo mandado el Rey».

El art. 228 reitera que es a las Cortes a quienes corresponde «hacer efectiva la *responsabilidad* de los secretarios de despacho».

El art. 239 prevé la remoción de los Consejeros de Estado ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Pero es quizás en el caso de los jueces donde más énfasis pone la Constitución (como destaca su «Discurso Preliminar»), sin duda para despejar la triste historia de las justicias señoriales y de los oficios judiciales patrimonializados, en la exigencia de un principio de responsabilidad que sujete la decisión de estos órganos a la estricta aplicación de la Ley previamente establecida. Se trataba, precisamente, de conseguir *la legalización definitiva de la justicia*, uno de los grandes principios organizativos aportados por la Revolución Francesa, de modo que los jueces no fuesen titulares de un supuesto poder moral superior para regir el pueblo, delegado en ellos por el Rey, quien a su vez lo habría recibido directamente de Dios (así funcionaba la justicia desde sus orígenes medievales hasta aquel momento mismo), sino de que fuesen, en la famosa teorización de Montesquieu, «la boca que pronuncia las palabras de la Ley» al aplicar ésta a los casos concretos, técnica esencial para que la democracia, productora de la Ley en nombre del pueblo, fuese real y efectiva (49). Era esencial, por tanto, asegurar la legalización íntegra de la justicia proclamando con énfasis la correlativa y efectiva responsabilidad de los jueces que pretendiesen

aquí es donde es necesario hacer efectiva *la responsabilidad del Gobierno* para asegurar el buen desempeño de la inmensa autoridad depositada en la sagrada persona del Rey, pues en el hecho existe toda en las manos de los ministros... De este modo las Cortes tendrán en cualquier caso un testimonio auténtico [el refrendo a cualquier orden del Rey] para *pedir cuenta* a los ministros de la administración respectiva de sus ramos».

(48) El «Discurso Preliminar» de la Constitución repite el concepto al decir: «Este inmenso poder del que el Monarca se halla revestido sería ineficaz e ilusorio si su persona no estuviere a cubierto de una inmediata *responsabilidad*». Se está refiriendo, como se comprende, a la técnica de la autorización de las Cortes, art. 172, o del refrendo ministerial de los actos que aparecen como emanados formalmente del Rey, art. 225.

(49) Cfr. de nuevo mi libro *La lengua de los derechos*, cit., págs. 128 y sigs. y 164. y sigs.

mantener sus viejos y alegales poderes, desconociendo el giro sustancial que la Constitución resueltamente operaba.

Desde esa perspectiva esencial, el art. 254 precisa, explícitamente: «Toda falta de observancia de las Leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace *responsables* personalmente a los jueces que la cometieron» (50).

Por su parte, el art. 372 concreta como cierre del sistema: «Las Cortes en sus primeras sesiones tomará en consideración las infracciones constitucionales que se les hubieren hecho presentes para poner el conveniente remedio y *hacer efectiva la responsabilidad* de los que hubieran contravenido a ella» (51).

Todas estas expresiones pueden sonarnos hoy casi como obvias, sin una significación especial, pero conviene tener muy presente que la palabra «responsabilidad», como ya nos consta, hacía apenas unas décadas que había aparecido en las lenguas modernas, que los Códigos napoleónicos civil y penal de 1804 y 1810 la desconocieron aún, que el Diccionario de la Real Academia Española, que venía editándose desde el de Autoridades de 1737, acababa de recogerla, con una sorprendente precocidad, en el elenco más usual de nuestra Lengua su Diccionario, en su 4.^a edición de 1803 (52). Por tanto, con la más

(50) La significación de la responsabilidad de los jueces la subraya especialmente el «Discurso Preliminar». Así dice: «Mas la misma seguridad que adquieren los Jueces en la nueva Constitución exige que *su responsabilidad* sea efectiva en todos los casos en que abusen de la tremenda autoridad que la Ley les concede; y la Comisión no puede menos de llamar con este motivo la atención del Congreso hacia la urgente necesidad de establecer con claridad y discernimiento por medio de Leyes particulares *la responsabilidad* de los jueces, determinando expresamente las penas que correspondan a los delitos que puedan cometer»; y más adelante: al hablar de las facultades de los jueces, «les corresponderá también juzgar por sí mismo las causas que versen sobre hacer efectiva la responsabilidad de los jueces y magistrados inferiores en los casos determinados por la Ley». Y habla luego de «un juicio de responsabilidad» llevado por el Tribunal Superior de Justicia, lo que determinará que los jueces «no podrán menos de mirar con respeto una autoridad suprema ante la cual habrán de *responder* de las faltas o delitos que cometieran». Aún más tarde, al hablar de los recursos en el caso de los procesos iniciados en las provincias de ultramar, se dice igualmente: «... hayan de acudir al supremo Tribunal de Justicia en los casos que convenga hacer efectiva la *responsabilidad de los jueces que hubiesen faltado a la observancia de las Leyes* que arreglen el proceso en todo género de causas en que entendieren... Se asegure la *responsabilidad* de sus magistrados». Criticando el anterior sistema, observa que es «muy fácil eludir [por los jueces] cualquier caso de *responsabilidad*...»; ahora se trataría de asegurar «un sistema dirigido principalmente a la pronta y recta administración de justicia, asegurando de un modo infalible la *responsabilidad* de los jueces y tribunales».

(51) En el «Discurso Preliminar», ya casi en su final, se habla de cómo con la ordenación del gasto público que establece «puede quedar asegurada la *responsabilidad* de cualquier abuso y malversación».

(52) En el Diccionario de Autoridades aparece ya la voz «responsable», con la significación de «el que está obligado a responder» y añadiendo: «Es voz introducida modernamente», aunque

completa evidencia, su uso por los constituyentes de 1812 era un eco directo e inequívoco de la significación revolucionaria y democrática que apenas unos lustros antes la palabra había aportado al imaginario conceptual de la política y del Derecho. Se trata de uno más de los «adelantamiento(s) de la ciencia del Gobierno ha introducido en Europa», a que se refieren ya los primeros párrafos del «Discurso Preliminar» de nuestra primera Constitución, entre las que, según este mismo «Discurso», «quedan sentadas las bases en que reposa el suntuoso edificio de la libertad de la Nación».

Este precedente explícito, en cierto modo el «eslabón perdido» entre la Revolución Francesa y nuestra Constitución de 1978 (53), me parece una demostración difícilmente rebatible de cuál fue la intención de esta última al insertar la palabra y el concepto de «responsabilidad» en su lenguaje propio.

IX

De ese *excursus* histórico y teórico no puede sino concluirse que absolutamente ninguna razón puede aportarse seriamente para intentar justificar que la alusión a «la responsabilidad de los poderes públicos» hecha por el art. 9.3 de la Constitución deba interpretarse en el sentido de una consagración de la responsabilidad patrimonial del Legislador. Es ésta una conclusión simplemente absurda. La responsabilidad a que el precepto alude es, pues, la general de los gobernantes y titulares de cualquier poder público y se manifestará en múltiples aspectos: responsabilidad política, ante las Cámaras y ante los electores, responsabilidad criminal, responsabilidad contable, también, eventualmente, responsabilidad civil por los daños que los titulares de los oficios puedan causar ejercitando éstos, responsabilidad moral por los aciertos y los desaciertos de la gestión. Esta obligación de «dar cuenta» es universal y debe ser efectiva, porque está en la raíz misma del principio democrático. Veremos que varios

sin acompañarla de ninguna «autoridad» o texto en que se hubiese utilizado, contra su criterio general. El *Diccionario Castellano* de ESTEBAN DE TERREROS, que parece ser que avanza los trabajos en curso de la Real Academia Española, que se publica en 1787, recoge ya, con una notable precocidad, como resulta de los datos que ya hemos avanzado (*supra*, nota 22), la palabra «responsabilidad», que define así: «La obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño», que con una ligera variación pasara el mismo concepto a la 4.^a edición del *Diccionario* de la RAE de 1803: «La obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño».

(53) En las Constituciones ulteriores a la de Cádiz el término de «responsabilidad» se concreta ya a la penal y a la civil de los agentes. No encontramos utilizaciones tan expresivas como las del constitucionalismo gaditano.

preceptos de la propia Constitución, tras esa mención genérica del art. 9.3, prevén expresamente diversas manifestaciones de esa responsabilidad general, como ha observado certeramente M. Beltrán de Felipe. Observación muy importante para justificar una «interpretación sistemática» del art. 9.3.

Es una interpretación que, aparte del respaldo de otros preceptos constitucionales, como veremos, se conecta directamente a los orígenes y fundamentos mismos del régimen constitucional moderno, como hemos podido ver, un principio democrático esencial que era perfectamente oportuno recordar por el largo olvido del sistema democrático de que se partía en nuestra operación constituyente, que tuvo abiertamente el sentido de una restauración de todos los principios democráticos.

Como ya observé antes, cuento para respaldar esa conclusión específica con el apoyo de dos iuspublicistas cualificados. Uno de ellos, el Profesor Jesús Leguina, llegó a esa misma posición al examinar la novedad que supuso el art. 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 (54), observando que el principio de responsabilidad proclamado por el art. 9.3 de la Constitución tiene efecto en «todos los poderes públicos en general... y consiste en garantizar que, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, no haya ningún poder público exento e inmune a los controles que la propia Constitución organiza, de suerte que, a través de tales controles y de los procedimientos legales prescritos al efecto, pueda exigirse aquella responsabilidad (política, penal, civil, administrativa, disciplinaria o contable) que en cada caso proceda a los titulares de los cargos y funciones públicas y a los entes y órganos en que aquéllos se integren». Es la regla, pues, que conecta dos conceptos esencialmente imbricados, democracia y control.

Por su parte, el Prof. Miguel Beltrán de Felipe (55) observó: «No me parece acertado reducir la mención de la responsabilidad de los poderes públicos del art. 9.3 de la Constitución a los términos de responsabilidad patrimonial del deudor sometido a un proceso de ejecución. A mi juicio, ello se refiere a algo más general, propio de un Título Preliminar de una Constitución: a la responsabilidad entendida como control político o constitucional... En el art. 9.3 de la Constitución está lo que los anglosajones llaman *accountability* (responsabili-

(54) En su libro, con M. SÁNCHEZ MORÓN: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 412 y sigs. Quizá sea oportuno notar que Leguina participó activamente en la preparación de ese texto legal.

(55) M. BELTRÁN DE FELIPE: *El poder de sustitución en la ejecución de las Sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995, pág. 222; el autor cita algunos textos del constitucionalismo americano entre los que nosotros mismos hemos transcrito más atrás.

dad como control político o jurídico) (56), mientras que en el art. 106.2 de la Constitución está lo que se conoce pacíficamente como responsabilidad —ahora sí patrimonial— de la Administración (liability o responsabilidad patrimonial por daños)».

En una nota a la indicación de la responsabilidad como control político M. Beltrán cita, con toda pertinencia, otros ejemplos de la Constitución, que resultan perfectamente oportunos para apoyar una interpretación sistemática del principio abstracto del art. 9.3: arts. 108 y 113, responsabilidad del Gobierno ante las Cortes y la correlativa de los Presidentes y Consejos de las Comunidades Autónomas (art. 152); responsabilidad de los Ministros por su gestión (art. 102); responsabilidad del Gobierno y de sus agentes (art. 98.2); en fin, el art. 117.1 sobre la que alcanza a los órganos judiciales. Este argumento no me parece precisamente secundario cuando justamente los arts. 106.1 y 121, que son los que regulan, con toda precisión técnica, una inequívoca responsabilidad patrimonial de dos poderes públicos, la Administración y la Justicia, no utilizan, precisamente, el término de «responsabilidad», sino el de «derecho a una indemnización» o «a ser indemnizados», desde el lado activo del ciudadano, pues, y no del pasivo de la organización política. Puede así sostenerse, con seguridad plena, que *en el léxico de la Constitución el término «responsabilidad» se refiere siempre, sin excepciones, a la responsabilidad precisamente política*. Argumento de interpretación sistemática que estimo de peso considerable por sí solo, aun si no existiesen todos los demás que hemos expuesto, de mayor enjundia institucional.

No hay, pues, afirmamos junto a estos dos autores, el menor equívoco en el uso del término «responsabilidad» por el art. 9.3 de la Constitución, concepto que tiene un sentido específico, según toda la tradición constitucional occidental desde sus orígenes mismos, estrechamente vinculado a los principios esenciales del sistema democrático mismo, y absolutamente extraño a la extraña y desconocida, aun hoy, absolutamente en todos los países, desde el origen mismo de esa tradición hasta hoy mismo, de responsabilidad patrimonial del Legislador, con el carácter general y absoluto que entre nosotros alguna jurisprudencia y alguna doctrina vienen pretendiendo.

X

No nos entretendremos ahora demasiado en otras supuestas justificaciones

(56) Cfr. sobre la terminología y los conceptos ingleses el detenido análisis de J. R. PENNOCK: *The problem of responsibility*, cit., págs. 13 y sigs. y nuestras anteriores notas 20 y 22 *supra*.

del principio de responsabilidad del Legislador que suelen aducirse por sus sostenedores (la igualdad ante las cargas públicas, el principio de protección de la confianza legítima, la socialización del riesgo social, el Derecho Comunitario, etc.). Bástenos ahora (57) con afirmar que ninguna de estas razones puede justificar, como se está pretendiendo, la insólita atribución a los Tribunales contencioso-administrativos (cuyas bases constitucionales en modo alguno lo toleran) (58) de una jurisdicción de tal naturaleza contra el Legislador, jurisdicción que, de existir, sólo tendría sentido atribuida al Tribunal Constitucional, único juez del Legislador en el sistema, debiendo notarse que el art. 161 de la Constitución que define la jurisdicción taxativa de este órgano tampoco la contempla en absoluto (59).

(57) Cfr., en este momento, mi artículo en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», anticipo, con este trabajo, de una obra sistemática más amplia. También, el resumen que hacemos TOMÁS R. FERNÁNDEZ y yo mismo en la 8.ª edición de nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, cap. XXI.

(58) Art. 106.1 de la Constitución y, por remisión del art. 122 de la misma, arts. 58, 66, 74 y 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, siempre referidos a la Administración como organización, y cuando se refiere a los actos de los Cuerpos legislativos expresamente a las disposiciones «con rango inferior a la Ley»; cfr. art. 1, apartados 1 y 3, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, en vigor. Se comprende que el argumento formalista de que el acto que se recurre es el de la Administración que deniega la responsabilidad por la decisión del Legislador (argumento de la primera Sentencia en la materia, la de 15 de julio de 1987 —no se impugna directamente la Ley, sino «el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, acto de la Administración Pública, sometido al Derecho Administrativo»—) es un argumento manifiestamente formalista, puesto que la decisión de fondo es proclamar esa responsabilidad directa por la decisión legislativa misma (no, pues, porque la Administración haya infringido la Ley, como es lo normal en el control judicial de la misma), complementando, o condicionando, correlativamente la eficacia de dicha Ley. Los arts. 106.2 y 121 de la Constitución, que reconocen la posibilidad de una responsabilidad por funcionamiento de la Administración y por error judicial, respectivamente, arguyen, justamente, en contra de esa otra y exorbitante extensión por vía simplemente de supuestos principios generales, y tan cuestionables como estamos viendo. Cfr. mi artículo «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», cit. en *REDA*, 117, marzo 2003.

(59) Como ya notamos en la nota 7, *supra*, ni siquiera al Tribunal Constitucional se le faculta para *complementar el contenido de una Ley*, para condicionar su eficacia a un requisito nuevo, y tan oneroso como sería el pago de cuantiosas indemnizaciones, que la voluntad popular que aprueba la Ley (Preámbulo de la Constitución: «un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular») ha excluido, expresa o implícitamente, pero siempre deliberadamente. La jurisdicción constitucional es exclusivamente nomofiláctica o de depuración del sistema de normas, y puede a lo sumo, por ello, expulsar una Ley del ordenamiento, en modo alguno adicionar su contenido con una disposición nueva, la del pago por un precepto legal, pago que el Legislador o no ha considerado o ha excluido; la jurisdicción consti-

Por lo demás, hay que decir con énfasis que la Constitución garantiza, en efecto, explícitamente el patrimonio de los ciudadanos frente a los poderes públicos, pero que lo hace en un lugar nada oculto y más bien absolutamente manifiesto, el art. 33 de la Constitución (60), que obligará a declarar inconstitucionales las Leyes materialmente expropiatorias que excluyan la indemnización. Ahora bien, y esto resulta esencial, esa inconstitucionalidad debe dilucidarse, no como hacen los autores y las Sentencias partidarias de esa responsabilidad del Legislador, con el criterio abierto del art. 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa (61), un concepto formulado para la Administración, que es un ente de gestión cotidiana, que interfiere con normalidad la vida y el patrimonio de los ciudadanos, criterio que aplicado al Legislador vendría a impedir que una Ley pudiese restringir los «intereses patrimoniales legítimos» de los ciudadanos, lo cual parece imposible, simplemente; el concepto constitucional de expropiación legislativa debe precisarse, por imperativo constitucional, mediante el contraste de la operación de que se trate con las Leyes de «delimitación del contenido» de esos derechos según «su función social», como el propio art. 33 prevé en su párrafo 2 (62).

tucional ni es, ni puede ser, una jurisdicción de condena contra el Legislador, que es en lo que se convierte, insólitamente, y con desdén de todas las reglas del sistema, a los Tribunales contencioso-administrativos si se les reconoce una jurisdicción indemnizatoria sobre el Legislador, como se pretende. Las acciones de responsabilidad son siempre, por esencia, acciones de condena, la jurisdicción sobre las cuales en el caso del Legislador en modo alguno podría corresponder a los Tribunales contencioso-administrativos, según el sistema constitucional en vigor.

(60) Aparte, naturalmente, de los ya glosados arts. 106.2 y 121, que declaran el «derecho a ser indemnizado» por los daños producidos por la Administración y por el funcionamiento irregular de la justicia. Estos supuestos han debido precisarse en el texto constitucional como específicos y determinados precisamente por tratarse de una garantía adicional a la general del art. 33 y obedientes a una lógica institucional enteramente diferente -lo que en modo alguno ocurre en la hipótesis de una supuesta responsabilidad patrimonial general del Legislador, que afecta al núcleo mismo del poder Legislativo.

(61) Art. 1.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954: «Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social... en la que se entenderá comprendida *cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan*».

(62) Criterio que luce también en el art. 1.º del Protocolo 1, del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Fundamentales, que dice: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden *sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...*». Este precepto, según la regla del art. 10.2 de nuestra Constitución, tiene valor interpretativo del art. 33 de ésta. Hay que decir, aunque sea ahora incidental-

Todos los generosos principios que se invocan (63) llaman a complejas y minuciosas políticas redistributivas (Seguridad Social, política fiscal, política económica, distribución del gasto y los recursos públicos, política social en general), que carecería de la más mínima lógica económica, social y política que se encomendase precisamente a los jueces a través de un sistema casuístico tan insuficiente como es, a esos efectos, el sistema de acciones ocasionales de responsabilidad promovidas por los interesados (la mayoría de los cuales, los más

mente, que el criterio de depurar el concepto de expropiación legislativa por contraste con el de regulación del derecho o «delimitación de su contenido» es universal en todos los países con jurisdicción constitucional, desde el norteamericano, donde tiene más de cien años la jurisprudencia que distingue *taking* y *regulation*, la primera no válida si no va acompañada de la correspondiente indemnización (conforme a la Enmienda V), la segunda perfectamente válida sin indemnización alguna, aunque lleve aparejada —como será normal, por otra parte— para algunos ciudadanos restricciones o limitaciones nuevas. En Alemania es el principio de la *Junktim-Klausel*, que obliga a ir «juntas» o simultáneas la expropiación y su correspondiente indemnización. En Francia misma, tras el (insuficiente) sistema de control preventivo de constitucionalidad que asegura el *Conseil Constitutionnel*, así ha operado éste cuando ha tenido oportunidad para ello, como, por ejemplo, con ocasión de las nacionalizaciones sistemáticas y de intervencionismo de empresas acordadas por el primer Gobierno Mitterand, por el valor constitucional, ya entonces declarado, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, concretamente de su art. 17, que fue la primera regulación constitucional de la expropiación (la Enmienda V americana es de 1791). En España misma, es la línea de nuestro propio Tribunal Constitucional, cuando no se obnubila con doctrinas confusas; así Sentencias Constitucionales 6/1983, sobre reducción de los beneficios fiscales reconocidos para las viviendas de protección oficial; 108/1986, sobre reducción de la edad de jubilación a Jueces y Magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial; 37/1987, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía; 99/1987, sobre reducción de la edad de jubilación de los funcionarios por la Ley 30/1984; 70/1988, el mismo tema sobre Profesores de EGB; 227/1988, sobre la Ley de Aguas; 65/1990, sobre reducción de compatibilidad entre haberes activos y pasivos por la Ley de Presupuestos para 1984; 149/1991, sobre la Ley de Costas; 222/1992, sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos; 401/1993, sobre la Ley de Propiedad Horizontal de 1960; 89/1994, sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1989. El argumento general fue estimar que las Leyes enjuiciadas no tenían contenido expropiatorio, sino regulatorio o de «delimitación del contenido según su función social», legítimas por tanto según el art. 33.2 de la Constitución. Piénsese en lo que hubiera significado aplicar en todos los casos así enjuiciados (en los que, evidentemente, se afectaron «intereses patrimoniales legítimos» de millones de personas) los criterios que estamos combatiendo: el Estado español estaría aún hoy paralizado probablemente, reducido a la función de generar recursos para poder hacer frente a los «perjuicios» o «sacrificios singulares» o «igualación ante las cargas públicas» o «perecuación de los efectos económicos desiguales» producidos por las respectivas Leyes. ¿Alguna doctrina política sobre las funciones del Estado justifica una reducción de tal calibre de éste a esa preferente tarea?

(63) El argumento que pretende deducir la responsabilidad del Legislador de las reglas del Derecho Comunitario es igualmente inconsistente; está contestado en mi citado trabajo *El principio de protección de la confianza legítima*, § IV, págs. 183 y sigs.

desasistidos precisamente, es imaginable que se inhiban), con largos plazos de duración y resultados nunca del todo previsibles.

Conectamos, al final, con la precisa y lúcida frase del Prof. Díez-Picazo con cuya invocación iniciamos este trabajo. Sin reserva, hacemos nuestras sus razones, que nos parecen contundentes, reconfortados por la buena compañía.

