

INTENTO DE COMPARACIÓN ENTRE LOS MODELOS ALEMÁN, FRANCÉS Y ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: ¿EXISTE UNA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR?*

Maria PIA LARNE**

SUMARIO: I Premisa: La responsabilidad del Estado-Legislador en el contexto de la responsabilidad de los poderes públicos. II. Una multiplicidad de modelos de responsabilidad del Estado: la diferenciación con base en el elemento “culpa”. III. La inexistencia de un esquema nacional “típico” y el esbozo de un “paradigma” comunitario de responsabilidad del Estado por actos legislativos: las aspiraciones de la doctrina europea. IV. Consideraciones conclusivas: sobre la configurabilidad de un modelo italiano de responsabilidad del Legislador

I PREMISA: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

EL ARGUMENTO objeto del presente escrito requiere una reflexión preliminar, a fin de aclarar cuáles son los orígenes, los ámbitos y los límites de los problemas que surgen al delinear los caracteres de la responsabilidad de un poder público determinado (el Legislativo) en el ejercicio de su función (la producción de leyes).

La responsabilidad del Estado por actos legislativos, en razón de su esencia misma, presupone la referencia a conceptos fundamentales de la dogmática publicista, como el de *soberanía estatal* como poder ilimitado y el de *ley* como forma de ejercer la soberanía, que representan indudablemente las bases de la forma democrática de Estado. Sin embargo, la afirmación de tal responsabilidad por parte del Legislador implica la completa imputabilidad

* Traducción de Rodrigo BRITO MELGALEJO.

** Doctoranda de la Universidad de Pisa, Italia.

de todos los sujetos públicos para desempeñar sus funciones, como corolario del Estado de derecho.¹

Por tanto, el estudio de la responsabilidad del Legislador implica no sólo una reconsideración de los instrumentos de tutela de los derechos subjetivos del ciudadano frente a las autoridades públicas en general o de la efectiva accionabilidad de sus pretensiones frente a todas las instituciones estatales, sino también una revaloración de las características de los modernos Estados democráticos y pluralistas, así como una redefinición de la forma de *Estado constitucional de derecho*² a la luz de los intentos que se están llevando a cabo para lograr un progresivo crecimiento de los límites al *poder*.

Para estos fines, es esencial el análisis de la evolución del principio de legalidad³ (que sigue siendo el mismo en sustancia, a pesar de las diversas fórmulas que se emplean para expresarlo: desde la fórmula alemana del *Rechtsstaat* a la inglesa del *Rule of Law*), a través del cual la legalidad se convierte en una fuente de legitimación del poder desvinculada actualmente de los límites que en el pasado se le imponían a través del principio de soberanía del Estado.

Sin embargo, “los eventuales límites que en ocasiones encuentra incluso hoy en día [el principio de legalidad] constituyen restricciones que pueden ser retenidas legítimas solamente en los casos en los que se les puede dar una justificación adecuada, con relación a un ámbito determinado y de acuerdo con principios de igual valor a través de los cuales deba ser ponderado”.⁴ Y antes que ningún otro, con el principio de legalidad constitucional, en razón del cual “la soberanía de la ley es sustituida por la soberanía de la Constitución, entendida como el marco de las reglas, como norma superior y fundante, con la que se mide la ley misma, pero no sólo ésta”,⁵ entendiendo que en el contenido (no sólo descriptivo, sino también) *prescriptivo* de la

¹ BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 12.

² Sobre el concepto de “Estado constitucional”, Cfr. HÄBERLE, P. *Per una dottrina della costituzione europea*, en “Quad. Cost.”, 1 (1999), p. 6; así como ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 39, según el cual “La novedad contenida en [la fórmula “Estado constitucional”] es de importancia capital y tiene que ver con la posición de la ley”.

³ Sobre este tema véase, *ex multis*, SORRENTINO, F. *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, *passim*.

⁴ PIZZOURSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, en “Foro It.”, V 2003, p. 178.

⁵ SALMONI, F. *Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, en “Riv. Dir. Cost.”, 2004, p. 111.

Constitución se reconocen los derechos fundamentales y la instauración de un sistema de límites al ejercicio del poder,⁶ o sea de todos los sujetos que ejercen los poderes públicos.

En consecuencia, puede retenerse —y se ha sostenido, en Italia, desde hace mucho tiempo por parte de una ‘reconocida doctrina’—⁷ que la sujeción a controles de legalidad de la actividad del Estado y a controles de legitimidad (y particularmente de legitimidad constitucional) de los actos legislativos y de los actos “políticos”⁸ (o de aquellos actos considerados como tales) permite “un ulterior avance el principio de legalidad incluso frente a la actividad de los poderes públicos organizados con base en el principio democrático”⁹ y abre la puerta al reconocimiento de una responsabilidad del Legislador por el ejercicio de sus funciones.¹⁰

Es en particular con la progresiva apertura del circuito político a los múltiples y diferentes intereses sociales —en conexión recíproca con el

⁶ Al respecto, STAMMATI, S. *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato europea*, en “Rass, Parl”, 1 2005, p. 45, según el cual, con la afirmación de la superioridad sustancial y formal de la Constitución frente a los procesos de formación del derecho y de los mismos productos legislativos, se ha dado “el crecimiento del índice de creatividad de la función jurisdiccional, llamada, en diversas formas, a controlar la regularidad formal y sustancial de la creación del derecho y por tanto a fijar interpretativamente (y, por tanto, dentro de ciertos límites, creativamente) los parámetros sustanciales de esta actividad de control”.

⁷ Basta pensar que ya VITTA, C. *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, en “Arch. Civ. Serafini”, II 1934, pp. 178 y ss. (citado por E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano 2004, p. 14) quien sostenía que: “Existen diversas formas de considerar la responsabilidad del Estado en el derecho interno, según actúe como legislador, como juez o como administración pública [...] La responsabilidad del Estado en materia de legislación puede nacer sólo en aquellos países en que la constitución pone límites al poder legislativo [...] por eso la responsabilidad del legislador constituye un examen de los principios de derecho constitucional sobre poderes del parlamento y sobre derechos fundamentales de los ciudadanos”.

⁸ Esta acepción se encuentra en el artículo 31 del Texto Único de las leyes sobre el consejo de Estado (R. D. de 26 de junio de 1924, n. 1054).

⁹ PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato, Op., cit.*, p. 180.

¹⁰ Al respecto, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en “Foro It.”, V 1970, p. 153 y ss., quien ha criticado los “obstáculos apriorísticos” de una responsabilidad del Legislador, fundados en la referencia al principio de separación de poderes precisando que “este principio no ha sido asumido por la [Constitución italiana], sino más bien, se adoptó el principio, en parte diverso, de *checks and balances*, que requiere el control recíproco entre los supremos órganos constitucionales”.

nacimiento del Estado plural y de varias clases, así como con la relativa predisposición de mecanismos jurídicos que traducen a nivel normativo la nueva complejidad—, que vienen a menos los presupuestos jurídicos y políticos sobre los que se apoya la irresponsabilidad del Legislador en cuanto cambian los términos de la representación política, del producto parlamentario y de la organización del Estado. En razón de estos cambios estructurales y culturales, la doctrina comienza a plantearse el problema de una responsabilidad del Estado por actos legislativos por la eventualidad de que sea dañada la esfera jurídica de los particulares, formulando las premisas para superar la barricada de la arbitrariedad del Legislador.

Desde las primeras reflexiones doctrinales, las cuestiones relativas al fundamento y a los presupuestos de la responsabilidad pública no podían sino ser fuertemente condicionadas por el antiguo dogma (*rectius* de la “atávica convicción”)¹¹ de la incompatibilidad entre responsabilidad y poder (soberano), que ha podido echar raíces sólidas a través de los siglos y en las diversas formas de Estado europeas. Éste es un dogma tan actual, que hoy en día debe admitirse que si bien es cierto que “en un ordenamiento democrático no puede faltar una clara y adecuada responsabilidad para el ejercicio del poder”¹² y que el límite de esta responsabilidad está marcado por el *derecho al ejercicio independiente de la función*, de la misma manera puede decirse que *el equilibrio entre derechos y responsabilidad* es difícilmente realizable (tanto en concreto como en abstracto) a causa de la “fuerte resistencia general del poder de someterse a reglas y, después de haberlas infringido eventualmente, de responder a éstas”.¹³

Desde la perspectiva de esta renuencia (actual) es posible analizar los sucesos (del pasado) relativos a la afirmación del principio de responsabilidad del Estado-administración, de los que se puede reconstruir la historia de la relación Estado-derecho y la trama de las consecuencias del axioma de la existencia de poderes (políticos) exentos de cualquier tipo de juridicidad y,

¹¹ CARRÀ, M. L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime, Torino 2005, p. 17.

¹² CARLASSARE, L. Diritti e Responsabilità dei soggetti investiti di potere, Padova, 2003, p. 3.

¹³ *Ibidem.*, p. 4. Incluso se ha hecho notar que el mayor grado de esta resistencia reside en la máxima expresión de la soberanía: “La garantía se termina cuando el Estado se muestra en su manifestación más alta, la del poder legislativo, que concentra en sí legalidad y legitimidad, racionalidad y ausencia de control” (LOMBARDI, G. *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in “Dir. Pubbl. Comp. Europ.”, IV 2000, p. 1796).

por tanto, de cualquier responsabilidad: lo que es, definitivamente, la historia de la justiciabilidad de las acciones de los poderes públicos, la difícil relación entre violaciones del derecho objetivo y lesiones de las situaciones jurídicas subjetivas, en donde las persistentes e innumerables declaratorias de incompatibilidad entre responsabilidad y poder se traducen en otros vacíos de tutela.¹⁴

Se infiere entonces que, por una parte, los problemas relativos a la responsabilidad pública en general pueden ser adecuadamente expuestos sólo bajo la óptica de la evolución de la compleja relación libertad-responsabilidad-poder mientras, por otra parte, la responsabilidad del Legislador encuentra fundamentos y razones de ser precisamente como resultado último de esta evolución.¹⁵

II. UNA MULTIPLICIDAD DE MODELOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA DIFERENCIACIÓN CON BASE EN EL ELEMENTO “CULPA”

La comparación de las distintas experiencias jurídicas europeas en el campo de la responsabilidad pública se muestra esencial, no tanto porque responde a una exigencia genuinamente cognoscitiva y de reconocimiento relativa al contexto en el que se introduce la reflexión sobre la responsabilidad del Legislador, sino –sobre todo– porque sirve para satisfacer la urgente necesidad práctica de resolver la incógnita fundamental que invalida el sustrato de la temática: la comparación de los sistemas locales de responsabilidad del Estado, a la luz de las características históricas y culturales de los mismos, contribuye a aclarar las razones del nacimiento de la figura de la responsabilidad del Legislador, por primera vez, en el ámbito comunitario y a manifestar los reflejos necesarios de las tendencias jurisprudenciales del Tribunal

¹⁴ Véase al respecto CARRÀ, M. *L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee*, en D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, p. 33.

¹⁵ Sobre el argumento, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari 2001, pp. 18 y ss., sostiene que la identificación del “Estado de derecho” con la dimensión “sustancial” de la democracia (a través de la cual los derechos fundamentales impondrían obligaciones o prohibiciones a la legislación), es decir, con la sujeción del derecho al derecho y la realización del paradigma de la democracia constitucional, viene a menos incluso la “presunción de regularidad de los actos del poder” (y el autor cita la definición ofrecida por L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e Dover essere*, en Id. (editor), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 28.

de Justicia sobre las decisiones de los jueces nacionales, sobre las elaboraciones doctrinales y sobre la futura de los ordenamientos internos de la responsabilidad estatal.¹⁶

El sistema comunitario de responsabilidad del Estado, de hecho, no sofoca las voces nacionales, sino que valora las tradiciones de los Estados incluso mediante la circulación de los modelos jurídicos.¹⁷ De manera que la asimilación del modelo comunitario está destinada a concretarse según el método dialéctico del *aufhebung* hegeliano, esto es, a través de un esfuerzo mayéutico de superación crítica del pasado. Consecuentemente, para que los resultados y las conclusiones que emergen en el ámbito comunitario encuentren una dimensión concreta es necesario que sean recibidos al interior de los ordenamientos nacionales;¹⁸ por otra parte, es el mismo tribunal europeo el que espera que los jueces nacionales (tribunales constitucionales y jueces comunes) cumplan las tareas que tienen atribuidas, por medio de los instrumentos a su disposición (de derecho interno y derecho comunitario) y a través de los procedimientos jurisdiccionales previstos por su ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad, de legitimidad y de mérito), a fin de actualizar el “paradigma comunitario” en el contexto del patrimonio jurídico y cultural del Estado de pertenencia, sin prescindir de los modelos de responsabilidad pública vigentes.

Aunque la experiencia alemana de la Constitución de Weimar (1919) es la que pone en evidencia, antes que cualquier otra, lo inadecuado del dogma de la soberanía y supremacía de la ley respecto a la cambiada realidad social y política; y a pesar de que es precisamente el Tribunal supremo alemán el que instituye el primer control de hecho sobre leyes “arbitrarias” (es decir, que violan la propiedad y el principio de igualdad contemplados en

¹⁶ Según HÄBERLE, P. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, “el tiempo es maduro por una canonización de la comparación jurídica como “quinto” metodo interpretativo” *Ibidem.*, p. 112 de las normas.

¹⁷ Esto es, a través del proceso de la *judicial cross-fertilization*, del que escribe J. Bell, *Mechanism for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe*, en *New directions in European Public Law*, edición de J. Beatson-T. Tridmas, Oxford 1998; de cuya utilidad para el estudio sobre la responsabilidad del Estado es promotor E. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 283 y ss.

¹⁸ “El ordenamiento comunitario dispone de mecanismos de decisión y de órganos legitimados para iniciar los procedimientos relativos, pero no de instrumentos para hacerlos efectivos. Las decisiones de la Unión Europea constituyen título ejecutivo, pero para hacerse valer frente a los organismos jurisdiccionales de los Estados miembros de los que se invoca la tutela del derecho.” (MANFRELOTTI, R. *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, pp. 26-27).

la Constitución),¹⁹ es en Francia donde maduran las primeras teorías sobre responsabilidad del Estado por sus leyes (basta pensar en el análisis de los autores franceses contenido en la ópera de J. Barthélemy de 1907 y, en particular, en la aportación de G. Scelle de 1913); esto en cuanto sólo en Francia la progresiva autonomización de la administración del poder ejecutivo, unida a la gradual extensión de las tareas del Estado y a la ampliación de su poder, potencialmente causativo de daño a los particulares, además del cambio de las relaciones entre administrados y administración, atribuyen un impulso concreto al abandono del principio de irresponsabilidad de los poderes públicos. En este contexto, la jurisprudencia del *Conseil d'État*²¹ inaugura una responsabilidad de los funcionarios públicos por *faute de service e risque exceptionnelle*, utilizada posteriormente como referencia privilegiada de los debates sobre el argumento específico de la responsabilidad del Legislador, pero “sin suscitar, en el plano práctico, todas las iniciativas que en abstracto se hubieran podido esperar como consecuencias de ésta”.²²

Sin embargo, las metas francesas –aun cuando han sido llevadas a las consecuencias extremas de la experiencia española, con la creación de un sistema “absolutamente objetivado” (*rectius* tendiente a este carácter abso-

¹⁹ Fue precisamente a través de la jurisprudencia que se desarrolló sobre el artículo 153 de la Constitución de Weimar (cuyo fin es la tutela de la propiedad y de la expropiación) que en el ámbito del sistema de resarcimiento del daño por lesión de los derechos en cuestión se dio por primera vez la extensión del concepto clásico de expropiación por las operaciones “previstas por la ley” a todas las “situaciones jurídicas patrimoniales” y a los “límites a la propiedad” (sentencias del *Reichsgericht (RG)* del 18 de noviembre de 1921, 22 de febrero de 1924, 13 de diciembre de 1924 y 11 de marzo de 1927). Acto seguido, la responsabilidad fue reconocida incluso en el caso de operaciones antijurídicas (sentencia *RG* del 11 de abril de 1933).

²⁰ Se hace referencia a BARTHÉLEMY, J. *Notes, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'État à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative*, en “Revue du droit public”, 24 1907, p. 92 y ss. y SCELLE, G. *À propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etud sur la responsabilité de l'État à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative*, en “Revue du droit public”, XXX (1913), pp. 657 y ss. citados por R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, op. cit. p. 27.

²¹ Es célebre la decisión del 14 de enero de 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*.

²² PIZZORUSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislative in Italia*, op. cit., p. 175.

luto) está “dirigido” por la responsabilidad de la administración pública, mientras que se desearía prescindir de cualquier criterio de imputabilidad— no contribuyen a definir un modelo completo de responsabilidad del Legislador.

A pesar de esto, con la constatación de los diversos aspectos administrativos y privatistas de la responsabilidad del Estado, es posible obtener un dato de partida cierto: si entre los diferentes modelos no existe una concepción única de responsabilidad del Estado, es porque falta una conformación unitaria de la *culpa*, que sea válida para todas las disciplinas respectivas de responsabilidad de la administración estatal.²³

2.1 Un modelo tendencialmente “subjetivo”: Alemania

El ordenamiento jurídico alemán sobre la responsabilidad pública se funda en una distinción fundamental entre responsabilidad personal de los funcionarios públicos por el ilícito cometido en el cumplimiento de sus funciones (*Amtshaftung*) y responsabilidad del Estado o de las demás autoridades públicas para las que está prevista la indemnización a los individuos sujetos a cargas diferenciadas o “especiales sacrificios”²⁴ en el interés de la sociedad (*Aufopferung*). En esta estructura compleja —que no puede decirse que constituya un “sistema” en sentido propio—²⁵ se distinguen: una responsabilidad estatal indirecta por ilícito extracontractual (según el artículo 34

²³ Según HARLOW, C. *Voices of differences in a plural community*, en AA. VV. , *Convergence and divergence in European Public Law*, edición al cuidado de P. Beaumont-C. Lyons-N.Walker, Oxford 2002, p. 210: “familiar words like fault, with apparently similar or even identical meanings when translated, may be differently understood and applied in different legal cultures”.

²⁴ Tal concepto se remonta al Código general prusiano de 1794: “cada derecho o ventaja individual debe ceder de frente a los derechos y deberes relativos a la persecución del interés público, si existe realmente conflicto entre los dos ... por el contrario, el Estado debe indemnizar a quien está obligado a sacrificar sus derechos y ventajas individuales por el bien común” (§74).

²⁵ En este sentido KARPEN, U. *L'esperienza della Germania* en D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., p. 122. De manera diversa, G. Jaenicke y P. Selmer, *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, en E. Cannada-Bartoli, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Studi di diritto pubblico comparato, vol. IV, Torino 1976, pp. 87-88, quien sostiene que “estas instituciones jurídicas se integran en un sistema unitario, aunque no homogéneo, de responsabilidad”.

del *Grundgesetz*²⁶ y 839 *Bürgerlichesgesetzbuch*)²⁷ derivado de una acción ilegítima y culposa cometida por un sujeto que ejerce una función pública; una responsabilidad estatal dirigida por sacrificio y expropiación (según el artículo 14 GG),²⁸ que implica la indemnización por una acción legítima del Estado, sin importar si es culposa o no.

De este hecho deriva jurisprudencialmente la responsabilidad por cuasi-sacrificio (*Aufopferungsgleicher Eingriff*) y cuasi-expropiación (*einteignungsgleicher Eingriff*), derivada por analogía del art. 14 del GG); además de las ulteriores previsiones normativas específicas de responsabilidad.

Para comprender el sentido de tal coparticipación de más perfiles de responsabilidad para las actividades administrativas de derecho público,²⁹ es necesario considerar cómo, desde 1827, los autores alemanes se han opuesto a la postura teórica que rinde homenaje al postulado de la incompatibilidad entre responsabilidad y soberanía, sosteniendo la validez de una responsabilidad directa del Estado (*Staatshaftung*)³⁰ y contrastando la teoría del contrato de mandato y la construcción privatista que le es subyacente:³¹ según este modelo, el ejercicio ilegítimo del poder soberano obliga a responder al Estado de los daños que deriven de éste, de manera originaria e inmediata en el sentido propio del término.

Sucesivamente, al final del siglo XIX, el modelo de *Staatshaftung* es remplazado por un regreso a la teoría del mandato y, sobre todo, por la afirmación de la teoría del *Fiskus*, por la que el Estado que actúa como poder

²⁶ Este artículo señala: “Si alguien, al ejercer un cargo público que le está encomendado, no cumple con su deber frente a un tercero, la responsabilidad, en primer término, recae sobre el Estado o sobre el ente público en el que éste presta sus servicios”.

²⁷ El § 839 del Código Civil alemán, colocado bajo el título XXV “Conductas ilícitas”, en el libro II sobre la regulación de las relaciones obligatorias, es nombrado “Responsabilidad por violación de deberes de oficina” y establece que: “Cuando un funcionario, intencional o culposamente, no cumpla un deber que le está asignado frente a un tercero, deberá resarcir a este último de todos los daños”.

²⁸ En el que se lee que: “Una expropiación es admisible sólo por el bien de la colectividad. Ésta puede darse sólo por ley o con base en una ley que regule el modo y la medida de la indemnización. La indemnización debe ser establecida mediante una atemperación justa entre los intereses de la colectividad y los intereses de las partes...”.

²⁹ En este sentido JAENICKE, G. y P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione antigiusdica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, p. 87.

³⁰ Con este término se indica comúnmente en Alemania sólo la responsabilidad directa del Estado; de esta última se distingue la responsabilidad directa del funcionario (*Beamtenhaftung*, regulada por el § 839 BGB) y la responsabilidad indirecta del Estado (*Amtshaftung*, regulada por las disposiciones § 939 BGB y el art. 14 GG).

³¹ En este sentido CARRÀ, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

(*hoheitlich*) no es jurídicamente capaz de asumir obligaciones y, consecuentemente, no es sujeto de derechos y obligaciones. Por ende, al Estado soberano no se le puede pedir un resarcimiento, sino sólo al *Fiskus*, que actúa como sujeto privado. Esta última teoría encuentra lugar en el BGB, que entró en vigor el 1º de enero de 1900, al que se ajustan posteriormente los ordenamientos de algunos Estados federales; otros Estados, por su parte, introducen una responsabilidad del Estado indirecta y derivada de la responsabilidad (culposa) del funcionario.

La idea de una responsabilidad pública directa emerge nuevamente a través del resurgimiento de la teoría jusnaturalista del “sacrificio especial” (que en el siglo XIX se afirmó sólo con relación a las actividades legítimas) y su extensión a las actividades ilegítimas a través de la obra de Otto Mayer.³² Su teoría se funda en la idea de que entre Estado y ciudadanos/súbditos se instauran relaciones de derecho público caracterizadas por la sujeción de estos últimos al poder del primero y, por tanto, en la figura de la indemnización de derecho público (*öffentlichrechtliche Entschädigung*) y en el principio general del ordenamiento que impone que sean restaurados los sacrificios especiales (*besondere Opfer*), o bien, aquellas cargas que, como consecuencia de una actividad pública cualquiera (cuyas ilegitimidad/legitimidad y forma son irrelevantes, pudiendo ser incluso una ley) recaigan de modo desigual en un particular, diferenciándolo de la mayoría de los miembros de la sociedad. Esta tesis “parece haber constituido la premisa teórica decisiva para la mezcla, realizada posteriormente por la jurisprudencia, entre instituciones diversas, o bien, entre responsabilidad, expropiación (sacrificio) y conformación (ilegítima) de derechos, ligados entre ellos por la (presunta) coincidencia de fundamento en la *especialidad* del sacrificio impuesto al particular”.³³

El *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia), de hecho, define un modelo publicista de responsabilidad del Estado fundado en la indemnización de sacrificio, creando *ex novo* la figura del *einteignungsgleicher Eingriff* que se extiende a los perjuicios derivados de actividades públicas ilegítimas. Otra figura de creación jurisprudencial, el *enteignender Eingriff*, por su parte, cubre las consecuencias de daño accesorias, no previsibles, ni deseadas, atípicas y accidentales, de actividades legítimas y no culposas incluso si no tienen como fin la expropiación. Por otro lado, el Tribunal Constitucional

³² La obra a la que se hace referencia por parte de la doctrina que lo cita (*Ibidem*, p. 32) es, en particular, el vol. II del *Deutsches Verwaltungsrecht*, I ed., 1896, II ed. 1917, III ed. 1924.

³³ *Ibidem.*, p. 37.

federal (*Bundesverfassungsgericht*)³⁴ redimensiona su aplicabilidad, impidiendo a los jueces ordinarios reconocer directamente una indemnización en ausencia de una regulación legislativa de la misma: de este modo, la *einteignungsleicher Eingriff* asume plenamente los rasgos del *Amtshaftung*, es decir de la responsabilidad por actos ilícitos en sentido estricto, en la que predomina el elemento-culpa.

Precisamente a esta última forma de responsabilidad se dirigió la reforma transitoria de la *Staatshaftungsgesetz* (aprobada el 26 de junio de 1981, pero inmediatamente declarada inconstitucional por violación de la competencia de los *Länder* por la sentencia *BVerfG* del 19 de octubre de 1982), que prevé precisamente la introducción de una forma de responsabilidad directa y originaria del poder público por violación de un deber de derecho público, excluyendo los daños de actividades legítimas y unificando la tutela jurisdiccional.³⁵ A pesar de la reforma constitucional de 1994 del artículo 74 I n. 25 *GG*, a través de la cual se atribuye al *Bund* la competencia legislativa concurrente sobre la responsabilidad del Estado y, no obstante las numerosas presiones en este sentido por parte de la doctrina, aún no se ha aprobado una ley federal de reforma del “sistema” de responsabilidad de los poderes públicos.

La tendencia a la omnicomprensividad del *Amtshaftung* induce a la doctrina alemana³⁶ a encauzar también la responsabilidad del Estado por actos legislativos, sosteniendo que la adopción de una ley inconstitucional constituye la violación de un deber del parlamentario.³⁷

³⁴ Sentencias del *BVerfG* del 14 de julio de 1981, proceso *Pflichtexemplar-Entscheidung*; 15 de julio de 1981, proceso *Naßauskiesungs-Beschulß*; 26 de enero de 1984, y 29 de marzo de 1984

³⁵ Existe hasta hoy, una doble jurisdicción del juez administrativo y del juez ordinario en materia de responsabilidad del Estado en cuanto “después de terminada la fase procesal administrativa es necesario comenzar de frente al juez ordinario el juicio resarcitorio” (de E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, op. cit., p. 111). El Tribunal de Justicia ha retenido que estos perjuicios son contrarios al derecho comunitario (sentencia del 2 de diciembre de 1971, 5/71, proceso *Zückerfabrik Schöppenstedt*).

³⁶ Véase al respecto BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 136, que cita en este sentido a W.-R. Scenke, *Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht*, en “*Deutsches Verwaltungsblatt*”, 1975, p. 126, y en sentido contrario, N. Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlín, 1965, p. 127.

³⁷ Sobre el tema resulta muy útil el análisis propuesto por MANGIONE, G. *La responsabilità da “illecito legislativo comunitario” e il “legislatives unrecht” nella Repubblica Federale di Germania*, en “*Riv. it. dir. pub. com.*”, 1994, pp. 935 y ss.

Es evidente que “la tesis [del *Legislatives Unrecht*] en examen peca de rigidez”³⁸ en cuanto no toda violación legislativa de los derechos fundamentales da vida a una violación de un deber por parte del parlamentario, ni el deber de legislar es directo frente al particular,³⁹ ni la injusticia del daño, derivada de la eventual declaración de inconstitucionalidad, incluye necesariamente la voluntad culpable del Legislador, ni estarían disponibles soluciones satisfactorias para demostrar el elemento-culpa. Estas incongruencias son congénitas al origen de la misma teoría alemana del ilícito legislativo: esta última está construida con disposiciones normativas de derecho común, pensadas explícitamente para las relaciones entre particulares y entre particulares y la administración pública (por una actividad peculiarmente técnica), incompatible con los rasgos del Estado constitucional de derecho y con el modo de concebir la función legislativa (esencialmente política), con el planteamiento democrático-pluralista de los valores constitucionales y con la “razonable ponderación” de los mismos, que es una tarea legítimamente atribuida al Legislador.⁴⁰

2.2 El modelo “compuesto”: Francia

El modelo francés de responsabilidad pública encuentra sus orígenes en el siglo XIX, siguiendo el camino del Estado social de derecho, al que se le atribuye la noción de *service public*, que anuncia la definición de una nueva rama del derecho: con el derecho administrativo nace una regulación ecléctica de la responsabilidad del Estado “en términos de organización de la *responsabilità pour faute* y completamente objetivos de la *responsabilité sans faute*”,⁴¹ fundada por el criterio de igualdad de frente a las cargas públi-

³⁸ BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, op. cit., p. 141.

³⁹ Se sustancia en esta expresión el concepto de *Drittbezogenheit* (la referencia al tercero) sobre el cual es muy ilustrativa la reflexión de M. CLARICH, *Funzione di vigilanza e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione: apertura giurisprudenziali dopo la sentenza S.U. Corte di Cassazione n. 500/99*, en *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, vol. II, pp. 880 y ss., en donde el autor promueve una intervención del legislador italiano dirigido a encauzar la excesiva extensión del área de la responsabilidad de la administración pública con base en el ejemplo alemán.

⁴⁰ Le expresión entre comillas es de BIN, R., *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, en V. Angiolini (editor), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, p. 47.

⁴¹ LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 93.

cas y endurecido por un sustrato cultural socializante muy atento a la figura del perjudicado.

Al inicio del siglo XIX sólo algunas leyes contemplan una forma embrionaria de responsabilidad por culpa de la administración (leyes sobre aduanas, de contribuciones indirectas, sobre ferrovías, correos, etcétera) y sólo la legislación específica sobre trabajos públicos prevé la posibilidad de resarcir los daños; por el contrario, proliferan normas de responsabilidad objetiva, basadas en el esquema de expropiación, que es ajeno a la idea de culpa.

Con la definición del carácter de la *especialidad* (como inaplicabilidad del código civil y negación de una responsabilidad administrativa general y absoluta), regulada por el *Conseil d'État* (considerado aún un órgano de la administración y no de justicia) desde el *arrêt Blanco* (del 8 de febrero de 1873),⁴² y con el cambio de los objetivos de la función del Estado, en el tránsito del Estado legal⁴³ (en el que la administración y el juez se someten a la ley) al Estado de derecho, la formación del sistema de responsabilidad se orienta hacia el cumplimiento de objetivos sociales proclamados por la doctrina.⁴⁴ En tal contexto es determinante la *jurisprudence d'équité* del *Conseil d'État*, que en un primer momento distingue la *faute personnelle* de la *faute de service*⁴⁵ y, sucesivamente, las reconoce como concurrentes⁴⁶ (sin que coincidan nunca). En sustancia, la jurisprudencia define una responsabilidad de la administración pública lejana a criterios privatistas, directa y objetivada, tendiente a favorecer al perjudicado, en una tendencia empírica tal hasta el punto de abarcar incluso el riesgo administrativo.⁴⁷

⁴² En el que se afirma: “La responsabilité qui peut incomber à l'État pur les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier.”.

⁴³ Según la definición de CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie général de l'État*, París 1920, t. I, p. 492.

⁴⁴ Entre otras, es de suma relevancia la teoría de L. Duguit para quien “la soberanía es irreal e inexistente” GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Navarra, 2005, pp. 172 y 173.

⁴⁵ A esta distinción hace referencia el *arrêt Pelletier*, *Tribunal des Conflits*, 30 de julio de 1873.

⁴⁶ En este sentido CARANTA, R. *La responsabilità extracontrattuale della p.a. Sistemi e tecniche*, Milano 1993, p. 167. En particular sobre las decisiones del *Conseil d'État*, 3 de febrero de 1911 y de 26 de julio de 1918, M. WALINE, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, en E. Cannada-Bartoli (editor), *La responsabilità della ppubblica amministrazione*, cit., p. 55, escribe que “el agente y la administración pública eran coautores de un ilícito civil y, a tal título, responsables solidariamente”.

⁴⁷ Es lo que sucede con el *arrêt Cames*, *Conseil d'État*, del 21 de junio de 1895.

A causa de esto, la *responsabilité pour faute* se caracteriza por la subsistencia de factores objetivos predominantes (la función reparadora, la anulación del elemento humano) y por la imposibilidad y/o la inutilidad de buscar la culpa de un solo funcionario al interno de un servicio público (lo que corresponde a la *faute 'resultat'*, una clase de violación de una obligación de resultado correspondiente a la administración pública). Una vez eclipsado el elemento humano, sin embargo, resulta difícil la distinción entre *faute de service* (imputable al funcionario) y *faute du service* (imputable sólo a la administración en su conjunto): “en determinadas hipótesis la *faute de service* corresponde a un *mauvais fonctionnement du service*”⁴⁸ y, acerca del asunto de una sustancial equivalencia de la culpa con la ilegitimidad,⁴⁹ la valoración de la culpa se vuelve objetiva.

A fin de evitar que la constatación objetiva de la culpa tenga siempre una consecuencia bajo el perfil de la responsabilidad, el supremo juez administrativo francés procede a una graduación de la culpa, modelada variablemente conforme a las modalidades de la acción administrativa, obteniendo de ella las dos figuras de *faute lourde* (es decir, de culpa grave, para las actividades administrativas que presentan dificultades de desarrollo) y *faute simple* (o sea de culpa leve, por las conductas —incluso las lícitas— que requieren el pago de una indemnización). Esto consiste en una *administrativización de la culpa*⁵⁰ (porque tal concepto no es adecuado a un parámetro antropomorfo, sino al funcionamiento de la administración pública) que no presupone la formación de un sistema objetivo de responsabilidad, ni —por el contrario— excluye la existencia del elemento-culpa.⁵¹

Por lo que concierne a la determinación del sistema de *responsabilité sans faute*, la actividad empírico-equitativa del *Conseil d'État* logra la ponderación del daño soportable y de las ventajas conexas a la acción administrativa: se da un enrarecimiento de la función sancionatoria de la responsabilidad pública (quedando sólo la reparatoria) e incluso la tendencia desresponsabilizante de la administración. En esta categoría de responsabilidad, aplicable

⁴⁸ CHAPUS, R. *Droit administratif général*, París 1995, p. 1180.

⁴⁹ Ésta es la expresión utilizada por CALZOLAIO, E. *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, op. cit., p. 105 para definir la responsabilidad por culpa del sistema francés.

⁵⁰ La expresión es usada por LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 145.

⁵¹ Al respecto, escribe CHAPUS, R. *Droit administratif général*, op. cit., p. 1215: “Le fait que la responsabilité pur faute soit différenciée selon qu’une faute simple suffit ou qu’une faute lourde est requise n’exclut pas qu’il existe une responsabilité pur faute”.

incluso en presencia de disposiciones legítimas por sí mismas, se distingue entre una *responsabilité pour risque* (en la que se requiere el doble requisito del perjuicio *anormal*⁵² *et spécial*⁵³) y una *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* (en la que la igualdad se considera en sentido sustancial).

No es casualidad que precisamente en el sector de la *responsabilité sans faute* encuentre lugar una responsabilidad por leyes en el caso en que se dé una violación del principio de igualdad de frente a las cargas públicas, por obra de una jurisprudencia⁵⁴ que tiene “el gran mérito... de admitir la posibilidad de reconocer como “daño” en sentido civilista las consecuencias desfavorables que una disposición legislativa puede causar a algunos sujetos privados”.⁵⁵ Seguramente es positivo el esfuerzo de conciliar, en una especie de solución compromisoria, la infalibilidad del Legislador y la necesidad de una medida indemnizatoria, es decir, el principio de soberanía y el de igualdad: para juzgar la responsabilidad del Legislador, el *Conseil d'État*, debiendo/quiendo excluir la culpa (en el incansable intento de afirmar que *le Roi ne peut mal faire*), ha hecho referencia a la gravedad y a la especialidad del daño,⁵⁶ así como a la previsión en la misma ley de la eventual reparación del daño ocasionado.

⁵² “Le dommage anormal est évidemment celui qui excède la ‘norme’, la moyenne des gênes que crée toute vie sociale” MOREAU, J. *La responsabilité administrative*, Paris 1996, p. 99.

⁵³ La especialidad es considerada una noción cualitativa, según el *Conseil d'État*, 31 de marzo de 1995.

⁵⁴ Además del célebre *arrêt –la Fleurette* (*Conseil d'État*, 14 de enero de 1938), véanse también las resoluciones del *Conseil d'État* del 21 de enero de 1944, 3 de enero de 1963, 18 de diciembre de 1981, 14 de diciembre de 1984 y 21 de enero de 1998. Se trata de un restringido número de condenas que, de cualquier forma, tienen un valor ejemplar y una gran importancia teórica, según B. Delfino, *L'esperienza francese sulla responsabilità per danni cagionati da leggi*, en *Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna Villa Monastero, 21-23 septiembre de 2000, Milano 2001, p. 34.

⁵⁵ PIZZORUSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, op. cit., p. 176.

⁵⁶ Según LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 153, “es oportuno remarcar que casi todas las hipótesis de responsabilidad [del Legislador francés] se refieren a actos legislativos definidos en los términos de ley-disposición”, es decir a leyes que no se dirigen a la generalidad de los miembros de la sociedad. En sentido contrario, sobre este tema, BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, op. cit., pp. 35-36, retiene que “Porque se tenga un daño especial...no nos encontramos necesariamente de frente a una ley-disposición” (tesis contraria a la de F. Moderne, *La responsabilità per atti del legislatore e per i trattati internazionali in Francia*, en BARNÉS J. (editor), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria*

Sin embargo, no sólo “la jurisprudencia que condena al Estado a resarcir las consecuencias dañosas de la aplicación de una ley es más ‘espectacular’ que abundante”,⁵⁷ sino también todo el planteamiento ha sido actualmente puesto en discusión por la restauración de la idea de que el Legislador y sus actos puedan ser objeto de un juicio de responsabilidad (por culpa) y no sólo de indemnización: la misma jurisprudencia configura una hipótesis de ilícito estatal.⁵⁸ Por tanto, la doctrina francesa (bajo la influencia del derecho comunitario) invoca la afirmación de una *responsabilité pour faute ‘du fait des lois’*⁵⁹ para superar la sustancial contradicción entre la admisión de una responsabilidad y la ausencia de culpa y para resolver las dificultades del sistema solidario de indemnización, realizando el fin de una mayor responsabilidad del aparato público.

en el derecho europeo y comparado, Madrid 1995, p. 92). Y, por otra parte, parece que el *arrêt Bovero* (*Conseil d’État*, 3 de enero de 1963) puede ofrecer un fundamento adecuado a la tesis de Bifulco, dado que en ese caso el número de las víctimas (susceptibles de ser indemnizadas) es indeterminado.

Sobre la responsabilidad del Legislador por leyes-disposición en el modelo italiano, se reenvía a los *Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, cit, en particular a las relaciones de F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e “valore di legge”*, pp. 103 y ss.; M. RISTUCCIA, *Configurabilità della responsabilità amministrativa?*, pp. 153 y ss.; V. CAIANIELLO, *La responsabilità del legislatore*, pp. 311 y ss.; R. DICKMANN, *Dal principio di legalità al principio di sussidiarietà dei poteri pubblici. Argomenti contro la legittimità degli atti legislativi in sostituzione dei provvedimenti di altre autorità*, pp. 355 y ss.

Al respecto, sin embargo, se señala que el argumento por el que la responsabilidad del Legislador recurriría sólo en caso de leyes-disposición lesivas de derechos de los particulares parece probar demasiado: en tal modo, cada problemática sería simplificada, pudiéndose resolver con una mera transposición del modelo de responsabilidad de la administración pública al Legislador.

⁵⁷ WALINE, M. *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, en E. CANNADA-BARTOLI (editor), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 71. En términos sustancialmente coincidentes CHAPUS, R. *Droit administratif général*, op. cit., p. 1207, afirma que tal responsabilidad es “un lujo que no se usa cotidianamente”. En sentido contrario, cierta doctrina —que no parece del todo condivisible— sostiene que la sustancial desaplicación de la responsabilidad sin culpa al legislador se debe a la “rigidez de los presupuestos” requeridos por el *Conseil d’État*, más que a una actualizada resistencia del principio de soberanía (BUONAURO, C. *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano 2004, p. 262).

⁵⁸ *Tribunal Administratif*, Nantes, 18 de febrero de 1998, *Assoc. Des marais des Olonnes c. Ministre de l’Environnement*, en “Droit Administratif”, 330 1997.

⁵⁹ GUETTIER, C. *La responsabilité administrative*, París 1996, op. cit., p. 30; pero también CHAPUS, R. *Droit administratif général*, op. cit., p. 1255.

2.3 Un modelo aparentemente “absoluto y objetivo”: España

En España, con la creación de un régimen generalizado de responsabilidad objetiva de los poderes públicos, se cumple completamente la finalidad de las premisas desarrolladas en el ordenamiento francés, aunque esto sucede a través de un recorrido histórico, jurídico e ideológico notablemente inestable, incierto y fluctuante.

El “retraso” respecto a las otras experiencias jurídicas europeas se explica fácilmente si se considera que las primeras heridas al dogma “*El rey no puede cometer injusticias*” se presentan sólo al final de un momento histórico de fuertes trastornos sociales (la guerra civil de 1936-1939), cuando se advierte “la exigencia de crear un ‘Estado social y democrático de derecho’” (art. 1 de la Constitución Española),⁶⁰ o sea de garantizar una convivencia pacífica de la comunidad con base en nuevos mitos, símbolos e ideologías (que terminan por ser las del régimen autoritario franquista).

Si bien todavía al final del siglo XX persistía una condición de irresponsabilidad, en la que sólo disposiciones esporádicas y aisladas preveían una indemnización por daños producidos por los servicios del Estado, continuando sin ser aplicadas las disposiciones del Código Civil vigente en esa época,⁶¹ la doctrina española está atenta para recibir las ideas de la ciencia administrativa francesa (en particular las de Duguit), de manera que muy tempranamente también en España se aspira a la categoría de la “especialidad” del derecho administrativo y al reconocimiento legislativo expresado por el principio de la responsabilidad de la Administración.

Sólo con el advenimiento de la Segunda República se dan señas de la formación de un sistema de responsabilidad del Estado, fundamentalmente circunscrito al ámbito local y sin distinciones entre actividades legales e ilegales, pero sustancialmente fundado en el elemento-culpa: con la Ley de Régimen Local del 16 de diciembre de 1950, que prevé la responsabilidad

⁶⁰ LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 177.

⁶¹ Las normas del Código Civil del 23 de julio de 1889 contemplan la posibilidad de reconocer tanto una responsabilidad del Estado por hechos propios (art. 1902) como por hechos de terceros, cuando sean cometidos por “agentes especiales” (art. 1902-1903), pero la interpretación dada por la doctrina y por la jurisprudencia mayoritaria admite sólo que la administración responda únicamente de los daños causados por los agentes especiales: “Hipótesis que es difícil que se presente o exista [y que]...ratificaba de algún modo el privilegio de la inmunidad de la administración...” (J. FERRET, *L’esperienza della Spagna*, en D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*, op. cit., p. 165).

patrimonial directa y la subsidiaria, diferenciándolas según subsista o no la prueba de la culpa del funcionario (art. 406, inc. 2).

La sucesiva Ley de Expropiación forzosa del 16 de diciembre de 1954 contiene las concepciones francesas de la justicia distributiva y el principio de responsabilidad patrimonial, concretando la aspirada “lucha contra las inmunidades estatales”.⁶² Se trata de un sistema de responsabilidad directa (no subsidiaria), general y unitario, relativo a toda actividad administrativa, tanto de carácter providencial como material, por acción como por omisión, privado sustancialmente de toda referencia a la culpa y basado sólo en la necesidad de la demostración de la lesión, imputable causalmente a la actividad o inactividad de la administración.

Este nuevo orden normativo de la responsabilidad —modificado también por la ley del Régimen jurídico de la administración del Estado de 26 de julio de 1957— toma desprevenida a la jurisprudencia que, por tanto, considera las nuevas normas como meras fórmulas estereotipadas y, sobre todo, prefiere utilizar la responsabilidad por culpa del Código Civil. La lenta acción de la idea de la responsabilidad objetiva se da sólo en los años setenta a través de la actuación del *Tribunal Supremo*, que juzga favorablemente las pretensiones de los perjudicados hasta reconocer incluso la posibilidad de resarcir los daños por caso fortuito (TS, 19 de mayo de 1970) y el daño moral (TS, 12 de marzo de 1975), en la óptica de una reparación integral de los perjuicios sufridos por el ciudadano.

Por otra parte, los principios constitucionales de 1978, dirigidos a promover una forma de gobierno solidaria, no hacen sino sancionar lo establecido por el Legislador en los años precedentes, atribuyendo una dimensión real y efectiva a la responsabilidad del Estado.⁶³ En particular, el artículo 9.3 establece la prohibición de la arbitrariedad y el principio de responsabilidad de los poderes públicos⁶⁴ y define uno de los caracteres del Estado social de

⁶² LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 189.

⁶³ En este sentido FERRET, J. *L'esperienza della Spagna*, op. cit., p. 170.

⁶⁴ Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, op. cit., pp. 86-87, sostiene que:

El principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad del legislador [...] sino que es una alusión inequívoca [...] al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben “dar cuenta” a éste de su gestión y “responder” de la objetividad de la misma.

derecho en formación,⁶⁵ mientras que el artículo 106.2 afirma el derecho de los particulares a ser indemnizados, en los términos establecidos por la ley, por cualquier lesión a sus bienes y derechos en el caso de que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Una novedad en la reglamentación de la responsabilidad patrimonial de la administración se da también con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común del 26 de noviembre de 1992, en la que (art. 139.2) el Legislador ofrece una definición puntual del daño sufrido indemnizable (efectivo, valorable económicamente, concreto y referible a la esfera patrimonial del reclamante, de modo que exceda el umbral de tolerancia de las responsabilidades sociales comunes) según las características de la lesión jurídica.⁶⁶

A través de la objetivación de la noción central de servicio público, la jurisprudencia⁶⁷ extiende el ámbito de la fórmula de imputación hasta comprender tanto las acciones como las omisiones, así como la actividad técnica y la discrecional; lo que alimenta el auspicio de una nueva intervención del Legislador, dirigida a limitar la eventualidad del *overcompensation*. El mismo Tribunal Supremo ha utilizado el nexo de causalidad para este fin, en un primer momento, prescribiendo la necesidad de que el daño sufrido por el actor constituya una consecuencia directa, inmediata y exclusiva del funcionamiento (normal o anormal) del servicio público; sucesivamente, especificando que en caso de concurso de la conducta del perjudicado sólo pueda admitirse responsabilidad de la administración a través de la compensación de la culpa con la indemnización,⁶⁸ mientras en caso de una intervención por parte de terceros es necesario evaluar caso por caso si subsiste o no la exoneración de la responsabilidad. La jurisprudencia sobre la legitimidad ha aplicado prevalentemente el criterio del “funcionamiento *anormal* del servicio público” (en el que el efecto lesivo deriva de una prestación defectuosa o errónea del servicio o incluso de la ausencia de la prestación, de tal modo que la ilegitimidad y la ilicitud coinciden) acogiendo las demandas de

⁶⁵ Véase la tesis sobre la “socialización del riesgo” de L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 187 y ss.

⁶⁶ Esta última debe ser, además, antijurídica, no por la forma en que se ocasiona el daño (antijuridicidad objetiva) sino porque el perjudicado no tiene “el deber jurídico de soportarlo” (antijuridicidad subjetiva – art. 141.1 de la LRJAP); en este sentido, TS, 22 de febrero de 1993.

⁶⁷ Sentencias del TS del 7 de abril, 5 de junio y 18 de julio de 1989.

⁶⁸ Sentencias del TS del 17 de febrero y del 14 de septiembre de 1989.

resarcimiento de daños y utilizando precisamente la consideración jurisprudencial del nexo de causalidad.⁶⁹

Por tal razón, la doctrina desea una revaloración del dato subjetivo (en el contexto del funcionamiento normal)⁷⁰ y un regreso a la culpa administrativa como elemento fundamental de la responsabilidad estatal;⁷¹ pero también el que la culpa no sea totalmente suprimida del sistema español de responsabilidad se deduce de la magistral construcción jurisprudencial de la imputabilidad de la acción y del nexo de causalidad, cuyo fin es evitar que se genere una responsabilidad absoluta, más parecida a las medidas de asistencia social⁷² que al modelo europeo de responsabilidad pública.

Según las indicaciones de la doctrina, también la responsabilidad del Legislador español sería encuadrada en el interior de la regulación de la responsabilidad administrativa por actos legítimos aunque no existiera una clara y unitaria reglamentación, un pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad y el fundamento constitucional de esta responsabilidad,⁷³ ni una jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo. Tanto que la ley n. 30 de 1992, reformada por la ley 4/1999, reconociendo que: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos” (art. 139.3), induce a la doctrina a reflexionar sobre las innumerables cuestiones interpretativas en relación al fundamento mismo del sistema de

⁶⁹ Emblemáticamente la sentencia TS del 19 de junio de 1998 ha considerado como imprescindible la presencia de algunos elementos de anormalidad en el servicio público al que se hace referencia para reconocer un nexo de causalidad entre la omisión legislativa y el daño.

⁷⁰ En tal caso los daños no están previstos ni son previsibles y a pesar de esto siempre derivan del funcionamiento del servicio público o de casos fortuitos, esto es, de eventos indeterminados pero inherentes al servicio mismo, que el ciudadano —contrariamente a lo que sucede en el caso de fuerza mayor— no está obligado a soportar.

⁷¹ Al respecto, LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 222, hace referencia al padre fundador del sistema de responsabilidad administrativa en España (GARCÍA DE ENTERRÍA) y a O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la administración*, Madrid 2002, pp. 254 ss.

⁷² Este riesgo es denunciado por GARRIDO FALLA, F. *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, en “Rev. esp. der. adm.”, 1997, p. 188.

⁷³ Aunque parezca que la sentencia TC n. 28 del 13 de febrero de 1997 y la n. 428 del 19 de octubre del 2000 dejen algunas posibilidades para definirla.

responsabilidad español,⁷⁴ al significado de la referencia a los actos legislativos cuya naturaleza no es la expropiación, a la voluntad de auto-limitarse que, según esta ley, debe expresar el mismo Legislador en el acto legislativo emanado o a las aplicaciones jurisprudenciales “desembarazadas” de estos criterios por parte del juez administrativo.⁷⁵

La oportunidad de repensar la absolutización de la objetividad es sobre lo que parece existir un consenso unánime, en primer lugar porque en tal dirección se mueven las demás experiencias europeas, pero con mayor razón porque así lo requiere el paradigma comunitario.

III. LA INEXISTENCIA DE UN ESQUEMA NACIONAL “TÍPICO” Y EL ESBOZO DE UN “PARADIGMA” COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS: LAS ASPIRACIONES DE LA DOCTRINA EUROPEA

Del análisis de los diferentes modelos (alemán, francés y español) de responsabilidad de los poderes públicos, emerge por lo menos un dato inequívoco: los distintos sistemas terminan por converger, en el tentativo de resarcir cualquier daño producto de la actividad de la administración pública, en todos los casos en que se pueda demostrar el nexo de causalidad entre el daño sufrido por el ciudadano y la acción administrativa.⁷⁶

Una vocación común como ésta —que hace explícita la fundamental intersección entre los modelos, en la circulación intercultural que implica toda evolución imperceptible de los ordenamientos jurídicos— es evidente

⁷⁴ Al respecto, GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, op. cit., p. 17, sostiene que: “Aunque es la primera vez que nuestro derecho, desde que entró en vigor la Constitución, se ocupa de reconocer expresamente el derecho de los ciudadanos a que el Estado les repare el daño causado por aplicación de una ley —es un paso más en la conformación del estado de Derecho—, la deficiente y, desde luego, criticable regulación ha reavivado la polémica sobre la titularidad de la responsabilidad y consiguiente obligación de indemnizar.”

⁷⁵ Sobre este último punto en particular se refiere la reflexión fuertemente crítica de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, op. cit., pp. 115 y ss.

⁷⁶ En este sentido, LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 225, quien sostiene que se mueven en el mismo plano el artículo 75 del *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, la jurisprudencia del *Conseil d’État* sobre la *responsabilité sans faute* y el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (así como el art. 46 de la *Legge generale sulle espropriazioni* n. 2359 del 1865, por el modelo italiano).

en los modelos francés y español, en los que se ha concretado el pasaje de los planteamientos originarios de responsabilidad por culpa a sistemas objetivados (*rectius* objetivantes) que ofuscan y minimizan la figura del agente productor del daño para focalizar la atención en la actividad administrativa en sentido estricto (y sobre la coincidencia entre ilegitimidad e ilicitud del acto). En particular, este cambio de perspectiva, si por una parte amplía las coordenadas de tutela del ciudadano frente al poder administrativo, por otra implica necesariamente una “salida inflacionaria” de las acciones de responsabilidad.

A la misma inclinación responde la ampliación de la noción de “sacrificio especial” por parte de la jurisprudencia alemana, dirigida a extender la accionabilidad de las pretensiones del particular incluso en casos diferentes a los que están constitucionalmente protegidos, reconduciéndolos a éstos por analogía (*Aufopferungsgleicher Eingriff* y *Einteignungsgleicher Eingriff*). Pero esta tentativa de extensión de los límites de la responsabilidad del Estado no puede prescindir de la existencia en el ordenamiento alemán de una pluralidad de instituciones de responsabilidad de los poderes públicos (*rectius* de los funcionarios: *Amtshaftung*) todas basadas en el principio de la culpa.

De frente a estas evoluciones sistemáticas generales, la fórmula abstracta de la responsabilidad del Estado por actos legislativos, aun cuando es atribuible conceptualmente al esquema de la responsabilidad administrativa por actos legítimos, está muy lejos de ser consagrada autónomamente en los ordenamientos europeos. Carente de consistencia, veracidad y fundamento, la sostenida existencia de diferentes modelos nacionales de responsabilidad del Legislador; es más, incluso queriendo encontrar un criterio fundamental común a los sistemas de responsabilidad pública español, alemán y francés en el principio de igualdad sustancial,⁷⁷ la responsabilidad del Legislador logra desvincularse de la hegemonía de este principio, quedando sin embargo siempre una hipótesis remota y excepcional, limitada —eficazmente— a los casos (rarísimos) de condena por disposiciones específicas,⁷⁸ que se sirve de una justicia de equidad, extremadamente empírica, y por tanto flexible, indeterminada y carente de referencias normativas ciertas.

⁷⁷ Como sostiene LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 236.

⁷⁸ El presupuesto alemán de la referencia al tercero del deber de oficio, el francés de la anormalidad y especialidad del daño absorbido también por el ordenamiento español responden a la lógica de hacer más directa la relación entre sujeto lesionado y Estado y circunscribir la extensión del resarcimiento para limitar el riesgo de un aluvión de demandas.

Por otra parte, aun cuando se admita (a través de fórmulas vagas y frecuentemente inconsistentes, en su mayoría jurisprudenciales) a una responsabilidad de este tipo se le impone el vínculo de una condición: que sea el mismo Legislador el que prevea la reparación de las lesiones que éste pueda eventualmente ocasionar.

En el sistema alemán, en particular, una ley de reforma del sistema de responsabilidad del Estado —que fue privada inmediatamente de aplicación al ser declarada inconstitucional—⁷⁹ intentaba reconocer la responsabilidad del Legislador “si y siempre que una ley la determine” (art. 5.2).⁸⁰

Construida con base en un sustrato formalista erróneo y desviante, como última teoría, más que lograr demostrar la plausibilidad y la subsistencia de la culpa del Legislador, implica que su actividad sea meramente técnica diferente de la actividad administrativa y asimilable a la de cualquier funcionario público. I es verdad que del Estado constitucional de derecho descende la necesidad de tutelar al máximo grado posible las posiciones jurídicas subjetivas garantizadas en la Constitución incluso frente al poder público y en la forma de la reparación del daño o por un daño producido por un acto legislativo, se mantiene como imprescindible la exigencia de garantizar la libertad del poder parlamentario⁸¹ en los límites establecidos por la Constitución (porque sin ésta no existiría ninguna ponderación razonable de los valores constitucionales).

De frente a los defectos del modelo “administrativizante” alemán, la regulación fundada en la autolimitación —en primer lugar el francés y el español— se muestra imperfecta por la falta de claridad y uniformidad de los regímenes de responsabilidad del Legislador: persiste una ambigüedad de fondo, causada por la centralidad del sujeto perjudicado más que del sujeto que daña, a lo que intenta poner remedio la jurisprudencia (ilustra-

⁷⁹ Se refiere la ley del 26 de junio de 1981, declarada inconstitucional con la sentencia *BVerfG* del 19 de octubre de 1982, sobre la que se puede ver el apartado 2.1

⁸⁰ Del mismo modo, el art. 139.3 de la ley española n. 30 de 1992, sobre el Régimen jurídico de las administraciones públicas, reformada por la ley 4/1999, reconoce la indemnización por la aplicación de actos legislativos a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo “cuando así se establezca en los actos legislativos y en los términos en éstos previstos”.

⁸¹ Al respecto es necesario recordar el pensamiento de Kelsen, H. *La democrazia*, Bologna 1981, pp. 147 y ss. quien afirma:

La lucha por el parlamentarismo fue una lucha por la libertad política, y esto se olvida muy fácilmente hoy, cuando se critica al parlamento de una manera injusta desde muchos puntos de vista. *Ibidem.*, p. 149.

tiva pero esporádica, ejemplar pero infructuosa) del *Conseil d'État* y (vasta, pero inadecuada e “incompetente”)⁸² del juez administrativo español.

Y, por ello, encuentra fundamento “la imposibilidad –podría decirse casi– ontológica de alcanzar un sistema exclusivamente nacional de responsabilidad del Estado legislador”.⁸³ De hecho, el único límite realmente existente a la soberanía legislativa en el derecho interno es “un hetero-límite”.⁸⁴ la nueva figura del ilícito formulada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE.

De frente a ésta las experiencias (en particular las tomadas en consideración en este trabajo) muestran no sólo sus defectos originarios, sino también las dificultades al recibir el nuevo paradigma en el contexto más amplio de la responsabilidad de los poderes públicos, en donde parece haberse formado una *zona franca* para el Legislador.

En el ámbito comunitario, de hecho, la condena de los Estados miembros por la falta de cumplimiento de las obligaciones normativas que derivan de las fuentes comunitarias se da con la sentencia *Francovich*,⁸⁵ con la que se distinguen por primera vez los medios de garantía a disposición del ciudadano para la tutela eficaz de las posiciones jurídicas que le son reconocidas por el ordenamiento comunitario, incluso por una eventual acción (o inercia) normativa del Legislador nacional (o regional). Con tal jurisprudencia se pone en marcha un proceso de definición del *sistema general* de responsabilidad del Estado⁸⁶ al interior del mismo derecho comunitario y de sus

⁸² En estos términos la define GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, op. cit., pp. 116 y ss.

⁸³ LAZARI, A. Paradeigma e logoi: la responsabilità dello Stato legislatore e i destini dell'Europa, en “Riv. dir. civ.”, II 2002, p. 141.

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 259.

⁸⁵ TJCE del 19 de noviembre de 1991, causas reunidas C-6 e C-9/90, con la que el Tribunal de Justicia establece los tres requisitos siguientes: la directiva debe atribuir de manera suficientemente clara y precisa los derechos a favor de los particulares; el contenido de estos derechos debe poder individuarse con base en las disposiciones de la directiva, y debe subsistir un nexo de causalidad directo entre la ausencia o errónea trasposición de la directiva y el daño sufrido por los sujetos lesionados (así lo señala P. GAROFOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, en P. GAROFOLI – A. Liberati (editor), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Trattati edición de P. Cendon, Milano, 2005, p. 119).

⁸⁶ Se trata de un sistema constituido por el “principio general reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a través del cual una acción o una omisión ilegítima implica la obligación de la reparación del daño causado” (Tribunal de Justicia CE, 5 de marzo de 1996) y al principio de unidad e inescindibilidad de la responsabilidad del Estado por el que no es relevante que la violación en la que ha tenido origen el daño sea

instituciones,⁸⁷ que persigue la ulterior finalidad de imponer con mayor rigor y puntualidad el respeto del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Sucesivamente, con la sentencia *Brasserie du pêcheur*,⁸⁸ el Tribunal de Luxemburgo amplía el límite de la institución hasta comprender toda violación del derecho comunitario (y no sólo la falta de actuación de las directivas *non self executing*); además, refiere la acción de responsabilidad extracontractual de la Comunidad según el art. 288 del Tratado CE⁸⁹ a fin de precisar sus presupuestos.

En ausencia de una normativa positiva sobre la responsabilidad de los Estados miembros por actos y omisiones del Legislador, la Corte se vale no sólo de los principios propios del ordenamiento comunitario, sino también y sobre todo de los comunes a los diversos sistemas nacionales, entendiendo que “es en el ámbito de las normas de derecho nacional relativas a la responsabilidad que el Estado debe reparar las consecuencias del daño provocado, siempre entendiéndose que las condiciones fijadas por las normas nacionales en materia de reparación del daño no pueden ser [...] tales que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener el resarcimiento.

imputable al poder legislativo, judicial o ejecutivo (en este sentido E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria*, en “Danno e resp.”, (2003), p. 726).

Véase al respecto la sentencia *Köbler* TJCE del 30 de septiembre de 2003, causa C-224/01, sobre la responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario por parte de un órgano jurisdiccional, sobre la cual puede acudir al comentario de E. Scoditti, “*Francovich*” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, en “Foro It.”, IV (2004), pp. 4 y ss.

⁸⁷ FUMAGALLI, L. *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 240, niega que se pueda hablar de una “creación” de tal forma de responsabilidad.

⁸⁸ TJCE 5 de marzo de 1996, causas reunidas C-46 y 48/93, en la que la Corte de Justicia se pronuncia sobre algunas cuestiones prejudiciales concernientes a los presupuestos de la responsabilidad del Estado hacia los particulares por daños derivados de la violación del derecho comunitario imputable a éstos.

⁸⁹ En este sentido BUONAURO, C. *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, op. cit., p. 51, que evidencia el paralelismo entre requisitos exigidos por la sentencia *Francovich* y los requeridos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el art. 288 (antes 215) del Tratado CE: la condición del carácter preciso y definido del derecho reconocido por una norma suficientemente caracterizada postula que se dé “una violación grave y manifiesta” de los límites impuestos al poder discrecional de los Estados miembros (este carácter es definido ulteriormente por las sentencias: TJCE del 15 de junio de 1999, causa C-140/97 en materia de “viajes todo incluido”; caso *British Telecom*, causa C-392/93; casos *Dinkavit* y *Brinkman*, TJCE 17 de octubre de 1996, causas reunidas C-283/94 y C-291/94; caso *Dillenkofer*, TJCE 8 de octubre de 1996, causas reunidas C-178/94, C-188/94, C-109/94.

El Tribunal de Justicia, por lo tanto, es artífice del doble proceso de circulación de los modelos (en la fase ascendente y en la descendente) por el que, por una parte, la elaboración comunitaria del los hechos ilícitos del legislador asume las características comunes de los diversos esquemas de responsabilidad estatal y, por otra, las aspiraciones tendientes a la introducción en los ordenamientos nacionales de una forma de responsabilidad del Legislador son *fomentadas* por las ordenanzas jurisdiccionales comunitarias.⁹⁰

A causa de esto, se retiene *imposible* que la verificación de la responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario esté subordinada a la subsistencia de un coeficiente subjetivo, sea de dolo o culpa en la conducta lesiva,⁹¹ porque la prueba concreta de este último agravaría ulteriormente (*rectius* inútilmente) los procedimientos nacionales de tutela de los derechos del ciudadano comunitario.⁹² Partiendo del presupuesto de que el acto normativo interno (o su omisión) tiene como fin la tutela de los intereses (superiores) proclamados en el ámbito comunitario y que su ilicitud (esto es, la no correspondencia a los principios comunitarios) sea *suficiente* para evidenciar la responsabilidad del Legislador, la jurisprudencia europea no

⁹⁰ La sentencia *Brasserie du pêcheur*, aquí citada, continúa con la perentoria afirmación de que "...las restricciones que se regeneran en los ordenamientos jurídicos internos en materia de responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas, consecuente al ejercicio de la función legislativa, pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio, por parte de los particulares, del derecho al resarcimiento, como está garantizado por el derecho comunitario, por daños resultantes de la violación a este último".

⁹¹ Con relación a la compatibilidad entre el modelo general de la responsabilidad aquiliana según el ordenamiento italiano y la particular forma de vinculación entre el derecho comunitario por parte de un Estado miembro, parece oportuno hacer referencia al caso Palmisani, sentencia TJCE del 10 de julio de 1997, causa C-373/95 y el caso *Maso-Gazzetta* c. INPS, TJCE del 10 de julio de 1997, causas reunidas C-94 y C-95/95. La doctrina obtiene de las tres resoluciones citadas el carácter residual de la acción resarcitoria que se configura sólo "para los casos en los que los beneficiarios demuestren la existencia de daños ulteriores por no haber podido gozar a su tiempo de ventajas pecuniarias garantizadas por la directiva" (R. Conti, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, en "Danno e Resp.", (2003), p. 840).

⁹² Para un examen problemático de los "mecanismos efectivos de tutela jurisdiccional y para-jurisdiccional de los derechos del hombre" en el ámbito comunitario, véase FERRARO, A. *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti nello spazio giuridico europeo*, "Riv. it. dir. pub. com." 2 2005, pp. 503 y ss.

retiene necesaria ninguna indagación sobre su culpabilidad⁹³ (puesto que no sólo continúa siendo *vigoroso* en los ordenamientos nacionales el antiguo dogma por el cual ninguna culpa puede subsistir en donde existe una amplia discrecionalidad legislativa, sino que ni siquiera existe *una sola* noción de culpa automáticamente subsumible en el caso comunitario).

Por otra parte, en la elaboración de un sistema *tendencialmente* objetivo, la jurisprudencia del Tribunal comunitario no persigue la absoluta objetividad de la imputación y, por tanto, elabora la fórmula indefinida de la “violación suficientemente caracterizada”, probablemente con el fin de ceder, de cualquier forma, un limitado espacio de acción al juez nacional.

Pues bien, de frente a la jurisprudencia comunitaria, la doctrina europea debe hacer un análisis de las diferencias entre los ejemplos de responsabilidad pública, de la lúcida crítica de los defectos de los esquemas resarcitorios y de la búsqueda ponderada de las soluciones para la problemática de la responsabilidad del Legislador, a fin de encontrar una respuesta concreta que satisfaga a las instancias comunitarias y tutele al ciudadano europeo frente a los poderes públicos (incluyendo al Legislador nacional).

En los lugares en los que existe un control de constitucionalidad fuertemente estructurado y una pluralidad de juicios de frente al Juez de las leyes, la más reconocida ciencia jurídica reflexiona sobre la titularidad de la jurisdicción del juicio de responsabilidad del Legislador, sugiriendo una reforma clara debido a la serie de declaraciones de inconstitucionalidad (es decir una reforma del art. 40 de la LOTC) con base en el presupuesto de que es, por lo menos “insólita la atribución a los Tribunales contencioso-administrativos... de la jurisdicción de tal naturaleza contra el Legislador”.⁹⁴

En Francia, donde el antiguo origen de una responsabilidad de los poderes públicos está unido a una inconstitucionalidad preventiva del acto parla-

⁹³ Al respecto, GAROFOLI, P. *La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, op. cit., pp. 152-153, quien habla de “función ‘protectora’ de la norma comunitaria violada” y de “responsabilidad *sui generis*” por el ilícito del legislador.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, op. cit., p. 111. Del mismo modo, según G. Pérez, el juez administrativo sólo puede instaurar una cuestión de constitucionalidad y esperar que sea declarada inconstitucional para poder otorgar encontrar una posible consecuencia indemnizatoria Ibidem., pág. 141; de la misma manera, F. Garrido Falla sostiene que el único presupuesto de la responsabilidad del legislador es que el daño haya encontrado su causa en una ley declarada inconstitucional. Ibidem., p. 142.

mentario, la doctrina más atenta⁹⁵ se percata de las semejanzas entre uno de los esquemas franceses de responsabilidad de la administración pública y el paradigma comunitario de responsabilidad del Estado miembro y propone, por lo mismo, la referencia a las figuras jurisprudenciales de *responsabilité pour faute*, cuidadosamente elaboradas por el *Conseil d'État*, para asimilarlas a la culpa objetivada de la responsabilidad comunitaria del Estado-Legislator.

Si bien el sistema alemán (y su teoría del *Legislatives Unrecht*) parece a primera vista la más lejana de las señales comunitarias de responsabilidad por actos legislativos por el incansable tentativo de reconducirlo bajo los cánones civilistas, debe tomarse en consideración la forma en que la doctrina publicista alemana ha acogido favorablemente⁹⁶ tanto el proyecto de reforma de 1973 y la previsión de una responsabilidad del Estado por una ley inconstitucional que prescinde de la culpa y que se da “cuando el Legislador no adopte una diversa regulación dentro de dieciocho meses de la declaración de inconstitucionalidad”, como el tentativo de 1981 de introducir una responsabilidad de derecho común incluso por el ilícito del Legislador.

A la luz de este fragmento del vasto panorama de la cultura jurídica europea, lo que resalta es la renovada centralidad del elemento-culpa, en su relación siempre en conflicto con el dogma de la infalibilidad legislativa, no como punto de rompimiento sino como vehículo de interacción entre los diferentes sistemas nacionales, empeñados todos contemporáneamente en un movimiento centrípeto —en algunas ocasiones imperceptible y en otras manifiestamente declarado y más frecuentemente desordenado— hacia la asimilación de las enseñanzas comunitarias en tema de responsabilidad del Legislador y la búsqueda de parámetros⁹⁷ ciertos (con los que aún no se dispone) sobre los cuales fundar la regulación de esta particular esfera de la responsabilidad pública en los derechos internos.

⁹⁵ Se hace referencia a CALVET H. y L. DUBOIS, citados por LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, op. cit., pp. 293 y ss.

⁹⁶ En particular, BOUJONG, K. D. SCHEUING y W-R SCHENKE, citados por BIFULCO, R. *La responsabilità del Estado por actos legislativos*, op. cit., p. 172.

⁹⁷ Sobre la búsqueda de tales parámetros, PIZZORUSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, op. cit., pp. 175 y ss., propone una valoración de la regla del art. 2043 del Código civil italiano y sostiene que: “Non parecería por tanto incongruente un sforzo interpretativo dirigido a construir tal regla como expresión de un principio constitucional no escrito, implícito en toda una serie de disposición de rango constitucional [...] una construcción como ésta podría encontrar también válidos apoyos en el derecho comunitario y en la convención de derechos del hombre”.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: SOBRE LA CONFIGURABILIDAD DE UN MODELO ITALIANO DE RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

Si es verdad que la jurisprudencia comunitaria ha derribado definitivamente el “muro de contención” en defensa del Legislador por lo que se refiere a la responsabilidad por violación del derecho comunitario,⁹⁸ es también indudablemente verdadero que todavía existe mucho camino por recorrer antes de lograr la admisibilidad indiscutible de una responsabilidad por actos legislativos en el derecho interno italiano.⁹⁹

Antes que nada porque las cortes italianas que deben resolver demandas de resarcimiento por ilícitos del legislador en violación del derecho comunitario¹⁰⁰ parece que se quisieron despojar de la tarea de aprender la “lección” del Tribunal de Justicia oponiendo fuertes resistencias a la aplicación de los requisitos impuestos por la jurisprudencia europea. En un punto en el que el *aguijón* europeo casi resultara indiferente de frente a la marcha *esquizofrénica* de la producción jurisprudencial italiana.¹⁰¹

En segundo lugar, la insuficiencia de la jurisprudencia nacional se muestra (no sólo bajo el perfil del *seguimiento* de la sentencia del Tribunal de

⁹⁸ En estos términos se expresa V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, en “Contratto e Impresa/Europa”, 1 (1999), p. 121.

⁹⁹ Para un cuidadoso examen de la temática, con referencia a casos jurisprudenciales concretos, véase la contribución de C. PANZERA, en el volumen *La responsabilità del Legislatore e la caduta dei miti*.

¹⁰⁰ Se hace referencia a la sentencia Cass., sez. lav., 11 de octubre de 1995, n. 10617 (caso *Mariotti*) sobre el que fueron fuertemente críticos los juicios de la doctrina (*ex multis* R. Caranta, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, en “Resp. civ. e previd.”, 2 (1996), pp. 313-319); pero también a la sentencia Cass., 1 de abril de 2003, n. 4915, que parece marcar “un sensible retroceso de líneas” (E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato*, op. cit., p. 722).

La aprobación de algún sector de la doctrina, por su parte, se dirige a la sentencia del Trib. Caltanissetta, 15 de septiembre de 1997 (sobre la que se expresa positivamente G. Lombardi, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, cit., p. 1796), Cass., 11 de junio de 1998, n. 5846 —a través de la cual sería posible advertir “la superación del dogma de la responsabilidad del legislador” (C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, cit., p. 170)— y Cass., 16 de mayo de 2003, n. 7630 (sobre el cual véase el comentario de R. Conti, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., pp. 836-843).

¹⁰¹ Véase la marcha “oscilante” de las citadas sentencias de la Casación: Cass., sez. lav., 11 de octubre de 1995, n. 10617; Trib. Caltanissetta, 15 de septiembre de 1997; Cass. 11

Justicia en relación a la cuantificación concreta del resarcimiento del daño padecido por el particular por la falta de actuación del derecho comunitario, sino) también por la ausencia de una configuración de la responsabilidad por el mal ejercicio del poder de parte del Legislador nacional, cuando produce daños a los particulares.

A menos que se quiera caer en las trampas de la incongruencia y de las contradicciones de predisponer una tutela mayor y más eficaz en el plano del derecho comunitario respecto al plano del derecho interno, debe admitirse la oportunidad de la afirmación de la responsabilidad del *Leviatán*.

Se advierte con esto la necesidad “de frente al condicionamiento legislativo de toda actividad del ciudadano, observable en los ordenamientos contemporáneos”¹⁰² y, sobre todo, “en un sistema como el nuestro, caracterizado por la existencia de mayorías parlamentarias y por coaliciones de gobierno políticamente no homogéneas [donde] se muestra en modo particular la exigencia de la tutela de los intereses consolidados de frente a la “discontinuidad” y a la “contradictoriedad” de las decisiones políticas y, en el ámbito jurídico, esta tutela puede ser en parte llevada a cabo a través del principio de buena fe que vincula al legislador”.¹⁰³

En este punto, por tanto, las reflexiones doctrinarias sobre el fundamento directo de una responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator (ya sea el principio de igualdad entre las cargas públicas, el de imputabilidad del poder público para el ejercicio de las propias funciones, la praxis de la socialización de los riesgos, el principio de tutela de la confianza, el principio de

de junio de 1998, n. 5846; Cass., 1 de abril de 2003, n. 4915; Cass., 16 de mayo de 2003, n. 7630.

¹⁰² MERUSI, F. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, p. 22, según el cual: “El problema de la tutela de las expectativas generadas por el legislador ha emergido demasiado netamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República Federal Alemana y más recientemente en términos aún no depurados, en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana”.

En efecto, la modesta comparación entre los modelos considerados nos muestra cómo ha sido el ordenamiento alemán el más avanzado para proponer una solución (como lo era la ley del 26 de junio de 1981, declarada inconstitucional con la sentencia *BVerfG* de 19 de octubre de 1982) —si bien ineficaz y efímera— a la tutela del daño por una ley inconstitucional: vid supra §§ 2.1 y 3.

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 75, quien sostiene también que la buena fe puede configurarse como principio constitucional no escrito que “como cualquier otro principio constitucional, vincula la actividad del legislador y condiciona, consecuentemente, la legitimidad constitucional de un acto legislativo que menoscaba una situación de confianza” *Ibid.*, p. 270.

irretroactividad de la ley,¹⁰⁴ la regla del art. 2043 del código civil italiano¹⁰⁵ o los impulsos del derecho y de la jurisprudencia europea...) parecen casi *ultronee* de frente a la exigencia de que en el caso de que el ilícito legislativo perpetre una violación de situaciones jurídicas subjetivas constitucionalmente protegidas, el Legislador pueda ser declarado responsable y responder a ellas concretamente.

Si bien es difícil encontrar instrumentos para alcanzar esta meta¹⁰⁶ no puede negarse que una sentencia de la Corte constitucional pueda *abrir el paso* al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.¹⁰⁷

E incluso, con relación a este propósito, parece que es posible adherirse a una tesis realista y difícilmente impugnabile en el plano práctico: la jurisdicción sobre la responsabilidad del Legislador “sólo tendría sentido atribuida al Tribunal Constitucional, único juez del Legislador”.¹⁰⁸

A partir de tal consideración sería oportuno reflexionar sobre el papel que el órgano de justicia constitucional asume en el ordenamiento italiano en la determinación de las consecuencias de una (configurable) responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales: su intervención resulta esencial y es

¹⁰⁴ Principio que tiene “carácter constitucional, independientemente de su inserción en la carta fundamental” según C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, en “Giur. It.”, I (1949), cc. 457-461.

¹⁰⁵ Con relación a la cual PIZZORUSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, op. cit., p. 181, sostiene que:

no parecería incongruente un esfuerzo interpretativo para construir tal regla como expresión de un principio constitucional no escrito, implícito en toda una serie de disposiciones de rango constitucional.

¹⁰⁶ Difícil, mas no imposible, si se considera que la tutela cautelar (anticipatoria o conservativa), permite —al menos en primer término— contrastar los efectos perjudiciales del *fluir* de la realidad material (*periculum in mora*) que se achacaría a la (presunta) situación existente sustancial (*fumus boni iuris*), en el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la que habla el art. 24 Constitucional (al respecto véase F. P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2003, *passim*).

¹⁰⁷ En este sentido BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, op. cit., p. 173. Si bien “no parece imposible elaborar una doctrina de la responsabilidad civil derivada de actos legislativos que ocasionen un daño injusto, incluso independientemente de una declaración de inconstitucionalidad de la disposición legislativa productiva del daño mismo” (PIZZORUSSO, A. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, op. cit., p. 182).

¹⁰⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., p. 111. Es fácil entender por qué razón una teoría como ésta ha encontrado origen en el sistema constitucional español, esto es en un contexto en el que el recurso de amparo para la defensa de los derechos y de las libertades fundamentales ha

insustituible cuanto necesaria, pero ciertamente no suficiente.¹⁰⁹ En particular, en las herramientas a disposición del Juez de las Leyes se puede encontrar fácilmente un medio útil (si bien no resolutivo) para la ponderación de los intereses contrapuestos del reconocimiento del daño del acto legislativo y de la necesidad de poner un freno al temido aluvión de instancias resarcitorias:¹¹⁰ las llamadas *sentencias aditivas de principio*.

Es verdad que, más que colmar el vacío legislativo, estas resoluciones (en mayor medida que otras) lo reconocen y lo substancian.¹¹¹ Sin embargo, a través de éstas, la Corte, verificando la ilegitimidad de un ordenamiento, por una parte, remite al legislador la tarea de restablecer la constitucionalidad violada y de colmar la laguna determinada por la anulación de la norma, y por otra, habilita al juez *a quo* para hacer referencia al principio enunciado en sentencia para preparar una inmediata (aunque efímera) tutela de los derechos lesionados.¹¹²

“exacerbado” la función jurisdiccional del TC y en donde doctrina autorizada actualmente reflexiona sobre la necesidad de un reconsideración del significado de las distintas competencias de la jurisdicción constitucional.

¹⁰⁹ “Toda la jurisprudencia de la Corte resulta influenciada por una doble y contradictoria instancia. Por un lado de la conciencia de que no poder contar con una intervención del legislador, reintegrativo de la exhaustividad del ordenamiento jurídico y que ejecute los principios y los valores de la Constitución, sino también de que no existe ningún instrumento jurídicamente eficaz para sancionar tal inercia o eludir las consecuencias causadas al ordenamiento jurídico por la inobservancia del poder legislativo de su tarea de asegurar a los ciudadanos la exhaustividad del derecho positivo y su plena validez constitucional. Por otro lado con la conciencia de que, al menos por algunas decisiones de la Corte, la acción del legislador resulta indispensable e insustituible...” (FALZEA, P. *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, en A. Ruggeri-G. Silvestri (editor), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, p. 135).

¹¹⁰ En este sentido, R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 175.

¹¹¹ Se trataría por tanto, con mayor precisión, de decisiones aditivas de principio “a rima obligada” sobre las cuales SALAZAR, C. “*Guerra e pace*” nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive “di principio” quali decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali” del legislatore, en A. Ruggeri-G. Silvestri (editor), *Corte costituzionale e Parlamento*, op. cit., p. 269.

¹¹² De hecho, a través de estas decisiones “la Corte, constreñida entre la necesidad de respetar y no invadir el campo reservado a la discrecionalidad política del legislador y la de no mermar su papel de garante del respeto de los principios constitucionales,... declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, limitándose a fijar un principio general que debe ser ejecutado a través de la actuación del legislador, pero al cual puede, dentro

De hecho, precisamente en razón de esta línea por parte de la Corte, al juez ordinario se le ofrecería una ocasión concreta para resarcir al particular el daño derivado de la ley inconstitucional. De tal manera que la declaración de inconstitucionalidad podría configurarse como *instrumento útil*, que “serviría” para garantizar una tutela más eficaz a las instancias de los ciudadanos frente al juez ordinario.

Sin embargo, para que este mecanismo de garantía pueda funcionar sería necesario un doble concepto entre Corte de Justicia y jueces nacionales y entre Corte constitucional y juez *a quo*, en cuanto parece indispensable que el intérprete del derecho interno tenga bien claros los parámetros fijados en Luxemburgo y los aplique al caso concreto a fin de proporcionar una adecuada tutela frente al ilícito legislativo de derecho interno, como sucede frente al juez comunitario.

Ese complejo mosaico de reglas —dentro de este diálogo en el que participen más voces— parece el *código* a través del cual es posible comunicar para descifrar, admitir y, definitivamente, consagrar la existencia de una responsabilidad del Legislador en el ordenamiento italiano, no sólo en caso de violación del derecho comunitario, sino también en la eventualidad de un ilícito constitucional (cuando este último sea oportunamente evidenciado por la Corte habilitada para hacerlo).

de ciertos límites, hacer referencia al juez en la decisión de los casos concretos” (ROMBOLI, R. *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, en S. PANIZZA-A. PIZZORUSSO-R.ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, 2002, p. 267).