

VIGENCIA DEL DOGMA DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. ENSAYANDO BASES PARA UNA TEORÍA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

J. IGNACIO NÚÑEZ LEIVA¹.

Profesor Universidad Andrés Bello.

jinunez@uc.cl

RESUMEN: El presente trabajo contextualiza la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en las teorías del Derecho elaboradas al amparo del constitucionalismo contemporáneo. Sugiere que la Teoría del Derecho en su estado actual configura un espacio fértil para la procedencia del instituto reparatorio por hechos dañosos del legislador.

ABSTRACT: This paper contextualizes the figure of State liability in the legislative function inside the theories of Law developed under contemporary constitutionalism. The paper suggests that the Law theory set up a fertile environment for reparative institute in front of the harmful acts of the Parliament.

PALABRAS CLAVE: Separación de poderes, Responsabilidad del Estado legislador, Estado de Derecho, Constitucionalismo.

KEY WORDS: Separation of powers, Rule of Law, State liability for legislative acts, constitutionalism.

I. PÓRTICO

El de la responsabilidad del Estado ha sido un tema recurrente en el ámbito del Derecho público, la teoría constitucional, la teoría política y, de cierta forma, también para la teoría del Derecho. Decidir y definir como norma o principio el deber del Estado de reparar o compensar las consecuencias de un acto dañoso

¹ Abogado y Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Metodologías de Investigación, Universidad Alberto Hurtado y en Derechos Humanos, Universidad Católica de Uruguay. Post Graduado en Derecho (especialista en Constitucionalismo y Garantismo) Universidad de Castilla La Mancha, España. Cursa la etapa de investigación en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha. Director de Posgrado, Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Miembro y coordinador del *Círculo Nuevas Perspectivas en Derecho Público*. El autor agradece los generosos aportes y comentarios que los profesores Andrea Lucas Garín y Leonel Salinas Muñoz formularon a la versión preliminar de este trabajo presentada en el *Seminario de Investigación Nuevas Perspectivas en Derecho Público*, realizado el día 23 de junio en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Asimismo, agradece también a todos quienes asistieron a dicha actividad. *Recibido el 6 de julio de 2010 y aprobado el 23 de marzo de 2011.*

efectuado por sus agentes requiere un previo pronunciamiento acerca de la posibilidad jurídica de que el Estado cause daño y que aquél sea antijurídico. Tales cuestiones nos reconducen directamente a la teoría política y constitucional, a la del Derecho y a la de la democracia.

Paulatinamente, la tradición jurídica de raíz francesa y en general, la europea continental –de las cuales es abiertamente deudor no sólo el Derecho público de daños sino gran parte del sistema jurídico chileno– han modelado una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado extendida solamente a sus actos jurisdiccionales y administrativos. Dicho modelo, que reserva un espacio de inmunidad al legislador, fue pensado y concretado bajo la vigencia del paradigma del Estado de Derecho decimonónico y de sus respectivas consecuencias en los tres planos teóricos ya mencionados.

Sin embargo, como hace ya tiempo lo proclama la doctrina, asistimos a un cambio de paradigma en el modelo de Estado de Derecho: desde el Estado legislativo hacia el Estado constitucional. Espacio en donde nuevas ideas fuerzan sendas reformulaciones ideológicas, metodológicas y teóricas, por mencionar algunos planos críticos. En este contexto estimamos que resulta interesante plantearse si aquella excepción a la norma general de la responsabilidad patrimonial del Estado reservada a los actos del legislador, elaborada bajo ciertas condiciones y tributaria de cierto modelo, tiene cabida y justificación hoy, cuando tanto condiciones como modelo han cambiado. Opera como hipótesis central de este trabajo la intuición de que la respuesta a la interrogante mencionada debe ser negativa. Verificarla es nuestro propósito.

Tal reflexión se torna crucial en un sistema en cuyo seno no existen precedentes judiciales sobre la materia, en donde la doctrina mayoritaria se inclina a negar la figura y en el cual una relativamente reciente reforma de la Carta Fundamental confirió al Tribunal Constitucional, por primera vez en la historia de la República de Chile, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal vigente, señalando de forma expresa que tal resolución no produce efecto retroactivo.² Efecto que en otras latitudes (vgr. España) ha sido precisamente una de las causas que ha propiciado la recepción de la institución en estudio.

II. ITINERARIO DE TRABAJO

Habiéndose precisado el objetivo de este artículo, nuestro itinerario de trabajo será el siguiente. En primer lugar, efectuaremos un breve excursus acerca de la responsabilidad del Estado, el que nos servirá para ubicarnos en el contexto del

² Sobre el particular, véase NÚÑEZ (2010).

análisis propuesto, destacando la íntima relación entre la responsabilidad del Estado y la subordinación de éste al Derecho. A continuación, analizaremos la extensión que se le ha reconocido a la responsabilidad del Estado bajo el paradigma decimonónico del Estado de Derecho. Para ello e intentando explicar dicha extensión, nos valdremos del contraste que ofrece el comparar los perfiles de la relación Constitución-Ley en los inicios de las tradiciones constitucionales de Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. Proseguiremos con una breve relación de los paradigmas surgidos de la teoría del Estado Constitucional de Derecho, con especial referencia al lugar que en ellos ocupa la ley. Finalizaremos analizando la compatibilidad de las teorías positivas y negativas de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador con las teorías constitucionales contemporáneas.

III. BREVE EXCURSO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En general, en el ámbito del Derecho se utiliza el concepto *responsabilidad* para referirse a la obligación de quien, bajo diferentes títulos, debe hacerse cargo de la reparación de las consecuencias de un hecho ilícito y dañoso. La doctrina se manifiesta conteste en reconocer que la figura de la responsabilidad, como instituto general del Derecho, experimentó evoluciones diversas en el ámbito del derecho público y en el del derecho privado. De hecho, durante tiempo prolongado los intentos de endosar el deber reparatorio por actos dañosos al Estado se construyeron en base a categorías del derecho civil.³

La aplicación del instituto de la responsabilidad al Estado –señala Garrido Falla– tropezó con obstáculos que parecían insalvables. Principalmente, con el dogma de la irresponsabilidad del poder, que arranca de la preconstitucional doctrina del *Ius Eminens*, explicable de forma coherente dentro del contexto del origen divino del poder y que, paradójicamente, se mantuvo incluso cuando los poderes absolutos del príncipe fueron heredados por la soberanía nacional. Ello

³ La doctrina chilena, notablemente influida por el sistema francés, señala que el primer y principal hito en la emancipación de la responsabilidad del Estado desde el dominio del derecho privado sería el fallo “Blanco” del Tribunal de Conflicto Galo de 8 de febrero de 1873. En dicha sentencia se expresó: “que la responsabilidad que puede incumplir el Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares”. De acuerdo a ese fallo, esta responsabilidad tiene sus reglas especiales. La influencia que en la materia el Derecho francés ha ejercido en el sistema nacional se puede constatar al observar el artículo 44 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que establece: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”, disposición que recoge la figura acuñada por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés denominada falta de servicio.

permitió que incluso a finales del siglo XIX Laferriere aún pudiera sostener que “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”.⁴

Fue la paulatina modulación (atribución y limitación) de los poderes públicos mediante el Derecho –hasta la consolidación del Estado de Derecho– lo que permitió, entre otros múltiples efectos, el nacimiento y la progresiva consolidación de la responsabilidad del Estado.⁵

Así, desde la etapa del Estado de Policía y la construcción teórica del Estado Fisco –que permitió lo que a la época parecía imposible: llevar al Estado ante los tribunales–, pasando por los *iura quaesita* (derechos adquiridos de súbdito), las célebres distinciones formuladas por Forsthoff o Hauriou en torno a las diferentes justificaciones y distintos derechos del administrado según sea si el daño sufrido proviene de la actividad lícita o ilícita del Estado y la consecuente independencia conceptual entre compensación y reparación⁶; las formulaciones teóricas que permitieron la transferencia de la responsabilidad por el acto dañoso desde el funcionario hacia el Estado; la personificación jurídica de éste; el surgimiento del concepto de falta de servicio y la sustitución de la responsabilidad subsidiaria del Estado por su responsabilidad directa; hasta el surgimiento de la polémica figura de la responsabilidad objetiva del Estado, el factor causal protagónico ha sido el progresivo sometimiento del Estado al Derecho.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN EL PARADIGMA DECIMONÓNICO CONTINENTAL DEL ESTADO DE DERECHO

Como afirmamos en el punto anterior, la responsabilidad del Estado surgió como una de tantas consecuencias del progresivo sometimiento del poder al Derecho y de la consolidación del Estado de Derecho. Sin embargo, el progresivo control del poder mediante las leyes no supuso, necesariamente, la supresión del poder sino que, con mayor precisión, tal proceso debiera ser caracterizado como una reasignación del poder en el pueblo, como titular, y una redistribución de aquel en instituciones estatales diferenciadas –representantes del poder popular–, con diferentes funciones y distintos grados de autoridad.

⁴ GARRIDO (1997), p. 175.

⁵ Si bien los conceptos de Estado de Policía y Estado de Derecho en un análisis conceptual abstracto denotan un antagonismo profundo, es necesario tener presente, como lo sugiere Zagrebelsky, que “en el desarrollo (histórico) real de los hechos deben darse por descontadas aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran”. Ello hace posible, entonces, hablar de un proceso paulatino y progresivo de sometimiento del poder a Derecho. ZAGREBELSKY (2007), p. 21.

⁶ GARRIDO (1989), p. 9.

La doctrina, señala que la del Estado de Derecho, si bien es una de las expresiones más afortunadas de la ciencia jurídica, contiene, sin embargo, una formulación genérica que indica un valor, pero que no encierra consecuencias precisas ni se vincula necesariamente con una impronta constitucional específica. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que se trata de un concepto amplio y genérico, que tiene múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político. Su genealogía se podría remontar a Platón y Aristóteles y su dicotomía entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, a la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, al pensamiento liberal sobre los límites a la actividad del Estado, a la doctrina iusnaturalista sobre el respeto de las libertades fundamentales, al constitucionalismo inglés y norteamericano o a la tesis de la separación de poderes⁷. Por tanto, su significado requiere ser precisado en función del punto de vista desde el cual se lo analizará.

Para el liberalismo decimonónico, el Estado de Derecho –según la exposición de Otto Mayer– se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración. De este modo, el Estado de Derecho incluía elementos tales como: la representatividad y la efectividad, la existencia de derechos ciudadanos fijados por la ley, la separación de poderes y, en definitiva, la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de la administración.⁸

Como puede apreciarse, la concepción liberal (decimonónica) del Estado de Derecho implica una fisonomía específica de la organización del poder. Pero también, una clara estructuración del sistema de fuentes del Derecho y un depósito de confianza en una fuente de producción en particular: el legislador.

Esta transformación, según se verá, siguió cauces distintos en Europa continental y Estados Unidos de Norteamérica y dichas diferencias abonaron de distinta forma el terreno para las figuras que controlan la actividad del legislador.

A. La relación Constitución-Ley según los principios fundantes del sistema constitucional norteamericano

La independencia de Estados Unidos y el establecimiento de su régimen constitucional y jurídico autónomo, tiene un doble carácter: fundacional en tan-

⁷ FERRAJOLI (2008), p. 856.

⁸ ZAGREBELSKY (2007), p. 23.

to instituye una nueva entidad jurídico-política y de restauración, pues tiende al reestablecimiento de derechos reconocidos por el derecho de la metrópoli, pero que habían sido conculcados por el parlamento.

Se suele citar como uno de los primeros episodios embrionarios de la independencia de los Estados Unidos el Congreso de Nueva York de 1775. El motivo que congregó a los representantes de las colonias en dicha oportunidad, fue el repudio al impuesto establecido por el parlamento inglés al papel sellado. Las *resolutions* adoptadas en tal instancia manifestaban aun una fidelidad al monarca, pero por sobre todo, un rechazo a la política del parlamento de imponer tributos a las colonias vulnerando los derechos de todos los súbditos dentro del reino de la Gran Bretaña. Las desavenencias con el parlamento de la metrópoli, esencialmente económicas, por el establecimiento de tributos, continuaron surgiendo. Y a medida que se intensificaban, cobraba fuerza la idea de la independencia. Esta última se concretó en 1776, mediante su declaración oficial y la inauguración de un movimiento jurídico de autonomía que comenzó el mismo año con los *Articles of confederation* y se consolidó con la dictación de la Constitución en 1787.⁹

Precisamente, el propósito de la generación de un orden político propio tenía como finalidad la protección de esos derechos y para la generación de tal institucionalidad se empleó el Derecho. Sobre el particular, Luis Prieto anota que el establecimiento del régimen constitucional de los Estados Unidos se asocia al proceso de independencia de la metrópoli y que este último viene motivado justamente en una protesta contra las leyes del parlamento británico que pretende fundamentarse en los propios principios del Derecho inglés¹⁰. La lucha no se sostenía contra un antiguo régimen. Las desigualdades que aquejaban a las colonias no eran internas, sino en contraste con los ingleses de la metrópoli. Por tanto, la nueva institucionalidad no venía a remover el orden imperante, sino, en cierta forma, a confirmarlo. No se luchaba por la emancipación de un régimen, sino sólo contra un parlamento que no respetaba los principios básicos del orden establecido. Por ello no se buscaba un legislador omnipotente y virtuoso que liderase las transformaciones libertarias, se pretendía, para resguardar la libertad, limitar al legislador.

Sin embargo, el uso del Derecho tuvo características dignas de ser destacadas. Para resguardar los derechos de eventuales conculcaciones por parte del legislador –y en general de cualquier poder–, se los ubicó en una esfera jurídica que precede al Derecho que puede generar el legislador, como un patrimonio subjetivo autónomo del individuo que debía mantenerse inalterado y protegido. Por ello se los situó

⁹ GARCIA (1984), pp. 327 y ss.

¹⁰ PRIETO (2003), p. 48.

fuera del ámbito de competencia de la ley, en una posición de primacía por sobre aquélla y por sobre todo poder constituido. En un principio, como fundamento constitucional de los poderes del Estado y luego, por la vía de enmiendas al texto originario de la Carta Fundamental.

Ello se aprecia con meridiana claridad en El Federalista N° 78, el cual reza: “Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. (...) No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. (...) Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.¹¹ Doctrina que luego recogerá la Constitución Federal en su artículo VI sección 2, en la cláusula que proclama a la Constitución como *supreme law of the land* y que más tarde serviría de fundamento a la conocida sentencia *Marbury v. Madison*.

Así entendidas las cosas, el poder del Estado deriva de los derechos y no a la inversa. Y a su vez, la Constitución proviene del pueblo.¹² Lo cual permite fundamentar no sólo la ordenación jerárquica del sistema de fuentes del Derecho otorgando primacía a la Constitución en cuanto norma que reconoce los derechos, sino también el sistema de *checks and balances*, como medio de resguardo de aquellos y la revisión judicial de las leyes.

En síntesis y en palabras de Luis Prieto Sanchís, esta es la tradición originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional. Dado su carácter de “regla de juego” y por tanto de norma lógicamente superior a quienes participan en el juego, la Carta Fundamental se erige como jurídicamente superior a las demás normas. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en la limitación del poder político y, particularmente, del que se

¹¹ Velasco (1943), pp. 339 y ss.

¹² GARCIA (2006), p. 50.

considera más peligroso de aquellos: el legislativo, que encarna –ideal pero no necesariamente– la voluntad de la mayoría.¹³

*B. La relación Constitución-Ley según los principios
fundantes de la Revolución Francesa*

La Revolución Francesa, vanguardia, al menos conceptual, del Estado de Derecho europeo y cuna de la formulación más difundida de la separación de poderes, condujo a un diseño institucional, notablemente influido por las ideas de Montesquieu y Rousseau, en el cual la fuente protagónica del Derecho y la política fue la ley¹⁴.

El espacio intelectual de 1789 –señala Prieto Sanchís– se encontraba definido por la intención de generar un orden nuevo que marcara la profunda ruptura con el antiguo régimen. Ello puede apreciarse en su documento fundacional: la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, que contiene un diseño institucional basado en el iusnaturalismo racionalista, en principios “simples e incontestables” que se exponen como verdades evidentes de las ciencias, con un sentido antihistórico que no implica ninguna clase de confirmación o recepción de elementos del pasado y con derechos naturales subjetivos que no dejan espacio a ninguna ley natural objetiva, pues fue precisamente esta última la que sirvió de legitimación al régimen derrocado.¹⁵

En este contexto –continúa el filósofo del Derecho– en el racionalismo del siglo XVIII, algunos, influidos por el pensamiento de Rousseau¹⁶, creyeron que la justicia del Derecho dependía no tanto del respeto a algunos principios inmutables y sustantivos, no tanto de la limitación al poder soberano desde una instancia externa, sino de las cualidades internas del propio legislador. No era, en definitiva, el carácter absoluto e ilimitado del poder lo que lo convertía en peligroso, sino su ejercicio por un sujeto malicioso o incompetente. Al respecto, cabe destacar que el preámbulo de la declaración habla de principios “sencillos e incontestables” que deben orientar los actos de los poderes públicos, en definitiva, principios evidentes. Y se inicia, justamente, afirmando que “la ignorancia, la negligencia, o el desprecio de los Derechos Humanos son las causa de calamidades públicas y la corrupción de los gobiernos”.

¹³ PRIETO (2009a), p. 108.

¹⁴ VILE (2007) p. 198.

¹⁵ PRIETO (2003) p. 54.

¹⁶ En *El Contrato Social* se lee: “Es contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede infringir (...) no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el conjunto del pueblo, ni siquiera el contrato social”.

Por su parte, Zagrebelsky, señala que —en esencia— la Revolución Francesa no fue una causa contra el absolutismo monárquico, lo fue sólo contra la monarquía.¹⁷

Así, con la reasignación de la soberanía al pueblo, su nuevo titular la hereda sin transformar en profundidad las cualidades que al poder absoluto se solían atribuir. El nuevo modelo de legitimidad no repara en los límites al poder, sino en que sea el pueblo quien legisla. Y si los antiguos legisladores no estaban sometidos a límite alguno, tampoco debía estarlo el pueblo ni la manifestación de su voluntad soberana¹⁸. De allí que ninguna otra norma —incluyendo la Constitución— pudiera limitar la voluntad general contenida en la ley.

En abono de lo anterior, el ya citado catedrático español trae a colación el artículo cuarto de la Declaración, en cuanto señala que los límites a los derechos son los propios derechos, pero que es la ley quien determina cuáles son los derechos¹⁹. Lo cual se ve ratificado por la afirmación de Fioravanti en orden a que para el pensamiento francés de la época el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque éste es necesariamente justo.²⁰

Pero el pensamiento de Rousseau no sólo influye en la caracterización de la ley y por tanto en la teoría del Derecho que surge con la Revolución. Impacta además, en la teoría constitucional y en la teoría de la democracia atemperando —e incluso modulando— la formulación de la teoría de separación de poderes sistematizada por Montesquieu. El traslado de la soberanía del monarca a la nación por intermedio de la ley no satisface por sí solo la estructura de ejercicio del poder que requiere el Estado. Solamente sentó las bases y los principios a partir de los cuales la historia constitucional francesa intentó dar respuesta a dicha necesidad. No es el objeto de este trabajo relatar la extensa, variada e interesante evolución del diseño constitucional en Francia. Sin embargo, destacaremos que en ella, desde un comienzo, fue un problema a resolver la eventual divisibilidad de la soberanía, sarcásticamente criticada por el autor del contrato social²¹, y las relaciones entre los poderes o funciones del Estado.

¹⁷ ZAGREBELSKY (2007), p. 25.

¹⁸ Según el artículo 6º de la declaración “La ley es expresión de la voluntad de la comunidad”.

¹⁹ El mencionado artículo reza: *La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.*

²⁰ FIORAVANTI (2007), p. 73.

²¹ Vile, en su portentoso estudio sobre la relación entre constitucionalismo y separación de poderes, trae a colación pasajes de *El Contrato Social*, en los que su autor mordazmente se refiere a la divisibilidad de la soberanía: “según él, estos autores convertían al soberano en una criatura fantástica, compuesta de piezas y trozos diferentes. Como los magos japoneses que desmembraban el cuerpo de un niño y volvían a recomponerlo tirándolo al aire, estos pensadores fragmentaban el cuerpo social y volvían a recomponer sin que sepamos cómo lo hacen. VILE (2007), p. 199.

En efecto, si un hilo conductor se puede extraer de la historia de las constituciones francesas es que cada una de ellas es testimonio de la pugna entre diferentes visiones y formas de concebir las relaciones entre los poderes del Estado. Si bien la propia declaración se ocupó de establecer como dogma la separación de los poderes del Estado, al momento de plasmarla efectivamente en las constituciones es que surgieron los múltiples inconvenientes para precisar la eventual participación que cada órgano podría tener en las funciones de otros entes²². Disputa que se vio favorecida por la constante presencia del fantasma principio monárquico.²³ Sin embargo —y aquí surge lo interesante para nuestro trabajo—, tempranamente se definió que aquella era una dificultad propia de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo y de los controles activos y pasivos que podían ejercer entre sí.

El poder judicial, prontamente fue perfilado como un mero aplicador de la ley y se intentó reducir al mínimo posible la eventualidad de que alterase el contenido de ésta. Ya en 1791 se le prohibió de forma expresa cualquier tipo de revisión de la ley promulgada, sea anulatoria o suspensiva, imperativo que permanece hasta la actualidad. Este hecho da cuenta de una nota distintiva de la teoría de separación de poderes revolucionaria de raíz francesa: la absoluta ausencia de controles heterónomos de Derecho activos o pasivos sobre la labor legislativa y en particular sobre las leyes vigentes. La soberanía de la ley no define sólo sus propiedades cuasi míticas, sino también la teoría constitucional.

Por su parte, el concepto de democracia que surge de la Revolución es, paradójicamente, restrictivo y materialmente ilimitado. Restrictivo, puesto que la participación del pueblo en el gobierno mediante la regla de la mayoría se universalizará en tanto los actualmente partícipes consientan la inclusión de más participantes en el universo electoral, mediante, claro está, decisiones de mayoría. Y materialmente ilimitado, en tanto no contempla normas o valores supremos inviolables o irreductibles, cotos vedados ni ámbitos de lo indecidible. La propia declaración ha señalado que existen derechos naturales, sin enumerarlos ni precisarlos y ha dispuesto también que la imposición de cualquier límite a esos derechos, es resorte de la ley.

Junto a la Revolución surge también el conocido principio de legalidad y el Estado liberal de Derecho, caracterizado por la supremacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los ciudadanos, tal como lo adelantáramos en la

²² Véase: VILE (2007).

²³ Sobre el particular, García de Enterria destaca que, a su juicio, el principal factor que conspiró en contra de la consolidación del concepto normativo de Constitución fue la presencia del principio monárquico, desde la lucha en su contra hasta la restauración de las monarquías que sucedieron a la ruptura impuesta por el ejército de Napoleón. GARCIA (2006), p. 47.

caracterización de Mayer. El Estado liberal es un Estado legislativo que se afirma a sí mismo a través del principio de legalidad. Este último expresa la idea de que ante la ley como acto normativo supremo e irresistible no es oponible ningún derecho más fuerte, sin importar su fuente o fundamento, ni el poder del rey ni el de la administración ni la inaplicación de los jueces ni la resistencia de los particulares en nombre del derecho natural o la tradición, ni mucho menos derechos locales ni privilegios.²⁴

Esta forma de ver las cosas marcará claramente la posición relativa de las fuentes del Derecho y de los poderes del Estado. Para la tradición revolucionaria francesa, la Constitución será un documento que da vida a un programa político específico: el de la soberanía popular. Pero en caso alguno puede llegar a ser un límite a la soberanía del pueblo ni a la ley, ello explica —entre otras cosas— el tardío y particular sistema galo de justicia constitucional.

Por su parte, en este contexto, la separación de poderes se inclinará por reconocer un rol preponderante al órgano legislativo por sobre los otros poderes. Por ello, cuando se genera el reconocimiento jurídico de las hipótesis de responsabilidad del Estado, el deber reparatorio por actos ilegítimos dañosos no se hizo extensivo al legislador, pues aquel determinaba la frontera entre lo legítimo e ilegítimo.

V. EL LUGAR DE LA LEY EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

A. *El constitucionalismo contemporáneo y la ley*

En el plano teórico, el constitucionalismo contemporáneo tiene el afán de describir y destacar los logros de la constitucionalización, es decir, de aquel proceso causado por una revitalizada Constitución, que ha ocasionado una modificación de los sistemas jurídicos respecto de lo existente antes del despliegue del proceso mismo²⁵ y que deviene en el Estado Constitucional de Derecho.

Según Prieto Sanchís, estos conceptos sirven para designar un modelo teórico, pero también para referirse a una forma de organización política que se viene abriendo paso desde mediados del siglo XX, que no necesariamente reúne en todas sus manifestaciones signos de uniformidad, pero sí unos rasgos esenciales que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo, pero sí distinto a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico.²⁶

²⁴ ZAGREBELSKY (2007), p. 24.

²⁵ COMANDUCCI, Paolo, Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico, en Revista Isonomía, N° 16, abril, 2002. p. 97.

²⁶ PRIETO (2003), p. 107.

El cambio mencionado se produce a partir de la introducción de conceptos como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales.²⁷ Ello es el corolario de la fusión de dos tradiciones, la de las constituciones materiales; aquellas que presentan un denso contenido sustantivo integrado por normas de diferente valoración (valores, principios, derechos, directrices) y las constituciones garantizadas, caracterizadas porque su protección o efectividad se encomienda a jueces o, si se prefiere, en su sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar toda infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos. Así, la Constitución se convierte en límite y norma directiva fundamental. Frente al rousseauniano poder constituyente que nunca termina de constituirse –nos dice Prieto– y que desemboca en la superioridad del parlamento y de su ley –lógica básica de los sistemas de raíz francesa–, el poder constituyente toma cuerpo en un texto jurídico supremo, válido, vigente y garantizado²⁸. Todo lo anterior, agregaría Manuel Aragón, ha sido producto de adicionar al concepto liberal de Constitución la impronta social y democrática de Derecho reconociendo su valor de norma jurídica.²⁹

El resultado de esta combinación, señala con contundencia Ferrajoli, es un nuevo modelo de Derecho y Democracia: el Estado Constitucional de Derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho³⁰ y en el cual, siguiendo una clasificación de Guastini, la Constitución es fuente del Derecho en un triple sentido: primero, por contener normas; segundo, por disponer parámetros sustantivos y procedimentales para abrogar y/o invalidar normas inferiores preconstitucionales e invalidar normas posteriores que la contravengan, y tercero –siendo quizás esto lo más destacable–, por entenderse que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y las personas, sino también las que ocurran ente estas últimas, y son por tanto susceptibles de ser aplicadas por cualquier juez y no sólo por el juez constitucional.³¹

El valor normativo pleno de la Constitución produce una serie de consecuencias relevantes, entre ellas, la omnipresencia de la Constitución en lugar de

²⁷ JULIO (2007), p. 148.

²⁸ PRIETO (2007), p. 214.

²⁹ ARAGÓN (2007), p. 35.

³⁰ FERRAJOLI (2007), p. 71.

³¹ GUASTINI (2007), p. 22.

la independencia del derecho infraconstitucional y el fortalecimiento del poder de la judicatura en perjuicio de las facultades del legislador³².

Todo lo anterior claramente altera el paradigma decimonónico del Estado de Derecho y afecta las bases del sistema de fuentes elaborado a su amparo, las de su teoría constitucional y del Derecho, y su concepto de democracia.

Con respecto al sistema de fuentes, la Constitución irrumpe como fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo como fuente de las fuentes.³³ Ello altera la relación Constitución-Ley. De una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde –en palabras de Susanna Pozzolo– la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas³⁴. Lo cual, de paso, nos obliga además a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico, pues la innovación por parte de normas subconstitucionales, de acuerdo a esta nueva lógica, es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la Constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos.³⁵

En lo relativo a la teoría constitucional, las relaciones recíprocas entre las funciones del Estado se alteran sustantivamente. El esquema decimonónico en el cual el legislador se encuentra investido con la capacidad de representar a la soberanía y por tanto, invocar su inviolabilidad, resulta alterado por la aparición de una jurisdicción, ya sea ordinaria o específicamente constitucional, capaz de oponerse al contenido sustancial de sus decisiones, sea impidiendo que se conviertan en Derecho vigente o suprimiéndolas del sistema jurídico con efecto general o particular según sea el caso, encargada de un continuo adecuamiento de la legislación a la Constitución mediante la tutela de las exigencias de la justicia sustancial en cada caso concreto y que se erige como el principal agente racionalizador del sistema jurídico.³⁶ Una función muy difícil de encuadrar en la formulación tripartita de la separación de poderes, e incluso en ciertos casos contramayoritaria.

Por su parte, la democracia operativa dentro del paradigma paleopositivista –citando a Ferrajoli– se ha convertido en *Democracia constitucional*. Este es un modelo que no se limita a programar sólo las formas de producción del Derecho

³² ALEXI (1994), p. 160.

³³ RUBIO (1979), p. 62.

³⁴ POZZOLO (1998), p. 341.

³⁵ GARCIA (1998), p. 62.

³⁶ POZZOLO (1998), p. 342.

mediante normas procedimentales, sino que además, programa sus contenidos. Está constituido por normas metalegales que disciplinan la máxima expresión de las mayorías contingentes presentes en el proceso de generación de las leyes. En síntesis, la Constitución es aquel Derecho por sobre el Derecho y opera como una convención sobre el coto vedado³⁷ o acerca de lo que es indecidible para cualquier mayoría³⁸.

La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –nos sugiere el célebre jurista de Florencia– impone obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos y ha insertado en la democracia una dimensión sustancial. Si las normas formales de la Constitución, esto es, aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos, aseguran la dimensión formal de la democracia política, aquellas que establecen los principios y Derechos Fundamentales garantizan lo que se puede denominar democracia sustancial, y se refieren a *qué* no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando toda la legislación bajo pena de invalidez a los derechos, principios y valores fundamentales. Ello cambia también la relación entre Derecho y política, pues ya no es el primero quien se subordina a la segunda, sino a la inversa.³⁹

B. Garantismo y Estado legislador

Como bien afirma Santiago Sastre, el término garantía es quizás uno de los más empleados por el lenguaje jurídico. En un sentido amplio, y distinguiéndolo debidamente de los objetos protegidos, podemos entender que con el concepto garantía se alude a los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela un bien o valor⁴⁰ o más específicamente, a las técnicas de tutela de los Derechos fundamentales⁴¹.

Con el concepto Garantismo, por su parte, según la distinción efectuada por Ferrajoli en su conocida obra *Derecho y Razón, teoría del Garantismo penal*, se puede aludir a tres nociones distintas, pero vinculadas entre sí.

En primer lugar, a un modelo normativo de Derecho, constituido por un sistema de poder mínimo dotado de técnicas de tutela capaces de minimizar la violencia y maximizar la libertad y que en el ámbito jurídico genera un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, apreciable no por su pre-

³⁷ GARZÓN (1989), p. 209.

³⁸ FERRAJOLI (1998), p. 858.

³⁹ FERRAJOLI (2008), p. 32.

⁴⁰ SASTRE (2000), p. 3.

⁴¹ FERRAJOLI (2008), p. 60.

sencia absoluta, sino por el grado en que se satisfacen los fines mencionados. En el ámbito constitucional –por ejemplo–, se dirá que un sistema es más o menos garantista en tanto cuente con mecanismos de invalidación y reparación idóneos para asegurar la efectividad de los derechos normativamente proclamados.

En segundo lugar, designa a una teoría crítica del Derecho, cuya misión consiste en denunciar la existencia de divergencias empíricas entre el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos complejos a raíz de los contrastes existentes entre sus modelos y sus prácticas concretas.

Y en tercer lugar, alude a una filosofía del Derecho –motivada por la desconfianza en el poder⁴²– en virtud de la cual se endosa al Derecho y al Estado el deber de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad.⁴³

Estos tres significados delinean la teoría general del Garantismo como proyecto que constituye la otra cara del constitucionalismo, pues este último establece imperativos sustanciales al derecho positivo mediante la positivación constitucional del *deber ser*⁴⁴. El Garantismo –ha dicho reiteradamente Prieto Sanchís– no encontrará un espacio de desarrollo tan propicio bajo los paradigmas opuestos al Estado constitucional, y el constitucionalismo precisa del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de las exigencias de los Derechos fundamentales, pues ambos comparten el reconocimiento de la existencia de un Derecho superior metalegal, que reside en las constituciones, la visión sustancial de la democracia y la idea de evaluar la validez de las normas infraconstitucionales, según criterios formales y materiales.

El aporte que el Garantismo hace al constitucionalismo contemporáneo –en definitiva al Estado–, consiste en la actitud que promueve en la Ciencia Jurídica: defiende una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los derechos y del cientista jurídico, no como mero observador acrítico de aquello que ocurre en los distintos estratos jurídicos, sino como sagaz perseguidor de los desajustes entre el deber ser y el ser del Derecho, entre el horizonte de valores propuesto por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos, empezando por el legislador que con frecuencia frustra o desatiende dicho horizonte. Empero, el Garantismo no se satisface con la mera denuncia sino que requiere además la búsqueda de soluciones mediante el empleo de las garantías actualmente disponibles en el propio ordenamiento jurídico o, si estas son insufi-

⁴² FERRAJOLI (2008), p. 62.

⁴³ FERRAJOLI (1998), p.853.

⁴⁴ FERRAJOLI (2006), p. 16.

cientes, el diseño de nuevas garantías que permitan colmar la laguna causada por la existencia de una norma constitucional insuficientemente garantizada.⁴⁵

Lo anterior corresponde a lo que Ferrajoli denomina la *aportía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos* –idea que suprime definitivamente, al menos en el plano de la teoría constitucional, la noción de soberanía como categoría infalible–, la cual se distingue mediante la constatación de la incorporación de deberes públicos en el derecho positivo, mediante la constitucionalización de los Derechos fundamentales y de valores y principios, los que por su naturaleza deóntica, en el caso de los primeros contienen la posibilidad de ser violados, y en el caso de valores y principios, la imposibilidad práctica de ser íntegramente realizados o satisfechos.⁴⁶

En suma –y en palabras de Ferrajoli, estandarte del paradigma en análisis– el Garantismo concibe al Estado como un sistema constitucionalmente preordenado a la tutela de los Derechos fundamentales, en el que la legalidad no es sólo condicionante, sino que está también condicionada por vínculos jurídicos formales y sustanciales. Un sistema de esta clase, atento vigilante y preciso depurador del Derecho ilegítimo, es un sistema garantista.

En un orden de esta naturaleza, la judicatura adquiere un nuevo rol, desconocido por el Estado legal de Derecho. Los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de las normas inválidas, y por otra parte, la incorporación de los Derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre juez y ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.⁴⁷

Así, desde una perspectiva garantista, la estructura normativa de los Estados constitucionales de Derecho se caracteriza por la pertenencia de las normas vigentes a diversos planos (constitucional, legal, reglamentario, etc.) jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación al superior.⁴⁸ Lo cual evidencia el sometimiento absoluto de toda fuente de producción normativa al nivel superior de normas, especialmente a la Constitución. En dicho contexto, las prescripciones contenidas en normas superiores condicionan la validez de las normas inferiores, y el cumplimiento de aquéllas, define la eficacia de las normas superiores, lo cual rompe, de paso, con la paleopositivista confusión entre validez y vigencia de las normas.

⁴⁵ PRIETO (2003), p. 106.

⁴⁶ FERRAJOLI (1998), p. 866.

⁴⁷ FERRAJOLI (2004), p. 19.

⁴⁸ SERRANO (1999), p. 59.

VI. PRINCIPALES ARGUMENTOS QUE FUNDAN LAS TEORÍAS POSITIVAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR. EXAMEN DESDE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL GARANTISTA

La descripción y enumeración de los elementos fundantes de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador —y de los argumentos a favor de su procedencia— es una tarea bastante más breve y, aparentemente, más sencilla que la de sistematizar las doctrinas que la niegan. Ello, pues este instituto resulta de una ecuación compuesta por la combinación de ciertos conceptos cuyos perfiles hemos tenido oportunidad de abordar a lo largo de este trabajo.

En efecto, el deber reparatorio del Estado por hechos del legislador resulta de la confluencia de conceptos e ideas tales como: el Estado Constitucional de Derecho, la aceptación de la fuerza normativa plena de la Constitución, la concepción de la función jurisdiccional como garante del cumplimiento de la Constitución y no como un mero poder ejecutor subordinado al legislativo, la existencia de controles de constitucionalidad de las leyes, la noción de la democracia constitucional y la consagración a nivel de la norma fundamental de un principio general de responsabilidad del Estado.

Precisamente a aquella afortunada confluencia de principios y elementos alude la doctrina y la jurisprudencia —quizás sin tener consciencia de aquello— cuando declara la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuestión que a continuación podremos constatar.

En la actualidad, la doctrina distingue fundamentalmente dos hipótesis que conducen a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Una de ellas, señala como antecedente necesario la declaración de inconstitucionalidad de la ley, la otra, prescinde de tal requisito. Por ejemplo, en el sistema francés tiene cabida únicamente la segunda alternativa, en el español y colombiano, las dos. Sin embargo, en ambos casos, los fundamentos de su procedencia descansan sobre una base común, el sometimiento del legislador a un orden metalegal y la existencia de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado.⁴⁹

En este contexto, el fundamento actual de la responsabilidad del Estado en sus diversas facetas, no es otro que el Estado Constitucional de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. Un Estado de Derecho “irresponsable” es una contradicción en sus propios términos. En este sentido, Jiménez Lechuga, al sintetizar los que a su juicio serían los argumentos más contundentes para justificar la figura en comento, señala: *Si la propia Constitución se fundamenta a sí misma sobre una serie de valores superiores*

⁴⁹ Véase NÚÑEZ (2011).

en función de los que debe ser interpretada y aplicada, sería ir gravemente en contra de su espíritu, aunque se respete su letra, hacer prevalecer normas, interpretaciones o soluciones que contradijesen o menoscabaran la efectividad de dichos valores. Sería manifestamente arbitrario, y por ello inconstitucional, entender autorizado a uno de los poderes del Estado para causar daños a las personas, que se reputarían ilegítimos si el causante fuera la administración. Ciertamente es que el legislativo representa la voluntad general, y que ésta en una democracia debe prevalecer, pero no parece que aquella deba imponerse sacrificando los valores previamente proclamados como superiores por otro poder general: el constituyente.⁵⁰

En los sistemas que permiten la procedencia de reparaciones por daños ocasionados por leyes declaradas inconstitucionales, tal declaración opera como título de imputación del daño y como acreditación de la antijuridicidad del acto legislativo que produce el daño. La acreditación de hecho se reserva en estos casos a la relación causal entre el daño producido y el hecho del legislador concretado en la promulgación (y posterior vigencia) de la ley inválida. La lógica de este examen de procedencia, revela claramente que la normatividad de la Constitución se extiende a todos los poderes del Estado, incluso al legislador. Para la Carta Fundamental —en una evidente recepción de la teoría garantista del Derecho—, la producción de normas subconstitucionales constituye un *hecho* de un sujeto normativo específico, el legislador, y la defensa de su eficacia deviene en la actividad de control de la validez de las normas fundadas en ella, en eliminación de los efectos producidos por una norma inconstitucional declarada inválida y en la reparación de los perjuicios eventualmente producidos cuando, además, el principio general de responsabilidad (patrimonial) se encuentre constitucionalizado.

Precisamente en este sentido, suponiendo necesariamente la confluencia de los elementos antes señalados, se expresan las tres sentencias que en el sistema español abrieron paso a la consolidación de la figura y que han sido recurrentemente citadas en el Derecho comparado. Se trata de tres resoluciones del Tribunal Supremo español de 29 de febrero, 13 de junio y 14 de julio del año 2000. En los tres casos, la citada magistratura conoció de recursos en juicios que solicitaban la condena patrimonial del Estado por la aplicación de una ley tributaria, específicamente, el artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que fue declarada inconstitucional mediante la sentencia 173/1996 de 31 de octubre por el Tribunal Constitucional.

El Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000 es un claro ejemplo de defensa del valor normativo de la Constitución ante el legislador y de la categórica ilegitimidad en que se halla envuelta una

⁵⁰ JIMÉNEZ (1999), p. 70.

norma de tal tipo que vulnere el programa normativo definido por la Carta Suprema. Así, el referido considerando señala: *La ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte con la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado (...). Existe una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione, privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles. (...) el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos —las leyes— quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar.*

La sentencia dictada por el mismo tribunal con fecha 13 de junio de 2000, también, repite de forma casi íntegra el fundamento jurídico previamente transcrito, empero, se ocupa además de destacar el carácter de hecho que ante la Constitución como norma, tiene la actividad del legislador, ello a través del concepto de imputabilidad construido en base a la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Así, su fundamento de Derecho cuarto expresa que: *La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado Legislador por (sic) inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.*

Y, por su parte, la sentencia de 15 de julio de 2000, también dictada por la citada magistratura, ofrece un contundente e inapelable reparo a la defensa de la fuerza vinculante de una ley contraria a la Constitución. En efecto, en su fundamento de Derecho primero, para concluir que las prestaciones impuestas por una norma declarada inválida no generan obligación alguna, sino por el contrario deben ser resarcidos los afectados, dispone: *No parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996 de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo.*

En la misma línea jurisprudencial, en lo referido a la relación Constitución-Ley, se ha manifestado, por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano:

Dicha magistratura ha expresado: *para que se presente la responsabilidad por el acto legislativo es necesario que éste sea violatorio de mandatos constitucionales que otorguen*

*específicos derechos a las personas que se sientan lesionadas por su expedición, todo ello dentro de la organización jerárquica del sistema jurídico, o que aquellos que, como resultado de su aplicación, vean disminuido su patrimonio en forma más gravosa que la que corresponde al común de quienes integran el conglomerado social sometido al imperio de la norma*⁵¹.

VII. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

A raíz de lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

Decidir y definir como norma o principio el deber del Estado de reparar o compensar las consecuencias de un acto dañoso efectuado por sus agentes requiere un previo pronunciamiento acerca de la posibilidad jurídica de que el Estado cause daño y que aquel sea antijurídico. Tales cuestiones nos reconducen directamente a la teoría política y constitucional, a la del Derecho y a la de la democracia. La tradición jurídica de raíz francesa y en general la europea continental –de las cuales es abiertamente deudor no sólo el derecho público de daños sino gran parte del sistema jurídico chileno– han modelado una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado tradicionalmente extendida sólo a sus actos jurisdiccionales y administrativos.

Dicho modelo, que reserva un espacio de inmunidad al legislador, fue pensado y concretado bajo la vigencia del paradigma del Estado de Derecho decimonónico o Estado Legislativo de Derecho y de sus respectivas consecuencias, los tres planos teóricos ya mencionados.

La responsabilidad del Estado surgió como una de tantas consecuencias del progresivo sometimiento del poder a Derecho y de la consolidación del Estado de Derecho. Sin embargo, el paulatino control del poder mediante las leyes no supuso, necesariamente, la supresión del poder, sino que, con mayor precisión, tal proceso debiera ser caracterizado como una reasignación del poder en el pueblo, como titular, y una redistribución de aquel en instituciones estatales diferenciadas –representantes del poder popular– con diferentes funciones y distintos grados de autoridad.

La concepción liberal del Estado de Derecho implica una fisonomía específica de la organización del poder. Pero también, una clara estructuración del sistema de fuentes del Derecho y un depósito de confianza en una fuente de producción en particular: el legislador. Tal forma de entender el Estado de Derecho predominó en la tradición revolucionaria francesa e influyó notablemente a los sistemas que

⁵¹ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sala Plena Sentencia del 15 de agosto de 1998. Consejero Ponente. Jesús María CARRILLO. Bogotá.

se inspiraron en él, entre otros el chileno, que en el ámbito de la responsabilidad del Estado es abiertamente deudor de la tradición jurídica gala. Dicha tradición se basó en tres pilares fundamentales: una teoría de la democracia sin límites meta-legales, una teoría constitucional en la que la separación de poderes deviene en un protagonismo del legislador y una teoría del Derecho en donde la Constitución no alcanza un pleno valor normativo, los cuales combinados dan como resultado aquello conocido como el Estado Legislativo de Derecho y la teoría del Derecho paleopositivista.

Los argumentos que niegan la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador son, precisamente, tributarios de la tradición francesa revolucionaria y de la manera en que dentro de ella se articularon los tres elementos ya mencionados.

Lo anterior contrasta con el curso que siguieron los hechos en la Revolución de los Estados Unidos de América, en relación con los tres pilares ya mencionados. En ella se concibió —o tendió a concebir— a la democracia en términos constitucionales, a la separación de poderes sin una subordinación del poder judicial al parlamento y a la teoría del Derecho caracterizada por la presencia de una Constitución plenamente normativa.

Dos corrientes teóricas dan cuenta de la posterior confluencia de las tradiciones francesa y norteamericanas en una afortunada síntesis. Se trata del constitucionalismo contemporáneo y del Garantismo, propuestas que destacan los perfiles del Estado Constitucional de Derecho.

El cambio mencionado se produce a partir de la consolidación de conceptos como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los Derechos fundamentales. Ello es el corolario de la fusión de dos tradiciones, la de las constituciones materiales; aquellas que presentan un denso contenido sustantivo integrado por normas de diferente valoración (valores, principios, derechos, directrices) y las constituciones garantizadas, caracterizadas porque su protección o efectividad se encomienda a jueces o, si se prefiere, en su sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar toda infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos. Así, la Constitución se convierte en límite y norma directiva fundamental.

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como se observó, resulta de la articulación de conceptos e ideas tales como: el Estado Constitucional de Derecho, la aceptación de la fuerza normativa plena de la Constitución, la concepción de la función jurisdiccional como garante del cumplimiento de la Constitución y no como un mero poder ejecutor subordinado al legislativo, la existencia de controles de constitucionalidad de las leyes, la noción de la democracia constitucional y la consagración a nivel de la norma fundamental de un

principio general de responsabilidad del Estado. Todos estos elementos alcanzan su realización concreta en el Estado Constitucional de Derecho, y son negados en el Estado legal o legislativo de Derecho.

Por tanto, estimamos, se confirma la hipótesis central de este trabajo, esto es, que aquella excepción al principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador construida y justificada bajo el Estado Legal de Derecho y el *paleopositivismo* no tiene cabida, y resulta absolutamente injustificada, en un Estado Constitucional de Derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert (1994): *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona, GEDISA)
- ARAGÓN REYES, Manuel (2005): *La Constitución como paradigma*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 29-40.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2005): *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 289-236.
- COMANDUCCI, Paolo (2002): "Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico", en *Revista Isonomía* (Nº 16), pp. 90-112.
- FERRAJOLI, Luigi (1998): *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2004): *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2008): *Garantías*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo* (Madrid, Trotta), 2008, pp. 60-76.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): *Garantismo, una discusión sobre Derecho y democracia* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2008): *La democracia constitucional*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo* (Madrid, Trotta), pp. 25-41.
- FERRAJOLI, Luigi (2007): *Sobre los derechos fundamentales*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 71-90.
- FIORAVANTI, Mauricio (2007): *Los derechos fundamentales. Apuntes sobre historia de las constituciones* (Madrid, Trotta).
- VELASCO (1943): *El federalista* (México, Fondo de Cultura Económica).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).

- GARCIA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- GARCIA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho constitucional comparado* (Madrid, Alianza Editorial)
- GARRIDO FALLA, Fernando (1989): “La constitucionalización de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Administración Pública* (Nº 119, Mayo-Agosto) pp. 7-48.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1997): “Los límites de la responsabilidad patrimonial: Una propuesta de reforma legislativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* (Nº 94), pp. 173-198.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989): “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa*, (Nº 6), pp. 209-213.
- GUASTINI, Ricardo (2005): *Sobre el concepto de Constitución*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 15-28.
- JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco (1999): *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.).
- JULIO ESTRADA, Alexei (2005): *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 121-148.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2008): “Antecedentes de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador y su aplicación al caso chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay* (Nº 3) pp. 135-154.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2009): “Los límites al ejercicio de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo de los Derechos”, en *Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica del Uruguay* (Nº 7), pp. 229-248.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2009): “Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario”, en *Revista Política Criminal* (Nº 8, año 2009), pp. 1-13.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2009a): “Análisis y prevenciones en torno a las reformas de la Constitución en Chile”, en *Revista Criterio Jurídico*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali (Vol. 9 Nº 2), pp. 99-112.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2010): “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 8, Nº 1), pp. 169-200.

- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio (2011): “Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: Distinguiendo”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte de Colombia (Nº 35).
- POZZOLO, Susana (1998): “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa* (Nº 21), pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005): *El constitucionalismo de los derechos*, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 213-236.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid, Trotta).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): “La teoría del Derecho de Principia Iuris”, en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº 64), pp. 49-60.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009a): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, (Madrid, Trotta).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005): *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (Madrid, Trotta), pp. 265-288.
- SASTRE ARIZA, Santiago (2000): “Derecho y Garantías”, en *Revista Jueces para la Democracia* (Nº 38), pp. 47-55.
- SERRANO, José Luis (1999): *Validez y Vigencia, La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica* (Madrid, Trotta).
- VILE, M.J.C. (2007): *Constitucionalismo y separación de poderes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta).