

diciembre 2021

**Dossier: Las transformaciones del derecho público  
y la jurisdicción**

**Juli Ponce Solé**

*La buena administración y el buen gobierno tras la crisis de la Covid-19*

**M<sup>a</sup> Teresa Girau Meliá**

*¿Puede la administración corregir la exclusión social?*

**Luis Pomed Sánchez**

*Gobernar la pandemia. Derecho de emergencia e intervención judicial*

**Gabriel Doménech Pascual**

*Responsabilidad patrimonial de la Administración: medidas adoptadas  
en estado de alarma inconstitucional*

**Juan Manuel Alegre Ávila y Ana Sánchez Lamelas**

*Garantía jurisdiccional en órdenes de expulsión de extranjeros*

**Luigi Ferrajoli**

*Diez reglas de deontología judicial*

**Perfecto Andrés Ibáñez**

*Juzgar es cuestión de método. Acerca de la propuesta de Laudan*

**Juan Igartua Salaverría**

*Precisiones sobre el estándar de la «duda razonable»*

**María José Fernández-Figares Morales**

*Valoración de la prueba testifical en el proceso civil*

**Javier A. González Vega**

*La pandemia desde la perspectiva del Derecho Internacional*

**Manuel Atienza**

*La importancia de la ponderación: el Tribunal Constitucional y la pandemia*

*Abogadas en la dictadura y juezas en la democracia (II).*

**Entrevista con Ascensión Solé**

# Responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas en un estado de alarma declarado inconstitucional

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

## I. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, declara la inconstitucionalidad de los preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que integraban el popularmente denominado «confinamiento domiciliario». El Tribunal no cuestiona la concurrencia del supuesto de hecho que justificaba el estado de alarma declarado en este decreto, ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad del confinamiento, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para imponerlo. A juicio del Tribunal, esos preceptos entrañaban, en realidad, una suspensión de las libertades de circulación y fijación de la residencia, suspensión que no puede establecerse mediante un estado de alarma, sino sólo a través de los estados de excepción o sitio. La incorrecta utilización del estado de alarma supuso la omisión de las garantías constitucionalmente previstas para declarar aquellos estados y, muy especialmente, la previa autorización parlamentaria<sup>1</sup>.

Adicionalmente, la Sentencia declara inconstitucional la disposición que habili-

taba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el artículo 10 del RD 463/2020. Según el Tribunal, esta habilitación permitía que se pudieran agravar dichas restricciones esquivando la obligación, que el artículo 116.2 de la Constitución impone al Gobierno, de informar inmediatamente al Congreso acerca del estado de alarma.

Estas declaraciones de inconstitucionalidad vienen acompañadas de una insólita precisión de sus efectos jurídicos. El Tribunal dispone que, «al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio» [fundamento jurídico 11.c)].

Ésta es, salvo error nuestro, la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia de manera directa y explícita sobre las consecuencias jurídicas que la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley tiene respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de la norma.

<sup>1</sup> Sobre esta sentencia, en sentido crítico, Gabriel Doménech Pascual, «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», *InDret*, 4/2021.

Dicho escueto pronunciamiento plantea numerosos interrogantes, a los que tratamos de responder en el presente artículo: ¿Cómo se explica que los ciudadanos tengan el deber jurídico de soportar medidas que vulneran sus derechos fundamentales? ¿Cuál es el alcance de aquella exclusión de responsabilidad? ¿Qué es lo que la justifica? ¿Qué consecuencias pueden extraerse de ella para casos futuros?

## II. La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de leyes inconstitucionales

El régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de leyes inconstitucionales es el resultado de un cúmulo de despropósitos. El «pecado original» lo cometió el Tribunal Supremo al alumbrarla en una copiosa serie de sentencias relativas al caso de la llamada «tasa complementaria sobre el juego». El precepto legal que estableció este tributo fue aprobado en 1990 y declarado inconstitucional en 1996, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción para que los afectados solicitaran la devolución de los correspondientes ingresos indebidos. Sólo algunos contribuyentes, que habían acudido a los Tribunales y conseguido que éstos elevaran una cuestión de inconstitucionalidad, o que habían tenido la suerte de que no se hubiera puesto todavía fin a la correspondiente vía contencioso-administrativa, pudieron obtener la devolución de las cantidades pagadas. Parecía, pues, que el resto de los contribuyentes afectados —los que nunca instaron la devolución y los que, tras instarla, recibieron sentencias o actos administrativos denegatorios firmes— ya no podrían lograrla.

Sin embargo, muchos de ellos lo consiguieron a través de una acción de responsabilidad. El Tribunal Supremo declaró en

esas sentencias que los ciudadanos afectados por la aplicación de una ley luego declarada inconstitucional, aunque no pudieran impugnar las resoluciones judiciales y administrativas firmes dictadas al amparo de la misma ni tampoco solicitar el restablecimiento de sus derechos por ella lesionados, sí tenían la posibilidad de obtener de la Administración una indemnización por los perjuicios que la aplicación de la norma inconstitucional les hubiera causado. Disponían para ejercer esta acción de un año contado desde la publicación en el BOE de la correspondiente sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad<sup>2</sup>.

Esta jurisprudencia ha merecido duras críticas<sup>3</sup>. Destacan las dos siguientes. En primer lugar, resulta contradictorio sostener que una resolución judicial o administrativa firme produce efectos jurídicos inatacables y, al mismo tiempo, afirmar que los perjuicios impuestos por esas resoluciones son antijurídicos. En segundo lugar, dicha doctrina vacía de sentido, con grave perjuicio para el principio de seguridad jurídica, las reglas establecidas por la Constitución y el legislador con el objeto de resolver de manera equilibrada las tensiones que entre ese principio y el de constitucionalidad surgen cuando se declara la invalidez de una ley<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Véanse, entre otras muchas, las SSTs de 29 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1574); 13 de junio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:4836), y 15 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5880).

<sup>3</sup> Véanse, por todos, Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299; María Consuelo Alonso García, «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240; Eduardo García de Enterría, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147.

<sup>4</sup> Vid. los arts. 161.1.a) CE y 40.1 LOTC.

Seguramente por ello, esa responsabilidad ha sido objeto de múltiples recortes jurisprudenciales y legislativos con posterioridad<sup>5</sup>. El Tribunal Supremo ha estimado, en primer lugar, que la Administración no responde cuando el Tribunal Constitucional, al anular la ley en cuestión, estableció que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, únicamente habían de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la declaración inconstitucionalidad aquellas que, a la fecha de publicación de ésta, no hubiesen adquirido firmeza<sup>6</sup>. El Supremo también consideró inicialmente que esa responsabilidad no era aplicable a los daños ocasionados por reglamentos ilegales o leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, pues a su juicio estos casos no eran análogos, a pesar de que era evidente que sí existía una analogía. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea así lo declaró en su Sentencia *Transportes Urbanos* de 2010<sup>7</sup>. El Tribunal Supremo se vio por ello obligado a rectificar. La rectificación consistió en una «igualación por arriba», es decir, en extender a las leyes contrarias al Derecho comunitario su jurisprudencia relativa a las leyes declaradas inconstitucionales<sup>8</sup>.

5 Para más detalles, Gabriel Doménech Pascual, «La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, 31, 2018, pp. 411-427.

6 Véanse, entre otras, las SSTs de 1 de julio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4614); 8 de julio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4821); 18 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5560), y 2 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:552). Sobre esta jurisprudencia, Gabriel Doménech Pascual, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28.

7 STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08).

8 STS de 17 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4976). Sobre la referida STJUE y la posterior reacción del Tribunal Supremo, María Consuelo Alonso García, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comu-

Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJ-SP), somete esta responsabilidad al cumplimiento cumulativo de varias condiciones sumamente restrictivas, que hacen muy difícil que los perjudicados puedan obtener una indemnización<sup>9</sup>. Especialmente relevantes son las tres condiciones siguientes:

1ª. Deben cumplirse todos los requisitos legalmente previstos con carácter general para que las Administraciones públicas respondan patrimonialmente (existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado, antijurídico, causado por el funcionamiento de los servicios públicos, etc.).

2ª. La Administración únicamente responde si el perjudicado obtuvo una «sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño» y, además, alegó la co-

nidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81; Carmen Plaza, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence. Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3:2, 2010, pp. 27-51; José María Rodríguez de Santiago, «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

9 Véanse, por ejemplo, las críticas de Roberto Galán Vioque, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2, 2015; Edorta Cobreros Mendazona, «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339; ídem, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, BOE, Madrid, 2020, Emilio Guichot, «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 2016, pp. 49-101; Doménech Pascual, «La menguante...», *cit.*; María Consuelo Alonso García e Isaac Martín Delgado, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 143-245.

respondiente infracción de la Constitución o del Derecho de la Unión Europea. En este requisito subyace la idea de que «sólo merece protección el ciudadano activo que lucha por sus derechos y no consiente los daños»<sup>10</sup>. La concreta configuración de esta condición se explica por el tipo de casos en relación con los cuales se planteó inicialmente y se sigue planteando normalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por la aplicación de leyes contrarias a Derecho: se trata, por lo general, de normas que producen efectos jurídicos de manera mediata, a través de resoluciones administrativas dictadas a su amparo. Nótese que este requisito resulta de muy difícil o incluso imposible incumplimiento en los casos en los que las normas consideradas producen efectos jurídicos inmediatamente, sin necesidad de actos administrativos de aplicación (sirvan como ejemplo precisamente las que impusieron el confinamiento domiciliario). De ahí que el Tribunal Supremo considerado que en algunos de estos casos no hace falta cumplirlo<sup>11</sup>.

3ª. Si se ha infringido el Derecho de la Unión europea, se exige adicionalmente que: la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares, la infracción sea suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por los particulares.

### III. La limitación de la responsabilidad establecida por la STC 148/2021

El Tribunal Constitucional ha limitado en numerosas ocasiones la posibilidad de revisar las situaciones jurídicas y los actos firmes nacidos de la ley inconstitucional. El Tribunal ha declarado que el principio de seguridad jurídica justifica que no se revisen las situaciones y los actos jurídicos firmes nacidos en aplicación de ciertas leyes inconstitucionales<sup>12</sup>. Y el Tribunal Supremo, como ya sabemos, ha entendido que, en tales casos, tampoco pueden los afectados exigir responsabilidad patrimonial por los daños que esos actos firmes les hayan ocasionado.

El pronunciamiento efectuado por la STC 148/2021 se diferencia en dos importantes puntos de la jurisprudencia anterior. En primer lugar, esta Sentencia no invoca razones de seguridad jurídica para excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es más, no aduce razón alguna a este respecto. Simplemente afirma de manera apodíctica que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar las medidas declaradas inconstitucionales. En segundo lugar, esta exclusión de responsabilidad no se limita a los daños causados por actos y situaciones que han adquirido firmeza antes de la declaración de inconstitucionalidad, por lo que ha de entenderse que esta exclusión alcanza, en principio, a todos los daños ocasionados por los preceptos en cuestión.

<sup>10</sup> En palabras de Rodríguez de Santiago, *op. cit.*, p. 165.

<sup>11</sup> STS de 9 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3324). Sobre el tema, Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación no administrativa de leyes contrarias a Derecho», *Blog de la Revista de Derecho Público*, 20 de abril de 2021. Véase, también, María Consuelo Alonso García, «El Supremo "alivia" la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, 2021, pp. 179-208.

<sup>12</sup> Violeta Ruiz Almendral, «Los efectos variables de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas tributarias y la imprevisibilidad de sus consecuencias», *Nueva Fiscalidad*, 2, 2020, pp. 73-109.

## 1. Justificación de la exclusión

La primera cuestión que dicho pronunciamiento plantea es la de las razones que eventualmente lo justifican. En nuestra opinión, aquí hay que distinguir entre los dos conjuntos de preceptos que fueron objeto de declaración de inconstitucionalidad.

### A) Confinamiento domiciliario

Cabría aducir al menos tres razones por las cuales la Administración no habría de resarcir los perjuicios que el denominado confinamiento domiciliario causó.

#### a) Daños no individualizados

La más obvia y de mayor peso es que estos perjuicios tuvieron carácter general: todos los ciudadanos los sufrieron, prácticamente en la misma medida. El artículo 32.2 LRJSP dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser «individualizado con relación a una persona o grupo de personas». La justificación de este requisito salta a la vista. Resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la generalidad de los ciudadanos fuera resarcido por los poderes públicos, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no sólo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinarlas. «Compensar» a las víctimas empeoraría paradójicamente su situación. El dinero que les entraría por un bolsillo sería menos que el que les saldría por el otro.

#### b) Falta de relación de causalidad entre la infracción de la Constitución y los daños

Si bien es cierto que el confinamiento domiciliario causó perjuicios a los ciudadanos, cabe poner en duda que exista una relación de causalidad entre su inconstitucionalidad y aquéllos. Cabe pensar que los afectados hubiesen quedado igualmente confinados y, por lo tanto, hubiesen sufrido exactamente los mismos perjuicios si el Gobierno no hubiera cometido la referida infracción. Resulta muy probable que el mismo resultado se hubiera producido si, en vez de haber decretado el estado de alarma, el Gobierno hubiera declarado el estado de excepción previa autorización del Congreso. Así lo sugiere la circunstancia de que éste autorizara varias veces por amplias mayorías la prórroga del confinamiento, cuya adecuación, necesidad y proporcionalidad la STC 148/2021 no pone en duda.

#### c) Inexistencia de una infracción suficientemente caracterizada (negligencia)

Hasta la fecha, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de leyes inconstitucionales ha sido aplicada con un carácter objetivo. Para que la Administración responda, la jurisprudencia no requiere que la inconstitucionalidad sea fruto de una negligencia, de la omisión del cuidado exigible. Recordemos que el artículo 32.4 LRJSP no exige que el legislador haya cometido una «inconstitucionalidad suficientemente caracterizada».

Ello contrasta con la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con lo establecido por el artículo 32.5.b) LRJSP respecto de los daños causados por una ley contraria al Derecho de la

Unión Europea, donde se exige que el incumplimiento de éste sea «suficientemente caracterizado» o, en otras palabras, que la infracción obedezca a una negligencia, a una inexcusable falta de cuidado. No se trata, pues, de una responsabilidad objetiva, sino por culpa. Para justificar esta regla, los Tribunales comunitarios han aducido que el ejercicio de la función legislativa «no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares»<sup>13</sup>. «La exigencia de una violación suficientemente caracterizada... pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables»<sup>14</sup>. Se viene a decir, pues, que la responsabilidad de la Comunidad por la mera ilegalidad de sus actos jurídicos dañosos tendría un efecto inhibitorio sobre el ejercicio de sus funciones, lo que iría en detrimento de los intereses generales comunitarios<sup>15</sup>.

También los Tribunales contencioso-administrativos españoles aplican una regla similar cuando se trata de daños causados por actos administrativos ilegales. Conforme a la llamada «doctrina del margen de tolerancia», para que la Administración responda en estos casos hace falta que la ilegalidad sea el fruto de una «flagrante desatención normativa» o, dicho con otras palabras, de la falta del cuidado exigible. El daño en cuestión sólo es antijurídico –o, dicho con otras palabras, no debe ser soportado por la víctima– cuando es el resultado de una negligencia<sup>16</sup>. Las razones aducidas para justificar esta responsabilidad por culpa son similares a las esgrimidas por la jurisprudencia comunitaria. La aplicación de la regla contraria –responsabilidad objetiva– podría inhibir el ejercicio por parte de las autoridades administrativas de sus potestades dirigidas a proteger los intereses públicos: podría «generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones»<sup>17</sup>.

No nos parece que esta disparidad tenga mucho sentido. No se adivina la razón por la cual el Estado ha de responder ob-

---

el control de las concentraciones que podría ocasionar el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas.

13 Sobre esta jurisprudencia, en sentido favorable, si bien con matices, Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231; Rafael Fernández Valverde, «La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 49-67. En contra, Tomás Ramón Fernández Rodríguez, «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237; Luis Medina Alcoz, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 69-91; David Blanquer Criado, La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 367-370 y 427-461.

17 STS de 5 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:661).

13 STJCE de 25 de mayo de 1978 (HNL y otros, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

14 STG de 3 de marzo de 2010 (Artegolan, T-429/05, § 55).

15 La STPI de 9 de septiembre de 2008 (MyTravel Group, T-212/03, § 42), en un caso relativo al control de operaciones de concentración de empresas, señala que la responsabilidad por la simple ilegalidad «amenazaría con menoscabar la capacidad de la Comisión para ejercer plenamente la función de regulador de la competencia que le confiere el Tratado CE debido al efecto inhibitorio sobre



jetivamente cuando el legislador infringe la Constitución y, en cambio, por culpa cuando es la Administración la que comete una inconstitucionalidad (o cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico) o cuando el legislador viola el Derecho comunitario. Esa responsabilidad objetiva constituye una anomalía, no sólo en el marco del Derecho de la Unión Europea, sino también en el contexto del Derecho público español. Convendría por ello repensarla y, seguramente, abandonarla en virtud de las razones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español aducen con el fin de justificar la regla de la responsabilidad por culpa.

Estas razones coinciden sustancialmente con las presentadas por el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 148/2021 (§ 56) para defender la limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el caso enjuiciado. En su opinión, «en este caso existen valores constitucionales que justifican [la exclusión de esa responsabilidad], al menos en lo que se refiere al... llamado "confinamiento domiciliario". *A través de las normas anuladas se adoptaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la COVID-19 con el fin de salvaguardar la vida y salud de la población que se encontraba gravemente amenazada por esta enfermedad.* El riesgo de contagio era extremo, los hospitales estaban colapsados y se adoptaron las medidas que, en aquel momento, se consideraron las más idóneas para evitar la propagación de la enfermedad. Junto a ello existía una situación de incertidumbre jurídica. *La situación creada no tenía precedentes en nuestra historia constitucional y no había certeza sobre cuál debía ser el cauce jurídico que debía seguirse para imponer estas medidas* (buena prueba de ello es el intenso debate

que se ha suscitado entre los juristas sobre si el estado de alarma era el adecuado para establecerlas o era preciso acordar el estado de excepción). Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerarse constitucionalmente justificado que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. *Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta*» [la cursiva es nuestra].

A nuestro juicio, hay buenas razones para aplicar aquí una regla de responsabilidad por culpa, es decir, para que el Estado no tenga que resarcir los daños ocasionados de manera accidental e ilegal, pero no negligente, al adoptar medidas dirigidas a proteger la salud pública.

Hay una muy abundante literatura sobre las ventajas y desventajas de las reglas de la responsabilidad objetiva y por culpa<sup>18</sup>. La diferencia más importante en este punto seguramente tiene que ver con los efectos de ambas reglas sobre el volumen de la actividad llevada a cabo tanto por los potenciales causantes de daños como por sus eventuales víctimas.

La probabilidad de que se produzca un accidente depende fundamentalmente de dos factores: del nivel de precauciones adoptadas por los potenciales causantes y

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, Hans Bernd Schäfer y Frank Müller Langer, «Strict Liability Versus Negligence», en Michael Faure (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 3-45.



víctimas; y de los volúmenes de su respectiva actividad. Por ejemplo, cuanto menos cuidado lleven peatones y taxistas al circular por la vía pública, y más tiempo circulen por allí unos y otros, más probable es que los segundos atropellen a los primeros.

Bajo determinadas condiciones, cabe pensar que ambas reglas, combinadas con otra regla que excluya la responsabilidad si el causante obró diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, crean en principio los incentivos adecuados para que las personas concernidas adopten el nivel de cuidado exigible. Aplicar un canon u otro resulta irrelevante a estos efectos<sup>19</sup>.

En cambio, ambas reglas influyen de diversa manera sobre los niveles de actividad de las personas implicadas<sup>20</sup>. En un régimen de responsabilidad por culpa, las víctimas soportan el llamado «riesgo residual», es decir, el riesgo de sufrir un accidente a pesar de que tanto ellas como los causantes han actuado diligentemente. Son las víctimas las que soportan los costes derivados de que tanto ellas como los potenciales causantes incrementen su actividad (manteniendo su comportamiento diligente). Esta regla tendrá, por lo tanto, dos importantes efectos. Por un lado, encarecerá la actividad de las eventuales víctimas. Les dará incentivos para no aumentar ésta por encima del punto en el que los costes sociales del aumento superan a sus beneficios, pues, en principio, dichos costes y beneficios recaen íntegramente sobre ellas. Por otro lado, propiciará que los potenciales causantes eleven su nivel de actividad por encima del que sería socialmente deseable, pues los beneficios derivados del aumento recaen en principio sobre ellos,

mientras que los costes son soportados por las víctimas.

En un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan el referido riesgo residual. Esta regla, por consiguiente, encarecerá la actividad de los potenciales causantes. Les dará incentivos para no incrementarla por encima del nivel en el que los costes sociales del incremento superan a sus beneficios. Por otro lado, propiciará que el volumen de actividad de las potenciales víctimas supere el socialmente óptimo, pues, en principio, obtienen los beneficios derivados del exceso mientras que no han de asumir sus costes, que recaen íntegramente sobre los causantes.

Debe notarse que ninguna de las dos reglas crea los incentivos adecuados para que todos los agentes implicados ajusten su volumen de actividad a lo que sería socialmente deseable. La responsabilidad por culpa falla respecto de los potenciales causantes; y la responsabilidad por culpa, respecto de las posibles víctimas. Así las cosas, la responsabilidad objetiva resulta preferible cuando los costes sociales de un exceso de actividad de los primeros superan los costes sociales de un exceso análogo de los segundos, y viceversa. En la práctica, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, la responsabilidad por culpa es la regla general, y la responsabilidad objetiva la excepción, que sólo se aplica cuando los potenciales causantes llevan a cabo actividades anormalmente peligrosas<sup>21</sup>.

Así las cosas, parece razonable aplicar la regla de la responsabilidad por negligencia a los daños causados accidentalmente por el Estado al tratar de proteger la sa-

19 Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004, pp. 177 y ss.

20 Steven Shavell, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

21 Véase, por ejemplo, el art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles on European Tort Law, PETL*), elaborados por el *European Group on Tort Law*.

lud pública contra la COVID-19. Esta regla propicia que las autoridades competentes cometan excesos al ejercer sus potestades con dicho objetivo. Sin embargo, este riesgo parece menos grave que el que implica que las potenciales víctimas se excedan en la realización de actividades que encierran un alto peligro de contagio. De un lado, porque la magnitud de los daños resultantes parece superior en el primer caso. De otro lado, porque varias normas jurídicas –por ejemplo, el principio de proporcionalidad– limitan la posibilidad de que las referidas autoridades incurran en esos excesos. Y los Tribunales pueden verificar si estos límites han sido respetados o no. Todo lo cual reduce seguramente la probabilidad de que se produzcan tales excesos. En cambio, muchas veces resulta extremadamente difícil controlar no sólo que el volumen de actividad de las potenciales víctimas es el socialmente óptimo, sino también si éstas tomaron las debidas medidas de precaución al realizar dicha actividad. Nótese que a los Tribunales les resulta prácticamente imposible verificar, por ejemplo, si los ciudadanos, durante el confinamiento domiciliario decretado durante el primer estado de alarma, salieron demasiadas veces de casa y tomaron las medidas de precaución exigibles a fin de evitar contagios. Aquí resulta más fácil controlar las negligencias y excesos de las Administraciones públicas que los de cuarenta y siete millones de individuos.

Además, la responsabilidad objetiva puede inhibir o retrasar la adopción de las debidas medidas de protección de la salud pública. Al menos dos factores pueden favorecer que las autoridades competentes tomen excesivas precauciones dirigidas a prevenir que sus decisiones sean declaradas contrarias a Derecho por los Tribunales y, en consecuencia, tarden demasiado en tomar aquellas medidas sanitarias o inclu-

so no las tomen. La primera es que el coste de esas precauciones no lo soportan personalmente ellas, sino los contribuyentes. La segunda es que pueden sobrestimar la probabilidad de que sus decisiones sean anuladas.

En el caso concreto considerado, bien puede afirmarse que los preceptos que imponían el confinamiento domiciliario no incurrieron en una inconstitucionalidad suficientemente caracterizada, lo que justificaría que la Administración no resarciera los daños ocasionados por éste. Buena prueba de ello es que cinco Magistrados del Tribunal Constitucional y una gran parte de la doctrina han defendido, con sólidos argumentos, que dichos preceptos eran perfectamente ajustados a Derecho<sup>22</sup>.

## B) Habilitación al Ministro de Sanidad para modificar las restricciones de la libertad de empresa

La STC 148/2021 también declara inconstitucional el artículo 10.6 del RD 463/2020, que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en este Real Decreto. En virtud de tal precepto, por ejemplo, dicho Ministro extendió la suspensión de apertura a «todos los hoteles y alojamientos similares, alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia, campings, aparcamientos de caravanas y otros establecimientos similares, ubicados en cualquier parte del territorio nacional»<sup>23</sup>.

De las tres razones para excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración expuestas en el epígrafe anterior,

22 Ésta es también nuestra opinión. Vid. Doménech Pascual, «Dogmatismo...», cit.

23 Orden SND/257/2020, de 19 de marzo.

la primera es de dudosa aplicación a este caso. Es cuestionable que los perjuicios derivados de la aplicación del artículo 10.6 del RD 463/2020 puedan considerarse «no individualizados con relación a un grupo de personas» (en el sentido del art. 32.2 LRJSP). Estos daños afectaron sólo a determinados grupos de personas, por más que el número de ellas fuera ciertamente muy elevado. Las razones segunda y tercera, en cambio, son plenamente aplicables aquí.

No parece, por un lado, que la inconstitucionalidad del artículo 10.6 del RD 463/2020 constituya una infracción suficientemente caracterizada. El vicio de inconstitucionalidad que la STC 148/2021 achaca a este precepto está lejos de ser evidente o el resultado de una inexcusable falta de cuidado. Es más, en nuestra opinión, dicho precepto no debería haber sido declarado inconstitucional. Debe notarse que ningún precepto de la Constitución o de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), prohíbe que el decreto por el que se declara el estado de alarma habilite a un Ministro o a otras autoridades para desarrollar y, en su caso, modular las medidas previstas en ese decreto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que dicha habilitación vulnera el artículo 116.2 CE, que impone al Gobierno la obligación de informar inmediatamente al Congreso acerca de la declaración del estado de alarma.

Pero esta tesis es muy cuestionable. En primer lugar, porque la referida habilitación no implica por sí misma un incumplimiento de la obligación de información establecida en el artículo 116.2 CE. El Tribunal podía y debía haber efectuado una interpretación del artículo 10.6 del RD 463/2020 conforme con la Constitución. Podía y debía haber entendido que la habilitación hecha en favor del Ministro de Sanidad no

quitaba que el Gobierno estuviera obligado a dar cuenta inmediata al Congreso de las modificaciones correspondientes, a fin de que éste pudiera ejercer su función de control político. En segundo lugar, resulta inverosímil que la referida habilitación impidiera al Congreso conocer y controlar políticamente unas medidas que fueron difundidas ampliamente por los medios de comunicación, publicadas en el Boletín Oficial del Estado y dictadas en virtud de una habilitación prevista en el decreto del estado de alarma, cuya prórroga el Congreso autorizó seis veces.

Por otro lado, tampoco parece que exista una relación de causalidad entre esta infracción de la Constitución y los daños ocasionados por la aplicación del artículo 10.6 del RD 463/2020. Es muy razonable suponer que la ampliación de las restricciones hubiera sido igualmente acordada y prorrogada si el Gobierno la hubiera comunicado inmediatamente al Congreso. La hipótesis contraria es muy inverosímil. En primer lugar, porque resulta altamente improbable que los diputados no conocieran la ampliación. En segundo lugar, porque la abrumadora mayoría de ellos autorizó seis veces la prórroga del estado de alarma y, en particular, del referido artículo 10.6. Y nada hace pensar que el resultado de las votaciones hubiese sido diferente de haber tenido lugar dicha comunicación. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional no cuestiona en modo alguno que la ampliación era apropiada, necesaria y proporcionada para proteger la salud pública.

## 2. Alcance de la exclusión

La STC 148/2021 tampoco precisa ni deja muy claro cuál es el alcance de la exclusión de responsabilidad prevista en su fundamento jurídico 11.c). El Tribunal simplemente declara que dicha exclusión

no afecta a lo dispuesto en el artículo 3.2 LOEAES, donde puede leerse que «quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes».

El Magistrado González Rivas trata de aclarar este punto en su voto particular a la STC 148/2021. En su opinión, «el citado art. 3.2 regula supuestos indemnizatorios derivados de estados de emergencia que sean constitucionales; es decir, regula supuestos en que, a pesar de la constitucionalidad del estado de alarma, proceda acordar tales indemnizaciones». Y, por otro lado, dicho precepto «no reconoce un derecho autónomo a percibir una indemnización, sino que ese derecho surgirá solamente cuando se den los requisitos propios de cada régimen indemnizatorio (el expropiatorio, el de responsabilidad patrimonial de la administración pública, etc.)».

Coincidimos plenamente con González Rivas en que el artículo 3.2 LOEAES no establece un supuesto «autónomo» del derecho a percibir una indemnización del Estado. Este precepto tiene un significado aclaratorio. Pone de manifiesto que los ciudadanos tendrán derecho a ser indemnizados por los daños que les ocasionen las medidas adoptadas durante el estado de alarma si —y sólo si— se cumplen las condiciones establecidas en otras leyes (como las que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas o la expropiación forzosa). Repárese, además, en que la remisión a «lo dispuesto en las leyes» se hace sin distinguir entre ellas, por lo que hay que entender que aquí la LOEAES se remite a todas las que regulan

cualesquiera aspectos del derecho a obtener la correspondiente indemnización: en qué casos nace este derecho; cuál es su contenido mismo; a través de qué procedimientos ha de ejercerse, etc. En consecuencia, las Administraciones públicas sólo responderán patrimonialmente por los daños que dichas medidas hayan causado si se cumplen los requisitos sustantivos y formales previstos a estos efectos en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre.

También coincidimos con González Rivas en que el artículo 3.2 LOEAES contempla, por remisión a otras leyes, la posibilidad de que, en determinados supuestos, las Administraciones públicas deban resarcir los daños ocasionados por la adopción de medidas ajustadas a Derecho. Sería el caso, por ejemplo, de que éstas tuvieran naturaleza expropiatoria. Tal índole tienen, desde luego, las requisas previstas en los artículos 8.1 y 13.c) del RD 463/2020 y 10 de la Ley de Expropiación Forzosa. Pues bien, parece obvio que la exclusión de responsabilidad contenida en el fundamento jurídico 11.c) de la STC 148/2021 no afecta al derecho de los ciudadanos a ser indemnizados en estos supuestos. Si, con arreglo a la ley, los individuos que han sufrido ciertas pérdidas tendrían derecho a obtener una indemnización en el caso de que éstas se les hubieran impuesto en virtud de una medida conforme a Derecho, con mayor razón ostentarán este mismo derecho en el caso de que la medida vulnere el ordenamiento jurídico.

El citado fundamento jurídico 11.c) viene a establecer que, a efectos indemnizatorios, los preceptos declarados inconstitucionales deben considerarse como si fueran conformes con la Constitución. En consecuencia, si la aplicación de estos preceptos causa pérdidas que encajan en alguno de los supuestos legales en los que es obligado resarcir los perjuicios resultan-

tes de actuaciones conformes a Derecho<sup>24</sup>, tales pérdidas deberán ser igualmente resarcidas.

Por una razón análoga, estimamos que lo dispuesto en el fundamento jurídico 11.c) de la Sentencia no excluye la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por actos ilegales dictados en aplicación de los preceptos del RD 463/2020 declarados inconstitucionales, si dichos actos incurren en una infracción del ordenamiento jurídico distinta de la que afecta a estos preceptos. Supongamos, por ejemplo, que algunas de las medidas restrictivas de derechos impuestas por el Ministro de Sanidad al amparo del artículo 10.6 del RD 463/2020 hubieran incurrido en una flagrante e inexcusable desproporción. Cabe estimar que en tal caso las víctimas de semejantes restricciones sí podrían obtener una indemnización por los perjuicios resultantes.

### 3. Implicaciones para casos análogos

La solución establecida en el fundamento 11.c) de la STC 148/2021 y las razones que la sustentan (algunas de las cuales se apuntan en los votos particulares de los Magistrados González Rivas y Xiol Ríos) seguramente podrán aplicarse en otros casos análogos.

#### A) La declaración de inconstitucionalidad del segundo estado de alarma de ámbito nacional decretado para combatir la COVID-19

La STC de 27 de octubre de 2021 estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra las resoluciones que acordaron y prorrogaron el segundo estado de alarma [de ámbito nacional] decretado para combatir la COVID-19: los Reales Decretos 926/2020, de 25 de octubre, y 956/2020, de tres de noviembre, y la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados.

En estas disposiciones se contemplaba: la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (el popularmente denominado «toque de queda»); la limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía (los «confinamientos perimetrales»); la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados; y la limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.

El Tribunal considera inconstitucional la habilitación otorgada a las autoridades autonómicas para «modular, flexibilizar y suspender» la aplicación de las restricciones cuestionadas<sup>25</sup>, habilitación que se parece mucho a la prevista en el artículo 10.6 del RD 463/2020. Así mismo, estima que los seis meses por los que se prorrogó el estado de alarma<sup>26</sup> rebasaban lo constitucionalmente admisible, al impedir durante demasiado tiempo y sin una justificación suficiente que el Congreso controlara las medidas adoptadas y decidiera sobre su mantenimiento. Este vicio guarda un no-

24 Sobre los casos en los que estos perjuicios causados por medidas adoptadas durante el estado de alarma deben ser resarcidos, Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco Velasco Caballero y Beatriz Gregoraci Fernández (eds.), 2021, pp. 291-306.

25 Vid. el art. 10 del RD 926/2020.

26 Vid. el art. 2 del RD 956/2020.

table aire de familia con el que la STC 148/2021 achaca a los preceptos que establecieron el confinamiento domiciliario.

Interesa resaltar que la STC de 27 de octubre de 2021 no aprecia ningún vicio sustantivo de inconstitucionalidad en las disposiciones impugnadas. Es más, dedica varias páginas a argumentar por qué las medidas adoptadas eran adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger la vida y la salud de los ciudadanos y, además, no conllevaban una suspensión de derechos y, por lo tanto, podían establecerse en un estado de alarma.

Con todo, esta Sentencia no efectúa un pronunciamiento semejante al del fundamento jurídico 11.c) de la STC 148/2021, por el que se precisa su alcance a los efectos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ni tampoco contiene una explicación de esta omisión, lo cual resulta algo desconcertante y, como advierte la Magistrada Balaguer Callejón en su voto particular, acaso «deja un espacio abierto a la interpretación excesivamente ambiguo».

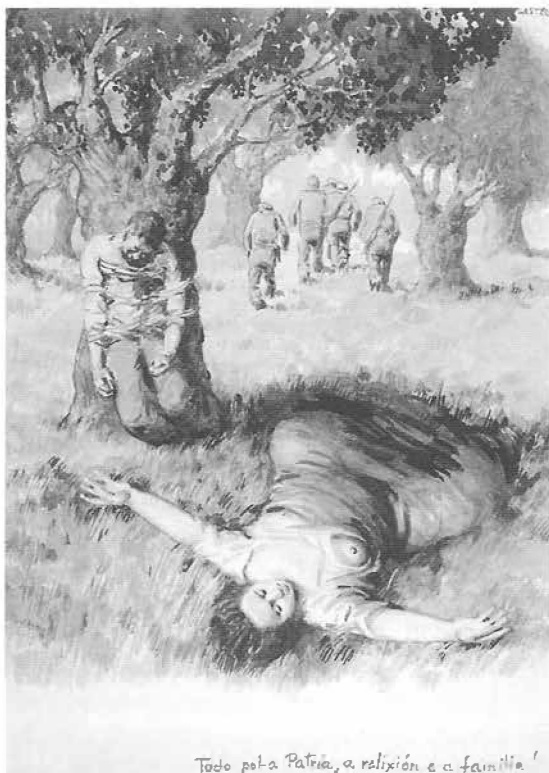
Con todo, creemos que las mismas razones que pueden esgrimirse para justificar el mentado pronunciamiento de la STC 148/2021, en relación con el confinamiento domiciliario, valen igualmente para el caso resuelto por la Sentencia de 27 de octubre del mismo año. También aquí cabe sostener, en primer lugar, que las restricciones impuestas causaron daños de índole general, que afectaron de manera muy similar a prácticamente todos los residentes en el territorio español. En segundo lugar, también aquí puede ponerse en duda la existencia de una relación de causalidad entre los vicios formales de inconstitucionalidad apreciados y los daños en cuestión. En la medida en que las restricciones establecidas eran adecuadas, necesarias y no excesivas para combatir la COVID-19, cabe

razonablemente estimar, con un elevado grado de probabilidad, que hubieran sido igualmente acordadas por las autoridades competentes con arreglo a lo previsto en la Constitución. En tercer lugar, los preceptos cuestionados no incurren, ni mucho menos, en una infracción del ordenamiento jurídico suficientemente caracterizada en el sentido antes expuesto. Así lo indica el hecho de que hayan sido considerados perfectamente ajustados a la Constitución por cuatro magistrados del supremo intérprete de esta norma.

## B) Otros casos análogos

La STC 148/2021 también debería tenerse en cuenta para revisar, repensar y enmendar el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes contrarias a Derecho, que en este y otros puntos presenta numerosas y serias deficiencias<sup>27</sup>. Como ya hemos señalado, carece de sentido que, en el caso de las leyes contrarias a la Constitución, la Administración responda objetivamente, por la mera inconstitucionalidad, y, en los casos de leyes que vulneran el Derecho de la Unión Europea o de disposiciones administrativas ilegales, responda por culpa, sólo cuando la infracción correspondiente es «suficientemente caracterizada». Esta disparidad carece de justificación. Al someter las acciones de responsabilidad derivadas de leyes contrarias al ordenamiento jurídico de la Unión Europea a unos términos más restrictivos que los previstos para las acciones análogas de responsabilidad que traen causa de leyes inconstitucionales, el Derecho español incurre en una violación flagrante del principio de equivalencia consagrado en aquel ordenamiento, con arreglo a la doctrina sentada por el Tribu-

27 Véase Doménech Pascual, «La menguante...», *cit.*



Castelao, *Todo por la patria, la religión e a familia*,  
Álbum "Atila en Galicia", junio de 1937

nal de Justicia de Luxemburgo en el asunto *Transportes Urbanos*<sup>28</sup>. Tampoco tiene sentido alguno que haya que reconocer a la Administración un cierto «margen de tolerancia» para equivocarse sin tener que responder patrimonialmente por ello y, en cambio, no haya que reconocérselo al Parlamento, cuya legitimidad democrática es superior. Las mismas razones que justifican el referido margen en el primer caso son aplicables, con mayor fuerza si cabe, en el segundo.

El legislador debería eliminar esta diferencia y establecer explícitamente para las leyes contrarias a la Constitución la misma

*regla de responsabilidad por negligencia que se aplica, con carácter general, en el Derecho de la Unión Europea y en nuestro ordenamiento jurídico administrativo.*

Aquí se plantea la cuestión de si esta «unificación» del régimen de responsabilidad patrimonial podría hacerse mediante un cambio jurisprudencial. En nuestra opinión, ello sería posible. El hecho de que la LRJSP no condicione explícitamente la responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes inconstitucionales a la existencia de una infracción suficientemente caracterizada de la Constitución no impide, a nuestro juicio, la interpretación que postulamos. El hecho de que esta Ley tampoco supedita la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales a la existencia de una ilegalidad sufi-

<sup>28</sup> Galán Vioque, *op. cit.*; Cobreros Mendazona, *op. cit.*; Guichot, *op. cit.*; Doménech Pascual, «La menguante...», *cit.*; Alonso García y Martín Delgado, *op. cit.*



cientemente caracterizada no ha impedido al Tribunal Supremo supeditarla a través de la «doctrina del margen de tolerancia».

El contraste entre el apartado 5 (relativo a las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, donde se menciona el requisito de la infracción suficientemente caracterizada) y el apartado 4 (relativo a las leyes inconstitucionales, donde aquél no se menciona) del artículo 32 LRJSP revela claramente la voluntad del legislador de tratar de manera diferente ambos casos en este punto. Sin embargo, parece claro que esta diferencia de régimen jurídico es contraria al principio de equivalencia consagrado en el Derecho comunitario.

En virtud de los principios de aplicación directa y primacía del Derecho de la UE, los Tribunales españoles pueden y deben inaplicar por su propia autoridad la referi-

da diferencia de régimen jurídico prevista en la legislación española. A estos efectos tienen dos posibles alternativas: igualar por abajo o por arriba; supeditar la responsabilidad a que exista una infracción suficientemente caracterizada en los dos casos o en ninguno. Puestos a escoger una solución contraria a la voluntad del legislador, pues las dos lo son, creemos que resulta preferible decantarse por la regla general que se aplica en el Derecho español a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por actos administrativos ilegales y en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea a la responsabilidad patrimonial de las autoridades europeas o nacionales por los incumplimientos de este ordenamiento. Ésta es, además, una solución que cuenta con el soporte que le prestan sólidas razones.



Castelao, *Cobardes, asesinos*,  
 Álbum "Galicia Mártir", febrero de 1937