

RAP N° 68; 1972.

## LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR \*

Por

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

"Potestas itaque sua iuris est et non iniuriae, et cum ipse sit auctor iuris, non debet inde iniuriarum nasci occasio, unde iura nascuntur."

HENRY OF BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, 1250 (?).

"Liberty and property..., c'est le cri anglais..., c'est le cri de la nature..."

VOLTAIRE, *Idées republicaines*, 1765.

**SUMARIO:** I. EL ESTADO PROVIDENCIAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA DASEINVSORSORGE: LA BÚSQUEDA DE NUEVAS TÉCNICAS DE GARANTÍA. A) *Administración de la economía y Derecho administrativo*. B) *La línea expansiva de la garantía patrimonial. Sus límites.*—II. RESPONSABILIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS: EL CASO FRANCÉS. A) *La inmunidad del poder legislativo: La jurisprudencia DUCHÂTELIER*. B) *Las bases rousseauianas del dogma de la irresponsabilidad*. C) *Las primeras quebras del principio*. D) *La polémica DUGUIT-CARRÉ DE MALBERG*. E) *La jurisprudencia LA FLEURETTE*. F) *Una tendencia para el futuro: el artél BOVERO*. G) *Conclusión: Un sistema discutida, pero ejemplar.*—III. COBERTURA PATRIMONIAL Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS NORMATIVOS: LOS SISTEMAS ITALIANO Y ALEMÁN. A) *La diversidad de los instrumentos dogmáticos*. B) *Del jus eminens a la garantía constitucional del patrimonio*. C) *La evolución del sistema italiano hasta la Constitución de 1947*. D) *Los tres títulos indemnizatorios derivados de inmisiones legislativas en la esfera patrimonial:* 1. La expropiación *ope legis*: a) Los límites de orden objetivo. b) Los límites de orden teleológico. c) Los límites de orden económico. La *Junktimklausel*. 2. El ilícito legislativo. 3. El sacrificio de derechos privados.

### I

EL ESTADO PROVIDENCIAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA "DASEINVSORSORGE":  
LA BÚSQUEDA DE NUEVAS TÉCNICAS DE GARANTÍA

#### A) *Administración de la economía y Derecho administrativo*

Se ha cumplido ya un tercio de siglo desde que Ernst FORSTHOFF *diera* su famoso grito de alarma sobre el desfase del Derecho administrativo respecto de la nueva estructura social que por entonces comenzaba a

\* El presente trabajo constituye la parte primera del estudio al que se refiere el epígrafe, y abarca exclusivamente la panorámica del problema en el Derecho comparado. Su amplitud ha aconsejado, por razones editoriales, una publicación separada.

emerger en la vieja Europa (1). Sin duda, la tesis del gran jurista de Heidelberg es parcialmente tributaria de la ideología transpersonalista del Estado hitleriano, por entonces en plena ebullición triunfalista: su concepto de la *Daseinsvorsorge* parte de un sentimiento de escepticismo antiliberal ("los derechos fundamentales pertenecen a la historia"), de la exaltación del Estado administrativo y de una desconfianza hacia el principio de legalidad (2). Pero estas inevitables adherencias autoritarias, de las que el propio autor es consciente cuando reelabora su libro veinte años después, no quitan ni un ápice de fuerza y realidad a sus proposiciones. La evolución de la sociedad occidental en las tres décadas siguientes ha confirmado en su totalidad las predicciones del autor germano; más aún, las ha superado ampliamente. El Estado de la procura existencial, el Estado administrativo e interventor, árbitro y piedra angular de la sociedad industrial pluralista y totalitaria (3) es ya hoy una realidad sociológica indiscutible y muy probablemente irreversible.

El fenómeno es sobradamente conocido, e insistir en él resultaría ocioso. Lo mismo podría decirse de sus repercusiones en la dogmática jurídico-administrativa: ciertamente, la intervención del Estado en la actividad económica constituye el nuevo y gran reto al Derecho administrativo de nuestros días, que en cuanto ciencia no ha escapado al proceso universal de crisis en que se han visto envueltas todas las ramas jurídicas, en mayor o menor medida. El gran tema de las empresas públicas, de la actividad industrial del Estado, precipitó la rotura de las ecuacio-

(1) Nos referimos a su libro *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart u. Berlin, 1938, reeditado parcialmente con un prólogo aclaratorio y un trabajo adicional bajo el título *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1959. De esta reedición hay una traducción—excelente—recogida con otro trabajo en el volumen *Sociedad industrial y Administración pública*, Madrid, ENAP, 1967.

(2) Es muy conocida su lapidaria formulación: "*Die Verfassungsprobleme unserer Zeit sind in Wahrheit Verwaltungsprobleme. Man spricht von der Ablösung des Gesetzesstaats durch den Verwaltungsstaats*": Los problemas constitucionales de nuestro tiempo son, en verdad, problemas administrativos. Se habla de la conversión del Estado legislador en Estado administrativo (*Rechtsfragen...*, cit. p. 49). En este sentido, FORSTHOFF entronca directamente en la línea de razonamiento de los autores de su época, desencantados del dogma de la legalidad positivista por el vaciamiento material del ordenamiento constitucional weimariano en virtud de la "revolución legal" del partido nacionalsocialista, y cuyo más lúcido exponente es CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München u. Berlin, 1932, ahora recogido en su *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958, p. 263 (trad. esp. Madrid, Aguilar, 1971).

(3) Utilizo la expresión en el sentido de H. MARCUSE, *El hombre unidimensional*, trad. esp., México, 1968, p. 25. El traer a colación aquí al discutido filósofo de Berkeley se justifica por las similitudes de su descripción del mecanismo estatal—salvadas todas las distancias y la radical diversidad de planteamientos ideológicos, claro está—con las efectuadas por FORSTHOFF, más acentuadas aún en el último libro de éste, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, Beck, 1971 (libro que, por cierto, nos muestra a un FORSTHOFF totalmente distinto del que conocemos en España a través de la traducción de su *Tratado*).

nes clásicas fines-medios-régimen jurídico y el derrumbamiento del monolítico edificio de la doctrina del servicio público. Pero ello no significaba sino el comienzo de un proceso que ha terminado por poner en cuestión todas las instituciones: la aparición de instrumentos atípicos—el plan, los medios de actuación concertada—, el cuarteamiento alarmante de principios básicos—reserva de ley, por ejemplo— y el *bouleversement* de las técnicas tradicionales—ley como ley-medida, potenciación de las "normas internas", disolución de los límites entre autorización y concesión, etc.—son fenómenos que constituyen un desafío a la capacidad integradora de los juristas y una llamada urgente en pro de una nueva sistematización del Derecho administrativo (4).

Esto no es todo, sin embargo. Hasta la fecha, la aceptación de este desafío se ha limitado únicamente—y esta afirmación es particularmente válida para nuestro país— a los aspectos teóricos: esto es, a un intento de asimilar los nuevos conceptos e instrumentos y de insertarlos en el sistema general de la ciencia jurídico-administrativa. Pero los aspectos prácticos del fenómeno se hallan notablemente descuidados. ¿Cómo va a controlarse, a sujetarse a Derecho este nuevo mundo de potestades? Las respuestas son abundantes, pero escasamente prometedoras. Para quienes conciben el Derecho administrativo como un instrumento al servicio del poder establecido (y, mediatamente, al servicio del desarrollo económico, del *Wohlfahrtsstaat*), el estallido de los esquemas conceptuales clásicos no plantea problema valorativo alguno: el tiempo se encargará de hacer volver las aguas a sus cauces, no hay más problemas que

(4) La doctrina alemana de la posguerra ha sido, sin duda, la que mayor preocupación ha mostrado por estos temas, quizá debido a la fulgurante evolución económica de la República Federal y a la grave tensión existente entre un texto constitucional como la *Grundgesetz*, que se manifiesta en una línea de *wirtschaftspolitische Neutralität* (esto es, en una renuncia a determinar constitucionalmente el contenido material del orden social: MANGOLDT, *Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner GG*, en "Archiv des öffentlichen Rechts", 1949, LXXV, pp. 272 y ss.; vid. también sobre el tema, con diferentes opiniones, HAMANN, *Deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berlin, 1958, pp. 23 y ss., y BALLERSTEDT, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, en la obra colectiva *Die Grundrechte*, III/I, Berlin, 1958, p. 49) y la dinámica tendencialmente interventora del Estado Social de Derecho: vid. por todos, FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964 (y sus obras cit. *supra*); BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, 1966; ZEIDLER, *Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Berlin, 1963; SCHAMBECK, *Vom Sinnwandel des Rechtsstaates*, Berlin, 1970; DOMBROWSKI, *Missbrauch der Verwaltungsmacht. Zum Problem der Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke*, Mainz, 1967; vid. también los trabajos de Willi GEIGER, Max IMBODEN y René MARCIC (sobre todo, el del primero), recogidos en el volumen *Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates*, herausgegeben von Max Imboden, Wien, 1965; RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Berlin, 1967; PÜTTNER, *Die öffentliche Unternehmen. Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969; fundamental continúa siendo HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.ª ed., Tübingen, 1953-1954.

los derivados de la sistematización teórica de las nuevas instituciones. Pero para quienes siguen creyendo que el Derecho administrativo es, ante todo, la instrumentación práctica del principio de libertad del ciudadano, la sujeción de la Administración a la ley y la plena justicia-bilidad de sus actos, el panorama presenta tintes sombríos: "El esquema de la garantía judicial se muestra hoy insuficiente, pues el juez puede revisar sólo un acto justificable, pero no la urdimbre de actos y operaciones materiales en que se traduce el operar de la Administración moderna, sobre todo en materia de intervención económica. En tal punto el control de la ley-parlamento y del juez no sólo es ineficaz, sino impensable: un coeficiente de liquidez para la Banca, por ejemplo, sólo es enjuiciable en su conjunto, pues aisladamente en la aplicación de un caso concreto, a un individuo singular, ningún sentido tiene hablar de legitimidad o legalidad. Por ello el gran reto que la Administración interventora ha suscitado es precisamente el de forjar nuevos instrumentos de garantía, pues ni el parlamento al estilo tradicional, ni un juez satisfacen la garantía a que la sociedad actual aspira" (5).

En efecto, es un hecho incontrovertible que, en su configuración actual, los controles jurisdiccionales y políticos de la legalidad del actuar administrativo se han revelado completamente inadecuados para frenar jurídicamente el irresistible empuje de la nueva *wirtschaftlenkende Verwaltung*. La doctrina ha logrado instrumentar y poner a punto un conjunto de técnicas muy perfectas para el control judicial de la Administración tradicional (6), técnicas cuyas más extremas manifestaciones —como el control a través de los principios generales del Derecho— podrían jugar con gran eficacia en el campo mismo de la Administra-

(5) VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1968, p. 8. En sentido similar, en la doctrina francesa, el agudo artículo de FROMONT, *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative*, "L'Actualité Juridique-Droit administratif", noviembre 1966, pp. 588 y ss., y, últimamente, DELMAS-MARSALET, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, en "Conseil d'Etat. Etudes et documents", 1969, pp. 133 y ss.

(6) Principalmente, en materia de control de la discrecionalidad y de la legalidad de textos reglamentarios: *vid.* en la doctrina española, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA, pp. 159 y ss., y *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970; GARRIDO FALLA, *La fiscalización de los decretos legislativos por la jurisprudencia contencioso-administrativa*, núm. 60 de esta REVISTA, pp. 109 y ss. En la doctrina alemana, sobre todo, JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, pp. 171 y ss.; y los abundantes estudios sobre los *unbestimmte Rechtsbegriffe* como técnica de control de la discrecionalidad: *vid.* últimamente STERN, *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung*, Berlin, 1964; los artículos de CZERNAK, *Was ist Verwaltungsermessen?*, y de OSSENBÜHL, *Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenlehre*, en los volúmenes de 1966 y 1968 de "Die öffentliche Verwaltung", respectivamente, y el magnífico resumen jurisprudencial de MÜLLER, *Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en "Die öffentliche Verwaltung", XXII, 1969, pp. 119 y ss.

ción económica (7). Pero, dada la reticencia general al uso sistemático de este medio (reticencia que tiene sus orígenes en una visión positivista de la legalidad, que aún perdura consciente o inconscientemente), la búsqueda de nuevos instrumentos de garantía constituye una tarea de la máxima urgencia, hablando sin hipérbole de ningún tipo.

No es intención de este estudio abordar una sistematización general de los posibles medios de garantía frente a la actividad estatal de intervención económica. Muy posiblemente, una obra de esta naturaleza no pueda realizarse sino dentro de algunos años, cuando se haya producido una literatura de suficiente volumen sobre instrumentos particulares de control que permita extraer conclusiones genéricas. Por el momento, una prudencia elemental aconseja limitar la atención al análisis de técnicas concretas, como viene haciendo la cautelosa doctrina germana, que centra actualmente sus esfuerzos en el examen de puntos muy definidos, como las limitaciones constitucionales a la actividad interventora (8), el control de las normas internas (9) y de las medidas producidas en el seno de las relaciones especiales de poder, por no citar sino algunos de los ejemplos más significativos. En esta línea se halla la presente investigación, que pretende ceñirse al estudio de uno solo de estos ins-

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha...*, cit. pp. 176 y ss.; en la doctrina germana aparece definitivamente potenciado el principio de igualdad ante la ley: KLEIN, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, Stuttgart, 1969; PODLECH, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971; MAUNZ, *Die staatsbürgerliche Gleichheit*, en "Cedächtnisschrift für Hans Peters", Berlin-Heidelberg-New York, 1967, pp. 559 y ss.; SALZWEDEL, *Gleichheitssatz und Drittwirkung*, en "Festschrift Hermann Jahrreis", Köln-Berlin-München, 1964, pp. 339 y ss.; MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburg, 1963; ZACHER, *Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip*, "Archiv des öffentlichen Rechts", XCIII, 1968, pp. 341 y ss.; y los trabajos de ARNDT, *Gedanken zum Gleichheitssatz*, y de DEL VECCHIO, *Gleichheit und Ungleichheit im Verhältnis zur Gerechtigkeit*, ambos en "Die moderne Demokratie und ihr Recht", Festschrift für G. LEIBHOLZ, Tübingen, 1966, tomo II, pp. 179 y ss., y tomo I, pp. 601 y ss., respectivamente.

(8) Una panorámica general en NEUMANN, *Wirtschaftlenkende Verwaltung. Rechtsformen, Bindung, Rechtskontrolle*, Stuttgart, 1959 (trad. esp. Madrid, 1967, pp. 135 y ss. con bibliografía sectorial seleccionada); WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Berlin, 1968; y la extensa monografía de K. WENGEN, *Die öffentliche Unternehmung. Ein Beitrag zur Lehre der Wirtschaftsverwaltung und zur Theorie des Wirtschaftsverwaltungsrechts*, Wien-New York, Springer Verlag, 1969; para el Derecho federal suizo, SCHMIDHAUSEN, *Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, Winterthur, 1959.

(9) Cfr., entre otros, KNÜCEN, *Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung*, en "Rechtsprobleme in Staat und Kirche", Festschrift für R. Smend, Göttingen, 1952, pp. 211 y ss.; STEIN, *Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts*, Tübingen, 1965; BARFUSS, *Die Weisung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Studie*, Wien-New York, Springer Vlg., 1967; y últimamente, con amplios resúmenes doctrinales, HANSEN, *Fachliche Weisung und materielles Gesetz*, Hamburg, 1971, en especial pp. 229 y ss. En la doctrina italiana, BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, y ROVERSI-MONACO, *Gli enti di gestione, Struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 66 y ss.

trumentos de control, todavía balbuciente y discutido: La reacción frente a inmisiones patrimoniales realizadas por vía normativa, la llamada teoría de la responsabilidad del Estado legislador.

### B) La línea expansiva de la garantía patrimonial. Sus límites

El planteamiento de la teoría de la responsabilidad del Estado por actos normativos es relativamente moderno; su formulación data de poco más de medio siglo, y dista aún de haber logrado una aceptación medianamente generalizada. La razón es bien elemental y radica en su carácter inconoclasta, en el hecho de presentarse como una cuña dirigida a los más profundos reductos de la libre decisión política, de la soberanía. El proceso histórico de expansión de la garantía patrimonial del súbdito, aparentemente incontenible, choca aquí con un sólido valladar que impide a la doctrina desprenderse de ese temor reverencial que se experimenta cuando se enfrenta con la propia médula del poder. De aquí su timidez.

Como la de todo el Derecho administrativo, la historia de la garantía patrimonial es la de un proceso de reducción de inmunidades, de una pugna constante y de signo variable por el sometimiento del poder al Derecho. Desde sus más remotos orígenes, el desenvolvimiento de este capital instituto se resume en una dialéctica entre dos principios opuestos: la inmunidad del soberano y la cobertura del particular frente a las inmisiones del poder público en su esfera patrimonial. Durante todo el vasto período que se extiende desde la recepción del Derecho romano a la Revolución de 1789, los intentos doctrinales de reducción y limitación del principio *King can do not wrong* (10) son constantes: pri-

(10) El origen de la máxima inglesa es muy antiguo y no bien conocido. *Vid.* las opiniones, no siempre coincidentes, de POLLOCK y MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2.ª ed., Cambridge, 1952, pp. 511 y ss.; ENRICH, *Proceedings against the Crown (1216-1377)*, en los "Oxford Studies in Social and Legal History", VI, Oxford, 1913; y HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, 1926, tomo IX, pp. 4 y ss. Su primera formulación se debe, posiblemente, a BRACTON, quien llegó a ella fusionando los principios de la potestas imperial romana y la concepción teológica del monarca como vicario divino. En su famosa obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, monarca como vicario divino. En su famosa obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, que MAITLAND llamó con justicia "crown and flower of English medieval jurisprudence", se encuentra ya esta concepción teocrática de la soberanía: "Parem autem non habet rex in regno, suo, quia sic amitteret praeceptum, cum par in parem non habeat imperium... Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem. Attribuit igitur rex legi, quod lex attribuit ei, videlicet dominationem et potestatem. Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex. Et quod sub lege esse potestatem. Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex. Ihesu Christi, cuius vice debeat, cum sit dei vicarius, evidenter apparet ad similitudinem Ihesu Christi, cuius vice gerit in terris" (epig. *Rex non habet parem*, p. 33). En el mismo epigrafe se extrae ya la consecuencia de la infiscalidad de sus actos: "Sic ergo rex, ne potestas sua maneat

mero será la Iglesia Católica, que consolida a ultranza la regla del *justum pretium* como medio de defensa de sus bienes ante el empera-

infrenata. *Igitur non debet esse maior eo in regni suo in exhibitione iuris, minimus autem esse debet, vel quasi, in iudicio suscipiendo si petat. Si autem ab eo petatur, cum breve non curat contra ipsum, locus erit supplicationi, quod factum suum corrigat et emendet, quod quidem si non fecerit satis sufficit ei ad poenam, quod deum expectet ultorem. Nemo quidem de factis suis praesumat disputare, nec multo fortius contra factum suum venire.*" En realidad, el razonamiento de BRACTON es puramente metafórico: el monarca, de quien emana todo el *ius*, como vicario de Dios, no puede causar *iniuria*, pura emanación diabólica: "Potestas itaque sua iuris est et non iniuriae, et cum ipse sit auctor iuris non debet inde iniuriarum nasci occasio unde iura nascuntur, et etiam qui ex officio suo alios prohibere necesse habet, id ipsum in propria persona committere non debet. Exercere debet rex potestatem iuris sicut dei vicarius et minister in terra, quia illa potestas solius dei est, potestas autem iniuriae diaboli et non dei, et cuius horum opera fecerit rex eius minister erit cuius opera fecerit" (epig. *Ad quid creatus sit rex, et ordinaria iurisdictione*, p. 305). Las citas están hechas sobre la edición crítica de George E. WOODHINE y Samuel E. THORNE, *The Belknap Press of Harvard University Press in association with The Selden Society*, Cambridge, Massachusetts, 1968, vol. II. *Vid.*, asimismo, las definitivas consideraciones de KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton, 1957, pp. 143 y ss., y las no menos importantes de GAINES POST, *Studies in Medieval Legal Theory*, Princeton, 1964, pp. 203 y 204. La tesis de BRACTON fue deformada por los teóricos del absolutismo, quienes, apoyándose exclusivamente en el *princeps legibus solutus*, concluyeron sobre la irresponsabilidad del soberano sin contrapartida alguna. Ya BODIN decía claramente que "or la souveraineté n'est limitée, ni en puissance, ni en charge" (*Les six livres de la République*, Lyon, 1593, libro I, cap. VIII, p. 124), pensamiento que refuerza HOBBS: "The Sovereign of a Commonwealth... is not Subject to the Civil Lawes. For having power to make, and repeate Lawes, he may when he please, free himselfe from that subjection, but repeating those Lawes that trouble him, and making of new; and consequently he was free before... Nor is it possible for any person to be bound to himselfe; because he that can bind can release; and therefore he that is bound to himselfe onely, is not bound" (*Leviathan*, cap. XXVI, p. 313 de la ed. Penguin de C. B. Macpherson, 1968). Ambas tendencias aparecen perfectamente aunadas en sir William BLACKSTONE, cuya exposición es paradigmática: "And, first, the law ascribes to the King the attribute of sovereignty, or pre-eminence... Hence it is, that no suit or action can be brought against the King, even in civil matters, because no court can have jurisdiction over him. For all jurisdiction implies superiority of power, authority to try would be vain and idle, without an authority to redress; and the sentence of a court will be contemptible, unless that court had power to command the execution of it: but who, says Finch, shall command to the King?" La argumentación se rubrica con la fórmula tradicional: "Besides, the attribute of sovereignty, the Law also ascribes to the King, in his political capacity, absolute perfection. The King can do not wrong" (*Commentaries on the Laws of England*, 6.ª ed., London, Cadell and Butterworth, 1825, tomo I, pp. 241, 242 y 245). Como ha resaltado WATKINS, *The State as a Party Litigant*, Baltimore, 1927 —obra fundamental sobre el tema—, en este texto de BLACKSTONE aparece implícitamente reflejada la auténtica justificación de la máxima, como resultado lógico de la organización feudal de los tribunales. Siendo la justicia emanación directa del poder real, e incluso compareciendo el rey en persona —en los primeros períodos— para administrar justicia por sí, hubiera resultado contradictorio que se le sujetara a sus propios tribunales; esto es, a sí mismo (pp. 7 y ss.). En épocas posteriores, la regla se consolida en el *Common Law* y se traslada al Derecho norteamericano, bajo la fórmula de la "doctrine of non Suability of the State": *vid.* la obra clásica de WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, II, cap. LIV; FREUND, *Private Claims against the State*, en "Political Science Quarterly", 1893, pp. 625 y ss.; SINGEWALDE, *The Doctrine of non Suability of the State in the United States*, Baltimore, 1910; un estudio general, en DAVIS, *Administrative Law Treatise*, St. Paul, Minnesota, 1958, tomo III, pp. 434 y ss. El *King can do not wrong*, empero, no se presenta como una regla absoluta. Desde el punto de vista de la no sujeción a los tribunales, la práctica inglesa medieval conoce,

dor (11), regla que pronto asume la incipiente burguesía mercantil de las ciudades con la misma finalidad defensiva de sus patrimonios frente al príncipe (12), y que halla su reflejo en la doctrina de los civilistas, los cuales confirman de modo unánime la plena indemnizabilidad de las intervenciones expropiatorias (13). Por último, el incremento de poder de las clases burguesas provoca un afinamiento de la dogmática de la garantía, que lleva a cabo la doctrina del jusnaturalismo racionalista mediante la conversión del *dominium eminens* en *jus eminens*, frente al que se alza la barrera de los *jura quaesita*, cuya mutilación es siempre, y por definición, resarcible (14).

en primer lugar, el sistema de la *petition of right*, mediante la cual un súbdito podía lograr el establecimiento de un juicio contra la Corona si ésta consentía y otorgaba el *fiat justitia*; sistema este sustituido, a partir del siglo XV, por el sistema de las acciones reales de *traverse* y *monstrans de droit* (STREER, *Governmental Liability. A comparative Study*, Cambridge, "At the University Press", 1953, pp. 1 y ss., que en este punto sigue fielmente a BLACKSTONE, *op. cit.*, tomo III, pp. 255 y ss.). Los casos de condena en juicio del monarca francés citados por BODIN, *Les six Livres...*, cit., p. 158, parecen, en cambio, excepcionales.

(11) VILLAR PALASÍ, *La translación del "justum pretium" a la esfera de la expropiación forzosa*, núm. 43 de esta REVISTA, p. 167.

(12) VILLAR PALASÍ, *La translación...*, cit., p. 168; para Alemania, la obra de FRITZ HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15 Jahrhundert bis zur Gegenwart*, ed. de Stuttgart, 1950, pp. 5 y ss.

(13) Así, la práctica totalidad de los autores del XVI: FULGOSIO, *Consilia sive responsa...*, Venetiis, 1756, cons. 20, núm. 7; CASTALDI, *De imperatore*, en el "Tractatus universi iuris", Venetiis, 1584, quest. 98; ANGELO DA PERUGIA, *Consilia*, Venetiis, 1487, cons. 139; PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura super Codice*, Paris, 1519, apud C. I. 19, 2; PABLO DE CASTRO, *Lectura super ff. et C.*, Venetiis, 1549-1550, apud, D. B. 4, 13, etc., los cuales basan dicha conclusión en un esquema puramente privatista, la equiparación del *auferre rem alicuius privati*, de la expropiación, con la venta forzosa, a la que es esencial el requisito del precio. La regla de la indemnización sólo aparece en algunos autores, como LAUSIO, *De lege regia*, en "Juris publici utriusque tam ecclesie, quam politici pars tertia", Francofordiae, 1618, núm. 91, sobre la base del argumento de que *quod est commune et publicum bonum non videtur esse privatum damnnum*, o como ALBERICO DE ROSATE, pero sólo con relación a las expropiaciones llevadas a cabo por el emperador, no por las ciudades. La totalidad de los textos, en NICOLINI, *La proprietà, il príncipe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, pp. 265 y ss., fundamental en el tema; otros en CLEMENTE DE DIEGO, *Notas sobre la evolución doctrinal de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, "Revista de Derecho Privado", 1922, pp. 289 y ss., y 1923, pp. 257 y ss.

(14) WIEACKER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburg, 1935, cit. por VILLAR, *La translación...*, cit., p. 169. La dialéctica *dominium eminens-jus eminens* y el principio de indemnizabilidad de los *jura quaesita*, en cuyos temas no podemos detenernos, arranca de GROTO, *De jure belli ac pacis*, Amsterdam, 1670, lib. I, cap. I y III, y es común a toda la doctrina de la época: PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Francofurt, 1694, lib. IV, cap. IV y V; CRUSIUS, *Opuscula varia politico-juridico-historica*, Minda, 1668, y, dentro de él, su *Tractatus de praecipuis dominii principis et reipublicae in subditos, eorum bona ac ius quaesitum*, cap. I; ULRICH HUGER, *De Jure civitatis Libri tres*, Francofurt y Leipzig, 1708, lib. I, sec. 3, cap. VI (cit. por NICOLINI, *La proprietà...*, cit., p. 108). Esta temática es constante en la doctrina alemana de fines del XVIII y primera mitad del XIX: PÜTTEN, *Beiträge zum Deutschen Staats- und Fürsten-Rechte*, I, Göttingen, 1777, pp. 357 y 358; v. BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, 2.ª ed., I, Hannover, 1802, p. 168 y ss.; HÄDERLIN, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, I, Ber-

Parece obvio concluir que los esfuerzos de la doctrina por instaurar el principio de garantía patrimonial tuvieron un éxito limitado. Esta afirmación posee, desde luego, un valor relativo: ciertamente, consolidar en plena Edad Moderna, la regla del pleno resarcimiento por las intervenciones expropiatorias debió constituir una tarea de gigantes frente al avance arrollador de un poder político emergente, dotado de un dinamismo y unos recursos sin precedente histórico comparable. Empero, la garantía quedaba constreñida por los propios caracteres de la institución expropiatoria. Concebida ésta ya en sus orígenes como un acto deliberado de despojo o gravamen de carácter singular (15), quedaban automáticamente excluidos de toda posible pretensión indemnizatoria tanto los daños patrimoniales no deliberados como las ablaciones producidas por vía normativa. Por lo que a estas últimas se refiere, la opinión de los autores es unánime: dado que la indemnización se funda —en la expropiación— en una razón de justicia, esto es, "*che il danno inevitabile per il raggiungimento di una utilità che tutti risentano si ripartisca ugualmente su tutti*", cuando la ablación no se refiere a una cosa singular, sino que se realiza mediante una norma general que afecta a todos los ciudadanos, ninguna razón de justicia distributiva puede imponer en este caso la obligación de indemnizar. Los textos son rotundos: cuando se trate de expropiación "*generaliter factum per viam legis... tunc restauratio non requiritur*" (16), las ablaciones patrimonia-

lin, 1794, p. 383 y ss.; LEIST, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 2.ª ed., Göttingen, 1805, p. 319; SCHMITTHENNER, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, Giessen, 1845 (en la ed. de Hamburg, 1966, p. 290), etc. Los análisis modernos más completos sobre la cuestión son (fuera de la obra de NICOLINI, *La proprietà...*, cit., p. 107 y ss., definitivo, y del trabajo de VILLAR, *La translación...*, cit., p. 169 a 172) los de VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1866-1884 (reimp. de "Scientia Vlg.", Aalen, 1962), VII, p. 301 y ss., y de GRENKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, reimp. fotomecánica, Darmstadt, 1954, III, p. 616 y ss., y en su *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1880, p. 291 y ss.; últimamente —breve, pero lúcido—, el estudio de FEIST, *Die Entstehung des Verwaltungsrechtes als Rechtsdisziplin*, Köln, 1967, p. 8 y ss. Para el Derecho anglosajón es básico NICHTOLS, *The Law of Eminent Domain*, 3.ª ed., por J. L. Sackman y R. D. van Brunt, New York, Mathew Bender & Co., 1950.

(15) Sobre esta caracterización, NICOLINI, *La proprietà...*, cit., p. 191 y ss., y 265 y ss.; VILLAR PALASÍ, *Justo precio y transferencias coactivas*, núm. 18 de esta REVISTA, p. 14 y ss., y bibliografía cit. en nota 7; MAYER, *Das Recht der Expropriation*, Leipzig, 1868, p. 110 y ss.

(16) El texto pertenece a CASTALDI, *De Imperatore*, cit. quest. 98, que tomo de NICOLINI, *op. cit.*, p. 266, nota. VILLAR PALASÍ, *Justo precio...*, cit., pp. 14 y 15, recuerda este pasaje y cita otros no menos expresivos: JASON DE MAYNO, "*hoc non procedere quando dispositio fieret per viam statutis generalis, quo casu etiam quod tollatur privato jus domini non tamen datur recompensatio*"; BALDO DE UBALDIS, "*civitas potest facere statutum, per quod auferatur jus privati, faciendum legem universalem. Sed faciendum privatam contra unum, hoc non potest*".

les efectuadas por vía normativa no determinan en caso alguno un derecho a indemnización.

Dadas las raíces eminentemente burguesas del sistema aquí descrito, resulta lógico que la Revolución francesa hiciera suyo todo este acervo de técnicas; técnicas a las que se otorgó una nueva y solemne vestidura ideológica, pero que no sufrieron alteraciones radicales en su contenido. Para comenzar, la garantía de la propiedad se eleva a rango constitucional, pero su contenido económico se limita, como antaño, a las medidas expropiatorias, no abarcando los restantes tipos de ablaciones patrimoniales. El ejemplo más calificado lo constituyen los artículos 4.º y 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi” (art. 4.º).

“La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité” (art. 17).

El sistema es de una claridad meridiana: en su calidad de “derecho inviolable y sagrado”, la propiedad sólo puede ser sacrificada por causa de necesidad pública. Este sacrificio queda sometido a una reserva legal estricta: las limitaciones sólo pueden ser impuestas por ley (aunque poco después el artículo 544 del Código Napoleón da entrada a las limitaciones reglamentarias), y sólo la ley está autorizada para constatar la existencia de una necesidad pública que justifique la expropiación. Sin embargo, el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales se predica solamente de la expropiación. La Declaración no menciona en absoluto los daños de origen no expropiatorio, ni alude a la indemnizabilidad de las limitaciones al derecho de propiedad (17). En definitiva, pues,

(17) A este patrón responden todos los textos constitucionales de la época y del siglo XIX. La constitución federal americana limita la garantía a la institución expropiatoria; así, la Quinta Enmienda, *in fine*: “No person shall... be deprived of life, liberty and property, without due process of Law, nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (no obstante, sobre la cláusula *due process*, vide *infra*). La Constitución gaditana, por su parte, contiene una alusión indirecta al principio de reserva legal en materia de propiedad (art. 4.º) y restringe igualmente la indemnización a la expropiación (art. 172, 10). En Alemania, el mimetismo con la Declaración francesa es aún mayor: el artículo 9.º de la Carta constitucional prusiana de 1850

el sistema es sustancialmente idéntico al preconizado por la doctrina de los siglos XVI a XVIII (18); la garantía patrimonial se alza frente a la expropiación, pero no frente a los daños no expropiatorios, ni frente a las limitaciones del derecho de propiedad, que siguen configurados como ámbitos exentos, en los que el Estado se constituye en heredero directo del *King can do not wrong*.

Empero, la contemplación de estos dos ámbitos de inmunidad no se realiza desde los mismos puntos de vista. El tema de las limitaciones legales a la propiedad resulta, en los comienzos del siglo XIX, inabordable a las pretensiones de indemnización: el poder legislativo, manifestación de la voluntad nacional, es, por definición, omnipotente, irresistible e irrepreensible. En cambio, la esfera de los daños se mueve normalmente en el ámbito de la autoridad administrativa, autoridad subordinada, vicarial, esencialmente fiscalizable, política y jurídicamente responsable. Y es a través del principio de responsabilidad como va a pulverizarse el primero de los dos ámbitos exentos al mecanismo de la garantía: el ámbito de los daños producidos por actividades no expropiatorias. Primero serán las acciones de responsabilidad *ex contractu*, perfectamente admisibles desde el momento en que el Estado se coloca en el nivel de los contratantes privados. Inmediatamente, el principio de responsabilidad se extiende al terreno extracontractual mediante reconocimientos singulares de responsabilidad para materias concretas, realizadas por ley (19), experimentando desde entonces una expansión

proclama solemnemente que “*Das Eigentum ist unverletzlich*” y limita el derecho de resarcimiento a los casos de *Enteignung*, la cual sólo procede *aus Gründen des öffentlichen Wohles*: cfr. KAISER, *Vorfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumsbindung in der Bundesrepublik Deutschland*, en el volumen colectivo de Max-Planck Institut, *Staat und Privateigentum*, Köln-Berlin, 1960, pp. 5 y 6, y, sobre todo, para la perspectiva histórica, STÖUTER, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburg, 1933, pp. 79 y ss., 93 y ss. Ni un solo texto que yo conozca se plantea el tema de las ablaciones no expropiatorias (por daños y por vía normativa).

(18) Salvo el carácter “inviolable y sagrado” de la propiedad y el carácter *préalable* de la indemnización, todos los restantes elementos del artículo 17 de la Declaración de Derechos poseen una raíz histórica plenamente comprobada: así, la *juste indemnité* traduce la vieja tesis del *justum pretium*, más arriba aludida: la *nécessité publique* como causa de la expropiación arranca de Alberico DE ROSATE y es común a toda la doctrina intermedia (vid. NICOLINI, *La proprietà...*, cit. p. 243 y ss., con innumerables testimonios); la exigencia de una ley previa en que se apoye el acto expropiatorio se encuentra ya en la obra de Bartolo DE SASSOFERRATO, (NICOLINI, *op. cit.*, p. 279 y ss.), aunque su opinión no tuvo continuadores; y la teoría de las limitaciones a la propiedad no es más que una traducción de las viejas expropiaciones *per viam statuti*, antes aludidas, que dejan de calificarse como tales por la identificación entre expropiación y privación singular (*Einzelakttheorie*).

(19) Tal es el comienzo del proceso en Francia en los primeros años del régimen revolucionario y hasta la caída del Gobierno bonapartista: una minuciosa descripción de la línea evolutiva, en KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats, de l'an VIII à 1873*, Paris, LGDJ, 1957, pp. 72, 88 y ss., *passim*. En Estados Unidos

fulgurante que todavía no ha llegado a su fin. Las acciones de resarcimiento contra los agentes públicos, la responsabilidad subsidiaria de la Administración, la *responsabilité pour faute o pour risque* y otros muchos que podrían enumerarse son hitos bien conocidos del progreso de la garantía patrimonial en este ámbito, desigualmente alcanzados en unos y otros países, pero cuya tendencia final a corto o largo plazo parece ya irreversible: la eliminación definitiva y total de la inmunidad estatal en el campo de la responsabilidad por daños.

Las técnicas de garantía patrimonial no han alcanzado, sin embargo, un grado total de desarrollo. No nos referimos, desde luego, a los países cuyo ordenamiento jurídico mantiene todavía amplios sectores de irresponsabilidad respecto a los actos del ejecutivo, como Gran Bretaña y Estados Unidos, ni a los que, como España, poseen una legislación sumamente avanzada y prácticamente inaplicada, sino a aquellos en los que, *sans texte o avec texte*, el sistema de garantías funciona eficaz y ampliamente. Quedan aún amplios reductos exentos, en los que la doctrina y la jurisprudencia no han entrado sino con gran timidez, como el de la responsabilidad por actos del poder judicial (20), pero el paradigma, el auténtico heredero de la inviolabilidad regia continúa siendo el poder legislativo. Pese a la alarmante desvalorización que el concepto de ley sufre en nuestro tiempo, el dogma del *Gesetzesabsolutismus* de que hablara TRIEPEL (21) pervive en la conciencia jurídica europea como un prejuicio indiscutido e inmodificable. Prejuicio enormemente útil como instrumento de defensa del régimen democrático frente a la voracidad de un ejecutivo tecnocrático en alza, pero que, desde el punto de vista de la garantía patrimonial, constituye un arma de doble filo. La mecánica del sistema parlamentario—por no hablar de los regímenes autoritarios—ha instrumentalizado la ley, convirtiéndola en una técnica para

el fenómeno se desarrolla de manera similar, registrándose durante todo el siglo XIX supuestos de cesiones o renunciaciones a la irresponsabilidad (*waivers of immunity*): admisión de acciones de reconvencción en materia de derechos de crédito (1797), reclamaciones en materia contractual (1855, establecimiento de la *Court of Claims*), acciones de indemnización en materia expropiatoria (1887, *Tucker Act*), etc. Confróntese, por todos, FREUND, *Private Claims...*, cit., p. 632 y ss.; FIELD, *Administration by Statutes: The Question of Special Laws*, en "Public Administration Review", 1946, pp. 325 y ss.; SWENSON, *Federal Administrative Law*, New York, 1952, p. 161 y ss., con abundante jurisprudencia.

(20) Vid. para Francia, ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, París, 1954; VEDEL, *Droit administratif*, 3.ª ed., París, 1964, p. 312 y ss.; LEFAS, *Responsabilité de l'Etat du fait des services judiciaires*, en "Conseil d'Etat, Etudes et Documents", 1949, pp. 48 y ss. En Italia el principio está consagrado en el artículo 24 de la Constitución, respecto de la reparación de los errores judiciales.

(21) TRIEPEL, *Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien*, 1924, p. 28; SCHMITT, *Legitimität und Legitimität*, cit., t. c., pp. 31, 79, *passim*.

resolver problemas concretos de la gestión administrativa cuya solución se quiere eximir de control jurisdiccional. La existencia de *Massnahmegesetze*, que denunció hace cuarenta años Carl SCHMITT, es algo que ya no sorprende a nadie. Ante esta situación, ¿tiene sentido mantener a ultranza el clásico principio de la irresponsabilidad del Estado legislador? ¿Resulta hoy factible prever la eliminación de esa última fortaleza de la inmunidad estatal? No son pocos ya los ordenamientos que se han planteado seriamente esta cuestión. Desde luego, las metas logradas y el elenco de respuestas ofrecidas varían radicalmente de un país a otro; el enfrentamiento con el tema se realiza desde perspectivas muy diversas, solucionando el problema o dejándolo sin resolver de acuerdo con la inercia y las exigencias internas del propio sistema social. El examen de estos diversos puntos de vista es, por esta circunstancia, altamente ilustrativo y constituye un antecedente lógico indispensable para enfocarlo con corrección en nuestro derecho positivo, tributario en este punto de la garantía patrimonial, como en tantos otros, de las soluciones ideadas allende los Pirineos.

## II

### RESPONSABILIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS: EL CASO FRANCÉS

Un análisis comparativo del tema que nos ocupa debe comenzar, en estricta justicia, por el ejemplo que proporciona el ordenamiento francés. Ningún país como el vecino se ha planteado tan abiertamente el tema de las ablaciones patrimoniales realizadas por vía normativa, ni ha aportado soluciones tan valientes y originales como las creadas por su jurisprudencia administrativa. Soluciones, por lo demás, que no responden a un prejuicio dogmático, a una elaboración doctrinal artificiosa ni a una declaración legislativa, sino que han brotado empíricamente como *equitable remedies* de las mismas raíces de la vida jurídica: del desenvolvimiento de una institución—la responsabilidad—impulsado por un principio general—el de la igualdad ante las cargas públicas—. Como en tantos otros puntos básicos del Derecho administrativo, las insuficiencias del ordenamiento escrito han obligado a jueces y científicos a un ejemplar esfuerzo constructivo para ensanchar los caminos de la garantía patrimonial. La historia del principio de la responsabilidad del Estado le-

gislador es un modelo admirable de evolución consciente y armónica, en la que la prudencia y la progresividad aparecen unidas dentro de la fidelidad a un principio básico: la reducción de los ámbitos jurídicamente exentos del actuar estatal frente al ciudadano.

A) *La inmunidad del poder legislativo: la jurisprudencia DUCHATELIER*

El tema de la reclamación pecuniaria contra la Administración por daños causados por actos legislativos se plantean muy tempranamente a la jurisdicción francesa, mucho antes de haber sido examinado científicamente por la doctrina. Con toda probabilidad, la causa de su planteamiento se debió a la estructura inicial del sistema de responsabilidad, basado en reconocimientos efectuados por leyes especiales (22). Durante el primer tercio del siglo, la generalidad de las leyes de reforma económica respetaron el principio de indemnización a los particulares afectados (23); pero este criterio comienza a romperse con la Ley de 12 de febrero de 1835. Esta norma, dictada para asegurar el rendimiento económico del monopolio estatal de tabacos, prohibió la fabricación, circulación y venta de los sucedáneos de este producto, forzando el cierre de diversas fábricas. La ley no preveía indemnización alguna, y la reclamación de M. DUCHATELIER, uno de los fabricantes afectados por el cierre, fue rechazada por el *Conseil d'Etat* en un *arrêt* de 11 de enero de 1838 (24):

“Considerando que el Estado no debe ser responsable de las consecuencias de las leyes que, en atención al interés general, prohíben el ejercicio de una industria: que del Estado no pueden reclamarse otros créditos que los nacidos de contratos formalizados por

(22) Así, la ley de 9 floreal del año VII, sobre daños cometidos por los servicios de aduanas; el decreto de la Convención de 20 vendimiario del año II, que ordenó la demolición de determinadas mansiones “*habitées par le riche*”; la ley de 30 de diciembre de 1830 sobre indemnización a los afectados por los sucesos de julio de dicho año, y otras muchas cit. por KOEHLIN, *op. cit.*, pp. 31, 96 y ss. Todo ello sin perjuicio de los sistemas indemnizatorios generales para los casos de expropiación y *travaux publics*.

(23) Por todas, la ley de 1 de mayo de 1822, sobre supresión de las destilerías de alcohol de cereales en París, y la de 27 de abril de 1825, sobre bienes confiscados a los emigrados: KOEHLIN, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

(24) C. E., *Duchâtelier*, 11 de enero de 1838, ROCHE ET LEBON, tomo VII, 7/8. Ya antes de esta fecha el *Conseil d'Etat* debió plantearse el problema incidentalmente en dos decisiones de conflictos motivadas por la misma ley (*Clament-Zuntz*, de 26 de agosto de 1835, y *Duchâtelier*, de 21 de octubre de 1835, cit. por KOEHLIN, *op. cit.*, p. 29) que no he podido consultar.

el Estado o de disposiciones formales de las leyes; que, por una parte, M. DUCHATELIER no ha indicado la existencia de contrato alguno con el Estado; que, por otra, la Ley de 12 de febrero de 1835, al declarar prohibida la fabricación de *tabac factice* no ha abierto derecho alguno de indemnización en favor de los individuos que se hallaban dedicados a esta fabricación; que, por tanto, M. DUCHATELIER no puede exigir indemnización, ni por la pérdida de su industria, ni por el cierre de su establecimiento, ni por los diversos daños derivados de la prohibición...”

El criterio sentado por esta decisión no tardó en consolidarse. Cuatro meses más tarde, el *Conseil d'Etat* reitera el criterio del *affaire DUCHATELIER*, utilizando incluso los mismos términos (25) y dando origen a una posición de principio que se repetirá invariablemente a lo largo de todo el siglo XIX. Así, en el *arrêt* FERRIER de 6 de agosto de 1852 se rechazó la demanda de indemnización por los daños causados por la supresión de la telegrafía privada, efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1837; en el *arrêt* MOROGE, de 5 de febrero de 1875, se negó el pago de compensaciones a un fabricante por los daños producidos por la Ley de 2 de agosto de 1872, creadora del monopolio de cerillas (26); y la misma solución se apuntó en el *arrêt* COMPAGNIE ALGERIENNE, de 7 de diciembre de 1894, relativo a los daños producidos a esta entidad

(25) C. E., *Mathon*, de 28 de mayo de 1838, Rec. LEBON, pp. 284 y ss.

(26) Es este caso, no obstante, algo especial. La ley creadora del monopolio de cerillas preveía un resarcimiento al ordenar que se procediera a la expropiación de las fábricas existentes. El propósito indemnizatorio era evidente; sin embargo, el *Conseil d'Etat* rechaza la demanda de M. MOROGE (alsaciano nacionalizado francés) por la pérdida de clientela francesa que la ley le acarrea. La extrema severidad del fallo (que razona sobre la discutible base de que la única indemnización viable era la debida a las expropiaciones de industrias, quedando excluidos los perjuicios indirectos y que argumenta de modo muy formalista, alegando el principio de separación de poderes y el carácter de acto de autoridad de los textos legislativos) contrasta con la generosidad habida en otros casos; así, en los *arrêts* PARISER y LAUMONIER-CARRIOL, ambos de 26 de noviembre de 1875, el *Conseil d'Etat* anuló por desviación de poder dos acuerdos prefecturales que habían ordenado el cierre de fábricas de cerillas no por vía expropiatoria de la ley de 2 de agosto de 1872, sino invocando la legislación de industrias insalubres, para evitar el pago del justiprecio; la anulación fue acompañada de una orden de indemnización (*vid. Ducurr, Traité de droit constitutionnel*, 2.ª ed., tomo III, París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Editeurs, 1923, p. 524, y la alusión de HAURIOU, *La jurisprudence administrative 1892-1928 (notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 a 1928)*, París, Sirey, 1929, tomo I, p. 504; también sobre el tema, ODENT, *Contentieux administratif*, París, *Les Cours de Droit*, 1953-1954, fascículo III, p. 468; el texto del *arrêt Pariser* puede verse en LONG, WELT y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1965, pp. 20 y ss.). Quizá el origen alemán de M. MOROGE y la proximidad de la guerra franco-prusiana puedan justificar esta diferencia de trato.

por el reembolso de cantidades adelantadas al Estado, ordenado por la Ley presupuestaria de 26 de diciembre de 1892 (27).

El argumento cobró, adicionalmente, una gran fuerza expansiva. Fusionándose con la antigua regla de la inmunidad estatal por actos de autoridad (28), el principio de no indemnización se hizo extensivo a los daños causados en virtud de normas emanadas de la Administración, tanto si se trataba de Decretos-leyes, como en el *arrêt GOUPEY*, de 4 de abril de 1879 (29), como de simples *décrets réglementaires* o *règlements d'administration publique* (30).

### B) Las bases rousseauianas del dogma de la irresponsabilidad

Como puede comprobarse, el dogma de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos (y reglamentarios) triunfa sin oposición durante toda la pasada centuria en el sistema contencioso francés, sin una previa base doctrinal que le sirva de justificación. La elaboración científica de la teoría surge *a posteriori*, en los últimos años del siglo, de la poderosa mano de LAFERRIERE:

“Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho

(27) Cf. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo II, París, Berger-Levrault et Cie., 1896, p. 14. Un comentario del *arrêt* en BADAOU, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, LGDJ, 1955, p. 156, y JEZE, *Principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 408 y 409.

(28) Esto es, tanto las llamadas *mésures générales* o *actes de souveraineté* como los actos discrecionales y de gobierno, en todos los cuales la irresponsabilidad ya estaba consagrada mucho antes del *arrêt Duchâtelier*: vid. KOECHLIN, *La responsabilité...*, cit., pp. 67 y ss.; DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, París, Dalloz, 1939, pp. 220 y ss., y JEZE, *Principios generales...*, cit., I, pp. 413 y ss.

(29) Este *arrêt* tuvo su origen en un decreto-ley de 10 de septiembre de 1870 dictado por el Gobierno de Defensa Nacional, que declaraba libres para lo sucesivo las profesiones de impresor y librero. El demandante, titular de un *brevet d'imprimeur* concedido con arreglo a la legislación derogada, vio rechazada su pretensión indemnizatoria con un razonamiento que ya anuncia el traspaso del halo de soberanía del órgano (Parlamento) a la función (normativa): “*Considerant que le décret de 10 de septembre de 1870, qui a rendu libre la profession d'imprimeur a été pris par le Gouvernement de la Défense nationale dans l'exercice du pouvoir législatif...*”: LAFERRIERE, *Traité...*, cit., p. 14.

(30) La fusión de ambos argumentos—soberanía de la ley, acto de autoridad—se comprueba perfectamente en los *arrêts* COHEN, de 26 de febrero de 1857 (D. 1857, III, 81), y RISPAL, de 29 de diciembre de 1859 (Rec. LEON., p. 791), donde se afirma que “*le décret est une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sureté publique...*” (el *arrêt* COHEN se refería a un decreto por el que se suprimieron las destilerías de alcohol de cereales). Igualmente fueron rechazadas las reclamaciones de indemnización en los *arrêts Bouchers de Paris*, de 30 de junio de 1859 (D. 1860, III, 10) (sobre declaración por decreto de libertad profesional), *Payerne*, de 15 de enero de 1865 (Rec. SIREY, 1865, 2, 20, sobre daños causados a notarios por la modificación de sus circunscripciones territoriales, también por decreto); *Milon*, de 22 de enero de 1863 (D. 1863, III, 2), y *Fresneau*, de 20 de diciembre de 1872 (Rec. SIREY, 1874, 2, 224).

o a ninguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el monto de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley... De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción” (31).

La exposición del célebre vicepresidente del *Conseil d'Etat* revela con claridad meridiana las raíces dogmáticas de la jurisprudencia DUCHATELIER, que se hallan, sin duda alguna, en la concepción de la voluntad general. El aplomo brutal con que se formula el principio de irresponsabilidad refleja la existencia de una creencia primaria, de una estructura mental axiomática e intuitiva en sus autores. La Ley, voluntad colectiva del pueblo, no puede causar injusticia alguna, porque es ella misma la que decide lo que es justo y lo que no lo es; la Ley, voluntad general, no puede causar perjuicio a nadie, porque nadie se causaría un mal a sí mismo (32). El *volenti non fit iniuria* kantiano ampara toda esta paradójica argumentación, en la que subyace el sentimiento revolucionario de desconfianza hacia el estamento judicial y la asimilación inconsciente de la irresponsabilidad por actos legislativos con la inviolabilidad de los representantes parlamentarios (33), en una época en la que la *responsabilité pour faute* no había dado paso aún a la *responsabilité pour risque*.

La doctrina, sin embargo, buscó pronto otros derroteros para fundamentar la jurisprudencia DUCHATELIER. El dogma de la infalibilidad del Estado legislador, con independencia de su apriorismo, recordaba demandado el absolutismo regio, al suponer un trasplante del *quidquid principi placuit habet legis vigorem*; como más tarde denunciaría JEZE, “*c'est*

(31) LAFERRIERE, *Traité...*, cit., II, pp. 13 y 16.

(32) Así lo hace notar CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et des agents*, Bruxelles, F. LARCIER, 1947, pp. 289 y ss.; en el mismo sentido, JEZE, en “*Revue de droit public et de la science politique*”, tomo LX, 1945, p. 368, entre otros.

(33) Esta tendencia es claramente apreciable en la tesis doctoral de Paul DUEZ, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, Lille, 1913-1914, pp. 464 y ss.

*le droit divin du peuple substitué au droit divin des rois*" (34). Por ello se acudió, en segundo lugar, a una modulación del dogma rousseauiano, cambiando el acento del carácter *soberano* de la voluntad legislativa a su carácter *general*. Las normas —se dice— constituyen derecho objetivo, tienen por finalidad el establecimiento de una medida de carácter *general*; en consecuencia, no pueden dañar a nadie, suponiendo que el daño consiste en la violación de una situación jurídica *individualizada*. La inexistencia de *préjudice spécial* determina la falta de responsabilidad. Así se refleja en la exposición clásica de JEZE:

"Es un principio indiscutido del derecho francés que el ejercicio del poder legislativo no compromete la responsabilidad pecuniaria del Estado. Ello no se debe, como algunos han pretendido, a que se trate del ejercicio del poder público. Estas son fórmulas vacías de sentido. *Se debe, más bien, a que el legislador se mueve en un campo en el que no encuentra ante sí* —y, por tanto, no puede lesionar— *derecho individual alguno. Actúa mediante actos generales e impersonales*. Ahora bien, condición de existencia del derecho a indemnización es la existencia de un perjuicio excepcional, esto es, que un individuo sea colocado por un acto fuera de las condiciones normales. El legislador jamás pone a un individuo fuera de las condiciones normales mediante un acto legislativo propiamente dicho, porque la ley tiene como característica esencial el ser general e impersonal" (35).

La justificación teórica del dogma, basada en el carácter general de la Ley y en la correlativa ausencia de perjuicio especial gozó de un predicamento absoluto, constituyendo la posición generalizada en la doctrina francesa (BONNARD, ROLLAND, DUEZ, BERTHELEMY) hasta 1938. Con todo, su fundamento resultaba tan apriorístico como el de LAFERRIERE: Nada se oponía a la existencia de normas singulares, de leyes-medida (tan abundantes después), a no ser la costumbre legislativa de la época y la concepción material de la ley, entonces prevalente. Quizá por esta razón otro sector doctrinal, más realista, se limitó a dar una explicación pragmática, basada en el ordenamiento positivo francés. Bajo esta nueva perspectiva, la irresponsabilidad del Estado legislador

(34) *Ibidem*.

(35) JEZE, en "Revue de droit public", tome XXIV, 1907, pp. 452 y ss. Es preciso tener en cuenta, no obstante, que la tesis de JEZE parte de su configuración del acto legislativo—*acte législatif proprement dit*—y de su distinción respecto del acto-condición: *vid. sus Principios generales...*, cit., I, pp. 32 y ss., 48 y ss.

se fundaría en la inexistencia de límites constitucionales efectivos a la acción del poder legislativo. La primera expresión de esta tesis se encuentra en MICHOU: D:

"En nuestra organización constitucional, al menos, la cuestión de la *responsabilité pour faute* no puede plantearse frente a los actos del poder legislativo. Es rigurosamente cierta la afirmación de que el legislador no comete falta alguna en el sentido jurídico del término, *porque su derecho carece de límite constitucional o legal*" (36).

Fácil es observar que, por vez primera, la doctrina desplaza el problema a un campo distinto. Partiendo de la base de que no hay responsabilidad sin culpa, la única falta que podría cometer el legislador es la violación del derecho superior—derecho natural o Constitución—. Ahora bien, ninguna autoridad, salvo el propio poder legislativo, puede decidir sobre la conformidad de la Ley con la Constitución; en consecuencia, el Parlamento es quien fija sus propios límites de actuación sin sujeción a otras reglas que las dictadas por sí, no pudiendo, por tanto, existir falta o contravención alguna. Pero aunque teóricamente pudiera apreciarse la concurrencia de una falta, es obvio que nadie podría declararla, pues la Ley es infiscalizable y, por tanto, irreprochable. La ausencia de un control sobre la constitucionalidad de las leyes elimina la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado por sus actos normativos (37).

(36) MICHOU, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, en la "Revue de droit public", 1895, pp. 254 y 255. En la misma línea encontramos a un *maître des requêtes* del Conseil d'Etat, TEISSIER. En su obra *Responsabilité de la puissance publique*, publicada en el Répertoire de droit administratif de BEQUET y LAFERRIERE, Paris, 1906. TEISSIER dice: "*Les lois... constituent... au premier chef, des actes de souveraineté et les dommages qu'elles causent aux particuliers ne peuvent, sauf disposition contraire, donner lieu à une action de responsabilité contre l'Etat, ni devant la juridiction administrative, ni devant l'autorité judiciaire... Les pouvoirs du Parlement, dans notre droit public, étant sans limites, les lois qu'il a votées ne sont susceptibles, quand elles ont été régulièrement promulguées, d'aucune espèce de recours, même pour violation de la Constitution.*"

(37) En este sentido se pronuncia HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, pp. 296 y ss., 313 y ss. La alusión al problema del control de la constitucionalidad de las leyes se encuentra ya en MICHOU, *op. cit.*, pp. 253: "*La question de responsabilité par faute pourrait, au contraire, se poser à l'égard du pouvoir législatif comme à l'égard des autres pouvoirs de l'Etat, dans les constitutions qu'admettent, comme celle des Etats-Unis, une limite constitutionnelle aux pouvoirs, du législateur, et qui placent cette limitation sous la sauvegarde judiciaire.*" Sin embargo, un planteamiento claro del tema desde esta perspectiva no aparece hasta la obra de GENY, *Science et technique en droit privé positif*, IV, Paris, Sirey, 1924, pp. 105 y ss., y, sobre todo, en la muy completa exposición de JEZE, *Principios generales...*, cit., I, pp. 369 a 392 (la edición francesa es de 1925). Precisamente, su rechazo de la responsabilidad del Estado por

C) *Las primeras quiebras del principio*

Pese a lo que podían hacer esperar las apariencias, el principio general de irresponsabilidad comenzó a cuartearse prematuramente en el momento en que la doctrina y la jurisprudencia compartían monolíticamente un criterio de difícil modificación.

La primera fisura se produce en el ámbito de la contratación administrativa, con la admisión jurisprudencial de la teoría del *fait du prince*, admisión que, respecto de daños causados por una ley formal, se produjo por vez primera con el *arrêt* SOCIÉTÉ DES PUBLICATIONS PÉRIODIQUES, de 12 de febrero de 1886 (38). Tras una regresión en esta línea, manifestada en el *arrêt* COMPAGNIE ALGÉRIENNE, de 7 de diciembre de 1894 (cit. *supra*), se vuelve al criterio positivo con la jurisprudencia de los eclesiásticos de Saboya (39) y con los *arrêts* SILVESTRE y ROSAZZAC, de 20 de diciembre de 1895, y GAZ DE MONTLUÇON, de 9 de abril de 1897, consolidándose finalmente con los *arrêts* COMPAGNIE PLM, de 27 de

actos legislativos se basa en esta circunstancia. JEZE distingue, en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, un control intrínseco y un control extrínseco (esto es, sobre el contenido material de las leyes y sobre el procedimiento de emanación); el segundo se acepta como normal, pero se niega el primero no por razones dogmáticas, sino de estricta política jurídica. Ahora bien, considerando que el pronunciamiento de responsabilidad pondría un control jurisdiccional intrínseco (ejercitado no bajo la forma directa de una acción de nulidad, sino bajo la forma indirecta de una acción de resarcimiento), esta posibilidad debe quedar excluida: "La jurisprudencia actual ya no admite el control jurisdiccional bajo la forma de la acción por indemnización en razón del perjuicio causado por el ejercicio irregular del poder de legislar. Y no obstante lo que se haya podido decir, no existe ninguna decisión judicial ni hay conclusiones o informes de magistrados que hagan prever un cambio de la jurisprudencia a este respecto" (pp. 393 y 394).

(38) BADAOU, *La fait du prince...*, cit., p. 161, y JEZE, *Principios generales...*, cit., I, pp. 407 y 408. El *Conseil d'Etat* en este *arrêt* reconoce el derecho de indemnización del recurrente, adjudicatario de un contrato para la publicación del *Bulletin officiel des Communes*, que fue rescindido antes de la expiración de su plazo de vigencia por un acuerdo parlamentario.

(39) Con motivo de la anexión a Francia de Niza y Saboya el Gobierno francés se comprometió en 1860 con determinadas comunidades eclesiásticas situadas en estas zonas a abonarles ciertas cantidades en concepto de retribución por la renuncia a sus rentas territoriales. En 1883 el Parlamento omitió deliberadamente en el presupuesto los créditos precisos para abonar estas remuneraciones. Denunciada la omisión por las comunidades afectadas, el ministro de Cultos se negó a ordenar los pagos y el *Conseil d'Etat* revoca esta decisión y reconoce el derecho de los eclesiásticos a continuar percibiendo sus retribuciones (C. E. de 8 de agosto de 1896, *Evêque de Saint-Jean-de-Maurienne*; C. E. de 1 de julio de 1904, *Fabrique de l'église cathédrale d'Annecy*, cit., por BADAOU, *op. cit.*, pp. 157, y JEZE, *Principios generales...*, cit. I, pp. 409 y 410). La decisión se adopta, no obstante, con una extraordinaria serie de cautelas, advertencias de respeto a la voluntad parlamentaria y utilizando un impresionante aparato de ficciones y reservas mentales: el *arrêt* interpreta la omisión del crédito presupuestario—que había sido deliberada—no como una decisión de cesar en los pagos, sino como la voluntad de no continuar con la antigua forma de remuneración (1).

julio de 1906, y ZEÏLABADINE, de 19 de noviembre de 1909 (40). De esta manera se formula una primera excepción del dogma de la irresponsabilidad: el Estado debe indemnización a sus cocontratantes por las modificaciones introducidas en su *status* en virtud de disposiciones generales; fuera de las relaciones contractuales, el Estado-legislador sólo responde cuando la propia ley haya previsto expresamente el derecho de resarcimiento (41).

En el campo de la responsabilidad extracontractual, el tema hubo de replantearse en los años 1911-1912 con las nacionalizaciones de los seguros en Italia y Uruguay, que provocaron la intervención de los juristas franceses por vía de consulta. Por lo que se refiere a Uruguay, la Ley de 30 de diciembre de 1911 creó el Banco de Seguros del Estado, que habría de monopolizar esta actividad económica. La discusión parlamentaria sobre el tema de si debía o no indemnizarse a las compañías afectadas fue violentísima (42), por lo que se optó por silenciar el

(40) LONG, WEIL y BRIBANT, *Les grand arrêts...*, cit., p. 239; LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, III, Paris, LGDJ, 1956, p. 37.

(41) Esta fórmula se repite insistentemente en los *arrêts* del primer tercio del presente siglo: así, por todos, en el *arrêt* EMURY, de 18 de julio de 1924, el *Conseil d'Etat* resume su posición: "Considerant... que ces dispositions ne pouvaient avoir pour effet, en l'absence de toute disposition législative le prévoyant spécialement, ou de toute obligation d'ordre contractuel à la charge de l'Etat, d'ouvrir un droit à réparation au profit des négociants dont les intérêts auraient été lésés de ce chef." Sería erróneo, no obstante, creer que se trata de una apertura total. De hecho, el reconocimiento de la responsabilidad contractual del Estado por actos normativos no se ha aceptado, sino con muchas restricciones, dado el carácter limitado con que se ha concebido siempre el *fait du prince*. El *Conseil d'Etat*, si creemos a LAUBADERE, *Traité théorique et pratique...*, cit., III, pp. 36 y ss., sólo ha admitido el principio de la indemnización integral cuando la mutación contractual se ha producido por normas que venían a afectar directamente a las cláusulas mismas del contrato (así, en los *arrêts* "Chemins de fer de l'Etat", de 12 de julio de 1929; "Société Mines de Loudreville", de 2 de marzo de 1932; en una línea semejante, los *arrêts* "Société des chantiers navals français", de 19 de julio de 1933; "Société des Taxis Motobloc", de 13 de marzo de 1937; "Compagnie des chemins de fer de l'Ouest", de 28 de abril de 1939, y los citados en el texto). Cuando las normas se limitan a afectar a las condiciones de ejecución del contrato, como ocurre con las disposiciones fiscales, laborales y monetarias o económicas de carácter general, la indemnización queda excluida (por ejemplo, *arrêts* NOIRÉ et BEYSSAC, de 10 de enero de 1908, sobre perjuicios causados por la ley de Accidentes de trabajo de 1898; *Ville de Paris*, de 14 de febrero de 1936, por perjuicios causados por la ley de 1928-1930 de creación de los seguros sociales, y POUILLARD, de 14 de mayo de 1926, sobre daños causados por la elevación de las tarifas de ferrocarril por ley de 14 de febrero de 1920, entre otros muchos), excepto en aquellos casos singulares en los que la norma hubiese afectado a prestaciones esenciales determinantes de la conclusión del contrato (*Bardy*, de 29 de diciembre de 1905; *Ville de Rennes*, de 15 de diciembre de 1922; *Ville de Dieppe*, de 12 de diciembre de 1924, etc.).

(42) Un relato completo de la cuestión en la obra *El Banco de Seguros del Estado. Creación, funcionamiento, desarrollo*, Montevideo, 1916, y referencias marginales en DUCUR, *Traité de droit constitutionnel*, cit., III, p. 256; SAYAGUES, *Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatifs*, en "Le Conseil d'Etat", "Livre Jubilaire", Paris, Sirey, 1952, p. 622, y DÍAZ PELUFFO, *El problema de la responsabilidad del Estado por acto legislativo*, en la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", LVIII, 1962, p. 272.

tema. A petición de las partes interesadas, Gastón JEZE y Georges SCELLE emitieron su dictamen (43); conforme con la doctrina administrativista dominante, JEZE entendía excluida la indemnización por el silencio de la ley; en cambio, SCELLE juzgó existente una responsabilidad internacional del Estado uruguayo por los daños causados a las compañías extranjeras. Este último dictamen debió pesar en el ánimo del Gobierno de la República oriental, que optó por permitir la continuación en el negocio de las compañías establecidas, adquiriendo por compra posteriormente sus carteras.

En Italia la solución fue similar: la Ley de 4 de abril de 1912 confió la gestión monopolista del ramo de seguros al "Istituto Nazionale delle Assicurazioni", pero permitiendo a las compañías existentes continuar su actividad por diez años, durante los cuales podrían enajenar sus carteras al Instituto. Como contrapartida de esta prórroga, el artículo 2.º, 1, de la ley prohibía tajantemente el otorgamiento de cualquier tipo de indemnización. La reacción de la doctrina internacionalista fue inmediata, llegando a la conclusión unánime —al igual que SCELLE— de la existencia de una responsabilidad del Estado italiano (44).

Ambas circunstancias —*fait du prince*, nacionalizaciones— conmovieron profundamente el panorama doctrinal, que vuelve a poner sobre el tapete una cuestión que ya parecía definitivamente sentenciada. Y la resurrección del tema es exuberante; en los primeros diecisiete años del siglo se publican nada menos que trece estudios —en su mayor parte, tesis doctorales— sobre la responsabilidad del Estado legislador (45).

(43) JEZE, *De l'irresponsabilité pécuniaire de l'Etat à raison de l'établissement du monopole public des assurances en Uruguay*, en "Revue de droit public", XXX, 1913, pp. 58 y ss.; SCELLE, *A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay*, en la misma revista y año, pp. 637 a 677.

(44) *Id.* la bibliografía sobre el tema que recuerda DUCURR, *Traité...*, cit., p. 527, y de nuevo JEZE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat italien envers les nationaux et les étrangers, à raison de l'établissement d'un monopole public des assurances sur la vie*, en la "Revue de droit public", XXIX, 1912, pp. 433 a 452.

(45) BAILLY, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, thèse, Bordeaux, 1900-1901; TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique*, thèse, París, 1905-1906; BIGOT D'ENGENTE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, thèse, París, 1906-1907; RAYMOND, *De l'indemnité accordée par certaines lois aux individus atteints par leurs dispositions*, thèse, París, 1906-1907; SOURDOIS, *De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique*, thèse, Bordeaux, 1907-1908; DESPAX, *De la responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires*, Lille, 1909; LEROUX, *Essai sur la notion de responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique et notamment dans l'exercice du pouvoir législatif*, thèse, París, 1908-1909; CHANODUC DE SAINT-PULGENT, *Des indemnités à l'occasion d'industries et de commerce monopolisés ou supprimés*, thèse, París, 1908-1909; AÇARD, *Documents relatifs à la question des indemnités qui peuvent être mises à la charge de l'Etat par le juge à l'occasion de mesures législatives ou réglementaires préjudiciables*, thèse, Toulouse, 1910-1911; SALFATI,

a través de las cuales se advierte una línea de crítica progresiva a la jurisprudencia DUCHATELIER, que se generaliza más y más con el paso de los años. En cambio, la jurisprudencia del primer tercio del siglo continúa mostrando una incommovible fidelidad a la línea tradicional, si bien sus fallos son mucho más matizados y reflexivos, sin el apriamiento de los *arrêts* del siglo anterior. La negativa a admitir las pretensiones indemnizatorias de los recurrentes se funda ahora en dos argumentos: bien, por una parte, en el carácter general de la ley, que determina la ausencia de un "perjuicio especial" en los demandantes (así, en los *arrêts* COMPAGNIE DE MESSAGERIES MARITIMES, de 21 de noviembre de 1919, y SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTION ET D'ENTRETIEN DU MATERIEL ROULANT, de 6 de diciembre de 1929), bien por otra, en la interpretación de la voluntad tácita del legislador, razonamiento que se inicia con el *arrêt* SOCIÉTÉ PREMIER ET HENRY, de 29 de abril de 1921. Esta segunda tendencia exige un examen más detallado.

En plena guerra mundial (46), la Ley de 16 de marzo de 1915 prohibió la fabricación de *absinthe* (ajenjo), bebida de salubridad dudosa, cuya circulación y venta ya se hallaba fuertemente restringida por disposiciones administrativas. La ley no preveía indemnización alguna a los fabricantes de este producto por la cesación de su actividad. Sin embargo, trece días más tarde, una nueva Ley de 29 de marzo de 1915 ordenó a los fabricantes a declarar los *stocks* de plantas de ajenjo que poseían, "en vue de l'indemnité qui pourra éventuellement leur être accordée par une loi ultérieure...". Dicha ley ulterior, con la que debían compensarse la pérdida de los *stocks* de planta, no fue nunca promulgada. A la vista de tales disposiciones, la "Société Edouard PREMIER et Charles HENRY", fabricantes de ajenjo, acudieron al Ministro de Finanzas en demanda de indemnización, petición que fue rechazada. Y a la misma conclusión llega el *Conseil d'Etat* sobre las conclusiones del

*De la responsabilité contractuelle de l'Etat à l'occasion d'une loi, notamment à l'occasion de la Loi de 21 Juillet, 1909*, thèse, París, 1911-1912; BRULLE, *De la responsabilité de l'Etat à raison des actes législatifs*, thèse, Bordeaux, 1913-1914; ARLET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, thèse, Bordeaux, 1913-1914; GIRAUD, *De la responsabilité de l'Etat à raison des dommages naissant de la loi*, thèse, París, 1916-1917. Muy pocas de estas monografías —enumeración que tomo de GENY, *Science et technique...*, cit., p. 110— poseen un interés positivo: quizá las de TIRARD, DESPAX y ARLET. La abundancia de tesis firmadas en Bordeaux (cuatro en total) y la circunstancia de ser precisamente las más progresivas se explica fácilmente si tenemos en cuenta que León DUCURR enseñaba ya por estas fechas en la Facultad de Derecho de esta ciudad.

(46) Tomo la descripción del caso de HAURIOU, *La jurisprudence administrative...*, cit., I, pp. 500 y ss., donde se encuentra también el texto del *arrêt*.

Comisario del Gobierno RIBOULET. El segundo considerando del *arrêt*, que contiene la argumentación básica, razona del siguiente modo:

“Considerando que la Ley de 16 de marzo de 1915 que, con carácter general, con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública, ha dictado la prohibición de la fabricación de ajeno y no ha previsto el abono de indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses deban ser afectados por la prohibición antedicha; que si bien la Ley de 29 del mismo mes ha exigido a los fabricantes ciertas declaraciones en vista de las compensaciones que pudiera eventualmente acordar en su favor una ley ulterior, la medida que el legislador se ha reservado adoptar no puede ser fiscalizada aquí; que la sociedad reclamante, por otra parte, no invoca ninguna obligación contractual que sea menoscabada por la Ley de 16 de marzo de 1915...”

Una lectura rápida de este *arrêt* podría inducir a clasificarlo como uno más de la tendencia tradicional. Así pareció entenderlo HAURIOU, que no le concede mayor importancia, utilizándolo como mero pretexto para exponer su opinión sobre el tema (47). Sin embargo, como ha señalado la doctrina más reciente (48), esta decisión supone un avance capital sobre la jurisprudencia DUCHATELIER: hasta entonces, el *Conseil d'Etat* limitaba su tarea a la pura constatación de dos hechos: primero, si la ley preveía expresamente indemnización, y segundo, si la norma

(47) La doctrina de HAURIOU sobre el tema, aunque no gozó de influencia decisiva en la evolución jurisprudencial posterior, supone ya un notable avance sobre el criterio cerrado de LAFERRIERE y sus seguidores. El gran decano de Toulouse comienza sentando la regla general de la responsabilidad en el dominio contractual: en virtud de la teoría del *fait du prince*, “l'Etat peut être tenu d'indemniser, si, en vertu de son pouvoir législatif, il vient bouleverser les conditions de contrat”. Ahora bien, cuando el daño no se produce en el seno de una situación contractual, sino mediante “l'exercice normal de la puissance publique”, no puede admitirse, como antaño, la negación absoluta de todo derecho a indemnización; este derecho puede nacer en dos casos: en primer lugar, en los supuestos de infracción constitucional de la ley (“le législateur est en faute d'avoir fait sa loi”), de imposible aplicación en el ordenamiento francés de la época por la inexistencia de un control de constitucionalidad, y, en segundo lugar, cuando la ley pueda entrañar un enriquecimiento del patrimonio estatal a costa de los particulares. HAURIOU enfoca el tema, pues, a través del principio de la interdicción del enriquecimiento sin causa, postura teóricamente admisible que, sin embargo, no llegó a generalizarse. Por otra parte, el ejemplo que cita del *arrêt* LAUMONNIER-CARRIOL, como muestra de su tesis, es francamente desafortunado, pues la Ley de 2 de agosto de 1872, que dio lugar a este *arrêt*, preveía expresamente indemnización para los industriales afectados (vid. *supra*, nota 26): HAURIOU, *La jurisprudence administrative...* cit., I, pp. 503 y 504. Estas ideas ya se hallaban sintéticamente expuestas en su *Précis de droit administratif et de droit public*, 9.ª ed., París, Sirey, 1919, p. 549.

(48) LONG, WEIL y BRAIDANT, *Les grand arrêts...*, cit., p. 240.

legal incidía en algún *status* contractual; efectuada la comprobación negativa, la desestimación de la demanda se producía de modo automático. Sin embargo, a partir de este *arrêt*, el *Conseil d'Etat* cambia de actitud: no se limita a examinar la letra de la Ley en búsqueda de una fórmula indemnizatoria, sino que va más allá, indagando el sentido de la ley, enjuiciando las razones que pudieran apoyar una u otra solución. En este caso, el juzgador constataba la ausencia de reconocimiento legal de indemnización (“... que la Loi ... n'a prévu allocation d'aucune indemnité”), pero esta constatación se refrenda y apoya en una interpretación finalista de la norma: no se prevé indemnización “... en vue exclusivement d'empêcher la confection de produits dangereux pour la santé publique...”. En consecuencia, el *Conseil d'Etat* asume conscientemente la competencia de interpretar el silencio del legislador, a lo que antes se había negado rotundamente. Volviendo la oración por pasiva, ello supone la posibilidad teórica de reconocer indemnización a los perjudicados aun en caso de silencio de la ley, cuando del sentido y finalidad de ésta pudiera deducirse tal consecuencia, a juicio del Tribunal contencioso.

El paso adelante que supone este *arrêt*, confirmado en los años siguientes (49), tuvo un significado meramente táctico. Sin comprometerse directamente en una línea positiva, el *Conseil d'Etat* inicia cautelosamente un proceso de despegue de la jurisprudencia DUCHATELIER, abandonando su tradicional actitud de pasividad ante las declaraciones legales y afirmando implícitamente su competencia interpretativa de la *ratio legis*. La ambigüedad del planteamiento es síntoma de una tensión interna de criterios en el propio Consejo, que terminó resolviéndose como consecuencia de una violenta polémica que enfrentó a dos maestros del derecho público de la época: León DUGUIT y Raymond CARRE DE MALBERG.

#### D) La polémica DUGUIT-CARRE DE MALBERG

La década de la Gran Guerra, con su floración doctrinal en torno a la responsabilidad del Estado legislador, iba a alumbrar la cristalización definitiva de la polémica. En 1911, León DUGUIT publica en París su

(49) Así en los *arrêts* FLEURY et HAUGUEL, de 13 de julio de 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du Mont-de-Piété*, de 14 de noviembre de 1923, y *Chambre Syndicale des patrons confiseurs des Alpes maritimes*, de 27 de julio de 1924: cfr. LONG, WEIL y BRAIDANT, *Les grands arrêts...*, cit., p. 240; DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, cit., p. 206; BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4.ª ed., París, “LGDJ”, 1943, p. 128.

gran *Traité de droit constitutionnel* (50), en el que formula de modo paradigmático la tesis de la responsabilidad del Estado por actos legislativos, resumiendo y completando las tímidas críticas planteadas hasta entonces a la línea DUCHATELIER.

La exposición que el decano de Burdeos hace de su tesis es verdaderamente arrolladora. DUGUIT pasa revista a los antecedentes legislativos y doctrinales del tema, reconduciendo todos ellos a la idea de la soberanía estatal: es la idea mítica del poder soberano —dice— la que ha impedido basar la imputación de los daños y la obligación de resarcimiento al Estado por actos del legislativo; y sólo desmontando esa idea podrá llegarse a conclusiones contrarias:

“Ahora bien, suponiendo el caso de una ley cuya aplicación entraña un perjuicio para uno o muchos individuos, ¿puede el Estado ser declarado responsable frente a ellos? No, con seguridad, si el Estado legislador es soberano. Pero si, como creo haber demostrado, la noción de soberanía es irreal y caduca, y si, por otra parte, en las concepciones jurídicas actuales, el Estado se configura ante los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad general, ¿no debe concluirse que este seguro cubre igualmente el riesgo resultante de la aplicación de una ley, ya que, en definitiva, toda ley tiene por finalidad crear un servicio público o regular su funcionamiento?” (51).

Sobre estas bases —desmitificación de la configuración bodiniana de la soberanía, concepción solidarista del Estado como institución de aseguramiento mutualista de sus miembros— DUGUIT monta su explosiva tesis de la responsabilidad del Estado legislador, que resume en dos interrogantes:

a) El legislador que dicta una ley cuya aplicación ha de ocasionar un perjuicio especial a determinados ciudadanos, ¿está constreñido “*par le droit supérieur*” a insertar en ella una cláusula indemnizatoria? La respuesta no es homogénea; es preciso distinguir dos supuestos: en primer lugar, cuando la ley prohíbe o restringe una actividad que, siendo inicialmente libre, es considerada como peligrosa para la vida física, intelectual o moral del individuo o de la nación. En tal caso, el legislador no está obligado a indemnizar, porque no crea en realidad ninguna regla jurídica nueva, sino que se limita a establecer una sanción

(50) Se cita, no obstante, por la 2.ª edición, tomo III, París, Sirey, 1923, cit. *supra*.  
 (51) DUGUIT, *Traité...*, cit. pp. 514 y 515.

organizada a una regla de derecho ya existente que condena esa actividad. En este caso, los perjudicados no podrían invocar ni el principio de igualdad ante las cargas públicas ni el aseguramiento mutualista contra el riesgo social, porque para ello es preciso hallarse en una situación lícita (52). Cabe, sin embargo, en segundo lugar, que la ley prohíba una determinada actividad, no por considerarla nociva para el bien común, sino con la finalidad de organizar un servicio público. En este caso, siendo la actividad eminentemente lícita, pero resultando conveniente su traspaso al sector público para mejorar su rendimiento desde el punto de vista del interés general, la indemnización es preceptiva, y así debe establecerse en la ley: los ejemplos —contradictorios— del establecimiento del monopolio de cerillas (Ley de 2 de agosto de 1872) y del monopolio de seguros en Italia y Uruguay se encuadran en este segundo caso, en el que DUGUIT entronca implícitamente con la teoría del enriquecimiento sin causa de HAURIU.

b) La segunda cuestión que plantea DUGUIT es consecuencia lógica de la primera, y de interés real mucho mayor. ¿Pueden los Tribunales conferir derecho de indemnización a un perjudicado si la ley que ha causado el daño guarda absoluto silencio sobre el tema? Su respuesta parte de la misma distinción que el interrogante anterior: no, si la actividad prohibida es ilícita, y sí, decididamente, en los supuestos de monopolización o asunción estatal de actividades lícitas. La justificación de esta tesis se estructura rebatiendo el argumento favorito de la doctrina negadora: la incompetencia de los Tribunales para fiscalizar la legitimidad de la ley. Aun partiendo de la base de no ser totalmente cierta la incompetencia de los tribunales para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes (53), lo cierto es que este tema es radicalmente diverso de la admisión de demandas de responsabilidad por los daños causados por una ley. Cuando el juez admite la pretensión indemnizatoria, no está enjuiciando la validez de la ley, su ajuste con el derecho superior: “*L'action en responsabilité est quelque chose de tout différent; elle implique le respect, l'acceptation de la loi; elle tend seulement à*

(52) *Ibidem*, pp. 516 a 521. El argumento posee una gran fuerza expresiva, aunque su sustancia sea bastante endeble. Por otra parte, los ejemplos que cita (prohibición de la profesión de *souteneur*, por la Ley de 3 de abril de 1903; prohibición del empleo de fósforo blanco, por la Ley de 20 de julio de 1909; prohibición de la fabricación de ajenjo, por la Ley de 16 de marzo de 1915, etc.) son evidentes y afortunados.

(53) DUGUIT, rectificando expresamente su opinión respecto de la mantenida en la primera edición del *Traité*, se une a la doctrina dominante en la época (BERTHELEMY, JEZE, HAURIU), que propugnaba el reconocimiento de la potestad de control constitucional a los Tribunales, en ausencia de un órgano *ad hoc*: *Traité...*, cit., III, p. 670 y ss., y la bibliografía allí citada, p. 674.

*mettre à la charge du patrimoine collectif un préjudice qui a été occasionné à un patrimoine individuel dans l'intérêt de la collectivité*" (54).

La explosiva tesis de DUGUIT, irrumpiendo con absoluto desprecio en el ámbito sacrosanto de los viejos dogmas, fue recibida con hostilidad en la doctrina francesa del Derecho público, provocando pocos años más tarde la réplica fulminante de CARRE DE MALBERG (55). Con tono airado, el ilustre profesor de Estrasburgo impugna la formulación de DUGUIT, rebatiendo dialécticamente todos y cada uno de sus argumentos, y negando tajantemente la pesibilidad de exigir judicialmente responsabilidad al Estado por actos legislativos.

Pese a lo que podían hacer pensar las apariencias, el alegato de CARRE DE MALBERG no es de finalidad regresiva en cuanto al tema de la responsabilidad, cuestión que no valora frontalmente: su impugnación no se dirige tanto a las conclusiones de DUGUIT como a su fundamento teórico, la crítica del concepto clásico de la soberanía, del que la responsabilidad del Estado legislador no es sino una consecuencia. Lo que CARRE DE MALBERG pretende salvaguardar a toda costa es la intangibilidad de la soberanía legislativa; por ello comparte las críticas de DUGUIT a las argumentaciones de BERTHELEMY y JEZE, que pretendían fundar la irresponsabilidad en el carácter general e impersonal de la ley, y, por tanto, en la inexistencia de perjuicio especial. La única justificación, a su juicio, se halla en LAFERRIERE, en el carácter soberano de la ley, en la preeminencia radical de la representación nacional sobre los restantes órganos del Estado. No se trata, pues, de una reacción que repudie el progreso, sino de un diferente modo de entender el Estado de Derecho. En el fondo, y con independencia de sus divergencias en el tema de la responsabilidad, ambos autores se hallan en una línea política semejante: primacía de la ley, soberanía del Parlamento y garantía patrimonial de los administrados son todos principios que se hallan en la mejor tradición revolucionaria francesa y que ambos juristas comparten.

El análisis del trasfondo dogmático de la polémica es imprescindible para enmarcar con justeza la línea argumental de estos autores, pues su contenido, desde el punto de vista estrictamente técnico, es francamente deficiente. La tesis de DUGUIT está apoyada en razonamientos objetivamente muy débiles, y la jurisprudencia que cita como

(54) DUGUIT, *Traité...*, cit., III, p. 531.

(55) CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, París, Sirey, 1920, p. 213 y ss. (las citas se refieren a la reimpresión hecha por el Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1962).

refrendo de sus opiniones se refiere a situaciones muy diversas, como el propio CARRE DE MALBERG denunció (56). Por su parte, la actitud negativa de CARRE DE MALBERG es de una rigidez dogmática poco común, lo que le obliga a incidir en ficciones y verdades a medias, como la de querer reducir el *factum principis* a la pura responsabilidad contractual. DUGUIT propugna, con argumentos retóricos, la adopción de un criterio jurisprudencial revolucionario, de un cambio en la forma de entender las relaciones constitucionales entre los poderes del Estado. CARRE DE MALBERG se opone al principio de que un órgano administrativo como el *Conseil d'Etat* pueda fiscalizar en cierto modo la voluntad del órgano legislativo. DUGUIT defiende una concepción judicialista, mientras CARRE DE MALBERG sigue aferrado a la concepción mecanicista del Juez de MONTESQUIEU como "*bouche qui prononce les paroles de la loi*". Esto quizá pueda explicar las incoherencias internas en sus exposiciones, al igual que el desconcierto de la doctrina posterior (57). Con todo, la polémica iba a ser decisiva para la marcha futura de la jurisprudencia, proporcionando los argumentos para el gran giro que se iba a producir dieciocho años más tarde.

#### E) La jurisprudencia LA FLEURETTE

Pese a la oposición de la escuela constitucionalista de CARRE DE MALBERG, la evolución de la jurisprudencia del primer tercio de siglo permitía abrigar fundadas esperanzas de un cambio de criterio en el sentido propugnado por DUGUIT, como este mismo autor había pronosticado (58). El *Conseil d'Etat*, tras haber aceptado la posibilidad de interpretar el sentido finalista de la norma en el *arrêt PREMIER ET*

(56) En efecto, DUGUIT alega como ejemplos, en los que el *Conseil d'Etat* comenzaba a reconocer la tesis de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia de los eclesiásticos de Saboya y el *affaire Nairé et Beyssac* (cit. *supra*), que son casos típicos de aplicación de la doctrina del *factum principis*: CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, cit., pp. 216 a 223.

(57) Así, por ejemplo, en la monografía de Jacques MASTEAU, *La responsabilité de l'Etat*, París, Sirey, 1927, que se pronuncia en favor de la posición defendida por CARRE DE MALBERG (p. 124 y ss.). Sin embargo, pese a que el autor sólo admite la responsabilidad cuando la propia ley lo establezca expresamente ("*...la règle nous paraît être l'irresponsabilité de l'Etat, sous réserve des exceptions définies par la loi elle-même*", p. 147), asume la justificación de DUGUIT sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas para decir que la ley debería reconocer indemnizaciones a los singularmente perjudicados, pero que, si no lo hace, no puede exigírsele al Estado por vía judicial. El conjunto de la formulación es bastante poco coherente, síntoma de una falta de orientación por la tergiversación del problema, al quedar convertido el tema de la responsabilidad en una cuestión tributaria de la disputa sobre la esencia de la soberanía.

(58) "*Avec la tendance actuelle à rejeter la notion permise d'irresponsabilité de la puissance publique, je suis convaincu que, dans un avenir très prochain, le Conseil d'Etat admettra cette solution*": DUGUIT, *Traité...*, cit., III, p. 529. Palabras que habrían de resultar proféticas.

HENRY, pasó a admitir, con el poco conocido *arrêt* SOCIÉTÉ AMMAN-FIRMERY de 16 de marzo de 1934, que la ejecución de la ley podría dar lugar, en determinados casos, a una indemnización en beneficio de los particulares perjudicados (59). De esto a reconocer expresa y realmente el derecho a indemnización no había más que un paso, que el *Conseil d'Etat* dio, cuatro años más tarde, con su célebre *arrêt* SOCIÉTÉ ANONYME DES PRODUITS LAITIERS LA FLEURETTE, de 14 de enero de 1938 (60).

La sociedad anónima "La Gradine", posteriormente convertida en "Société Anonyme de produits laitiers La Fleurette", venía fabricando, en su planta de Colombes, la cantidad anual de 200.000 litros de un producto denominado "gradine", crema compuesta por leche, aceite de cacahuete y yema de huevo que venía a constituir un sucedáneo, perfectamente inofensivo y de toda garantía sanitaria, de la leche. Por una Ley de 29 de junio de 1934, dictada para proteger la producción de leche, se prohibió la fabricación y venta de todos los productos que "*sous la dénomination de crème, suivie ou non d'un qualificatif ou sous une dénomination de fantaisie quelconque, un produit présentant l'aspect de la crème, destiné aux mêmes usages, ne provenant pas exclusivement du lait*" (art. 1.º, línea 1). La ley no prevenía indemnización en favor de los industriales perjudicados, ni tampoco la excluía expresamente. La Sociedad aludida (prácticamente, la única que producía en Francia esta crema) se vio obligada a cesar en su actividad, acudiendo ante el Ministerio de Agricultura en demanda de indemnización. Desestimada la reclamación por silencio, la Sociedad acudió al *Conseil d'Etat* en súplica expresa de que se condenara al Estado al pago de los daños sufridos como consecuencia de la Ley de 29 de junio de 1934.

El comisario del Gobierno ROUJOU, en unas extraordinarias conclusiones, se opuso a la demanda de la Sociedad afectada, en base a dos razones: Primera, que de las discusiones parlamentarias que precedieron a la votación de la ley parecía deducirse la voluntad de excluir toda indemnización; y segunda, la ausencia de un perjuicio especial, por entender que los preceptos de la Ley de 29 de junio de 1934 no eran sino una parte de la legislación protectora de la agricultura dictada por el Parlamento francés desde 1930, legislación que afectaba a un gran

(59) *Recueil Conseil d'Etat*, 1934, p. 354. No es preciso advertir que el reconocimiento efectuado por este *arrêt* era puramente hipotético, sin que hiciera uso de él para fallar el asunto.

(60) SIREY, 1938, 3.25, note LAROQUE; DALLOZ, 1938, III, 41, note ROLLAND; "Revue de droit public et de la science politique", 1938, p. 87, note JÉZE. *Vid.* también el texto y un excelente comentario en LONG, WEIL y BRAIDANT, *Les grands arrêts...*, cit., p. 238 y ss.

número de intereses. Sin embargo, con una objetividad admirable, el comisario ROUJOU no se limita a insistir en la tradicional posición de interpretar el silencio de la ley como un rechazo implícito de la indemnización; su actitud, basada ya en el principio de igualdad ante las cargas públicas, es decididamente progresiva:

"Es preciso afirmar, por tanto, que en esta hipótesis, que debe ser excepcional, el legislador ha expresado claramente su voluntad. Por tanto, en el supuesto de silencio de la ley debe obligatoriamente presumirse que su autor ha querido atenerse a los principios generales e imperativos del Derecho; y, en tal circunstancia, no puede descartarse la indemnización de los perjuicios especiales que derivan del ejercicio del poder público" (61).

A la vista de este planteamiento, el *Conseil d'Etat* acepta la demanda de la Sociedad recurrente razonando de este modo:

"Considerando que la prohibición impuesta en favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de "gradine", que encajaba en la definición dada por el artículo de la ley citada, sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública; que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad 'La Fleurette' tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido..."

La trascendencia de este *arrêt*, en el que son claramente perceptibles las ideas de DUGUIT ("*...que cette charge ... doit être supportée par la collectivité...*"), no precisa resaltarse. Avanzando un paso sobre la jurisprudencia PREMIER ET HENRY, el *Conseil d'Etat* acepta sin reservas la tarea de interpretar la voluntad tácita del legislador para conceder indemnización en los casos que sea posible demostrar que el legislador no quiso excluirla. El conflicto entre la soberanía de la ley y el principio de igualdad ante las cargas públicas se resuelve a favor de este último.

(61) El subrayado es mío. *Vid.* los comentarios de DUEZ, *La responsabilité...*, cit. p. 206, y de CAMBIEN, *La responsabilité...*, cit., p. 313.

El silencio de la ley sobre la indemnización no constituye una presunción *iuris et de iure* sobre la exclusión del resarcimiento, sino una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la prueba contraria de que el legislador no pretendió evitar la indemnización.

No basta, sin embargo, para conferir derecho a indemnización la prueba de la voluntad presunta del legislador. El propio *arrêt* "La Fleurette" hace referencia a otros índices o requisitos, que han sido precisados por una abundantísima jurisprudencia posterior, generalmente desestimatoria de las pretensiones de los reclamantes. Tras la generosa doctrina sentada en este *arrêt de principe*, la avalancha de demandas de responsabilidad adquirió tales caracteres que han forzado al *Conseil d'Etat* a recortar su tesis, limitando el derecho al resarcimiento a sus justos límites. De esta forma, la doctrina general sentada hasta 1963 puede resumirse en las proposiciones siguientes:

**Primera.** La responsabilidad del Estado por actos normativos puede tener su origen en leyes formales, pero también en decretos coloniales (62), en decretos-leyes (63), reglamentos en general (64) e incluso medidas individuales adoptadas en ejecución directa de una ley o disposición de cualquier tipo (65).

**Segunda.** En el supuesto de manifestación clara y terminante de la ley sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización, el juez no puede sino aplicarla, estándole vedado efectuar un pronunciamiento de responsabilidad cuando la ley lo excluye (66).

(62) *Vid.*, por ej., el *arrêt* "Compagnie Générale de la Grande Pêche", de la misma fecha que el *arrêt* "La Fleurette", al que luego nos referiremos.

(63) *Vid.* los *arrêts* "Société des établissements Lacaussade", de 22 de octubre de 1943 (Sirey 1945, 3.13), *De France*, de 1 de marzo de 1957 ("Actualité juridique", 1957, II, p. 211), y *Distillerie de Magnac-Laval*, de 2 de mayo de 1958, entre otros muchos.

(64) Así, los *arrêts* "Etablissements Porfin", de 26 de diciembre de 1951; "Société d'exploitations des établissements Pathé Cinema", de 21 de junio de 1957; "Manufacture française d'armes et cycles de Saint Etienne", de 6 de enero de 1956, y "Yannier", de 27 de enero de 1961. Sobre el tema, con amplias referencias, la tesis de KOUATLY, *La responsabilité de la puissance publique du fait des règlements*, París, 1954, y el estudio de JEANNEAU, *cit. infra*.

(65) *Vid.* el importante *arrêt* "Société des Ateliers du Cap Janet", de 28 de octubre de 1949 (Juris Classeurs Périodique, 1950, 2.5861); "Société Boulenger", de 2 de noviembre de 1947; "Wferquin", de 15 de febrero de 1961; "Société Manufacture des machines du Haut-Rhin", de 29 de junio de 1962; "Perruche", de 19 de octubre de 1962; "Queiennec", de 9 de diciembre de 1966, etc.

(66) De esta forma se ha negado el derecho a indemnización en numerosos supuestos: *Caumont*, de 16 de mayo de 1941; *Martin*, de 2 de julio de 1952; *Société fiduciaire interassurances*, de 5 de marzo de 1954; *cit. por VEDEL, op. cit.*, p. 307. Un caso prototípico lo constituye la Ley de 13 de abril de 1946 sobre clausura de casas de tolerancia, cuyo articulado advertía expresamente que el cierre no daría lugar a indemnización de ningún tipo: *cf. DE LAUBADERE, Traité élémentaire de droit administratif*, I, 5.ª ed., París, 1970, página 660.

**Tercera.** En caso de silencio de la ley, la procedencia de una demanda de indemnización está condicionada a la prueba de la voluntad tácita del legislador, deducida de las diversas circunstancias que rodean la elaboración y aprobación de la ley (67). La carga de la prueba corresponde, claro está, al reclamante.

**Cuarta.** No puede reconocerse derecho a indemnización cuando el acto normativo dañoso incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o al orden público (68), circunstancias éstas que excluyen en principio toda responsabilidad del Estado.

(67) Esta voluntad tácita puede deducirse de las circunstancias más heterogéneas: así, de la Exposición de motivos de la Ley (*vid.* los *arrêts* *Syndicat du Commerce des blés, seigles, avoines et orges*, de 7 de junio de 1940, y *Ehrhart*, de 23 de diciembre de 1947), de los debates parlamentarios (*Compagnie marseillaise de navigation Fraissinet*, de 22 de noviembre de 1957), de las propias circunstancias de elaboración de la Ley (*Etablissements Chossan*, de 24 de abril de 1953, y *Soc. des établissements Lacaussade*, *cit. supra*, que rechazó la demanda de los fabricantes de alcohol por la suspensión de las operaciones a plazo en la Bolsa de París sobre este producto, realizada por el artículo 48 del Decreto-ley de 30 de julio de 1945, entendiéndose que el Gobierno, actuando dentro de los límites de una ley de plenos poderes, había pretendido excluir todo derecho a indemnización), de la iniciativa tomada por el legislador de convalidar medidas reglamentarias (p. ej., *Société Aeromarine de l'Atlantique*, de 3 de diciembre de 1948, sobre la convalidación por la Ley de 27 de julio de 1946 de las decisiones de los comisarios regionales de la República que habían fijado la cuantía de las rentas salariales), e incluso medidas individuales (*Société d'imprimerie et de librairie Marc Texier*, de 15 de mayo de 1957), del hecho de haber previsto el legislador una indemnización, pero limitada a determinadas categorías de personas (*Martin*, de 2 de julio de 1952, *cit. supra*; *Ganascia*, de 14 de junio de 1946, y *Bernheim*, de 30 de mayo de 1947) o, por último, de la interpretación conjunta y sistemática de los diversos preceptos constitutivos de una ley (así, *Adam*, de 16 de diciembre de 1960, y *dame Perret*, de 6 de enero de 1961), o de la exégesis conjunta de varios textos normativos (*Société Berty et Cie*, de 8 de diciembre de 1950, relativo a la inclusión de la sociedad demandante en la indemnización por el proceso nacionalizador del seguro de accidentes en base a la interpretación combinada de la ordenanza de 2 de noviembre de 1945 y la Ley de 3 de julio de 1947).

(68) La jurisprudencia sobre el tema, enraizada directamente en la línea tradicional de los *arrêts* *Premier et Henry* y *Fleury et Hauguel*, es abundantísima y tiene su origen al mismo tiempo que el *arrêt* "La Fleurette". En la misma fecha de éste —14 de enero de 1938—, el Consejo de Estado dictó el *arrêt* *Compagnie Générale de la Grande Pêche et Société d'Importation et d'Exportation*, rechazando la demanda indemnizatoria de dos compañías exportadoras de alcohol que efectuaban su comercio desde las islas de Saint-Pierre y Miquelon a los Estados Unidos durante la época de la prohibición; a presiones del Gobierno norteamericano, que protestaba por el contrabando realizado desde las posesiones francesas de las Antillas, el decreto colonial de 9 de abril de 1935 vino a prohibir prácticamente este comercio, ilícito en el plano interestatal. La reclamación fue rechazada por ser la actividad prohibida de carácter ilícito, desde una perspectiva internacional. Otros supuestos análogos, en los *arrêts* *Société coopérative militaire d'Alsace*, de 17 de febrero de 1939 (respecto de la Ley de 21 de junio de 1934, que prohibió a los comerciantes de alcohol efectuar venta de bebidas en cuarteles y establecimientos militares, reservando esta actividad a los cantineros del Ejército); la doctrina de este *arrêt* no resulta en absoluto convincente; *Société Chardon et Cie*, de 1 de marzo de 1940 (sobre el Decreto de 10 de mayo de 1937, que prohibió la venta de helados con contenido de almidón, féculas o harina); *Etablissements Chossan*, de 24 de abril de 1953 (sobre la ordenanza de 2 de agosto de 1945, que estableció la inclusión de la sífilis en la lista de enfermedades profesionales); *Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne*, de 6 de enero de 1956 (*cit. supra*), etc.

Quinta. El reclamante debe acreditar la existencia de un perjuicio especial y suficientemente grave; de tal modo que la indemnización no resulta procedente cuando el daño sufrido, por su especialidad o gravedad, no supera el *standard* normal de los sacrificios impuestos por la legislación a los ciudadanos (69), o cuando el sacrificio es impuesto en atención primaria del interés nacional, no en interés de particulares (70).

Como puede apreciarse fácilmente, toda la doctrina entroncada en la jurisprudencia "*La Fleurette*", pese a su extraordinaria importancia e indudable progresividad, parte de unos fundamentos teóricos enorme-

(69) Esta exigencia constituye uno de los principales motivos del rechazo de las demandas por el *Conseil d'Etat*, constantemente esgrimido por éste: vid. *arrêts Soc. de établissements Lacausade y Société Aeromarine de l'Atlantique*, cit., ambos *supra*; *Ménoreau*, de 17 de julio de 1950 (sobre limitaciones generales a la facultad de construir); *Ville d'Elbeuf*, de 15 de julio de 1949; *Ganascia*, de 14 de julio de 1946; *Consorts Chauche*, de 10 de febrero de 1961 (sobre la normativa que prohibía los desahucios durante el invierno); *Société Leon Clays*, de 23 de marzo de 1956; *Consort Olivier et autres*, de 26 de octubre de 1962; *Rougier*, de 23 de noviembre de 1945, etc. Sin embargo el *Conseil d'Etat* no exige que se trate necesariamente de un perjuicio cierto (aunque sí excluye los perjuicios indirectos: *Bourlés*, de 16 de junio de 1939, y *Audemar-Luxeul*, de 5 de marzo de 1943), bastando para fundar el derecho a indemnización la simple pérdida de expectativas con las que una persona puede legítimamente contar; así, los *arrêts Entreprise Chemin*, de 5 de abril de 1957; *Balpêtre*, de 31 de mayo de 1957; *Bonifay*, de 8 de mayo de 1961, y el importante *arrêt Lacombe*, de 1 de diciembre de 1961 (con unas extraordinarias conclusiones de DUTHELLET de LAMOTHE, que pueden leerse en DENBASCH y PINET, *Les grands textes administratifs*, París, Sirey, 1970, p. 405 y ss.). La formulación básica de esta posición jurisprudencial tiene su origen en el *arrêt Caucheteux et Desmont*, de 21 de enero de 1944, segundo paso de la doctrina legal tras el *affaire La Fleurette*: vid. el texto del mismo y la excelente nota de Gaston JEZE en "Revue de droit public et de la science politique", 1945, p. 366 y ss.

(70) Esta cláusula final ha servido al *Conseil d'Etat* para limitar la responsabilidad del Estado por los daños producidos por las medidas de ordenación e intervención económica: *Ville d'Elbeuf*, de 15 de julio de 1949 (cit. *supra*: control de precios del gas durante la guerra mundial); *Société de décorticage*, de 15 de julio de 1957 (fijación de precios del aceite de cacahuate); *Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges*, de 7 de junio de 1940 (cit. *supra*: prohibición de la cotización del trigo y otros cereales en las Bolsas de Comercio para evitar maniobras especulativas); *Compagnie des Tramways électriques de Limoges*, de 23 de enero de 1952 (medidas de distribución de artículos de primera necesidad); *Laiterie de Saint Cyprien*, de 8 de enero de 1960 (fijación de precios de la leche); *Société d'exploitation des établissements Pathé-Cinema*, de 21 de junio de 1957 (cit. *supra*: prohibición de fabricar películas cinematográficas de determinados formatos para organizar su producción desde el punto de vista de la calidad, el rendimiento y el coste de los productos); *Secrétaire d'Etat aux affaires économiques c. Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, de 16 de noviembre de 1960; *Compagnie française des cuirs*, de 31 de mayo de 1961, y *Société Expansion Tourisme de France*, de 10 de mayo de 1957 (los tres sobre reglamentación del comercio exterior y otorgamiento de licencias de exportación); *Société Piscine Lutétia*, de 14 de octubre de 1955 (cierre temporal de las piscinas del departamento del Sena por razón de la escasez de combustibles); *Etablissements Porjón*, de 26 de diciembre de 1951 (legislación de reavituallamiento); *Consorts Mathot*, de 6 de enero de 1956; *Amiaux*, de 14 de marzo de 1952, etc. La regla sólo hace excepción cuando las medidas singulares de ejecución de estas normas sean ilegales (p. ej., *Sieur Costa*, de 13 de febrero de 1952; *Société de décorticage*, cit. *supra*); pero en este caso el tema deriva al ámbito estricto de la responsabilidad por culpa.

mente tímidos. En la constante pugna entre los principios de inmunidad del soberano y de cobertura patrimonial de los ciudadanos a la que más arriba nos hemos referido, el *Conseil d'Etat* ha mantenido una actitud híbrida, con no pocos tintes de ambigüedad. En el fondo de sus decisiones se adivina el empuje del principio de igualdad ante las cargas públicas, como instancia única de la que extraer los criterios de decisión. Sin embargo, el arraigo de la concepción liberal del juez y del respeto a la voluntad nacional encarnada en el poder legislativo han sido en esta primera etapa obstáculos demasiado poderosos para afrontar el tema de la responsabilidad del Estado legislador con un planteamiento abiertamente principialista, para saltar sobre la letra de la ley y acudir directamente a la instancia superior de los principios generales del derecho, fuente última de toda decisión judicial (71).

Pese a estas reservas estructurales, el gran avance de la jurisprudencia "*La Fleurette*" se ha concretado en la feliz síntesis de los dos postulados en pugna a través de la técnica del doble filtro: inicialmente, la tarea del juez se reduce a la investigación de la voluntad del legislador acerca de la indemnizabilidad de los daños. Si el resultado es negativo, el proceso se detiene y la demanda es rechazada; pero si es positivo, se hace entrar en juego el segundo filtro de la igualdad ante las cargas públicas—de malla más estrecha aún que el primero—, concretado en la exigencia de un perjuicio especial y de excepcional gravedad, requisitos estos extraídos por simple deducción lógica del principio básico. Como ha dicho un excelente conocedor del sistema (72), "la especialidad del daño es necesaria porque si el daño causado por la ley fuese general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad. En efecto, no sería lógico restablecer mediante una indemnización un equilibrio de cargas sociales que no hubiera sido roto." "Es preciso, también, que el perjuicio especial experimentado sea de una excepcional y anormal gravedad; que supere, en valores absolutos o relativos, los inconvenientes, las incomodidades, las sujeciones que la vida colectiva impone necesariamente a cada individuo. Hay un margen de perjuicio que no es indemnizable y que corre a cargo de aquél o de aquéllos sobre los que recae la mala suerte. El derecho a reparación no nace sino cuando el per-

(71) ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Barcelona, Bosch, 1961, p. 12 y capítulo II, en general.

(72) ODENT, *Contentieux-administratif*, cit., pp. 469 y 470. El autor, como es sabido, ostenta el cargo de Consejero de Estado.

juicio excede de este margen." Y aún podría hablarse de un tercer filtro, de naturaleza asimismo principal y metodológica, concretado en la ponderada valoración de los intereses en juego: el juez ha de comprobar en primer lugar lo que CAMBIER denomina la "respetabilidad del interés lesionado" (73), esto es, su irreprochabilidad desde el punto de vista moral y jurídico, restándole además la inevitable válvula de escape final: la posibilidad de apreciar la concurrencia de un *intérêt général prééminent* (74) que excluye, pese a todo, la procedencia de la indemnización debida.

F) Una tendencia para el futuro: el *arrêt* BOVERO

El sistema de responsabilidad montado por la jurisprudencia "La Fleurette" se basaba en un principio de armonía y equilibrio de extrema fragilidad. El compromiso entre el respeto a la voluntad del legislador y el principio de igualdad ante las cargas públicas tendía a romperse por el término más endeble, el respeto a la voluntad del legislador, de cuyo carácter ficticio la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* fue tomando conciencia a lo largo de las decisiones que hemos tenido ocasión de examinar. Y finalmente sobrevino la ruptura del sistema con el *arrêt* BOVERO, de 23 de enero de 1963 (75), punto de inflexión en el que puede darse por liquidada la *timidité du juge à l'égard de la loi* (76).

El *affaire* BOVERO se presentó inicialmente como un problema de responsabilidad por inexecución de una sentencia judicial. El reclamante había obtenido el desahucio judicial del ocupante de un apartamento del que era propietario. Pendiente la ejecución de la sentencia, una ordenanza con fuerza de Ley de 3 de enero de 1959 vino a prohibir toda expulsión de sus alojamientos de los militares que prestaban servicio en Argelia, así como de sus familias. El Prefecto se negó a ejecutar el desahucio en cumplimiento de la ordenanza citada, la sentencia no se llevó a efecto, y M. BOVERO acudió ante la Administración primero, y

(73) CAMBIER, *La responsabilité...*, cit., p. 317. En sentido similar, WALINE, *Droit administratif*, 7.ª ed., París, SIREY, 1957, p. 716, que habla de *activité répréhensible*.

(74) DE LAUDADERE, *Traité élémentaire...*, cit., I, p. 661.

(75) *Actualité juridique* 1963, 124, crónica de GENTOT ET FOURRÉ: "Juris Classeur Périodique", 1963, II, 13326, nota de Vedel; "Rec. Lebon", p. 53.

(76) La expresión es de DUEZ, *La responsabilité...*, cit., p. 209.

posteriormente, al Consejo de Estado en reclamación por los daños que la ordenanza le había infligido. El *Conseil d'Etat*, tras juzgar correcta la conducta del Prefecto, argumenta de la siguiente forma (77):

"...no obstante, al enervar la ejecución de una decisión judicial definitiva, la aplicación de la antedicha ordenanza de 3 de enero de 1959 causa a aquéllos en cuyo favor se había dictado la decisión judicial inexecutada un perjuicio grave cuya duración lo hace particularmente gravoso; que tal perjuicio no se ha producido ni a todos los propietarios de viviendas ocupadas por terceros ni a una categoría de ellos, sino sólo a aquellos cuyas viviendas se hallan ocupadas por un militar en servicio en África del Norte en el momento en que debía haberse producido la ejecución de una ordenanza de desahucio dictada en su favor o por las personas cuyo padre, que convivía anteriormente con ellas, sirviese en dicho momento como militar en África del Norte; que tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de los propietarios de viviendas ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la *responsabilité sans faute* del Estado..."

Tras sus razonamientos aparentemente inocuos, el *arrêt* BOVERO contiene una carga auténticamente explosiva y supone un giro copernicano en la concepción francesa de la responsabilidad del Estado legislador. A primera vista, el cambio de perspectiva más fácilmente perceptible respecto de la jurisprudencia "La Fleurette" consiste en un menor grado de exigencia en cuanto al requisito de especialidad del perjuicio (78). La norma de la que se derivaban los efectos dañosos no tenía (como en los *arrêts* LA FLEURETTE, CAUCHETEUX ET DESMONT, LACOMBE y tantos otros) destinatarios contados y perfectamente identificables, sino que afectaba a un amplio sector de la población francesa (todos los propietarios de alojamientos ocupados por militares destinados en Argelia). Por otra parte, la finalidad de la medida no era tanto el beneficio de estos militares como el interés general, la creación de un ambiente favorable en el revuelto estamento militar argelino (79).

(77) Tomo la descripción y el texto del *arrêt* de VEDEL, *op. cit.*, pp. 372 y 373.

(78) VEDEL, *op. cit.*, p. 373.

(79) GENTOT y FOURRÉ, crónica en "Actualité juridique", cit. *supra*, p. 95.



Sin embargo, lo que confiere al *arrêt BOVERO* auténtica trascendencia se halla más en lo que no dice que en lo que dice: concretamente, en la omisión de toda referencia a la voluntad del legislador como *ratio decidendi* de la reclamación. El *Conseil d'Etat* prescinde aquí por completo de las reticencias liberales, de las ficticias invocaciones a la voluntad del legislador para fundamentar su fallo directamente, sin enmascaramientos de ningún tipo, en el principio de igualdad ante las cargas públicas. La importancia teórica de este paso es extraordinaria en el contexto del ordenamiento administrativo francés. Como es sabido, la doctrina del país vecino distingue dos tipos básicos de responsabilidad extraordinaria del Estado: La *responsabilité publique de droit commun* o *responsabilité sans faute*, a secas, fundada sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas y los regímenes especiales de responsabilidad, fundados en textos legales específicos o en consideraciones diversas. Pues bien, como señala VEDEL (80) —sin duda, el más afortunado comentarista del *arrêt BOVERO*—, hasta 1963, la responsabilidad del Estado legislador venía siendo considerada como una modalidad de los regímenes especiales de responsabilidad: "*Il s'agissait moins d'une responsabilité directement fondée sur l'égalité devant les charges publiques que d'une responsabilité tacitement acceptée par le législateur lui même, sur la base de certaines présomptions servant à interpréter son silence.*" Sin embargo, al desplazar el centro de gravedad al principio de igualdad ante las cargas públicas, el *Conseil d'Etat* viene a subsumir la responsabilidad del Estado legislador en el marco general de la *responsabilité de droit commun*, desvinculándolo de todo problemático intento de investigación de la *voluntas legislatoris*, para sujetarlo a las reglas generales de la *responsabilité sans faute*.

Por lo demás, las consecuencias prácticas de este giro técnico son ciertamente sustanciales: Básicamente, ello entraña un desplazamiento de la carga de la prueba en beneficio del individuo lesionado. Con la jurisprudencia LA FLEURETTE, el demandante había de probar, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización. Con el *arrêt BOVERO*, sin embargo, nos encontramos justamente en las antípodas de la jurisprudencia DUCHATELIER: La producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla

(80) *Ibidem*, p. 310. *Vid.* también DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, París, LGDJ, 1969, p. 239 y ss.

general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente este derecho. La justificación teórica de este fenómeno es ciertamente impecable:

"Sin duda, expresa o tácitamente, y como consecuencia de la ausencia de todo control jurisdiccional sobre la ley, el legislador puede excluir el juego de la responsabilidad pública de derecho común. Pero en tanto no se substraiga a ella, queda de pleno derecho sometido a ella; pues el derecho a reparación no se funda en su aceptación tácita, sino sobre el régimen objetivo de la responsabilidad pública" (81).

G) *Conclusión: un sistema discutido, pero ejemplar*

La descripción que hasta aquí se ha efectuado de la evolución del sistema francés de responsabilidad del Estado por actos legislativos responde a una metodología lineal de claro signo positivo. El *arrêt DUCHATELIER* y el *arrêt BOVERO* son los dos puntos extremos y contrarios de un proceso constante de ampliación de la cobertura patrimonial de los ciudadanos frente a las inmisiones no igualitarias del poder normativo del Estado. Desde tal perspectiva, la evolución debe enjuiciarse favorablemente, como de progreso indudable.

Esta conclusión de un observador objetivo no coincide, empero, con las apreciaciones de la propia doctrina francesa que, con un sentido crítico que le honra, ha manifestado su insatisfacción ante la marcha de los acontecimientos. No nos referimos, desde luego, a una actitud, ya superada, que pretendió ver en el *arrêt LA FLEURETTE* una mera continuación de la jurisprudencia anterior, negándole todo carácter de innovación sustancial (82), sino a la actitud de desencanto experimentada por la doctrina reciente ante la extrema rareza con que el *Conseil d'Etat* ha reconocido, de hecho, el derecho a indemnización en estos supuestos (83). Esta constatación responde a un hecho real. Tras la valiente

(81) VEDEL, *ibidem*.

(82) Así, DUEZ, *La responsabilité...*, cit., *in toto*; LAROQUE, nota en "Rec. Sirey" al *arrêt La Fleurette*, cit. *supra*, nota 51; en determinados aspectos, CHAUMONT, *La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative*, en la "Revue de droit public et de la science politique", 1940, pp. 200 a 219, y DURANTON, *La responsabilité du fait des lois*, París, 1950.

(83) La expresión más patente, en la crónica, llena de ironía, de MORANGE, *L'irresponsabilité de l'Etat législateur. Evolution et avenir*, Dalloz, 1962, p. 163 y ss. Un autor tan mesurado como RIVERO, *Droit administratif*, 3.ª ed., París, Dalloz, 1965, pp. 266 y 267, otorga a la jurisprudencia "La Fleurette" un carácter marcadamente excepcional frente a lo que considera la regla general de irresponsabilidad. Su juicio respecto del *arrêt*

innovación que en su día supuso el *arrêt* "La Fleurette", la doctrina del *Conseil d'Etat* experimentó una auténtica regresión, en la que debió influir, sin duda, el conflicto mundial y la etapa inmediatamente posterior de economía de guerra. De este periodo provienen los numerosos *arrêts* que hemos examinado y que pusieron límites crecientes a la jurisprudencia inicial. Estas circunstancias pueden quizá explicar la aparente "tacañería" del *Conseil d'Etat*, que desde el *arrêt* "La Fleurette", en 1938, hasta 1963 no reconoció derecho a indemnización sino en dos únicos casos (*arrêts* CAUCHETEUX ET DESMONT, de 1944, y LACOMBE, de 1961) (84). No obstante, la admirable flexibilidad del *Conseil d'Etat* y su fina sensibilidad a las críticas doctrinales le han impulsado a variar su actitud en la última década: El *arrêt* BOVERO constituye, en este sentido, una verdadera réplica al escepticismo doctrinal y una reafirmación valiente de la jurisprudencia "La Fleurette", que más recientemente aún ha vuelto a confirmarse con dos nuevos *arrêts*: "Commune de Gavarnie", de 22 de febrero de 1963 (85), y "Compagnie générale

Bovero no puede ser más escéptico: "Certains ont vu, dans cette décision, un élargissement de la jurisprudence antérieure, et une admission plus franche de la responsabilité du législateur. Il s'agit plus probablement d'une solution d'espèce, justifiée par l'équité". En una línea similar, DELMAS-MARSALET, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, cit., p. 159.

(84) Así lo reconocen LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts...*, cit., p. 245 ("la jurisprudence 'La Fleurette', tout en conservant son caractère exceptionnel, paraît connaître actuellement un certain regain d'activité"); en el mismo sentido, KAHN, *L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois, en Conseil d'Etat, Etudes et Documents*, 1962, pp. 63 a 65, que en su calidad de *Maître des Requêtes* afirma que "il semble que la jurisprudence se soit, sinon modifiée, du moins précisée dans un sens restrictif". Por su parte, MÓRANGE, *L'irresponsabilité...*, cit., *ibidem*, si bien reconoce que este tipo de responsabilidad se halla basado en la voluntad expresa o presunta del legislador, no deja de apuntar, con no poco sarcasmo, que "le Conseil d'Etat avait souvent faire preuve d'un zèle excessif à découvrir dans les travaux préparatoires incertains une prétendue volonté des auteurs du texte de ne pas accorder d'indemnisation".

(85) "Revue de droit public et de la science politique", 1963, p. 1019, con nota de WALINE, *Actualité juridique*, 1963, Doct., p. 209, con observaciones de GENTOT y Fournit y el excelente trabajo de JEANNEAU, *Autour de l'arrêt 'Commune de Gavarnie': La responsabilité du fait des règlements légalement pris*, en los *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 375 a 393. La doctrina del *arrêt* es realmente valiente: El circo de Gavarnie, paraje de insólita belleza del Pirineo francés, posee unos accesos difíciles, intransitables para vehículos de motor, que sólo pueden ser utilizados por viandantes o monturas. La utilización conjunta de los accesos por ambos había provocado algunos accidentes, por lo que el alcalde de Gavarnie se decidió a regular reglamentariamente el tránsito, reservando un camino exclusivamente para monturas y otro para viandantes. M. BENNE, propietario de un comercio de *souvenirs* en el camino ahora reservado a las monturas, se vio privado de su clientela. El *Conseil d'Etat*, fundándose en el solo principio de igualdad ante las cargas públicas, le reconoce derecho a indemnización, en razón de la especialidad y gravedad del daño. Para JEANNEAU, que juzga muy severamente la jurisprudencia anterior del *Conseil d'Etat*, este *arrêt* viene a significar para la responsabilidad por actos reglamentarios lo que el *arrêt* "La Fleurette" supuso para la responsabilidad por actos legislativos (p. 383).

*d'énergie radioélectrique*" (86), que abren caminos insólitos, no desbrozados hasta ahora por la jurisprudencia y en los que no es exagerado adivinar una decidida voluntad de progreso.

A la vista de estos últimos pronunciamientos, y pese a la existencia de algunos fallos de signo regresivo (87), parece indiscutible la afirmación de que el régimen de responsabilidad del Estado *du fait des lois* ha arraigado definitivamente en el ordenamiento administrativo francés con unos caracteres ciertamente prometedores, que suponen un paso decisivo en la construcción jurisprudencial de las técnicas de cobertura patrimonial de los ciudadanos (88). El sistema, con todo, no es aún perfecto ni completo: el empirismo que ha dominado su elaboración, la ambigüedad de no pocos planteamientos, las cláusulas abiertas

(86) "Revue de droit public et de la science politique", 1966, p. 774 y ss. (conclusiones de Bernard) y 955 y ss. (nota de M. WALINE); "Juris Classeur Périodique", 1967, II, 15.000, nota de DENAUSSY; "Actualité juridique", 1966, 381, y crónica de PUSSACNET y LECAT, p. 350; VEDEL, *op. cit.*, 4.ª ed., 1968, pp. 376-378. La singularidad de este *arrêt* radica en el hecho de haber concedido indemnización por los daños sufridos por un particular derivados de la conclusión de un tratado internacional. Por una parte, esto supone una extensión de la jurisprudencia BOVERO a las convenciones internacionales, lo cual era plenamente lógico si tenemos en cuenta que tanto la Constitución de la IV República, de 1946, como la gaullista, reconocen a los tratados internacionales una fuerza y un rango idéntico a las leyes ordinarias. Pero, por otra (y éste es el principal significado que ha resaltado la doctrina), el *arrêt* rompe la vieja regla de la no indemnizabilidad de los perjuicios causados por una convención internacional, en cuanto acto de gobierno, que ya había sido denunciada como incongruente pocos años antes por STASSINOPOULOS, *Responsabilité civile de l'Etat du fait des actes de gouvernement ayant trait aux relations internationales*, París, 1961. De esta forma, el *Conseil d'Etat* ha consumado su primera experiencia de una regla ya sentada diez años antes en el ordenamiento procesal español (art. 2.º, b, inciso final de la Ley de la Jurisdicción contenciosa), pero que, desgraciadamente, aún se halla inédita: *vid.* ROQUENA OLIVER, *La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, en los "Estudios Jordana", Madrid, 1961, III, 1.º, p. 195 y ss.; últimamente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, tomo III de los Apuntes de Cátedra del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Facultad de Derecho, 1970-1971, p. 46.

(87) Nos referimos, principalmente, al *arrêt* "Société Etablissements Louis Rémusat", de 22 de abril de 1970, "Revue de droit public et de la science politique", 1971, pp. 1033 y 1034, relativo a la convalidación por Ley de 21 de diciembre de 1963 de una decisión del Ministro de Agricultura —anulada por el propio *Conseil d'Etat*— que limitaba las exportaciones de harina a determinados Estados de la Comunidad francesa. Este *arrêt* salta por encima de la jurisprudencia BOVERO para retornar al planteamiento del *arrêt* "La Fleurette", en su sentido más restrictivo: "... D'autre part, il résulte tant des dispositions de la loi de validation que des travaux préparatoires de ce texte que le législateur a entendu dénier tout droit à réparation aux entreprises qui, comme la Société Etablissements Louis Rémusat, ont été privées, par l'effet de dispositions de ladite Loi, de la possibilité d'obtenir une indemnité en invoquant devant le juge administratif l'illegalité de la décision susmentionnée du Ministre de l'Agriculture; dès lors, la Société requérante ne peut pas davantage se prévaloir du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques pour soutenir que la responsabilité de l'Etat est engagée son égard du fait de la Loi du 21 décembre 1963...". El *arrêt*, sin embargo, parece ser un caso aislado.

(88) SOULIER, *Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, "Revue de droit public et de la science politique", 1969, p. 1039 y ss.; en especial, p. 1096.

y de contenido equívoco (interés general de la ley, perjuicio grave y suficiente, actividad perjudicial) son fisuras, quizá imprescindibles para su funcionamiento, que pueden ser todavía objeto de vivas polémicas. Pero considerada en su conjunto, la técnica es verdaderamente ejemplar, fruto de una jurisdicción que hoy por hoy ofrece unos resultados incomparables y que ha permitido completar el régimen de garantías frente al propio legislador, sin que haya hecho tambalearse lo más mínimo la soberanía parlamentaria ni la estabilidad de las instituciones.

### III

#### COBERTURA PATRIMONIAL Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS NORMATIVOS: LOS SISTEMAS ITALIANO Y ALEMÁN

##### A) *La diversidad de los instrumentos dogmáticos*

Cuando, prosiguiendo nuestra investigación, dejamos atrás el ordenamiento francés para analizar la situación del problema en otros países europeos, la realidad nos impone no sólo un cambio de perspectiva, sino, ya inicialmente, un cambio de lenguaje. La pregunta de si la Administración italiana o alemana responde de los daños patrimoniales causados por un acto legislativo o normativo, comprensible para una mentalidad francesa, resulta desorientadora para los juristas de tales naciones. No es de extrañar, pues, que las respuestas a esta cuestión hayan sido con frecuencia negativas. Un expresivo texto, entre otros muchos que podrían escogerse:

“La única consecuencia jurídica que deriva inmediatamente de la decisión en virtud de la cual la *Corte Costituzionale* declara la inconstitucionalidad del precepto de una ley consiste en la cesación de la eficacia de dicho precepto... La inconstitucionalidad de una ley no engendra por sí misma, por tanto, la responsabilidad del Estado frente a los particulares o personas morales a los que la ley es aplicable. Ello parece deducirse además de los principios generales que rigen la institución de la responsabilidad por daños. Para que esta responsabilidad pueda producirse, es esencial, en efecto, que exista un comportamiento ilegítimo que provoque el hecho dañoso. Pero siendo así que el hecho dañoso, como he dicho anteriormente, no nace jamás de un simple acto formal (pronun-

ciamiento-declaración), sino, bien al contrario, de un comportamiento material realizado como consecuencia o no de un acto formal, es evidente, por tanto, que los órganos parlamentarios, en el ejercicio de la función legislativa, son incapaces... de adoptar un comportamiento idóneo por sí mismo para causar el hecho dañoso. La adopción de una ley contraria a la Constitución no supone por sí misma un comportamiento que provoque la lesión directa y actual de la esfera jurídica de un particular. El daño podrá producirse cuando entre en juego el acto de ejecución de la ley inconstitucional... De tal forma, no existiendo hecho dañoso alguno, es evidente que resulta imposible hacer derivar una responsabilidad del Estado de la mera aprobación de una ley inconstitucional” (89).

Estas expresiones, clara muestra de un equívoco terminológico sufrido al afrontar un cuestionario propuesto a personas de diversos países, formulan una conclusión que es sustancialmente exacta en el ordenamiento italiano —otros muchos textos podrían aducirse en la doctrina germana—, pero no suponen de forma alguna una negativa rotunda a la cuestión inicial que este estudio se plantea. Es preciso trasladarse a un plano dogmático diverso y preguntar no si el Estado responde de los daños patrimoniales causados por una norma, sino, más genéricamente, si el Estado asume de algún modo un deber de resarcimiento por las ablaciones patrimoniales producidas por un acto normativo o reglamentario (y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones). La comparación con el sistema francés sólo es posible teniendo en cuenta dos precisiones básicas: primera, la extrema complejidad de títulos indemnizatorios que presentan los ordenamientos administrativos alemán e italiano (90),

(89) GALEOTTI, *La responsabilité de l'Etat pour le comportement illégal de ses organes: Italie*, en el volumen “Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe”, del Max Planck-Institut für ausländisches-öffentliches Recht und Völkerrecht, coloquio internacional de 1964 en Heidelberg, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 1967, página 295 y ss; en particular, el texto, pp. 337 y 338.

(90) Así, en Alemania, fuera de los dos institutos básicos de la expropiación y de la responsabilidad (*Enteignung* y *Haftung*, arts. 14 y 34 de la *Grundgesetz*), la sistematización de los restantes títulos indemnizatorios ofrece variaciones según los diversos autores: FONSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958, p. 412 y ss., distingue entre títulos genéricos (indemnización, sacrificio: *Entschädigungsanspruch*, *Aufopferungsanspruch*) y específicos (*Schadenersatzanspruch*, por actos ilícitos culpables de los funcionarios); WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, 7.ª ed., München, 1968, p. 418, los reúne en el sacrificio (*Aufopferung*) y en las intervenciones asimiladas a la expropiación (*enteignungsgleicher Eingriff*), conforme al criterio de la sentencia de 9/10 de junio de 1952 del *Bundesgerichtshof*: vid. en la doctrina española, NIETO, *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, núm. 38 de esta REVISTA, pp. 91 y 92. En Italia,

frente a la simplicidad temática del francés y del español, que resumen la práctica totalidad de las ablaciones patrimoniales en las instituciones de la expropiación y de la responsabilidad (si bien con un contenido relativo harto diverso). Y segunda, la existencia en estos países de un control jurisdiccional especializado de la constitucionalidad de las leyes, que supone la admisión del ilícito legislativo y, por tanto, la utilización del concepto civil de culpa en esta materia.

Pese a la diversidad de los planteamientos teóricos, la problemática sustancial es idéntica. Ciertamente, las técnicas de cobertura patrimonial son aquí mucho más sofisticadas, pero gracias a ellas ha podido alcanzarse a estructurar un sistema de garantía frente a las inmisiones legislativas tan completo quizá como el francés: desde el punto de vista práctico, las soluciones arbitradas son fundamentalmente indiferentes e intercambiables.

#### B) Del "jus eminens" a la garantía constitucional del patrimonio

No parecen existir dudas sobre el hecho de que la primera vez que el ordenamiento alemán se plantea con sentido moderno, el problema de la indemnizabilidad de las ablaciones patrimoniales producidas normativamente es con la llamada *Allerhöchste Kabinettsordre* prusiana de 4 de diciembre de 1831 (91). Y es curioso que esta norma, que constituía una de las primeras instrumentalizaciones del concepto liberal-revolucionario de la ley, viniese a suponer una regresión en el sistema de garantías de la propiedad vigente hasta entonces.

En efecto, es frecuente afirmar que, hasta la *Kabinettsordre* de 1831, la temática de la indemnización por los daños causados por el Estado

el panorama es más prolijo aún: *limitazioni, sacrificio, conversione, responsabilità civile, doveri di prestazione, espropriazione, requisizione, trasferimento coattivi dell' uso, etc.* (ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2.ª ed., Milano, 1971, II, p. 165 y ss.). No obstante, en los últimos años va cobrando impulso una nueva tendencia doctrinal que pretende superar dogmáticamente esta pluralidad de conceptos, englobándolos en la categoría más general de procedimientos ablatorios: fundamental a este respecto es la monografía de BARTOLOMEI, *Contributo ad una teoria del procedimento ablatorio*, Milano, 1962, cuyas tesis han venido a ser aceptadas sustancialmente por GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, p. 1181 y ss.

(91) La exposición histórica que a continuación se realiza en el texto es deliberadamente sucinta: una visión más amplia, en NIETO, *Evolución expansiva...*, cit., pp. 70 a 75, y, sobre todo, FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 428 a 436. Sobre aspectos parciales, SRÖDTER, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburg, 1933, p. 53 y ss.; ANSCHÜTZ, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt*, en "Verwaltungs Archiv", V, 1897, pp. 1 a 136 (ambos fundamentales); SCHEUNER, *Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung*, en REINHARDT-SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, Tübingen, 1954, pp. 63 a 162, en especial, p. 81 y ss.; DIESTER, *Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht*, Berlín, 1953; LUHMANN, *Öffentlich-Rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlín, 1965, pp. 37 y ss.

venía asentada sobre la categoría de los *jura quaesita*: el Estado, en virtud de su *jus eminens*, puede disponer de los derechos adquiridos de los súbditos para el bien de la generalidad, pero este sacrificio debe ser indemnizado (92). Esta concepción, explícitamente recogida por los párrafos 74 y 75 de la introducción al *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, se completaba en el mismo texto legal, sin embargo, con una reglamentación muy perfecta de las limitaciones de la propiedad, que la generalidad de la doctrina olvida, contenida en los párrafos 29 a 32: "El Estado —decía el párrafo 29— puede limitar la propiedad privada de sus ciudadanos *solamente* cuando a través de ello pueda evitarse un daño considerable a terceros o al Estado mismo, o bien conseguir para los mismos un importante beneficio." Ahora bien, esta posibilidad de imponer limitaciones venía condicionada de dos formas: primera, habían de ser impuestas por la ley (93) y segunda, y fundamental, el propietario limitado debía quedar totalmente indemne por estas limitaciones ("... *der Staat zugleich dafür sorgen, dass der einzuschränkende Eigentümer für den dadurch erleidenden Verlust "vollständig schadlos" gehalten werde*", párrafo 31), lo que suponía la indemnizabilidad de los mismos. El sistema de protección patrimonial era, pues, muy perfecto para la época, al menos en teoría: tanto el sacrificio de derechos e intereses (*Aufopferung der Rechte und Vorteile*, párrafo 75) como las limitaciones de la propiedad (*Einschränkungen des Privateigentums*, párrafo 29 y siguientes) obligan al Estado a indemnizar.

Este sistema de garantías (de clara raíz jusnaturalista, como la ideología que inspiró el *Allgemeines Landrecht*) vino a ser profundamente modificada por la *Kabinettsordre* de 1831, la cual retornó a la distinción clásica del Derecho intermedio: por una parte, las intervenciones patrimoniales de la Administración de carácter singular y, por otra, las intervenciones realizadas por el soberano (*Landesherr*) "mediante un acto de legislación" (94). En el primer supuesto, "la indemnización del particular corre a cargo del patrimonio de la colectividad"; en el se-

(92) Así, FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 428 y 429; SRÖDTER, *Öffentlich-rechtliche...*, página 93; SCHEUNER, *Grundlagen...*, cit., p. 82.

(93) Parág. 32: "*In allen Fällen aber können Einschränkungen des Eigentums, ... nur durch Gesetze begründet werden.*"

(94) La terminología que emplea la *Kabinettsordre* no es, desde luego, tan técnica. En el primer caso habla de "(die) Einrichtung der Verwaltung... die das Privateigentum des einzelnen gefährdet", esto es, la "disposición de la Administración que pone en peligro la propiedad privada del particular"; en el segundo, de "*eine Massregel der inneren Verwaltung unmittelbar durch einen Akt der Gesetzgebung anzuordnen*", esto es, "imponer directamente mediante un acto legislativo una medida de administración interna". Vid el texto —no íntegro— en FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 429; más extensamente, en MEYER-THIEL-FROHBERG, *Enteignung von Grundeigentum*, 5.ª ed., Berlín, 1959, p. 21 y ss.

gundo, en cambio, "la obligación de resarcimiento con cargo al patrimonio estatal habrá de ser establecida expresamente (*besonders*)". Es decir, las intervenciones del primer grupo son indemnizables, pero no las del segundo, salvo que así se disponga expresamente en la norma a través de la que dichas intervenciones tengan lugar.

En realidad, el contenido de la *Kabinettsordre* no respondía a consideraciones dogmáticas, sino a exigencias puramente coyunturales. Como ya señaló LOENING (95), su promulgación, realizada bajo la forma de una interpretación auténtica del *Allgemeines Landrecht*, no tuvo otra finalidad que la de excluir la competencia de los Tribunales ordinarios sobre las reclamaciones de indemnización en materia tributaria y de daños de guerra. Pese a ello, el texto adquirió valor de principio general, consolidando el concepto clásico de expropiación, que pasa a basarse en la teoría de la intervención singular, del *Einzelakt* (96): la expropiación sólo tiene lugar en las intervenciones patrimoniales singulares realizadas mediante un acto administrativo; la ley ya no es el instrumento concreto de la expropiación, sino sólo su fundamento primario.

El tema no planteó excesivos conflictos hasta los comienzos del presente siglo, en el que el tema de la garantía patrimonial comienza de nuevo a tomar beligerancia. En 1910 culmina el largo proceso evolutivo que conduce a lo largo de todo el siglo XIX de la responsabilidad del funcionario a la del Estado, implantándose la responsabilidad directa de este último (97), y nueve años más tarde toda la problemática se replantea con la promulgación del texto constitucional de Weimar.

Pese a sus apariencias fuertemente innovadoras, la Constitución de 1919 no supuso una alteración radical del sistema vigente, en lo que

(95) *Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen*, Halle, 1914, p. 162.  
 (96) Es la opinión de la generalidad de los autores. Así, FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 430, que califica la distinción de la *Kabinettsordre* como "un avance para el afinamiento y el progreso de la doctrina sobre la indemnización"; MEYER-THIEL-FROHBERG, *Enteignung...*, cit., *ibidem*; ANSCHÜTZ, *Der Ersatzanspruch...*, cit., p. 105; LUHMANN, *Oeffentlich...*, cit., p. 45, etc. Lo que no se ha puesto suficientemente de relieve es el cambio de sentido de la *Kabinettsordre*, que no contraponía norma general y acto particular, sino intervención realizada por la Administración e intervención realizada por el soberano por vía legislativa (que podía ser general o no, aunque lo normal es que lo fuese); ello explica que los autores de la época, como KLÜBER, *Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urteils im Rechtsprechen*, 1832 (cit. por SCHEUNER, *op. cit.*, p. 83) criticasen la *Kabinettsordre* por la restricción que suponía al concepto de expropiación, al excluir los *gesetzliche Eingriffe* del derecho a indemnización.  
 (97) Ley de 22 de mayo de 1910, limitada a los funcionarios del Reich; ya anteriormente, la regla había sido sentada por la ley del Registro de la Propiedad del Reich de 24 de marzo de 1897 (funcionalmente limitada) y por Prusia en la Ley de 1 de agosto de 1909 (territorialmente limitada). El BGB, pará. 839 y ss., conforme con la línea doctrinal del XIX, no regula sino la responsabilidad directa del funcionario: FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 415 y 416.

a; nosotros interesa. Fuera de la alusión a la posibilidad de socializar la propiedad territorial y las empresas privadas (arts. 155, párr. 2.º, y 156, párr. 1.º), su gran mérito consistió en la sistematización de los principios y reglas sobre la garantía patrimonial ya contenidas en regulaciones precedentes con una vestidura técnica moderna. Así, comenzaba distinguiendo con claridad la responsabilidad del Estado (98) de la expropiación, y en la regulación de esta última (art. 153) sentaba con nitidez el esquema clásico de las relaciones ley-propiedad privada. Por una parte, a la ley corresponde fijar el contenido y límites de la propiedad: "La propiedad esta garantizada por la Constitución. Su contenido y sus límites se ajustarán a las leyes" (*ergeben sich aus den Gesetzen*, párrafo 1.º). Pero la expropiación no es realizada por la ley, sino sólo en base a una ley. "Una expropiación sólo puede llevarse a cabo para el bien de la colectividad y en base a una ley" (o con un fundamento legal, *auf gesetzliche Grundlage*, párrafo 2.º, inciso 1.º); a la ley, pues, compete fijar el contenido y límites de la propiedad y habilitar para la expropiación, que habrá de ser llevada a cabo materialmente mediante un acto administrativo (99). Por otra parte, en cambio, la garantía constitucional de la propiedad no es absoluta, en cuanto que el otorgamiento de una compensación por el acto expropiatorio queda al arbitrio de la ley: "Ella (la expropiación) tendrá lugar a cambio de una adecuada indemnización, a menos que una ley del Reich determine otra cosa", prescripción en consonancia con el carácter social del texto constitucio-

(98) Regulada en el artículo 131 sobre la idea tradicional de culpa o infracción de los deberes del cargo (*Amtspflicht*). "Si un funcionario, en el ejercicio del poder público que le está encomendado, infringiere su deber profesional con respecto a tercera persona, la responsabilidad recaerá primariamente sobre el Estado o la Corporación a cuyo servicio se halle el funcionario, quedando reservada la acción contra éste." Cito aquí según la traducción de PÉREZ SERRANO y GONZÁLEZ POSADA, *Constituciones de Europa y América*, Madrid, 1927, tomo I, p. 62, por no disponer de otra próxima; traducción, por cierto, muy libre y en la que he advertido numerosas imprecisiones conceptuales.

(99) En este sentido, SCHEUNER, *Grundlagen...*, cit., p. 86, y MEYER-THIEL-FROHBERG, *Enteignung...*, cit., p. 27, con la generalidad de la doctrina. Esta construcción clásica proviene, por una parte, del artículo 164 de la Constitución de 28 de abril de 1849 (que tomo de WENER, *Eigentum und Enteignung*, en el volumen de NEUMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, *Die Grundrechte*, tomo II, Berlín, 1954, p. 322), cuya fórmula es prototípica: "*Eine Enteignung kann nur aus Rücksichten des gemeinen Besten, nur auf Grund eines Gesetzes und gegen gerechte Entschädigung vorgenommen werden*". La dualidad expropiación (privación)-limitación ya está presente en el artículo 9.º de la *Preussische Verfassungsurkunde* de 31 de enero de 1850, según el cual "*(das Eigentum) kann nur... nach Massgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden*", si bien no diferencia con claridad el papel de la Ley en ambos tipos de intervención; en idénticos términos se expresa el artículo 1.º de la vigente Ley de Expropiación (*Gesetze über die Enteignung von Grundeigentum*) de 11 de junio de 1874. *Vid.* también, sobre el tema, DIESTEN, *Enteignung...*, cit., pp. 36 y ss., y, sobre todo, el comentario al artículo 153 de la obra clásica de ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11 August 1919*, 13.ª ed., 1930.

nal, que más tarde veremos reaparecer en el artículo 44 de la Constitución republicana española de 1931.

La interpretación doctrinal y jurisprudencial de la Constitución de Weimar, no obstante, fue mucho más allá de lo que hacía esperar su texto. Posiblemente las pretensiones socializantes del texto excitaron el sentimiento de defensa de la burguesía alemana, que se esforzó por incrementar decididamente (y sin demasiada atención a precisiones conceptuales) el ámbito de la garantía patrimonial. A este proceso responde, sin duda, la fulgurante expansión del instituto expropiatorio (100)—disolución, diría acerbamente Carl SCHMITT (101)—que, con independencia de otros aspectos notables, tuvo dos manifestaciones que nos interesan aquí particularmente: en primer lugar, la resistencia a aplicar las exclusiones legales a la indemnización (102) y, en segundo lugar, la creación de la figura de la expropiación *ope legis* o *Enteignung durch Gesetz*. En efecto, el proceso expansivo del instituto expropiatorio no se limitó a la ampliación de su objeto (esto es, la inclusión dentro del concepto de propiedad—concebida al modo clásico de propiedad inmobiliaria—de los bienes muebles, derechos de crédito, derechos incorporales, títulos-valores, etc.), sino que alcanzó a las formas de manifestación del mismo: así, junto a la expropiación típica, *durch Verwaltungssakt*, el *Reichsgericht* afirmó en una conocida sentencia (RGZ, tomo 103, p. 200) la admisibilidad de las expropiaciones *unmittelbar durch Gesetz*, realizadas directamente por la ley. Ciertamente es que el texto constitucional, al limitar el concepto de expropiación a las intervenciones ablatorias realizadas “en base a una ley”, parecía establecer un reparto de competencias—al legislativo, la habilitación; al ejecutivo, la

(100) Sobre el mismo, la extensa nota de FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 432 y ss., y las referencias en ella contenidas; también WENER, *Eigentum...*, cit., pp. 339 y ss. Es sintomática al respecto la autorizada voz de ANSCHÜTZ, para quien el artículo 153 de la Constitución consagraba “keine Eigentums- sondern eine Vermögensgarantie”: *Die Verfassung...*, cit., p. 613.

(101) En su artículo *Die Auflösung des Enteignungsbegriffs*, publicado en 1929 y ahora recogido en su *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., páginas 110 y ss.

(102) Fundadas, incluso, en la afirmación sobre la existencia de un error cometido por el legislador constitucional, como parecía apoyarlo, en base a un razonamiento de igualdad, el inciso final del párrafo 2.º del artículo 153, que establecía en todo caso la exigencia de indemnización en las expropiaciones llevadas a cabo por el Reich sobre los bienes de “Ländern, Gemeinde und gemeinnützigen Verbände” (WENER, *Eigentum...*, cit., p. 334). La tendencia se extendió a la inaplicación de la exclusión indemnizatoria que habían practicado leyes anteriores a la Constitución, como la ley prusiana de líneas de edificación (*Fluchtlinien* o alineaciones urbanísticas) de 2 de julio de 1875; de la que el *Reichsgericht* afirmó que daba lugar a indemnización, peligroso pronunciamiento que hubo de ser cortado en seco por una ordenanza de necesidad del Presidente del Reich de 5 de junio de 1931: cfr. FORSTHOFF, *ibidem*, p. 433.

realización—poco conforme con los términos del fallo del Tribunal: a simple vista, “en base a una ley” y “mediante una ley” son expresiones no demasiado similares. Pero esta dificultad fue resuelta expeditivamente por la sentencia, afirmando que “allí donde la expropiación se efectúa directamente por una ley del Reich, el fundamento legal (*die gesetzliche Grundlage*) está contenido en la ley misma” (103), lo cual no es, en absoluto, una *boutade*, sino una consecuencia de la instrumentación constitucional de la garantía de la propiedad: si la ley puede habilitar para expropiar, puede también expropiar ella misma; la Constitución no consagra una reserva expresa de competencia en favor del Ejecutivo, sino que se limita a enunciar el supuesto de hecho normal, esto es, que la ley se limite a autorizar la expropiación, en cuanto está concebida como norma general y abstracta. Pero si la ley adopta un carácter concreto, ninguna razón hay que le impida operar por sí misma el fenómeno ablatorio; en este punto, la competencia de la ley no está limitada, puesto que la garantía de la propiedad se estructura frente al Ejecutivo, no frente al legislador. Por lo demás, la tesis poseía un refrendo expreso en el propio texto constitucional, cuyo artículo 156 autorizaba al Reich para, “mediante una ley... traer al dominio público las empresas privadas susceptibles de socialización”, y ello “a reserva de indemnización y con aplicación por analogía de las disposiciones sobre expropiación”; supuesto éste que, si bien fue encuadrado conceptualmente bajo un rótulo (socialización) diverso, no dejaba de suponer, materialmente hablando, una auténtica expropiación (si bien realizada por el imperio de la ley, sin acto administrativo interpuesto). La obligatoriedad de la indemnización y la invocación expresa de la normativa expropiatoria no hacen sino confirmar esta impresión (104). Lógicamente, un proceso expansivo tan rígido y brillante había de engendrar una reacción de signo contrario, dirigida principalmente contra la expropiación *durch Gesetz*. Las críticas doctrinales—sobre todo, la violenta de Carl SCHMITT—y la avalancha de reclamaciones judiciales

(103) FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 432. La delimitación conceptual de esta expropiación por ley fue fijada por el propio Tribunal conforme a la teoría clásica del *Einzelakt*: “La privación de derechos privados (por una ley) sólo constituye expropiación cuando se limita a uno o varios casos particulares ya existentes, y no es expropiación cuando afecta a todos los casos particulares que realizan el supuesto de hecho de la norma; una intervención particular existe también cuando la ley afecta a un círculo limitado de bienes o derechos, imponiéndoles un particular sacrificio en aras de la colectividad” (RGZ, tomo 124, ap., pp. 19 y ss., cit. por FORSTHOFF, *ibidem*).

(104) Lo cual viene corroborado, además, por la ley dictada en ejecución de este precepto, la *Sozialisierungsgesetz* de 23 de marzo de 1919: vid. LEVYKÜHN, *Die Nationalisierung und das Privateigentum. Beiträge zum öffentlichen Recht*, Berlin-Tübingen, 1950, pp. 774 y ss.

de indemnización por daños causados por leyes determinaron, en primer lugar, una regresión en la propia doctrina del *Reichsgericht* (105) y, más tarde, bajo el régimen nacionalsocialista, una toma de conciencia del legislador, que a partir de 1933 comenzó sistemáticamente a excluir de forma expresa la indemnización, bien directamente, bien calificando las cargas que imponía como meras limitaciones o vinculaciones sociales de la propiedad —*Eigentumsbindung*— (106).

La evolución hasta aquí descrita permite comprender, sin dificultades, la regulación constitucional vigente sobre la garantía de la propiedad, contenida básicamente en los artículos 14, 15, 19 y 34 de la Ley Fundamental de Bonn. Su simple lectura permite descubrir sus vinculaciones con el sistema establecido por la Constitución de Weimar, así como sus divergencias, de muy clara motivación. No es exagerado decir que la *Grundgesetz* (en lo sucesivo, GG) se ha limitado a reiterar, en cuanto a la garantía de la propiedad, el sistema weimariano, corregido en vista de la experiencia e incidentes surgidos en torno a su interpretación.

En efecto: las similitudes entre los textos constitucionales de 1919 y 1949 resaltan a simple vista; ambos regulan de modo separado la garantía de la propiedad y la expropiación (arts. 153 y 14, respectivamente), la socialización (arts. 155-156 y 15) y la responsabilidad patrimonial del Estado, asentada en la idea de culpa o infracción de las obligaciones del cargo (*Amtspflichtverletzung*, arts. 131 y 34). Las semejanzas se prolongan en el contenido de los preceptos concretos: así, en los relativos a la garantía de la propiedad y la expropiación, vemos cómo los párrafos 1 y 2 del artículo 14 GG transcriben —con leves mutaciones gramaticales— los párrafos 1 y 3 del artículo 153 WRV y la alusión a los derechos de sucesión contenida en el artículo 154; el artículo 15 GG se refiere a la socialización (*Vergesellschaftung*) en los mismos términos que el artículo 156 WRV, añadiendo la alusión a la socialización del suelo del artículo 155; y el artículo 34 GG no es más que una repetición, levemente ampliada, del artículo 131 WRV.

Pero hay también innovaciones importantes, que afectan precisamente al régimen de las relaciones entre ley y propiedad y que responden a

(105) De ella da cuenta, con numerosos ejemplos, WEBER, *Eigentum...* cit., pp. 374 y ss. Así, en materia urbanística, tras haber calificado de expropiaciones las cargas de inedificabilidad derivadas de la proximidad a una vía pública en la célebre sentencia sobre la ley prusiana de 1875 (vi. nota 102), una sentencia de 1935 (RGZ, 150, pp. 13 y ss.), negó carácter expropiatorio a una ley sobre planeamiento urbanístico en virtud de la cual la autorización para la apertura de una calle privada se condicionaba a la cesión de terrenos para vía pública.

(106) *Id.* numerosos ejemplos en FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 439.

las polémicas suscitadas por la doctrina y la jurisprudencia en el período de entreguerras. Son tres las que aquí nos interesan (y que luego examinaremos con mayor detenimiento):

— En primer lugar, la admisión clara e inequívoca de la figura de la expropiación *durch Gesetz* o *Legalenteignung*, acogiendo la tesis sustentada por el *Reichsgericht* a que antes nos referimos (107), junto a la forma tradicional de la expropiación *auf Grund eines Gesetzes*, la expropiación realizada por la Administración con una habilitación legal.

— En segundo lugar, la limitación del “poder expropiatorio” de la ley contenida en el artículo 19, párrafo 1.º, GG, que prohíbe que las leyes limitativas de los derechos fundamentales tengan un objeto o destinatario individualizado (... *muss das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten*); en suma, que la expropiación *durch Gesetz* sólo puede realizarse mediante leyes generales (108).

— En tercero y último lugar, la exclusión radical de las expropiaciones no indemnizables, que preveía el artículo 153 WRV. La propia ley expropiatoria debe regular “la forma y medida de la indemnización” (*Art und Ausmass der Entschädigung*), bajo pena de nulidad (109).

Tal es, muy en líneas generales, la evolución del ordenamiento germano, contemplado a través de la dialéctica ley-propiedad. Desde la *Kabinettsordre* de 1831 a la GG de 1949 es observable un doble proceso expansivo: por una parte, la expansión de las posibilidades de intervenir

(107) Así, expresamente, MAUNZ, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz, Kommentar*, München, Beck, 3.ª ed., 1970, p. 49 del artículo 14: “Der Grundgesetzgeber hat damit der Rechtsprechung des Reichsgerichts Rechnung tragen wollen, das seit RGZ 102, 161 auch Enteignungen unmittelbar durch Gesetz für zulässig erklärt hatte”. También FORSTHOFF, *Tratado...* cit., p. 435.

(108) Opinión general: KAISER, *Verfassungsrechtliche Eigentumsgelehr...* cit., p. 36 (“Die Enteignung durch Gesetz... ist... nur in Gestalt der generellen Normen zulässig”). La doctrina exige también que se trate de leyes formales: MEYER-THIEL-FROBERG, *Enteignung...* cit., p. 37; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz...* cit., p. 50; SCHACK, *Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen*, NJW, 1954, pp. 577 y ss. (fundamental), etc. En contra—y, a mi juicio, con serias razones—, WEBER, *Eigentum...* cit., pp. 380 y ss. Sobre el problema, en general, HAMANN, *Deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., p. 152.

(109) Tal es la formulación de la llamada *Junktim-Klausel*, innovación del ordenamiento constitucional germano. Sobre la misma, BACHOF, *Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junctims in Enteignungsgesetzen*, en “Die öffentliche Verwaltung”, 1954, pp. 592 y ss.; RAUSCH, *Enteignungsrechtliche Probleme im Lichte der Junktimklausel*, en DVBL, 1964, pp. 7 y ss.; LUHMANN, *Öffentlich-rechtliche...* cit., pp. 143 y ss.; DÜRIG, *Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff!*, en JZ, 1954, pp. 4 y ss.; KONOW, *Eigentumschutz gegen Eingriffe der öffentlichen Hand*, Berlin, 1968, pp. 42 y ss.; SCHEUNER, *Grundlagen...* cit., pp. 147 y ss.; ampliamente, MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, I, Berlin und Frankfurt, 1957, pp. 448 y ss.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit. pp. 72 y ss.; y, sobre todo, IRSEN, *Enteignung und Sozialisierung*, en el volumen 10 (1952) de los VVDStRL, pp. 74 y ss.

ción legal en la propiedad; la ley no puede ya solamente determinar por sí misma el contenido y límites de la propiedad (art. 14, 1, GG), sino que puede habilitar a la Administración para expropiar y expropiar y socializar por sí misma (arts. 14, 3, y 15 GG). Por otra, la expansión paralela de las garantías; a esta segunda perspectiva pertenece la ampliación del concepto de expropiación, que llega a abarcar no sólo la totalidad de los derechos subjetivos privados de contenido patrimonial, como tras la Constitución de Weimar propuso Martin WOLFF (110), sino todas las situaciones jurídico-públicas (111), así como las intervenciones producidas por la ley, cuya calificación de expropiaciones no tiene otra justificación que derivar de ellas una consecuencia indemnizatoria; también responden a esta expansión de la garantía la imposición absoluta del principio de indemnización (*Junktimklausel*) que no admite excepciones por ley, y el mandato explícito de que las limitaciones a la propiedad hayan de hacerse expresamente a través de normas generales, con prohibición de las leyes singulares (*Einzelfallgesetze*) en esta materia (art. 19, 1, GG). Una línea de evolución, por tanto, muy ponderada, que ha sabido guardar un equilibrio entre el incremento de la actividad interventora y la salvaguardia de los derechos patrimoniales de los ciudadanos.

### C) La evolución del sistema italiano hasta la Constitución de 1947

En contraste con la trabajosa evolución del ordenamiento alemán —tan compleja como aleccionadora—, la dialéctica histórica de las relaciones ley-propiedad se ha desenvuelto de manera mucho más simple en la legislación y doctrina italiana (112), que no presenta, hasta su vigente formulación constitucional, particularidades destacables.

En efecto, la generalidad de la doctrina coincide en señalar como punto de partida común de la garantía de la propiedad la regulación con-

(110) En su estudio "Reichsverfassung und Eigentum", en los *Berliner Festgabe für Wilhelm Kahl*, Berlín, 1923, pp. 20 y ss.; cit. en este punto por KAISER, *op. cit.*, p. 17.

(111) SCHEUEN, *Grundlagen...*, cit., p. 95, y MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetze*, cit., p. 23, con jurisprudencia del BGH.

(112) Para un examen general de la evolución histórica, que aquí sólo va a ser muy sucintamente reseñada, los trabajos de MOTZO y PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1959, I, pp. 151 y ss.; de GIANNINI, *Espropriazione "ope legis", legge singolare e norme eccezionali*, en "Giurisp. Completa della Corte di Cassazione", XVIII, pp. 110 y ss.; BARTOLOMETI, *In tema di interpretazione di norme derogatorie alla disciplina generale sull'espropriazione*, en "Foro Amministrativo", 1962, I, pp. 148 y ss.; y el trabajo de POTOTSCHNIK, en el volumen del ISAP, *Espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1967, pp. 11 y ss.

tenida en el artículo 29 del Estatuto albertino de 1848 que, en términos rigurosamente clásicos, disponía:

"Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte mediante una giusta indennità conformemente alle leggi."

Las raíces históricas de esta conocida fórmula arrancan, como todos los preceptos semejantes de las constituciones europeas del XIX, del artículo 17 de la Declaración de Derechos francesa de 1789 (113): el papel de la ley es exclusivamente garantizador de que la ablación dominical va a responder a un auténtico interés público.

El texto constitucional pasó sin apenas modificaciones al artículo 438 del Código civil de 1865 (114), año en el que también se promulga la Ley de 25 de junio, número 2359, sobre "espropriazioni per pubblica utilità" que, a pesar de venir siendo unánimemente considerada como el derecho común del fenómeno expropiatorio, sólo tenía por objeto "l'espropriazione dei beni immobili o dei diritti reali relativi ad immobili per l'esecuzione di opere di pubblica utilità", como decía literalmente su artículo 1.º. El limitado ámbito de esta regulación, constreñido tanto objetiva (sólo respecto de los derechos reales sobre inmuebles) como causalmente (necesaria conexión con una obra pública), condujo de manera inevitable a una proliferación de leyes expropiatorias, de ámbito territorial u objetivo limitado a zonas o tipos de bienes o servicios determinados. Y dada la inexistencia de límites precisos a la concreción de la norma expropiatoria, el proceso llevó a la promulgación de leyes singulares de expropiación, a la realización de verdaderas expropiaciones *ope legis* que en su inmensa mayoría, y como dato curioso, afectaron a balnearios de aguas termales (115).

(113) O, mejor, de la versión más moderada de la Constitución francesa de 1830, en la cual la "necesidad pública" de la Declaración de Derechos se sustituye por la más flexible fórmula de la "utilidad pública": ALESSI, *Principi...*, cit., II, p. 673, que sigue en este punto fielmente a ZANONINI, *Corso di Diritto amministrativo*, 5.ª ed., Milano, 1958, vol. IV, p. 248. Para un comentario del artículo 29 del Estatuto, PALMA, *Corso di Diritto costituzionale*, 3.ª ed., Firenze, 1885, vol. III, pp. 111 y ss.

(114) "Nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di pubblica utilità riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità." Los textos, en BARTELUCCI, *Espropriazioni per causa di pubblica utilità*, Milano, 1934.

(115) Así, por Ley de 9 de julio de 1914 se expropió el de Salsomaggiore; por Decreto-ley de 3 de octubre de 1929, el de Levico-Vetriolo; por Decreto-ley de 5 de julio de 1934, el de Roncegno; por Decretos-leyes de 30 de marzo y 9 de julio de 1936, los de la isla de Brioni y de Castrocaro, y por Ley de 23 de mayo de 1940, el de Chian-

El fenómeno no parece que suscitara controversia alguna, al contrario de lo ocurrido en Alemania con motivo del reconocimiento jurisprudencial de las *Enteignungen durch Gesetz*; de hecho, estos casos no aparecen ni siquiera citados por la doctrina de la época, lo que induce a descartar también la posibilidad de que su realización respondiese en alguna medida a construcciones dogmáticas. Todo parece indicar que la promulgación de estas leyes expropiatorias, auténticas leyes-medida, tuvo un fundamento puramente empírico, producto espontáneo y no meditado científicamente de un régimen de atomización normativa del instituto expropiatorio.

En realidad, el tema de la garantía superlegal de la propiedad, curiosamente olvidado por los constitucionalistas anteriores a la segunda guerra mundial, no se plantea sino con la Constitución vigente de 27 de diciembre de 1947, en la que son fácilmente identificables las influencias de la carta constitucional de Weimar. Por una parte, el artículo 28 de la Constitución consagra el principio de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios (116); por otra, los artículos 42 a 44 regulan los institutos de la expropiación y de la socialización. El artículo 42 se refiere a la expropiación y a la limitación de la propiedad por la Ley en términos muy tradicionales:

*“La proprietà è pubblica e privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti, o a privati.*

*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.*

*La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.”*

Por su parte, los artículos 43 y 44, en la misma línea que los artículos 156 y 155 —por este orden— de la Constitución de Weimar, se refie-

ciano, algunos de los cuales dieron lugar a pronunciamientos de la actual Corte Constitucional: cit. por BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, cit., I. p. 12, y II, pp. 137 y 139. También recuerda este autor la extinción de los derechos de uso gratuito sobre las aguas de los canales de dominio público llevada a cabo por el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1924, que una sentencia de la Corte Costituzionale de 8 de abril de 1958 calificó de expropiación, y la expropiación de la villa Abamelek-Lazaref, de Roma, realizada por el Decreto-ley de 26 de mayo de 1946.

(116) O, mejor, al revés, según se deduce de su criticado texto: *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”*; sobre su elaboración y problemática, en la doctrina española, LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1970, pp. 38 y ss.

ren a la socialización de determinadas empresas o categorías de empresas fundamentales (117) y de la propiedad inmobiliaria.

El panorama constitucional parece, pues, ofrecer pocas novedades, siendo enteramente clásico el esquema de las relaciones ley-propiedad. La ley determina los límites del derecho de propiedad (artículo 42, párrafo 2.º) y determina los supuestos y las formas mediante las que la propiedad puede ser expropiada, habilitando para ello a la Administración (art. 42, párr. 3.º). El criterio práctico de distinción entre límite y expropiación es, claro está, el de la indemnizabilidad de la segunda. Excepcionalmente, no obstante, la Constitución autoriza a la ley para operar directamente procesos de socialización de determinadas categorías de bienes, materialmente equiparados a expropiaciones (arts. 43 y 44) (118). Por otra parte, en el tema de responsabilidad por daños, el artículo 28 de la Constitución parece limitar con toda claridad el deber resarcitorio del Estado a los supuestos de ilícitos cometidos por funcionarios de la Administración, excluyendo toda responsabilidad derivada de la propia ley.

Este esquema, pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, se halla hoy en trance de revisión total.

(117) Artículo 43: *“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.”*

(118) Esto es, los artículos 43 y 44 constituirían supuestos singulares y excepcionales de expropiaciones *ope legis*; fuera de ellos, la competencia legislativa se limita a regular el cauce procedimental de la expropiación y a habilitar a la Administración para realizar *“provvedimenti espropriativi”*. Por cierto, que la inclusión del artículo 44 entre los supuestos de socialización-expropiación *ope legis* ha sido efectuado por la propia ley ordinaria. En realidad, nada hay en el precepto que induzca a pensar que en él se regula una previsión de socialización-expropiación; en tanto el artículo 43 ordena expresamente que la socialización de empresas ha de realizarse *“mediante espropriazione e salvo indennizzo”*, el artículo 44 silencia esta importante alusión y habla solamente de *“obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”* y de *“limiti alla sua estensione”*, lo que parece aludir más bien al párrafo segundo (limitaciones no indemnizables) que al tercero del artículo 42. Sin embargo, las leyes sobre la *“riforma fondiaria”* de 12 de mayo y 21 de octubre de 1950, dictadas en aplicación de este precepto constitucional, han utilizado la técnica expropiatoria, operando una delegación legislativa de tal forma que las expropiaciones concretas se han realizado mediante decretos con valor de ley: *vid.*, sobre esta problemática, ROMAGNOLI, *Studi sulla riforma fondiaria*, Milano, 1965, pp. 15 y ss.; AMORTH, *La costituzionalità della delegazione legislativa per la riforma fondiaria*, en *“Giurisprudenza Italiana”*, 1952, IV, pp. 78 y ss.; MORZO y PINAS, *Espropriazione...* cit., p. 188; MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, en *“Rivista di Diritto Agrario”*, 1952, pp. 479 y ss., y, más recientemente, en sus *Istituzioni di Diritto pubblico*, 8.ª ed., Padova, CEDAM, 1969, II, pp. 1016 y 1017, con referencias concretas a la discusión de la indemnizabilidad de las limitaciones impuestas en base a este precepto constitucional.

D) *Los tres títulos indemnizatorios derivados de inmisiones legislativas en la esfera patrimonial*

Una visión de conjunto de la evolución de estos ordenamientos y su comparación con los planteamientos actuales de la doctrina conduce a resultados sorprendentes. Ciertamente, la impresionante aceleración histórica de nuestro siglo ha dejado su impronta en el principio de la garantía patrimonial: la admisión de la simple regla del deber indemnizatorio del Estado por los daños ilegítimos causados por sus agentes ha requerido en Italia y Alemania un laborioso proceso de gestación que ha durado cerca de un siglo; sólo cincuenta años más tarde, sin embargo, la doctrina ha asaltado el último reducto de la inviolabilidad estatal, la actividad del poder legislativo. Y este asalto decidido se ha llevado a cabo empleando todo el abanico de títulos indemnizatorios ideados para otras exigencias: la expropiación, el ilícito legislativo y la teoría del sacrificio. En lugar de crear instrumentos de garantía nuevos, la doctrina y la jurisprudencia han preferido adaptar las instituciones reconocidas constitucionalmente, para de ese modo imponer una disciplina a la actividad legislativa. De aquí que la adaptación sea con frecuencia forzada y conduzca a distorsiones institucionales que propician todo tipo de actitudes polémicas. De aquí, también, que las soluciones técnicas que se exponen a continuación sean muchas veces *desiderata* doctrinales, cuyo nivel de aceptación es oscilante, o soluciones de vanguardia, aún no totalmente consolidadas.

1) *La expropiación "ope legis"*

El instrumento jurídico más depurado y que goza de general aceptación es la expropiación realizada directamente por ley, *durch Gesetz*, en la terminología germana, *ope legis* en la italiana. Aceptación que deriva de su reconocimiento expreso por los textos constitucionales, como más arriba comprobamos, y que ha sido objeto de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial muy considerable, en el que se observa un mimetismo muy señalado de la doctrina italiana respecto de la alemana. No obstante, el sentido de las construcciones dogmáticas en uno y otro país es totalmente diverso: en Alemania, la figura de la *Enteignung durch Gesetz* es concebida, de acuerdo con su historia, ante todo como un instrumento de garantía de la propiedad privada. No es aventurado decir —ya lo hemos visto anteriormente— que la construcción del *Reichsgericht*, que

dio origen a este instituto jurídico, no era otra cosa que una reacción de la burguesía alemana frente a la tendencia socializante de la Constitución weimariana; extendiendo el régimen expropiatorio a los actos del legislativo, la contraprestación patrimonial quedaba asegurada. Y tampoco parece dudoso que en la explícita alusión a esta figura que contiene el artículo 14 GG, así como en la formulación de la *Junktimklausel* debieron pesar los recuerdos de las leyes confiscatorias del período nacionalsocialista.

En Italia, en cambio, la motivación de las polémicas tiene una causa diferente. El texto constitucional carece de raíces históricas en esta materia; su redacción no responde a una historia de conflictos, sino a una fórmula enteramente tradicional y aséptica combinada con una importación de las ideas de la Constitución de Weimar. En tales condiciones, las posiciones en pro y en contra de la institución no pueden resolverse con una simple aplicación del también simple esquema burgués-reaccionario *versus* progresista-socializante, que en este caso resulta desorientador. Una defensa expansiva de la expropiación *ope legis*, como la realizada por BARTOLOMEI, pretendiendo extraer una habilitación constitucional genérica al legislativo fuera de los casos taxativos mencionados en la Constitución y habilitando, por tanto, al legislador para intervenir en el régimen de la propiedad señalando unas indemnizaciones inferiores a las que podrían obtenerse en el procedimiento expropiatorio normal es del mismo color ideológico que la postura crítica de SANDULLI, que pretende restringir el ámbito de la institución en beneficio de las limitaciones y límites legales al derecho de propiedad, no indemnizables.

El contenido de las elaboraciones legales y doctrinales en torno a la expropiación *ope legis* se manifiesta en una imposición de requisitos a la misma. La superlegalidad efectiva de la *Grundgesetz* y de la Constitución italiana, refrendada por un mecanismo de control jurisdiccional (*Bundesverfassungsgericht*, *Corte costituzionale*) permite plantear una teoría de los límites intrínsecos y extrínsecos de esta modalidad expropiatoria, que vamos a exponer sucintamente distinguiendo los de orden objetivo, los de orden teleológico y los de orden económico.

a) *Los límites de orden objetivo* hacen referencia al ámbito de aplicación de la figura. ¿En qué casos procede la expropiación *ope legis*?

El tema no parece que deba plantear graves problemas en el ordenamiento alemán, donde la GG reconoce con carácter general la expropiación *durch Gesetz* junto al régimen específico de la socialización del artículo 15, que es también una expropiación *ope legis*. Sin embargo, la

doctrina y la jurisprudencia del BVerfG han recalcado la existencia de tres límites (ciertamente, no muy importantes).

En primer lugar, una restricción cualitativa a la *Legalenteignung*, prevista en el artículo 14 GG, consistente en la atribución de un carácter de *excepcionalidad*: la alusión disyuntiva a la expropiación "por ley o en base a una ley" que hace el precepto citado "no significa, sin embargo, que se haya otorgado una libre posibilidad de elección entre la expropiación administrativa y la legal, ni tampoco que el proceder por una u otra vía sea una cuestión técnico-jurídica no justiciable" (119). Antes bien, el BVerfG se ha cuidado de precisar que, por regla general, las ablaciones patrimoniales deben efectuarse a través de un acto administrativo —previa habilitación legal, claro está— y sólo excepcionalmente —*ausnahmsweise*— por ley; pues al realizarse por vía legal, la protección jurídica del derecho fundamental de la propiedad queda notablemente menoscabada al reducir la impugnación jurisdiccional a una sola instancia, el BVerfG (120).

En segundo lugar, una limitación conceptual al alcance del artículo 15 GG, cuya enumeración de supuestos u objetos susceptibles de socialización debe entenderse de carácter exhaustivo y, además, restrictivamente (121). Así se ha afirmado que la alusión a la propiedad territorial (*Grund und Boden*) permite la socialización de la misma, pero no de otros derechos inmobiliarios como la propiedad minera (*Bergwerkseigentum*) y el derecho de superficie (*Erbbauerecht*) (122), y que el término "medios de producción" se refiere exclusivamente a los instrumentos físicos empleados en la producción de bienes, no a los servicios que cooperan en la producción, como empresas bancarias, de transportes y de seguros (123).

(119) MAUNZ, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., p. 49; en sentido similar, SHACK, *Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen*, cit., p. 577.

(120) BVerfG, Sentencia de 18 de diciembre de 1968, cit. por MAUNZ, *op. y loc. cit.* La justificación es, como puede apreciarse, bastante endeble.

(121) Dice el precepto citado: "La propiedad territorial (*Grund und Boden*), los recursos naturales (*Naturschätze*) y los medios de producción (*Produktionsmittel*) pueden hacerse pasar a la propiedad colectiva (*Gemeineigentum*) o a otras formas de economía colectiva (*Gemeinwirtschaft*) con fines de socialización. Los incisos tercero y cuarto del número tercero del artículo 14 serán aplicables a la indemnización."

(122) HAMANN, *Deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., p. 166, y KIMMICH, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1959, artículo 15, núm. 26. La limitación ha tomado como fundamento jurídico la sutil distinción que efectúa el parágrafo 9º del BGB entre *Grundstück* y *Grund und Boden*. El término *Grundstück* designa la propiedad inmobiliaria como categoría general, uno de cuyos componentes (*Bestandteile*) es el *Grund und Boden*, esto es, la tierra y el suelo, la materialidad del fundo, pero no los restantes derechos anejos a la propiedad inmobiliaria.

(123) En este sentido, HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., tomo II, p. 164, según el cual los medios de producción "socializables" son "nur ein sachliches oder rechtliches

Por último, la limitación derivada del artículo 19, párrafo 1.º, GG, cuya prohibición de leyes singulares limitativas de derechos fundamentales es aplicable a las leyes expropiatorias, de tal forma que éstas han de ser necesariamente leyes materiales, es decir, de carácter general o, al menos, de carácter no individual o singular (124). Ahora bien, la ley expropiatoria no sólo ha de ser tal en sentido material, sino también en sentido formal: la ablación de la propiedad, en cuanto derecho fundamental, está reservada a la ley (cláusula *Freiheit und Eigentum*), por lo que una norma de inferior rango no puede operar expropiaciones, sino sólo *auf Grund eines Gesetzes* (125).

El tema de los límites objetivos de la expropiación *ope legis* es, en cambio, de mucha mayor entidad en el derecho italiano, cuyo texto constitucional no contiene, al contrario que la GG, una consagración genérica de la institución, sino que contempla solamente supuestos concretos de la misma en sus artículos 43 y 44. En base a esta circunstancia, la doctrina ha venido afirmando tradicionalmente el carácter taxativo de las posibilidades de actuación expropiatoria por parte del legislativo: la expropiación *ope legis* es de naturaleza estrictamente excepcional y, por tanto, no cabe más que en los supuestos previstos por los artículos 43 y 44 de la Constitución. Esta impostación, sin apenas contradictores, se apoya en dos argumentos básicos:

Por lo que al primero se refiere, se ha afirmado que la utilización genérica de las leyes expropiatorias contravendría el artículo 113 de la Constitución, que consagra la garantía judicial absoluta frente a los actos de la Administración, en cuanto su párrafo 2.º dispone que "tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti". La Ley expropiatoria,

*Mittel, das zur Erzeugung von Gütern, nicht aber ein Mittel, das für andere wirtschaftliche Zwecke verwandt wird*: vid., también, MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, cit., pp. 464 y ss., y W. WEDER, *Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung*, en NJW, 1950, pp. 401 y ss., entre otros. La restricción es, evidentemente, exagerada, pues no cabe duda que el término "medios de producción" está empleado en la GG, consciente o inconscientemente, en el sentido marxista de instrumentos de la producción, esto es, el capital, como advierte ISEN, *Enteignung und Sozialisierung*, en el vol. 10 de los *VVDStRL*, p. 103, que califica al artículo 15 de "consecuencia legalizada de la lucha de clases" (*Legalisierte Klassenkampfesfolge*). En realidad, como ha dicho con realismo KNÜGGEN, los comentarios al artículo 15 no pueden ser en ningún caso dogmáticos, sino ante todo políticos (cit. por MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., artículo 15, p. 4, nota).

(124) Por ello se dice (MAUNZ, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, art. 14, p. 50) que la expropiación *durch Gesetz* puede tener como destinatarios o sujetos pasivos ya un círculo reducido de personas, ya un grupo de personas, ya a la generalidad; la ley-medida, de ámbito personal limitado, es admisible, al contrario de lo que ocurre con la *Individualgesetz*.

(125) MAUNZ, *op. cit.*, artículo 14, p. 50, siguiendo la doctrina del BVerfG, si bien esta opinión tiene contradictores (WEBER, KIMMICH).

al eliminar la fase administrativa de la expropiación, privaría de la tutela jurisdiccional, siendo, por tanto, en la gráfica expresión de CARNELUTTI, una *lex in fraudem legis* (126). No obstante, la existencia de una tutela jurisdiccional frente a las leyes priva de no poco valor a este argumento.

El segundo argumento, mucho más consistente, se basa en una interpretación de la fórmula empleada por el artículo 42 para señalar el papel de la ley en el fenómeno expropiatorio: dicho precepto dispone que la expropiación puede tener lugar "*nei casi preveduti dalla legge*", lo que parece indicar que el papel que la Constitución otorga a la ley es el de regular el procedimiento expropiatorio, pero no el de llevarlo a cabo directamente por sí, tarea que incumbe normalmente al ejecutivo, excepto en los casos excepcionales señalados por la propia Constitución (artículos 43 y 44) (127). El texto constitucional consagraría, pues, una reserva de competencia en favor del ejecutivo para actuar el procedimiento expropiatorio, respondiendo al reparto implícito de funciones entre ambos poderes: la ley, en cuanto norma general y abstracta por esencia, expresión de la *funzione normativa generale della vita giuridica*, en la frase de ESPOSITO (128), no es el instrumento adecuado para expropiar, tarea que "exige valoraciones concretas de los intereses públicos, lo que constituye actividad típica del poder ejecutivo" (129).

Esta opinión tradicional ha sido objeto recientemente de una severa crítica, que tiene por protagonistas principales a MORTATI y, sobre todo, a BARTOLOMEI, que han afirmado la admisibilidad genérica de la expropiación *ope legis* en el ordenamiento italiano. Su argumentación se apoya, primariamente, en la crítica de los argumentos tradicionales. No es cierto, en primer lugar, que el artículo 42 de la Constitución consagre una *riserva di procedimento espropriatorio* en favor de la Administración, porque la Constitución, al consagrar la soberanía absoluta del poder legislativo, no establece reserva alguna de competencia en favor del ejecutivo.

(126) CARNELUTTI, *Il giudice e la "lex in fraudem legis"*, en la "Rivista di Diritto Processuale", 1952, pp. 9 y ss., cit. por BARTOLOMEI, *L'espropriazione...*, cit., II, p. 92, nota, con otras referencias doctrinales sobre este primer argumento (ROEMISSEN, GUICCIARDI, HANELLETTI), que parece directamente inspirado en la jurisprudencia alemana del BVerfG, cit., *supra*.

(127) Así, sobre todo, CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, "Cedam", 1962, pp. 247 y ss., y, más recientemente, en su trabajo *Dichiarazione di manifesta infondatezza e limiti al giudizio della Corte Costituzionale. Interrogativi in tema di leggi singolari di espropriazione*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1966, pp. 1138 y ss. También, ROSSANO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 1964, p. 54, y ESPOSITO, *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, "Cedam", 1954, pp. 208 y ss.

(128) *La Costituzione italiana, Saggi*, cit., p. 181.

(129) LANDI y POTENZA, *Manuale di Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1967, p. 498, cit. por BARTOLOMEI, *op. cit.*, II, p. 125.

vo (130): lo que el citado artículo establece es, bien al contrario, una reserva absoluta en favor de la ley en orden a la disciplina general del instituto expropiatorio: el que se otorgue a la ley la potestad de previsión de los "casos" de expropiación no supone una prohibición de toda otra actividad en este orden de cosas. Ni tampoco es cierto, en segundo lugar, que la Constitución conciba la ley como norma general y abstracta por naturaleza, ni que la valoración del interés público esté confiada en exclusiva a la Administración. La concepción clásica de la ley queda desmentida con la plena admisión de *leggi-provvedimento* y, por otra parte, no se advierte la razón de que esté vedado al legislador efectuar valoraciones del interés público (131).

En consecuencia, esta nueva tendencia doctrinal, de progresiva aceptación, tiende a asentar la expropiación *ope legis* como instituto ablativo normal, no limitado a los casos de los artículos 43 y 44 de la Constitución. Y, a no dudarlo, es una postura que, pese a su innegable mimetismo respecto de la doctrina germana, posee una fundamentación dogmática más sólida y rica que la tesis tradicional.

b) *Los límites de orden teleológico de la expropiación ope legis*, aun siendo reales, poseen una problemática de menor contenido. En Alemania el tema se ha planteado fundamentalmente en torno a la dicción literal del artículo 15 GG, el cual exige que la transformación en propiedades colectivas de la propiedad territorial, los recursos naturales y los medios de producción se haga "con fines de socialización" (*zum Zwecke der Vergesellschaftung*); lo cual viene a suponer, a juicio de la doctrina, la exclusión del uso de este precepto para fines distintos del indicado, como, por ejemplo, la estatalización (*Verstaatlichung*), sea con fines fiscales, sea como medio de actuación de la política económica (por ejemplo, para romper una situación monopolística) (132). En Italia, pese a que la Cons-

(130) MORTATI, *Sui limiti della delegazione legislativa*, en "Jus", 1952, pp. 206 y ss., comentando las leyes de 1950 sobre la "reforma fondiaria".

(131) MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1962, pp. 168, 190 y ss.; BARTOLOMEI, *op. cit.*, II, pp. 87, 95 y ss., 99, 125 y ss., *passim*. *Vid.*, también, MORTATI, *Le leggi provvedimenti*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 61 y ss.; en contra, BALLADORE-PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, en "Riv. Trim. Dir. Puh.", 1952, pp. 822 y ss., y NICHO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, pp. 175 y ss.

(132) MAUNZ, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., artículo 15, pp. 4 y 5; MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., I, pp. 463 y ss.; HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., II, pp. 141 y ss. La postura denota una clara tendencia política, expuesta incluso polémicamente: así, MAUNZ, recuerda la opinión de ABRAHAM, en *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1950, artículo 15, II, 5, según la cual la socialización tendría por finalidad "dar a la economía un contenido más humano y ético"; opinión que considera rechazable.

titución contiene referencias explícitas a la finalidad de las expropiaciones *ope legis* (*motivi d'interesse generale*, art. 42; *fini di utilità generale*, art. 43; *fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali*, art. 44), la natural ambigüedad de las mismas no ha permitido la formulación de tesis dogmáticas acerca de su alcance, porque si el término *socialización* se presta a especulaciones teóricas sobre su contenido (especulaciones con un evidente trasfondo político, desde luego), la *utilidad general* o el *interés general* son conceptos inasequibles al Derecho, que sólo pueden llenarse de valoraciones ético-políticas. En cambio, si ha suscitado problemas la posibilidad de control constitucional de este elemento teleológico en las leyes expropiatorias, esto es, si la *Corte costituzionale* puede declarar la ilegitimidad de una ley por infracción de los motivos de interés general o de los fines de utilidad general.

En este espinoso tema, que plantea nada menos que la posibilidad de un *excesso di potere legislativo* (133), la *Corte costituzionale* ha adoptado una postura muy ponderada (134). Por una parte, el alto organismo jurisdiccional ha negado su propia competencia en orden a valorar la propia teleología de la ley impugnada; dado que las nociones antes indicadas no son susceptibles de calificación jurídica en su contenido, es preciso reconocer al legislador la libertad de efectuar una libre *scelta dei fini e dei mezzi, rispetto a cui il controllo di legittimità deve arrestarsi entro i limiti al di là dei quali il controllo stesso costituirebbe una inammissibile ingerenza nella sfera di discrezionalità politica spettante all'organo legislativo*. Ahora bien, este respeto y circunspección hacia la libertad del poder legislativo no supone ausencia absoluta de control sobre los fines; la libertad de decisión política del Parlamento posee también límites, constituidos por la propia lógica de la función normativa, de tal modo que la *Corte costituzionale* no podrá apreciar si los fines perseguidos por una ley son o no de *utilidad general*, pero sí, en cambio, si en el proceso de formación de la ley se han tenido en cuenta, o perseguido al menos, los indicados fines. La *Corte* no podría efectuar, por tanto, un juicio teleológico de fondo, pero sí un juicio lógico sobre los elementos finalistas de la norma (135).

(133) Vid. GIANNINI, *L'illegitimità degli atti normativi e delle norme*, en la "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1954, pp. 39 y ss.; MONTATI, *Sul eccesso di potere legislativo*, en "Giurisprudenza Italiana", 1949, I, pp. 457 y ss.; PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, en la "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1964, pp. 322 y ss.

(134) BARTOLONI, *L'espropriazione...*, cit., II, pp. 176 y ss., de quien tomamos las referencias del texto.

(135) Así, la sentencia núm. 14 de 1964, sobre la Ley constitutiva del ENEL: "Per

c) *Los límites de orden económico* son, sin embargo, los de mayor relevancia en el régimen jurídico de la expropiación *ope legis*. En realidad, son los que proporcionan su razón de ser a la institución, puesto que la aplicación del mecanismo expropiatorio a la actividad del poder legislativo tiene como objetivo fundamental la garantía del valor económico de los bienes y derechos de titularidad privada; o, por decirlo de forma más directa, afirmar que una ley puede suponer una expropiación entraña la afirmación paralela de que la garantía patrimonial tiene un valor superlegal, de que el legislador —y no sólo la Administración— está obligado a respetar el *status* económico de los ciudadanos y de que, por tanto, también sus decisiones —y no sólo las de la Administración— pueden originar un derecho de resarcimiento.

Esta es la ideología informante de los ordenamientos constitucionales que estamos analizando, los cuales establecen el principio de la indemnización como punto central y clave de arco de todo el instituto expropiatorio, incluso frente a la ley. Paradigmático al respecto es el texto del artículo 14, 3, inciso 2.º, GG, el cual, tras prever que la expropiación puede tener lugar por ley o en base a una ley, dispone que ésta (la ley) debe regular el modo y medida de la indemnización: "*Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmass der Entschädigung regelt*" (136).

El sentido de esta fórmula, universalmente conocida como *Junktimklausel*, es tan simple como trascendente: expropiación e indemnización son dos términos indisolubles, de tal forma que no cabe constitucionalmente expropiación sin indemnización: *keine Enteignung ohne Entschädigung* (137). Tal afirmación puede parecer elemental y axiomática; pero

*poter affermare che la legge denunziata non risponda a fini di utilità generale, bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accettasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente idonei o contrastanti, con lo scopo che essa doveva, conseguire...*" La distinción es, desde luego, sutilísima; tanto que, en realidad, no puede aceptarse en su sentido literal. De hecho, la *Corte Costituzionale* ha emitido en otras sentencias (p. la núm. 11 de 1960, sobre centrales lecheras, y la núm. 59 del mismo año, sobre el monopolio de la radiotelevisión) juicios de fondo sobre la adecuación de las leyes a los fines de utilidad general (vid. BARTOLONI, *op. cit.*, II, pp. 183 y ss.). En realidad, lo que con esta distinción quiere expresarse es la incompetencia de la *Corte*, por regla general, para fiscalizar el elemento teleológico de la norma, salvo en los casos extremos en que la incongruencia con los fines de utilidad general sea tan clara y patente que sea apreciable sin efectuar juicio valorativo alguno, sino mediante una operación de pura constatación lógica.

(136) En el mismo sentido, el inciso "salvo indemnizzo", contenido en los artículos 42, párr. 3.º, y 43 de la Constitución italiana: *vide infra*.

(137) La bibliografía sobre la *Junktimklausel* es enorme: a título puramente ejem-

donde cobra su auténtico valor es en el campo de las relaciones ley-propiedad, por cuanto la indemnización se concibe como una imposición constitucional genérica que vincula inexcusablemente al legislador. Frente a la previsión del artículo 153 de la WRV, que permitía a la ley excluir la indemnización en los supuestos expropiatorios que regulase, el nuevo ordenamiento es tajante: toda ley expropiatoria debe prever necesariamente la indemnización para ser constitucionalmente legítima; la indemnización es el presupuesto inexcusable de admisibilidad (*unabdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung*) de cualquier tipo de expropiación (138), principalmente cuando es realizada por la ley.

Dado este carácter de presupuesto de la expropiación, la ausencia de la cláusula *Junktim* en la norma ablatoria o, más aún, la exclusión expresa del derecho a indemnización determina la ilegitimidad constitucional de la norma y, por tanto, su nulidad (139). Nulidad que se extiende no sólo al precepto concretamente viciado, sino a la totalidad de la norma expropiatoria; la indemnización no constituye un *posterius*, una simple consecuencia derivada del ejercicio de la potestad expropiatoria, sino, antes bien, una condición de existencia o validez de ésta. La ablación patrimonial viene concebida como una *fattispecie complessa*, de la cual la potestad expropiatoria e indemnización son sus elementos inescindibles; tal es lo que gráficamente quiere sugerir la expresión *Junktimk-*

plicativo, *vid.* LUHMANN, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung...*, cit., pp. 143 y ss.; KAISER, *Verfassungsrechtliche Eigentums-gewähr...*, cit., pp. 37 y ss.; HAMANN, *Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., pp. 149 y ss.; BACHOF, *Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junktim in Enteignungsgesetzen*, en "Die Öffentliche Verwaltung", 1954, pp. 592 y ss. (fundamental); IRSEN, *Enteignung und Sozialisierung*, cit., pp. 97 y ss., 121 y ss.; RAUSCH, *Enteignungsrechtliche Probleme im Lichte der Junktimklausel*, en "DVBL", 1969, pp. 167 y ss.; HAAS, *Eigentum und Enteignung*, en "MDR", 1961, pp. 651 y ss.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., artículo 14, pp. 72 y ss. La denominación de la cláusula, de naturaleza puramente gráfica, responde al hecho de que la GG "establece un vínculo (*junktim*) indisoluble entre la iniciación del eventual procedimiento expropiatorio y la regulación de la indemnización. La ley sólo puede prever una expropiación o efectuarla ella misma determinando al mismo tiempo, *uno actu*, el modo y medida de la indemnización": W. WEREN, *Eigentum und Enteignung*, cit., p. 384. *Vid.* también, MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 11.ª ed., München und Berlin, 1962, pp. 143.

(138) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., artículo 14, p. 72; MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., I, p. 449; KAISER, *op. cit.* y *loc. cit.*

(139) KAISER, *Verfassungsrechtliche Eigentums-gewähr...*, cit., p. 37: "Ein Enteignungsgesetz, das über die Entschädigung schweigt oder sie sogar ausschließt, ist nichtig"; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, cit., artículo 14, p. 72, opinión que toma de la jurisprudencia del BVerfG; esta sanción, no obstante, no es aplicable a las normas anteriores a la GG. En Italia, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado la fórmula "salvo indennizzo" como auténtica *Junktimklausel*, llegando a idéntica conclusión que la doctrina alemana: *vid.* por todos GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, cit., pp. 51 y ss. En ambos ordenamientos la invalidez de la norma ablatoria carente de cláusula de indemnización se propaga al acto administrativo de aplicación de la misma: BACHOF, *Zur Bedeutung...*, cit., p. 594; KAISER, *op. cit.* y *loc. cit.*, con referencias jurisprudenciales; GIANNINI, *op. cit.*, *passim*.

*lausol*, la ligazón entre expropiación e indemnización. Así como no puede haber lógicamente indemnización expropiatoria sin expropiación, tampoco puede concebirse la potestad expropiatoria sin la coetánea previsión de la indemnización (140).

Ahora bien, la inexcusabilidad de la cláusula indemnizatoria no supone una garantía patrimonial absoluta, ni un derecho al resarcimiento integral. Por una parte, la propia GG se cuida de advertir en el propio párrafo 3.º del artículo 14 que "la indemnización ha de determinarse mediante una justa ponderación (*unter gerechter Abwägung*) de los intereses de la generalidad y de los particulares afectados", lo cual supone que la indemnización no ha de abarcar necesariamente la totalidad del valor del bien en el mercado (141); además, es generalmente admitido que la indemnización puede reducirse cuando el afectado hubiese dejado de interponer culpablemente los recursos procedentes contra el acto ablatorio (incurriendo así en una coparticipación en la causación del daño, *Mitverschulden*), de acuerdo con el principio general establecido por el párrafo 254 del BGB (142). Por otra, la doctrina y la jurisprudencia italianas han ido más allá todavía: frente a algunas opiniones aisladas, que se pronuncian en el sentido de una absoluta discrecionalidad del legislador al momento de fijar la cuantía de la indemnización (143), la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, haciendo suya la fórmula de la GG, ha sentado el criterio de la justa ponderación de los intereses de la comunidad y de los particulares expropiados, fijando como límite mínimo el que la indemnización no sea de naturaleza puramente simbólica o irrisoria en relación con el valor comercial del bien en el momento de la expropiación (144).

(140) *Vid.* para Italia la sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 91, de 18 de junio de 1963, en "Giurisprudenza costituzionale", 1963, pp. 741 y ss.

(141) Detenidamente, SCHEUNER, *Grundlagen und Art...*, en REINHARDT-SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentum*, cit., pp. 126 y ss., con numerosas referencias.

(142) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.* y *loc. cit. ult.*

(143) Así, MOTZO y PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, cit., p. 215, y VIGNOCCHI, *L'indennità di espropriazione*, en "Jus", 1961, p. 311.

(144) La jurisprudencia sobre el tema es muy abundante: *vid.* las amplias rescasas de BARTOLOMEI, *L'espropriazione...*, cit. I, pp. 369 y ss.; de SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, en la "Riv. trim. dir. pubb.", 1961, pp. 809 y ss., y de GASPARINI, en el vol. de 1965 de *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 470 y ss. Como resumen, bien puede citarse un párrafo de la sentencia núm. 67, de 22 de diciembre de 1959: "L'espressione 'indennizzo' dell'art. 42 della Costituzione non va interpretata nel senso letterale ed etimologico della parola, ma soltanto come il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di interesse generale, la pubblica amministrazione può garantire all'interesse privato secondo una valutazione che spetta al legislatore nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Il legislatore può per tanto temperare nei limiti consentiti dal precetto costituzionale, il criterio generale fondato sulla base del valore venale, e secondo un apprezzamento insindacabile in sede di legittimità costituzionale;

Tal es, muy sucintamente expuesta, la problemática de la *Junktimklausel* o cláusula indemnizatoria que, pese a su sentido progresivo y a su aparente corrección técnica no ha dejado de suscitar voces discordantes, ante todo en Alemania. La rígida —aunque jurídicamente acertada— postura del BVerfG, calificando de inconstitucional la ley expropiatoria carente de cláusula indemnizatoria, la desmesurada extensión del instituto expropiatorio y las dificultades de su distinción con las *Sozialbindungen* y limitaciones no indemnizables, ha supuesto un serio obstáculo a la capacidad de conformación social del *Bundestag*, auténticamente “encadenado” por la necesidad de prever indemnizaciones incluso en supuestos expropiatorios dudosos para no enfrentarse con una declaración de inconstitucionalidad (145). Ello ha originado dos tipos de reacciones (146): por una parte, el BVerfG ha suavizado su doctrina, precisando que la finalidad de la *Junktimklausel* no es otra que la de forzar al legislador a tomar conciencia del posible carácter expropiatorio de sus actos y a ponderar, por tanto, en qué medida ha de indemnizar, valorando las diferentes esferas de intereses; por otra, el legislador ha acudido a una solución de compromiso para eludir las eventuales declaraciones de inconstitucionalidad, que cumple formal, pero no materialmente, las exigencias de la *Junktimklausel*, y que consiste en la inserción de una cláusula en blanco de previsión indemnizatoria para el supuesto de producirse expropiaciones (147). Sin embargo, con todos sus inconvenientes, aun siendo una auténtica *Crux für den Juristen* (148), y una institución que

tuttavia è costituzionalmente illegittima una norma che preveda una indennità del tutto irrisoria rispetto al valore del tempo dell'espropriazione, se il legislatore non fece alcuna valutazione, nè alcun apprezzamento, limitandosi a dettare, un congegno in base al quale l'indennità da liquidare sarebbe niente affatto che un'apparenza.”

(145) La expresión es de W. JELLINEK, *Schadenersatz aus Amtshaftung und Enteignungsschädigung*, JZ, 1955, pp. 147 y ss., que habla de las “cadenas de la *Junktimklausel*”. Vid. también SCHULTE, *Eigentum und öffentliches Interesse*, Berlín, 1970, pp. 234 y ss.; sobre los problemas de la *Junktimklausel* en el ámbito del Derecho urbanístico: BOCHIALI, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlín, 2.ª ed., 1963, p. 353, y ZINKAHN, *Die Regelung der Enteignung in BBauG*, en “DöV”, 1961, pp. 576 y ss. En Italia el problema es ciertamente muy grave por la anulación realizada por la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 55, de 1968, de diversos artículos de la ley urbanística de 1942, que prevía la eficacia inmediata de los vínculos y limitaciones impuestas por el “*piano regolatore generale*”, pero aplazaba al propio tiempo *sine die* la indemnización, postergándola al momento de la aprobación de los “*piani particolareggiati*”. La sentencia ha provocado una honda polémica: vid. las notas críticas (de todos los colores) de BON VALSASSINA, DE VIRGILIIS-SPANTIGATI y LOMHARDI, en el tomo de 1968 de *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 846, 865 y 874, y el artículo de PIGA en “Foro amministrativo”, 1968, IV, p. 1928.

(146) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz...*, cit., artículo 14, p. 72.

(147) Su tenor es, aproximadamente, el siguiente: “Si una medida adoptada en base a esta ley entraña una expropiación, se otorgará una indemnización en dinero.” Así, la *Wassersicherstellungsgesetz* de 1965, entre otras que citan MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*

(148) La expresión es de JELLINEK, *Schadenersatz...*, cit., p. 148.

exige una depuración conceptual (149), la *Junktimklausel* constituye, pese a todo, una conquista irreversible del principio de la garantía patrimonial, superpuesto ya a la antigua omnipotencia del propio legislador.

## 2) El ilícito legislativo

Contrariamente a lo que ocurre con las expropiaciones *ope legis*, el segundo título indemnizatorio tiene una historia mucho más corta y no puede tenerse aún por consolidado. Se trata de la aplicación de la teoría de la responsabilidad del Estado a los actos emanados del poder legislativo.

Como en Francia, el tema de la responsabilidad del Estado por actos legislativos se plantea en Alemania desde los comienzos del presente siglo, como consecuencia de la admisión inicial del principio de la responsabilidad pública en 1910 y, sobre todo, desde la promulgación de la WRV, cuyo artículo 131 constitucionalizó la regla contenida en el párrafo 839 BGB, si bien con la fundamental innovación de desplazar la carga indemnizatoria al Estado o ente público a cuyo servicio se hallase el funcionario. El planteamiento del problema era, sin embargo, puramente dialéctico, puesto que la conclusión de las indagaciones era, como antaño en Francia, invariablemente negativa. Y las razones en que se fundamentaba la tesis eran asimismo muy similares, pudiéndose destacar de entre ellas cuatro (150):

En primer lugar, la concepción del Parlamento como órgano de la sociedad, no como un órgano del Estado. En la concepción germana del siglo XIX, que tiene sus máximos representantes en Lorenz von STEIN y Robert von MOHL, el Parlamento se configura como un órgano de la sociedad (esto es, de los ciudadanos) opuesto al Estado (esto es, al monarca y a la burocracia), como *Vertreter aller Reichsangehörigen in ihren Verhältnissen gegenüber von der Reichsgewalt*. En consecuencia, siendo un órgano independiente por completo de la organización estatal, los actos legislativos no se imputan al Estado, siendo inviable el nacimiento de una responsabilidad por esta causa (151).

(149) WAGNER, *Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, en “NJW”, 1967, p. 2338, que habla de la necesaria *Entgiftung* de la cláusula.

(150) Para una exposición de estas tesis, DAGOGLOU, *Ersatzpflicht des Staates bei legislativen Unrecht?*, en “Recht und Staat”, Heft 265/266, Tübingen, 1963, pp. 12 y ss., de donde tomo las referencias que siguen.

(151) Así, KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª ed., 1923, pp. 408 y 410, y en *Über Staatsunrecht*, en “Grünhuts Zeitschrift”, 1914, p. 96, cit. por DAGOGLOU, *op. cit.*

En segundo lugar, y como tesis derivada de la anterior, la conceptualización del diputado parlamentario como un representante popular dotado de absoluta autonomía (*der Abgeordnete als freier Volksvertreter*). La relación orgánica del diputado no se establece respecto del Estado, sino con la propia sociedad, lo que yugula el mecanismo de imputación, esencial a toda responsabilidad.

En tercer lugar, el dogma de la ley como acto de soberanía y, por tanto, insusceptible de limitación. Tesis cara a LAFERRIERE y que fue expuesta sistemáticamente por GIERKE sobre la idea de la incompatibilidad del carácter irrepreensible de la soberanía con la atribución de una obligación de indemnizar (152).

Por último, el principio capital del carácter general y abstracto, que es esencial a toda norma jurídica, excluye también toda posible producción de daños de naturaleza especial, únicos que dan lugar a responsabilidad; aquéllos sólo podrían producirse a través del acto administrativo de aplicación, nunca directamente por la ley, porque el daño supone una ruptura del principio de igualdad y la ley es, por esencia, igualitaria.

La vigencia de estos postulados fue incontrovertida hasta el fin de la segunda Gran Guerra, fecha en la que el panorama sufre una profunda transformación en virtud de dos factores: La resonancia que en Alemania y en Italia tuvieron los *arrêts* LA FLEURETTE y CAUCHETEX ET DESMONTY, y, sobre todo, la implantación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes con los artículos 134 y siguientes de la Constitución italiana y artículos 93 y siguientes de la *Grundgesetz*.

Este segundo acontecimiento, nuevo en la historia constitucional de ambos países, tuvo una repercusión trascendental en el tema de la responsabilidad del Estado. La instrumentación jurídica de la superlegalidad entraña un desplazamiento efectivo del plano de la soberanía desde la ley a la Constitución; aquella deja de ser manifestación de una potestad ilimitada para convertirse en una proposición justificable en la que nada obsta para constatar la existencia de contradicciones con la instancia jurídica superior. En virtud de este mecanismo, la ley, técnica tradicional de delimitación de los campos de lo lícito y de lo ilícito, puede resultar en sí misma ilícita. En tales condiciones, y hallándose basado el instituto de la responsabilidad en la idea de culpa o ilícito (*illecito degli enti pubblici, Amtspflichtsverletzung*), era de esperar que la nueva noción del ilícito legislativo suscitase la evocación de la responsabilidad por

(152) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1867, pp. 800 y ss., cit. también por DACTOGLOU, p. 17.

daños como título indemnizatorio (153). El problema ya fue apuntado levemente en algunos trabajos de comienzos de la década de los cincuenta (154) e inmediatamente acogido por una Sentencia del *Landesgericht de Freiburg* de 30 de septiembre de 1952, que anuló una ley del Land (la *badisches Ladenschlussgesetz*) por incompetencia constitucional para dictarla; esta decisión, junto con otras de menor importancia y que no incidían en el tema sino de modo colateral, determinó una consolidación de la idea, que adquirió firmeza doctrinal pocos años después con los trabajos de ARNDT y FORSTHOFF, llegando a ser opinión general en la doctrina germana (155).

Base de la construcción de la teoría fue el tema de la eficacia de los pronunciamientos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional,

(153) Por supuesto, la instauración del control de constitucionalidad, manifestación de la tesis negadora del carácter soberano de la ley, no fue sino una de las piezas dogmáticas que condujeron a la destrucción del clásico principio de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos. A ello cooperó también el deterioro de las otras tres bases teóricas en que se apoyaba el principio y que describe DACTOGLOU. La concepción del Parlamento como un órgano de la sociedad entró en crisis con la desaparición del Imperio y la consecuente integración teórica de los conceptos del Estado y de la Sociedad (así, SWEENEY, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, en los *Festsätze für W. KAHL*, 1923, y ahora en sus *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, pp. 68 y ss., y 119 y ss.); el Estado se convirtió en la forma de autoorganización de la sociedad en la expresión de Carl SCHMIDT y, por tanto, los actos del legislativo llegaron a ser plenamente actos del Estado; esta tesis se encuentra hoy recogida expresamente en el artículo 20, 2 GG, que cita a los órganos legislativos como medios a través de los cuales el pueblo ejerce el poder estatal (*"Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt"*). Como consecuencia de ello desapareció también la concepción del diputado como representante popular; si el Parlamento venía considerado como un órgano del Estado (*Staatsorgan*), el diputado se convertía de inmediato en el titular de un órgano estatal (*Organträger*), como ya había afirmado ANSCHÜTZ, comentando el artículo 21 de WRV: *"Der Reichsabgeordnete ist Niemandes Vertreter denn allein des... Deutschen Reichs. Er ist, staatsrechtlich betrachtet, Reichsorgan, nicht sonst"* (*Die Verfassung...*, cit., p. 181). Por último, el dogma de la generalidad y abstracción de la Ley hizo quiebra con la consagración de la categoría de las *Massnahmegesetze* o leyes-medida.

(154) Concretamente, los de JERUSALEM, *Die Grundrechte des Bonner Grundgesetz und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung*, en "SfZ", 1950, de KATZENSTEIN, *Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt*, en "MDR", 1952, pp. 193 y ss., y de HAAS, *System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichtigen*, Karlsruhe, 1955, p. 67.

(155) ARNDT, *Die Bindungswirkung des Grundgesetzes*, y FORSTHOFF, *Rechtsfragen zur Neuregelung der Sonntagsarbeit*, ambos en el vol. de "Der Betriebs-Berater", pp. 995 y ss., y 1135 y ss. (cit. por LUHMANN, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung...*, cit., p. 121, trabajos que no he podido consultar). La tesis fue continuada posteriormente por HAMANN, *Das Grundgesetz*, 2ª ed., Neuwied/Berlin, 1961, comentario al artículo 80; SCHACK, *Entschädigungsansprüche wegen erlittener Requisitionsschäden*, en "NJW", 1963, pp. 1336 y ss. (por cierto, rectificando para un caso concreto la opinión negativa que había mantenido sobre el tema diez años antes en su trabajo *Entschädigung bei legislativem Unrecht?*, en "MDR", 1953, pp. 514 y ss.), y, sobre todo, por DACTOGLOU, *Ersatzpflicht...?*, cit. con otras referencias. Con todo, la tesis se halla hoy en declive; *vid.* más adelante.

planteado inicialmente de forma diversa en los ordenamientos alemán e italiano, pero cuya evolución los ha aproximado de forma notable. En el derecho alemán, la aplicación estricta de la dogmática de la invalidez llevaba a la conclusión de predicar el efecto plenamente retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad del BVerfG; la ley, tenida por nula *ab initio* y desconocidos sus efectos, obligaba a la Administración a indemnizar los daños producidos por la misma o en base a la misma. La conclusión era extraordinariamente grave (piénsese en la posible anulación de una disposición tributaria, que obligase a restituir los fondos recaudados hasta la declaración de inconstitucionalidad) y, por ello, la ley reguladora del Tribunal constitucional federal —BVerfGG— de 12 de marzo de 1951, introdujo una limitación fundamental restringiendo la retroactividad del pronunciamiento a los actos impugnados y manteniendo por tanto la validez de los no impugnados (156). Pero respecto de los primeros la doctrina ha afirmado la procedencia de indemnización, siempre que haya existido producción efectiva de daños (157).

En el derecho italiano, el punto de partida era precisamente el inverso. Según una interpretación literal del artículo 136 de la Constitución, el pronunciamiento de inconstitucionalidad debería tener eficacia *ex nunc* y carácter constitutivo de la nulidad, por tanto (158). Esta conclusión ha sido objeto de una vasta polémica en relación con las leyes constitucionales de 9 de febrero de 1948 y 11 de marzo de 1953, en base a las cuales la doctrina ha llegado a la tesis opuesta, de la retroactividad total o parcial de las sentencias de la *Corte costituzionale* y, en consecuencia, a la exis-

(156) Dice así el precepto: "En los demás casos, y con excepción de lo dispuesto en el artículo 95, 2, o en leyes especiales, las decisiones no impugnadas que traen causa de una norma declarada nula permanecen inalterables." Sin embargo, las decisiones no impugnadas, pero tampoco cumplidas, no pueden ser ejecutadas ("*Die Vollstreckung auf einer solchen Entscheidung ist unzulässig*"). Es la solución que años más tarde adoptaría el artículo 120 de nuestra ley de Procedimiento Administrativo. Sobre el tema, *vid.* BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Berlín, 1966, pp. 119 y ss.; ARNDT, *Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge?*, en "NJW", 1959, pp. 863 y ss.; GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, en la misma Revista, 1960, pp. 1177 y ss.; KNESEN, *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*, AöR, 1964, pp. 129 y ss., y NOVAK, *Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen*, Wien-New York, Springer Verlag, 1967, pp. 128 y ss., entre otros muchos.

(157) Así, expresamente, LUHMANN, *op. cit.*, p. 128 y, sobre todo, JAENICKE, *Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?*, en el vol. XX de los VVDSRL, Berlín, 1963, pp. 140 y 149, si bien es de advertir que ambos autores no participan de la tesis que comentamos y llegan a esta conclusión por otros caminos.

(158) "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione." En defensa de esta interpretación, CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, pp. 72 y ss., entre otros.

tencia de una responsabilidad estatal por los actos dictados en ejecución de la ley anulada (159).

Ahora bien, aun supuesta la eficacia retroactiva de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, resta todavía la espinosa cuestión del encaje de este ilícito legislativo en el título indemnizatorio constituido por la responsabilidad del Estado, lo cual supone la concurrencia de otros requisitos adicionales.

En el ordenamiento italiano, y pese a que la formulación constitucional del principio de responsabilidad del Estado no se ajusta en modo alguno a los supuestos de daños producidos por una ley inconstitucional (160), la calificación de estos supuestos como de responsabilidad no parece haber planteado cuestión alguna (161). Sin embargo, la doctrina más reciente ha introducido una restricción sustancial al principio general de indemnizabilidad, distinguiendo entre las leyes que se limitan a condicionar la actividad de los particulares y las que imponen una determinada conducta bajo amenaza de una sanción. En el primer caso (por ejemplo, una ley de fomento industrial cuya anulación perjudica a los particulares que han emprendido las actividades por ella previstas confiando en las subvenciones o beneficios), la declaración de inconstitucionalidad no determina un derecho al resarcimiento; en el segundo es donde se origina la responsabilidad. La diferencia de régimen se basa en la obligación que pesa sobre todo ciudadano de valorar la legitimidad constitucional de las leyes, de desobedecerlas si son inconstitucionales y de emplear contra ellas los medios jurídicos que el ordenamiento pone en sus manos; si el particular utiliza estos medios contra la ley inconstitucional, quedará indemne de su posible eficacia y ningún daño se habrá producido; si no los utiliza, la concurrencia de culpas anula el eventual derecho a indemnización. En cambio, una tal conducta es inexigible al particular cuando la ley se impone a través de un mecanismo sancionador,

(159) La bibliografía sobre el tema es inabarcable: *vid.* por todos BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, trad. esp., Madrid, 1965, pp. 572 y ss.; DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, pp. 390 y ss.; más recientemente, DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970, pp. 1 y ss., con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(160) Artículo 28 de la Constitución: "*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.*"

(161) NUVOLEONE, *La confisca dei beni e la Costituzione*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1961, pp. 554 y ss.; PALADIN, *Genni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1960, pp. 1029 y ss.; PAGE, *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civile della pubblica amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1962, pp. 1329 y ss.; DUNI, *Lo Stato...*, *cit.*, pp. 397 y ss.

de cualquier tipo que sea; en este caso, por tanto, es donde la responsabilidad resulta plena (162).

En el derecho alemán, en cambio, la doctrina se ha planteado más profundamente el problema del título jurídico que debería justificar el derecho a indemnización. La cuestión es similar a la que ofrece el ordenamiento constitucional italiano, porque el artículo 34 GG, si bien concebido en términos más amplios y abstractos que su antecedente, el artículo 131 WRV, tampoco ampara directamente los daños producidos por una ley inconstitucional (163). Ello ha motivado, por parte de los defensores de la tesis de la responsabilidad, una interpretación —ciertamente alambicada— del concepto constitucional para probar la posibilidad de encaje en el mismo título legislativo. Así:

a) Frente a la tesis que niega que el diputado sea titular de un cargo público (*öffentlicher Amt*) o que esté al servicio del Estado o de una Corporación (164), se afirma que el diputado ostenta un auténtico cargo, como lo prueba que el artículo 48,2 GG utiliza concretamente esta expresión ("Nadie puede ser constreñido a aceptar y ejercer el cargo de diputado...") (165).

(162) DUNI, *Lo Stato...*, cit., pp. 399 y ss. El primero de los dos supuestos a los que se alude en el texto se ha planteado realmente en el ordenamiento italiano con la cuestión acerca de la constitucionalidad de las leyes de 27 de diciembre de 1953 y 30 de diciembre de 1959, sobre cánones eléctricos adicionales (*sovracanoni elettrici*), que analiza GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, en el volumen del mismo autor, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pp. 125 y ss.

(163) El artículo 131 WRV, al describir el supuesto fáctico de la responsabilidad, se limitaba a seguir el párrafo 839 BGB: "Si un funcionario, en el ejercicio del poder público que le está encomendado, infringiere su deber profesional con respecto a tercera persona..."; en cambio, el artículo 34 GG se pronuncia en términos más abstractos, sustituyendo la expresión "un funcionario" por el impersonal "alguien": "Si alguien (*jemand*), en el ejercicio de un cargo público a él confiado, vulnera las obligaciones del cargo que le incumben frente a un tercero." Con todo, y pese a esta matización, el sentido del precepto parece seguir apuntando a la responsabilidad administrativa por hechos de los funcionarios, cuando dice que "... la responsabilidad recaerá en primer lugar en el Estado o Corporación a cuyo servicio se halle".

(164) En este sentido, SCHRACK, *Entschädigung...?*, cit., p. 515, y BETTERMANN, en BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHÜNER, *Die Grundrechte*, Berlin, 1954, tomo III, 2, p. 836. Las referencias, en DACTOGLU, *Ersatzpflicht...?*, cit., pp. 34 y ss., al que sigo en la exposición de esta tesis.

(165) DACTOGLU, *op. cit.*, p. 35. En apoyo de esta tesis se cita (en JAENICKE, *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe. Bundesrepublik Deutschland*, en el vol. del mismo título del Max Planck-Institut, cit., Köln-Berlin, 1967, p. 125) una decisión del BGH de 3 de diciembre de 1953, que consideró como funcionarios a efectos de la aplicación del artículo 34 GG, a los miembros electivos de un *Kreistag*, si bien JAENICKE le quita importancia al acto seguido afirmando que el precedente carece de interés, pues en el caso de autos no se trataba de un acto normativo del *Kreistag*, sino de un simple acto administrativo. Desde luego, la contraargumentación no me parece en absoluto convincente.

b) También se afirma que, aun cuando el diputado ostente un "cargo", técnicamente, hablando, éste no lleva consigo obligaciones (*Amtspflichten*), pues el diputado, según el artículo 38,1 GG, es "representante del pueblo entero, no está ligado por mandatos o instrucciones y sólo está sometido a su propia conciencia". Frente a ello se afirma que la independencia del diputado de todo mandato que no sea el de su propia conciencia no supone otra cosa que la garantía constitucional frente a las presiones de sus electores o de las fuerzas económicas; pero el diputado está subordinado a la ley y, ante todo, a la Constitución, lo que conlleva la "obligación", propia de su "cargo", de respetarla.

c) En tercer lugar, se rechaza el encaje del ilícito legislativo en el artículo 34 GG, afirmando que aun cuando el diputado tuviera "obligaciones del cargo", éstas no serían "frente a un tercero", como exige el precepto y el párrafo 839 BGB, porque las obligaciones del diputado existirían tan sólo frente a la generalidad. Postulado que se rechaza con el argumento de que en los casos de leyes-medida sí existe "obligación frente a un tercero" de respetar la Constitución, pues estas normas sí pueden tener destinatarios determinados.

d) Por último, y dado que la responsabilidad (*Amtshaftung*) supone una lesión culpable (*schuldhafte Verletzung*), un elemento de culpa, se afirma la necesidad de sentar una presunción general de culpa en la actuación parlamentaria que da lugar a la promulgación de una ley inconstitucional. La extensión del procedimiento legislativo, el número de personas que actúan sobre el proyecto, la crítica de los partidos de la oposición y el juicio de la prensa y demás medios de comunicación apoyan ciertamente esta presunción de culpa.

Todas estas razones son las que fundamentan, al parecer de la doctrina citada, la elección del título indemnizatorio de la responsabilidad (*Amtshaftung*) como base de la obligación de resarcimiento que al Estado incumbió por los daños causados a través de leyes inconstitucionales.

3) *El sacrificio de derechos privados*

Pese a la aceptación que la teoría de la responsabilidad gozó en su día, su vigencia ha sido efímera, pues la doctrina más reciente tiende a ir por otros derroteros. Ciertamente, desde el punto de vista del derecho constitucional germano, la construcción de una responsabilidad (*Amtshaftung*) del Estado por razón de ilícito legislativo resulta un tanto forzada y ofrece graves inconvenientes. Desde el punto de vista dogmático, cabe

preguntarse con razón hasta qué punto puede extenderse el ámbito de la *Amtshaftung* a los actos del legislativo, siendo así que su construcción ha estado siempre dominada por la perspectiva de los actos concretos de la Administración, sin que se altere la esencia del instituto (166); en realidad, dice el mismo JAENICKE en otro lugar, "la responsabilidad constituye esencialmente una garantía del Estado a la ordenada gestión de los asuntos públicos y, por tanto, se refiere y debe referirse a las actuaciones concretas de la Administración y de la jurisdicción, pero no a los actos legislativos", en los que no existe el factor de gestión de la cosa pública (167). Por otra parte, desde un punto de vista político, la figura de la responsabilidad por ilícito legislativo supone un elemento de perturbación en las relaciones entre los poderes públicos; "no sería conveniente para las delicadas relaciones entre los poderes legislativo y judicial que los miembros de la Sala de lo civil de un Tribunal territorial hubieran de colocarse, sin mediar una exigencia real o jurídico-sistémica evidente, en la embarazosa situación de tener que censurar a la mayoría del *Bundestag* o del *Landtag* por una lesión culpable de sus obligaciones oficiales y otorgar en consecuencia una indemnización a un ciudadano que hubiera sufrido un daño especial por causa de la legislación" (168).

Estas actitudes críticas no suponen, empero, un rechazo del fondo de la tesis impugnada, sino sólo de su instrumentación formal. La moderna doctrina (MONDRY, LUHMANN, JAENICKE) ha vuelto a reabilitar la antigua posición de SCHACK, en contra de DAGOGLOU: el diputado no es funcionario, ni tiene obligaciones oficiales frente a un tercero. Pero ello no entraña una regresión a la vieja tesis de la irresponsabilidad y absolutismo del poder legislativo y a la indefensión del súbdito. "Que el legislador —dice JAENICKE— está obligado en alguna forma a reparar las consecuencias de una ley inconstitucional, en virtud de una norma constitucional no escrita, es una afirmación que no puede ser rechazada a priori como inadmisibles; una tal obligación es resultado incluso de un principio de justicia material" (169). Simplemente, lo que la doctrina propugna es la adopción de un título indemnizatorio diverso, título que, con raras excepciones, no es otro que el del sacrificio o *Aufopferung*; en definitiva,

(166) JAENICKE, *Haftung des Staates...*, cit., p. 125.

(167) JAENICKE, *Gefährdungshaftung...*?, cit., p. 150.

(168) MONDRY, *Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung in Frankreich und das Problem der Einfügung einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung in das deutsche System staatlicher Ersatzleistungen*, Marburg, 1964, p. 165.

(169) *Gefährdungshaftung...*?, cit., p. 148.

un retorno a las fuentes primarias del derecho alemán de daños, a los párrafos 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht* prusiano. No obstante, es también preciso reconocer que la doctrina alemana no ha sabido salvar con limpieza el obstáculo que entraña el paso de la *Amtshaftung* al *Aufopferung*, de la responsabilidad por actos ilícitos al resarcimiento por actividades lícitas. Parte de los autores más recientes continúan restringiendo la esfera de sus preocupaciones al supuesto del ilícito legislativo (esto es, a los daños producidos por una norma inconstitucional), como si éste fuera el único caso en que se origina un derecho a resarcimiento en el particular derivado de la actividad normativa (170); la única novedad que aportan consiste en la sustitución de la categoría dogmática que justifica la obligación de resarcimiento: esta obligación no deriva de la responsabilidad-*Amtshaftung* (y, por tanto, la norma determinante del deber indemnizatorio no se halla en el artículo 34 GG y en el párrafo 839 BGB), sino del sacrificio-*Aufopferung*, quedando fundado el derecho al resarcimiento en los párrafos 74 y 75 *Einl. ALR* (171). La cuestión más general de si los daños producidos por una norma (sea o no inconstitucional) determinan una obligación de indemnizar no se ha planteado sino de forma marginal, resolviéndose en sentido afirmativo sin más que exigir la concurrencia de una situación de sacrificio especial en la persona o personas afectadas por la norma (172). En cualquier caso, la distinción entre ambas posturas no es nada clara, pues cabe dudar de si una norma que impone un sacrificio especial sería inconstitucional por violación del principio de igualdad (con lo que ambas tesis se confundirían parcialmente); la cuestión es dudosa, pero parece que la inconstitucionalidad debería quedar excluida si la propia norma estableciere un derecho a indemnización.

La doctrina italiana, en cambio, se ha planteado el tema con superior profundidad y finura. El tema se plantea, desde el punto de vista de

(170) En este sentido, el resumen de WERNER MORVAY, *Die Haftung des Staates für rechtsetzende Akte*, en el vol. Max Planck-Institut, cit., pp. 776 y ss.: "Die Rechtsetzung muss ferner auf ihre Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von den Gerichten überprüft werden können. Soweit ein solches Prüfungsrecht nicht besteht, die Gerichte Gesetze und Verordnungen vielmehr ohne weitere Prüfung als rechtmässig zu behandeln haben, kann die Frage nach der Haftung des Staates für rechtswidrige Rechtsetzung schlechterdings nicht praktisch werden."

(171) LUHMANN, *Öffentlich-rechtliche...*, cit., p. 128; JAENICKE, *Gefährdungshaftung...?*, cit., p. 151: "Die Rechtsetzende Tätigkeit des Staates unterliegt aber im vollen Umfange der Haftung aus Aufopferung."

(172) Así, WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, cit., p. 422, y MONDRY, *Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung...* cit., p. 166. Este autor, inspirándose en la jurisprudencia "*La Fleurette*", concreta aún más los requisitos del sacrificio especial, exigiendo que éste sea "desacostumbrado para el interesado, sin que (el derecho a indemnización) pueda ejercitarse en base a una actividad o relación prohibida o inmoral."

la teoría del sacrificio, de modo abierto: ¿existe un derecho a indemnización en relación con los daños producidos por actos legislativos? O, desde la perspectiva opuesta, ¿se halla el legislador vinculado constitucionalmente a resarcir los daños que causa a los particulares en el uso de su potestad normativa? Como puede apreciarse, el tratamiento del problema es frontal, sin referencia alguna a una justificación en la idea de culpa o ilícito, dato que no se toma directamente en cuenta (aun cuando pueda jugar *a posteriori*, como veremos).

La respuesta a este interrogante es hoy unánimemente positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial, en los términos que examinaremos más adelante. Esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos (173). Y otro, de naturaleza positiva, el principio de intangibilidad relativa del patrimonio, deducido por vía analógica del artículo 42,3 de la Constitución, que define el instituto expropiatorio y lo condiciona a la existencia de una indemnización (174); la relatividad del principio se manifiesta en la regla de la *conversión*, de pura raíz germana, según la cual la prevalencia del interés público sobre los derechos privados se refleja únicamente en la posibilidad de conversión de los mismos en su equivalente o *giusta indennità*.

a) Ahora bien, apenas se avanza un paso en el desarrollo del argumento, comienzan a surgir los problemas. Primero y fundamental, ¿qué ocurre cuando la ley productora del daño no hace mención alguna de la indemnización en principio debida? Durante largo tiempo, y de acuerdo con la línea sentada por la antigua doctrina alemana, la respuesta a este interrogante se ha formulado en el sentido de tener por excluida la indemnización. Los argumentos en que esta tesis se ha apoyado son muy variados: juego del aforismo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (175)

(173) ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, II, cit., p. 584, que transcribe una antigua opinión de GARBA, según el cual "ogni sacrificio sopportato da un cittadino nei suoi averi al di là di ciò che egli contribuisce alla società in virtù di una legge generale d'imposta deve essergli dal pubblico erario compensato". La tesis es de origen claramente alemán (no olvidemos que la construcción italiana de la teoría del sacrificio está inspirada en fuentes germanas), pero son también perceptibles en ellas resonancias de las ideas solidaristas de DUGUIT.

(174) ALESSI, *Principi...*, cit., II, p. 588, con otras referencias doctrinales. En el mismo sentido, D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto di indennizzo*. Napoli, 1963, pp. 16 y ss.

(175) En esta línea, MORZO y PINAS, *Espropriazione e pubblica utilità...*, cit., p. 170, que se apoyan en una interpretación literal del artículo 42 de la Constitución, el cual

o del *qui suo jure utitur, neminem laedit*, o distinción entre normas reglamentarias y normas con rango de ley (176). Los razonamientos son ciertamente tópicos y de fundamento legal más que dudoso, porque si se acepta que la obligación de indemnizar viene impuesta por la Constitución, la interpretación del silencio como una negativa al resarcimiento llevaría a la conclusión de la inconstitucionalidad de la ley. Esta conclusión sería sin duda excesiva y por ello la Corte Costituzionale ha sentado a partir de su sentencia número 7 de 1966 (177) la doctrina de la interpretación "constitucionalizante" del ordenamiento jurídico. Según esta sentencia, relativa a una ley del período fascista en aparente contraste con la Constitución republicana (178), el principio general de conservación de los actos jurídicos impone una línea interpretativa de mínima perturbación del ordenamiento: Las normas deben ser interpretadas en el sentido en el que se reduzcan al máximo sus contradicciones con el texto constitucional, interpretación "adeguatrice o costituzionalizzante" que puede determinar incluso un cambio del sentido originario de la ley cuestionada (179).

Esta doctrina, en el seno del ordenamiento italiano, implica la exclusión de la aplicabilidad de la *Junktimklausel* para las leyes determinantes de daños o sacrificio especial y su reducción al ámbito de las normas expropiatorias (180). En consecuencia, la ley productora de daños que silencia el tema de la indemnización debe considerarse constitucio-

distingue la limitación y la expropiación, imponiendo sólo el deber de indemnizar en el segundo caso; lo cual equivale a que el texto constitucional ha otorgado plena libertad al legislador para decidir sobre la indemnizabilidad de las limitaciones o daños causados por la ley.

(176) Así, ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964, pp. 137 y ss. A su juicio, en caso de silencio de la ley, debe entenderse que existe un derecho a indemnización cuando el daño deriva de un acto de la Administración, pero no cuando deriva directamente de la ley. Una posición ambigua, sin distinguir entre los diferentes orígenes del daño, en sus *Principi...*, cit., II, p. 586, donde se pronuncia por la tesis de la indemnizabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante.

(177) *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 92 y ss.

(178) Tema muy polemizado en Italia, dada la ausencia de disposición derogatoria de la Constitución de 1947: Vid. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, pp. 33 y ss.; DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., pp. 139 y ss.; MODUGNO, *L'invalidità della legge vol. I, Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, pp. 14 y ss.

(179) DUNI, *Lo Stato...*, cit., pp. 528 y ss.

(180) Así, BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, cit., I, pp. 364 y ss., contra la opinión de DUNI, *op. cit.*, p. 531, que entiende inaplicable la *Junktimklausel* también en el supuesto de leyes expropiatorias. La diferencia de régimen se halla en la dificultad en que el juez se encontraría para suplir el silencio del legislador en materia del procedimiento para determinar la indemnización expropiatoria; dificultad que no existiría en el supuesto de fijación de una indemnización de daños y perjuicios. Con todo, la cuestión parece discutible.

nalmente legítima, interpretando el silencio en el sentido de admisión tácita del derecho a resarcimiento, que podrá sin más ser declarado por los Tribunales.

b) El segundo cúmulo de problemas surge cuando la ley contiene una norma explícita sobre el tema de la indemnización (181). Tres supuestos pueden distinguirse: Primero, que la norma legal excluya totalmente el derecho a indemnización; segundo, que lo prevea, si bien con un carácter limitado, y tercero, que la ley carezca de la cobertura financiera que prescribe el artículo 81, párrafo 4.º de la Constitución.

El primero de los casos mencionados no ofrece dificultades en cuanto a su calificación. La norma concreta que excluya la indemnizabilidad de los daños es inconstitucional y deberá tenerse por no puesta; no obstante, la ilegitimidad no se propaga al texto entero de la ley y, en concreto, a los preceptos directamente productores del daño. Anulada la cláusula de exclusión, la interpretación positiva del silencio del legislador entraña el reconocimiento tácito del derecho a indemnización.

En el segundo supuesto —reconocimiento de un derecho a indemnización sustancial e improcedentemente limitado— tampoco existen dudas en cuanto a la ilegitimidad constitucional de la norma limitativa, la cual deberá ser declarada por la Corte y anulada, en consecuencia. El vacío resultante deberá ser cubierto por el principio general de indemnizabilidad en caso de silencio ya aludido. De optar por la solución contraria —interpretación negativa del silencio— la Corte debería anular no sólo la norma limitativa de la indemnización, sino también (de oficio, en uso de las potestades de ampliación del objeto del recurso a las normas conexas que le reconoce el artículo 27 de la Ley constitucional de 11 de marzo de 1953) el precepto que imponga el sacrificio, pues en otro caso la sentencia empeoraría la situación del recurrente al reducir a la nada el derecho a indemnización.

Mayores dificultades ofrece la incidencia sobre el tema del artículo 81, párrafo final de la Constitución, que exige que las leyes distintas del presupuesto que supongan nuevos gastos indiquen los medios para subvenir a ellos. En el supuesto en el que la ley impone un sacrificio y calla sobre la indemnización, la inexistencia de una cobertura financiera en el presupuesto determina la ilegitimidad derivada de toda la ley —no sólo de la norma que determina la producción de daños— si bien la Corte Costituzionale ha admitido que la designación de los medios financieros

(181) Sigo en este tema enteramente la completa exposición de DUNI, *Lo Stato...*, pp. 534 y ss., sin necesidad de ulteriores referencias.

sea hecha en relación a ejercicios económicos futuros y mediante una remisión genérica a las fuentes de ingresos que en cada caso resulten procedentes (182).

c) Un último punto, de relevante importancia, alude a las características o requisitos que el daño ha de reunir para merecer la calificación técnica de sacrificio y, por tanto, para dar lugar a un derecho a indemnización. Punto sobradamente conocido y sobre el que no parece necesario insistir aquí (183).

\* \* \*

El análisis que hasta aquí se ha realizado demuestra que el tema de las relaciones ley-propiedad no puede tenerse por definitivamente resuelto. En la larga historia de las tensiones entre el principio de inmunidad del soberano y el dogma de la garantía de la propiedad, el derecho público europeo no ha pasado de alcanzar un *status* transaccional con fuertes altibajos. Las ideas de BRACON y de VOLTAIRE que encabezan este trabajo siguen jugando como elementos dinámicos y operantes en la mentalidad jurídica de nuestro tiempo. Ciertamente, la progresiva socialización de la vida económica parece imponer un renacimiento del principio de inmunidad, exigencia de viabilidad para la tarea conformadora de la Administración providencial; pero el principio de garantía está aún muy lejos de ser totalmente descartado.

En cualquier caso, una advertencia que se impone es la de una elemental prevención contra las calificaciones apresuradas desde el punto de vista ético. El binomio de impositaciones progresivo-reaccionario es de resultados equívocos en este resbaladizo tema. En realidad, todo es relativo. Calificar de burgués-reaccionario al principio de garantía patrimonial y de progresista al principio de inmunidad, sin más, sería demasiado frívolo; en verdad, la mejora vital de las clases proletarias resulta incompatible con el mantenimiento rígido del *statu quo* patrimonial. Pero

(182) DUNI, *Lo Stato...* cit., pp. 531 y 532, y ANELLI, *Rilevanza nel processo amministrativo di questioni di incostituzionalità derivata (in particolare, per violazione dell' art. 81 Cost.)*, en "Foro amministrativo", 1965, II, pp. 37 y ss.

(183) En este punto es preciso hacer una remisión en bloque a la formulación, por tantas razones clásica, de ALESSI, *Principi...* cit., II, pp. 590 y ss., cuyos términos (tratarse de un sacrificio, no de una limitación abstracta del derecho; exclusión del daño ocasionado a los intereses legítimos, tratarse de una lesión legítimamente impuesta, etc.) recoge para España GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, 4.ª ed., Madrid, 1971, pp. 250 y ss. El tema capital radica en la distinción entre limitaciones y sacrificio, cuestión no resuelta, cuyo examen nos llevaría muy lejos y que se planteará en la segunda parte del presente estudio, con referencia directa a la legislación española.

tampoco puede lícitamente olvidarse que el proceso de tensiones se desenvuelve en el marco de una economía capitalista, en la cual el quebrantamiento de la propiedad ajena posee una función perfectamente definida de ensanchamiento y enriquecimiento de la esfera de disponibilidades propias; en el seno de una situación de guerra abierta de poderes económicos, la minusvaloración o eliminación del principio de garantía patrimonial en beneficio del poder del Estado supone entregar la esfera económica del individuo —presupuesto primario para el ejercicio efectivo de las libertades, como demostró el análisis marxista— a las manipulaciones de los grupos económicos que controlan y dirigen el Estado. Así lo advertía lúcidamente ENGELS en 1884, en su libro sobre el origen de la familia, la propiedad privada y el Estado: "De hecho, desde la primera hasta la última de esas pretendidas revoluciones políticas se han hecho en defensa de una especie de propiedad y se han realizado por medio de la confiscación o, dicho sea de otra manera, de un robo de otra especie. Tanto es así que, desde hace tres mil años, no ha podido mantenerse la propiedad sino por medio de la violación de la propiedad."

Ante esta situación, forzoso es detenerse; no por escepticismo, sino por imposibilidad de ir más allá. Si un principio debe prevalecer sobre otro o si, más radicalmente, es todo el sistema el que ha de dar un vuelco, eso el Derecho no puede decirlo.

## LA CONCESION DE MARISMAS Y EL ARTICULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO \*

Por

LUIS MORELL OCAÑA

AGENCIA DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO. EL CASO DE LAS LEYES DE CONTRATOS Y PATRIMONIO DEL ESTADO.—II. LA TENDENCIA QUE CONSIDERA LAS MARISMAS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DEMANIAL. A) Las marismas, una específica categoría de bienes demaniales: 1. Las marismas, bienes de dominio público. Crítica inicial de esta tesis desde los propios supuestos en que se apoya: a) El carácter de propiedad puramente privada que tienen las marismas que radican en terrenos de particulares. b) Los supuestos en los que el engarce teleológico entre desecación y utilidad pública no se da. 2. La concesión de marismas, concesión demanial. B) La confusión entre las marismas y otras especies del dominio público hídrico: sus consecuencias: 1. El supuesto de hecho: confusión en el plano de la realidad física, entre marisma y mar litoral, zona marítimo-terrestre y cauce de un río. 2. La configuración en estos casos de la concesión de marismas como concesión demanial: a) Confusión o tangencia entre marisma y mar litoral. b) Confusión o tangencia entre la marisma y la zona marítimo-terrestre. c) Confusión o tangencia entre la marisma y el cauce de un río.—III. EL IMPACTO DEL ARTICULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO.—IV. EL CONCEPTO DE MARISMA EN EL DERECHO POSITIVO: A) El concepto en la Ley Cambó y la significación de esta Ley en el conjunto de normas reguladoras de la institución: 1. La noción de marisma en la Ley de 24 de julio de 1918. 2. Distinción, entre marisma y zona marítimo-terrestre: a) Concepto de zona marítimo-terrestre. b) Concepto de marisma. c) Reconocimiento de la distinción por el Tribunal Supremo: Sentencia de 28 de enero de 1878. 3. Otros argumentos derivados de la Ley de 1918 en contra de la tesis de la demanialidad: a) El beneficio de expropiación, en favor del concesionario. b) Las distinciones de la Ley según la titularidad del terreno. 4. El significado de la Ley Cambó en el conjunto de normas reguladoras de las marismas. B) Argumentos derivados del concepto legal de dominio público.—V. LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS MARISMAS, DEDUCIDA DEL ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN: A) Marismas y bienes baldíos: 1. Trayectoria histórica de la legislación de baldíos. 2. Consecuencia: propiedad privada y propiedad comunal. B) Baldíos y legislación de mostrencos: la posibilidad de la propiedad estatal. C) Consecuencias de la doble acción de la legalidad de baldíos y mostrencos: marismas de particulares, de Corporaciones locales y del Estado. D) Recapitulación: las marismas, un supuesto de propiedad privada, aunque su titular sea el Estado.—VI. LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: A) La naturaleza de esta concesión en la Ley Cambó. B) La doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dic-

**SUMARIO:** I. CREACIÓN NORMATIVA ABSTRACTO-DEDUCTIVA, FRENTE A LA REALIDAD JURÍDICA PLURIMA. EL CASO DE LAS LEYES DE CONTRATOS Y PATRIMONIO DEL ESTADO.—II. LA TENDENCIA QUE CONSIDERA LAS MARISMAS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DEMANIAL. A) Las marismas, una específica categoría de bienes demaniales: 1. Las marismas, bienes de dominio público. Crítica inicial de esta tesis desde los propios supuestos en que se apoya: a) El carácter de propiedad puramente privada que tienen las marismas que radican en terrenos de particulares. b) Los supuestos en los que el engarce teleológico entre desecación y utilidad pública no se da. 2. La concesión de marismas, concesión demanial. B) La confusión entre las marismas y otras especies del dominio público hídrico: sus consecuencias: 1. El supuesto de hecho: confusión en el plano de la realidad física, entre marisma y mar litoral, zona marítimo-terrestre y cauce de un río. 2. La configuración en estos casos de la concesión de marismas como concesión demanial: a) Confusión o tangencia entre marisma y mar litoral. b) Confusión o tangencia entre la marisma y la zona marítimo-terrestre. c) Confusión o tangencia entre la marisma y el cauce de un río.—III. EL IMPACTO DEL ARTICULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO.—IV. EL CONCEPTO DE MARISMA EN EL DERECHO POSITIVO: A) El concepto en la Ley Cambó y la significación de esta Ley en el conjunto de normas reguladoras de la institución: 1. La noción de marisma en la Ley de 24 de julio de 1918. 2. Distinción, entre marisma y zona marítimo-terrestre: a) Concepto de zona marítimo-terrestre. b) Concepto de marisma. c) Reconocimiento de la distinción por el Tribunal Supremo: Sentencia de 28 de enero de 1878. 3. Otros argumentos derivados de la Ley de 1918 en contra de la tesis de la demanialidad: a) El beneficio de expropiación, en favor del concesionario. b) Las distinciones de la Ley según la titularidad del terreno. 4. El significado de la Ley Cambó en el conjunto de normas reguladoras de las marismas. B) Argumentos derivados del concepto legal de dominio público.—V. LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS MARISMAS, DEDUCIDA DEL ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN: A) Marismas y bienes baldíos: 1. Trayectoria histórica de la legislación de baldíos. 2. Consecuencia: propiedad privada y propiedad comunal. B) Baldíos y legislación de mostrencos: la posibilidad de la propiedad estatal. C) Consecuencias de la doble acción de la legalidad de baldíos y mostrencos: marismas de particulares, de Corporaciones locales y del Estado. D) Recapitulación: las marismas, un supuesto de propiedad privada, aunque su titular sea el Estado.—VI. LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: A) La naturaleza de esta concesión en la Ley Cambó. B) La doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dic-

El texto de este trabajo es el preparado para una intervención oral y queda incluido en otro más amplio sobre *La concesión de marismas*, que espero publicar en breve; en él se incluyen las notas correspondientes a esta parte.