

Responsabilidad del Estado Legislador Ernesto Jinesta Lobo

Sumario:

1.- Ejercicio de la función legislativa y responsabilidad. 2.- Resistencia para admitir la responsabilidad del Estado-Legislator. 3.- Evolución histórico-jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador en Francia. 4.- Principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas: Fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador. 5.- Características del sacrificio singular o de la lesión antijurídica en la responsabilidad del Estado-legislador. A.- Especialidad del daño. B.- Anormalidad del daño. 6.- Tipología de las leyes que pueden generar la responsabilidad del Estado-legislador. 7.- Responsabilidad del Estado-legislador derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. 8.- Responsabilidad por la aprobación de tratados o convenios internacionales. 9.- Responsabilidad por las omisiones legislativas. 10.- Responsabilidad Estado-Legislator, situaciones jurídicas objetivas o subjetivas y derechos adquiridos. 11.- Regulación normativa de la Responsabilidad del Estado Legislador. A.- Necesidad de desarrollo legislativo. B.- Regulación en la Ley General de la Administración Pública: Implicaciones y críticas. 12.- Desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador. A.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 54 de las 17 hrs. del 12 de julio de 1989 (Edgar Zúñiga Soto c/. el Estado). B.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 108-F-91 de las 14:15 hrs. del 3 de julio de 1991 (Compañía Bananera de Costa Rica c/. el Estado). C.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 157 de las 15:20 hrs. del 14 de junio de 1991 (Compañía Bananera de Costa Rica c/. el Estado). D.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 70-F-95 de las 14:45 horas del 23 de junio de 1995 (Standard Fruit Company c/. el Estado).

1.- Ejercicio de la función legislativa y responsabilidad.

El ente público mayor o Estado puede ser responsable por el dictado de leyes. En un Estado social y democrático de derecho no hay actividad más lícita que la potestad legislativa, la cual reside en el pueblo quien la delega, mediante el sufragio en la Asamblea Legislativa (artículo 105 CP). La ley goza de una presunción de legitimidad o de validez superior a la

cualquier otro acto público hasta tanto no se demuestre lo contrario en la sede constitucional a través de alguno de los procesos diseñados para el control de constitucionalidad de la ley.

El legislador tiene libertad de configuración y de regular o desarrollar todas aquellas materias necesarias para la existencia de la organización política (artículo 121 CP), obviamente en el ejercicio de esa potestad legislativa está sujeto al bloque de constitucionalidad representado por los preceptos, valores, principios y jurisprudencia constitucionales y, desde luego, por aquellos convenios o instrumentos internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa que tienen un rango supra legal (artículo 7° CP). Igualmente, en cuanto al procedimiento de formación de la ley, el legislador está sujeto al reglamento interno de la Asamblea Legislativa, el cual constituye un parámetro formal de la constitucionalidad.

Pese a la presunción de legitimidad o validez de la ley y al carácter legítimo del ejercicio de la potestad legislativa, el Estado, a través, de su órgano constitucional Asamblea Legislativa puede causarle un daño (antijuridicidad) a algún administrado.

2.- Resistencia para admitir la responsabilidad del Estado-Legislator

Debe indicarse que la teoría de la responsabilidad del Estado por el dictado de leyes es relativamente moderna y no ha sido un asunto pacífico, puesto que, antes del primer tercio del siglo pasado se afirmaba que la ley era un acto soberano que beneficiaba a todos. Demostración de lo anterior, lo constituyen las afirmaciones de Laferriere y Michoud, autores franceses del siglo antepasado, al manifestar, respectivamente, lo siguiente: “Es principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que pueda reclamar ninguna compensación. Sólo el legislador puede apreciar si debe acordar esta compensación” y “(...) la cuestión de la responsabilidad por falta no se puede plantear en relación con los actos del poder legislativo. Puede decirse en verdad que el legislador no comete falta en sentido jurídico del término, porque su derecho no tiene límite de orden constitucional o legal”.

Desde luego, que, también, históricamente se acudió a la máxima inglesa conforme a la cual “The King can do not wrong” (el Rey no se puede equivocar).

En efecto, durante el siglo XIX y principios del XX el poder legislativo es reputado como el depositario de la soberanía, por lo que al ser manifestación de la voluntad nacional, es considerado, por definición,

como omnipotente, irresistible e irrepreensible, de modo que la responsabilidad se admitirá respecto de las autoridades administrativas, las cuales, por esencia, se estiman subordinadas, vicariables, fiscalizables y política y jurídicamente responsables.

No obstante, pronto el principio de la soberanía legislativa entraría en franca crisis y se abrirían las puertas de la responsabilidad del Estado-Legislator. Algunas de las razones de tal estado crítico fueron las siguientes:

a) La integración de los conceptos de Sociedad y Estado, al concluirse que el parlamento es un órgano estatal. De esta forma se supera la separación Estado y Sociedad propia del Estado Liberal de Derecho, concepción según la cual la Asamblea Legislativa o el Parlamento se reputa como un órgano de la sociedad opuesto al Estado, por lo que al ser un órgano independiente de la organización estatal, los actos legislativos no se imputan al Estado y, por consiguiente, no existe responsabilidad por su dictado.

b) El diputado es un funcionario del Estado o titular de un órgano del Estado. Se trasciende la noción del diputado como un representante popular dotado de absoluta autonomía, idea bajo cuyo alero se estimó que la relación orgánica del diputado no se daba con el Estado sino con la propia sociedad, con lo cual cualquier mecanismo de imputación –inherente a la responsabilidad- quedaba nulificado.

c) Entender el acto legislativo como un acto del Estado, con lo que se abandonó el dogma de la ley como acto de soberanía y, por consiguiente, la imposibilidad de restringirlo o limitarlo con una obligación de indemnizar.

d) El establecimiento de los sistemas de control de constitucionalidad ejercidos a través de los Tribunales Constitucionales, puesto que, la soberanía se desplazó de la ley a la Constitución, con lo que la primera dejó de ser una manifestación de una potestad ilimitada para transformarse en una proposición fiscalizable por contrariar el bloque de constitucionalidad.

e) La admisión de efectos concretos y particulares de las leyes, con lo que se trascendió el dogma de su carácter general y abstracto.

Fundamento ético y teórico de la responsabilidad por conducta lícita radica en el principio de justicia distributiva de acuerdo con el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no recaer en uno solo, esto es, que todo sacrificio soportado por un administrado o grupo de éstos más allá de la contribución a través de la

carga tributaria debe serle compensado por el erario público. De otra parte, el concepto de enriquecimiento sin causa da fundamento a este tipo de responsabilidad como una forma de sujetar a la Asamblea Legislativa a una suerte de orden moral.

Actualmente, persisten opiniones jurídicas que abogan por una admisión cuidadosa y restrictiva de la responsabilidad del Estado-Legislador, siendo que los principales argumentos empleados para oponerse a la misma lo sigue constituyendo el concepto clásico y tradicional de soberanía democrática –la entienden como un límite a la potestad legislativa de quienes representan al pueblo–, el denominado “progreso legislativo, normativo o jurídico” y el seudo peligro de la “petrificación normativa”. Así Quintana López estima, conservadoramente, que el reconocimiento del derecho de los administrados al resarcimiento de los daños causados por el poder legislativo “(...) debe estar rodeado de cautelas, pues de lo contrario el legislador perdería operatividad, con el consiguiente anquilosamiento del ordenamiento jurídico, situación abiertamente incompatible con la esencia misma del Estado Social de Derecho” y, luego, más adelante afirma que debe conjurarse el “peligro de la petrificación normativa” “(...) una de cuyas manifestaciones sería vincular la evolución del ordenamiento a la satisfacción sistemática de indemnizaciones, con lo cual el legislador perdería la capital posición que ocupa en nuestro Estado Social y Democrático y con ello quedaría igualmente incumplido el mandato de progreso (...)” que impone el texto constitucional. Este autor español plantea una tensión dinámica o lucha dialéctica entre la seguridad, la buena fe e, incluso, la confianza legítima de los administrados a la estabilidad y permanencia del ordenamiento jurídico -como exigencias constitucionales que pueden dar fundamento a la responsabilidad del Estado Legislador- y el desarrollo normativo y progresivo necesario para la configuración social y económica. Estima que efectivamente la confianza legítima de los administrados en la estabilidad del ordenamiento jurídico le da sustento a la responsabilidad del Estado-Legislador como consecuencia de una modificación normativa que altera situaciones jurídicas cuya permanencia era legítimamente esperable, sin embargo, estima que ese principio debe ceder ante el poder legislativo soberano y la variación o mutación de las circunstancias lo que puede justificar la necesidad de normarlas y, por consiguiente, la alteración o modificación de la vieja regulación, todo lo cual, en su criterio, excluye el deber de resarcimiento, puesto que, el administrado debe soportar la lesión antijurídica. En nuestro criterio los conceptos jurídicos indeterminados de “progreso legislativo” y de “petrificación normativa”, no pueden, bajo ningún concepto enervar, condicionar o excluir el principio constitucional

de responsabilidad y el derecho fundamental al resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política) del administrado o de un grupo de administrados cuando sufren una lesión antijurídica especial, por la pequeña proporción de afectados y anormal, por la intensidad excepcional de la lesión, a partir de la aplicación o los efectos de una ley.

De su parte, Parada Vazques, utilizando un argumento de carácter formal, se opone a que por vía de ley ordinaria se regule el tema de la responsabilidad del Estado-legislador al entender que ésta sólo puede ser resuelta por preceptos constitucionales expresos o, de no haberlos, deduciendo las reglas aplicables desde la propia Constitución.

De la misma forma, en la legislación extranjera contemporánea, encontramos regulaciones sumamente restrictivas y conservadoras sobre el particular, así, en España la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, establece en su artículo 139.3 lo siguiente:

“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 los actos”

Como se ve la norma restringe o limita la reparación patrimonial a aquellos supuestos en que la propia ley que causa el daño especial y anormal la prevé, quedando descartada para los supuestos en que la ley que provoca el daño no contempla el resarcimiento. En suma, la responsabilidad del Estado-legislador por el dictado de una ley pasa a ser una cuestión de política legislativa que define libremente el propio legislador.

3.- Evolución histórico-jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador en Francia.

Tradicionalmente, se ha considerado que la responsabilidad del Estado-legislador, en sus diversas vertientes o contornos, surgió en Francia, jalonada de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, de ahí la importancia de hacer referencia al proceso de acuñación pretoriano del instituto en ese país.

En un principio, y a partir de la sentencia Duchatelier del 11 de enero de 1838, el Consejo de Estado estimó lo siguiente: a) El Estado no debe ser responsable por las consecuencias de las leyes que en aras del interés general prohíben el ejercicio de una industria; b) del Estado no pueden reclamarse otros créditos más que los surgidos de un contrato o de una disposición expresa y formal de la propia ley. Esta pauta jurisprudencial reiterada por las posteriores le permite a Laferriere afirmar que "...La Ley es... un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación..." .

Los fundamentos filosóficos e ideológicos de esta sentencia y de las posteriores que la confirman no se encuentran únicamente en el binomio soberanía de la ley-acto de autoridad, sino en la teoría de Rosseau de la voluntad general, puesto que, la ley al ser expresión de la voluntad del pueblo no puede causar injusticia o daño alguno, puesto que, nadie se causaría un perjuicio a sí mismo, es la ley la que decide lo que es o no justo. En esta tesis de irresponsabilidad, se encuentra latente, también, la desconfianza de los revolucionarios franceses al estamento judicial y la inviolabilidad de los representantes parlamentarios. Posteriormente, en abono de lo anterior se argumentó que las leyes producen efectos de carácter general, impersonal y abstracto, por lo que no pueden dañar a nadie, puesto que, la condición del derecho a la indemnización lo es la existencia de una lesión o perjuicio especial o individualizable .

Algunos autores franceses, optaron por rechazar la responsabilidad del Estado-legislador con fundamento en la inexistencia de un control de constitucionalidad de las leyes, ya que, al no concebirse, para ese estadio histórico, una responsabilidad sin culpa, la única falta que podría cometer el legislador es la trasgresión de la Constitución, la cual nadie puede declarar lo cual excluye la posibilidad de exigirle responsabilidad al Estado por el dictado de una ley, siendo que el Parlamento se fija a sí mismo los límites de actuación.

La irresponsabilidad por actos legislativos empieza a estremecerse de forma gradual, primero al admitirse la teoría del hecho del príncipe respecto de un contrato administrativo que es rescindido antes de la expiración de su plazo por una ley, en la sentencia Société des Publications Périodiques del 12 de febrero de 1886. A partir de esta sentencia del Consejo de Estado Francés las reglas serán las siguientes: a) El Estado debe indemnizar a sus co-contratantes por las modificaciones introducidas en el status contractual en virtud de una ley y b) cuando no existe una relación contractual, el Estado responde, única y exclusivamente, cuando la propia ley ha previsto el derecho a la indemnización o su deber a resarcir.

Con la sentencia *Société Premier et Henry* del 29 de abril de 1921, el Consejo de Estado excluyó la responsabilidad del Estado-legislador con el argumento de la voluntad tácita del legislador. El supuesto de hecho es el siguiente: En plena primera guerra mundial, la Ley del 16 de marzo de 1915 prohibió la fabricación de ajeno, una bebida de salubridad cuestionada, cuya distribución y venta se encontraba restringida por disposiciones administrativas. Esa ley no previó indemnización alguna, sin embargo por la ley del 29 de marzo de 1915, se le ordenó a los fabricantes declarar los stocks de plantas de ajeno que poseían, en vista de una indemnización eventual que podría otorgar una ley ulterior que nunca se dictó. El Consejo de Estado, asumiendo una interpretación finalista de la ley del 16 de marzo de 1915 indica que "...con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública, ha dictado la prohibición de la fabricación de ajeno y no ha previsto el abono de indemnización alguna a favor de los industriales cuyos intereses deban ser afectados por la prohibición antedicha...". A contrario sensu, podría reconocerse indemnización, aún en silencio de la ley, cuando el sentido y la finalidad de la ley lo permite.

Quizá, el golpe final a la tesis de la irresponsabilidad del Estado-legislador sentada por la sentencia *Duchatelier* es propinado por la polémica que se suscita entre León Duguit y Raymond Carre de Malberg. Duguit publicó en 1911 su *Tratado de Derecho Constitucional* en el que estimó que el concepto de soberanía es irreal y caduco, siendo que, por el contrario, el Estado se ha configurado frente a los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad general, seguro que cubre el riesgo surgido de la aplicación de una ley. Sin embargo, su posición dependerá de algunas variables, veamos: a) Si una ley prohíbe o restringe una actividad, inicialmente lícita, pero considerada como peligrosa o nociva para la vida social o individual, en tal caso el legislador no debe indemnizar, en tal caso los perjudicados no pueden alegar la igualdad ante las cargas públicas o el aseguramiento mutualista contra el riesgo social; b) Si una ley prohíbe una actividad, sin considerarla nociva para el bien común, con el propósito de traspasarla al sector público y organizar un servicio público, la indemnización -cláusula indemnizatoria- es preceptiva y se fundamenta en un derecho superior. Duguit, también, admitirá que los Tribunales confieran el derecho a la indemnización a los sujetos perjudicados cuando la ley guarda silencio y no contiene la cláusula referida, siempre y cuando, se trate, de una actividad lícita para los supuestos de monopolización o nacionalización-. Nueve años después Carre de Malberg reacciona contra la tesis de Duguit en su libro *Contribución a la Teoría General del Estado* (1923), fundamentalmente, contra la crítica a la concepción clásica o bodiniana de la soberanía para

salvaguardar la soberanía legislativa y de esa forma mantener la irresponsabilidad del Estado legislador. Es evidente que Duguit abogó en su planteamiento por un cambio sustancial, siendo que Carré de Malberg se opuso a que un órgano administrativo –Consejo de Estado- juzgara o fiscalizara la voluntad del legislador.

Será con la sentencia “Société Anonyme des produits laitiers La Fleurette” de 14 de enero de 1938 que el Consejo de Estado Francés abrirá la brecha de la responsabilidad del Estado-legislador. Esta sociedad fabricaba en su planta la cantidad anual de 200.000 litros de un producto denominado “gradine”, una crema compuesta por leche, aceite de maní y yema de huevo que constituía un sucedáneo, inofensivo y con garantía sanitaria, de la leche. Por una ley del 29 de junio de 1934, que fue emitida para proteger la producción de leche, fue prohibida la fabricación y venta de todos los productos que bajo la denominación de crema o cualquier otro fueran sucedáneos de la leche. Esa ley no previó una cláusula indemnizatoria. La sociedad, ante la prohibición legal –al ser, prácticamente, la única fabricante en Francia de la crema- se vio impelida a cesar su industria y demandó al Estado. El comisario del Gobierno (Roujou) se opuso a las pretensiones indemnizatorias alegando que de las discusiones parlamentarias quedaba patente la voluntad de excluir cualquier indemnización y la ausencia de un perjuicio especial, al entender, que la ley del 29 de junio de 1934 era parte de una legislación protectora de la agricultura dictada por la Asamblea desde 1930. No descartó la aplicación del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas ante el silencio del legislador -ausencia de cláusula indemnizatoria-. El Consejo de Estado resolvió que “Considerando que la prohibición impuesta a favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de “gradine”... sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública; que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad La Fleurette tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido...”. En esta sentencia el Consejo de Estado condenó al Estado francés a indemnizar a la referida empresa sobre la base de las siguientes argumentaciones: a) la actividad prohibida por la ley no tenía carácter nocivo; b) el perjuicio fue sufrido específicamente por la empresa; c) el legislador tomo en consideración la protección de otros intereses productivos o industriales y

d) se le impuso a una empresa una carga que no le corresponde en condiciones normales.

Esta sentencia representa un paso más allá de la “Premier et Henry”, puesto que, el Consejo de Estado asume el rol de interpretar la voluntad tácita del legislador para otorgar una indemnización cuando queda plenamente demostrado que el legislador no tuvo la intención de excluirla. El silencio de la ley sobre la cláusula indemnizatoria se transforma en una presunción relativa (*iuris tantum*), la cual admite prueba en sentido contrario, esto es, que el legislador no quiso prohibir la indemnización. En esta sentencia el principio de soberanía cede ante el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas.

Desde esta sentencia y hasta 1963 la tónica jurisprudencial del Consejo de Estado estará regida por las siguientes constantes: a) Si el legislador se pronuncia de forma clara y precisa sobre la procedencia de la indemnización, el Consejo de Estado debe aplicarla, estándole vedado reconocerla cuando la ley la excluye; b) ante el silencio legislativo, la procedencia de la demanda de responsabilidad depende de la prueba de la voluntad tácita del legislador cuya carga es del reclamante; c) no cabe indemnización ninguna cuando la ley incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o el orden público; d) la víctima debe alegar y probar un daño especial y excepcional o anormalmente grave que supere el nivel estándar de los sacrificios impuestos a los ciudadanos por la vida colectiva y e) que el sacrificio no haya sido impuesto en atención a un interés general preeminente –el que justifica, por ejemplo, las medidas de ordenación o intervención económica-.

La disolución del principio de la soberanía y de la timidez frente a la responsabilidad del Estado legislador, se logra con la sentencia Bovero del 23 de enero de 1963. La hipótesis fáctica de esta sentencia se reconduce a una pretensión de responsabilidad por inejecución de una sentencia judicial firme. En efecto, estando pendiente la ejecución de una sentencia por la cual el reclamante había obtenido el desahucio del inquilino del apartamento de su propiedad se dicta el 3 de enero de 1959 una ordenanza con fuerza de ley que prohibió toda expulsión del lugar de alojamiento de los militares y sus familias que prestaban servicio en Argelia.

El Consejo de Estado resolvió lo siguiente: “...no obstante, al enervar la ejecución de una decisión judicial definitiva, la aplicación de la antedicha ordenanza de 3 de enero de 1959 causa a aquéllos en cuyo favor se había dictado la decisión judicial inejecutada un perjuicio grave cuya duración lo hace particularmente gravoso; que tal perjuicio no se ha producido ni a todos los propietarios de viviendas ocupadas por terceros ni a una categoría de ellos, sino sólo a aquellos cuyas viviendas se hallan

ocupadas por un militar en servicio en África del Norte en el momento en que debía haberse producido la ejecución de una orden de desahucio dictada en su favor o por las personas cuyo padre, que convivía anteriormente con ellas, sirviese en dicho momento como militar en África del Norte; que tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de los propietarios de viviendas ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado...”.

Esta sentencia supuso un claro avance respecto de “La Fleurette”, puesto que, el acto impugnado afectó más que a una sola persona jurídica o física, sino a una categoría (propietarios de casas de habitación ocupadas por militares en servicio en Argelia), el fin de la medida era el interés general (crearle un ambiente favorable a los militares en servicio) y al prescindirse de la voluntad legislatoris para determinar la responsabilidad –sin falta o por acto lícito-.

4.- Principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas:
Fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador.

La responsabilidad por conducta legislativa, como una modalidad específica de la responsabilidad sin falta o por sacrificio especial, tiene fundamento inmediato o directo en el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, inherente a todo Estado de Derecho y recogido en nuestra Constitución Política en los ordinales 18 y 33.

El principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas fue formulado por primera vez en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, cuyo artículo 13 estipula que *"Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de la administración, un contribución común es indispensable: ella debe ser repartida igualmente entre los ciudadanos, según sus facultades"*. Actualmente está plenamente aceptado que este principio no tiene proyección, única y exclusivamente, en materia financiera o tributaria, sino también respecto de otras cargas, pesos o sujeciones destinadas a satisfacer un interés público. De acuerdo con este principio cuando, en situaciones análogas, se imponen cargas particulares se rompe la igualdad ante cargas públicas y si tal desigualdad es efecto, por ejemplo, del dictado de una ley se impone el resarcimiento patrimonial.

Este principio de rango constitucional tiene aplicación y eficacia directa e inmediata y su contenido esencial está absolutamente sustraído de

la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa. Demanda la indemnización debida cuando se produce un daño especial e intenso que supone un sacrificio particular. Bajo esta perspectiva, cualquier ley que establezca que un sacrificio singular y no conlleve un resarcimiento será abiertamente inconstitucional.

El principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, opera como un "mecanismo puro de reparación", puesto que, aunque el Poder Legislativo dicte una ley válida y legítima, si sus consecuencias o efectos someten a una persona o grupo de éstas a una situación discriminatoria debe mediar una indemnización. La desigualdad o discriminación se debe situar en el nivel de los efectos –esfera de eficacia- del acto legislativo y no de su validez, los daños son los que contribuyen a la desigualdad y son estos los que hay que suprimir mediante una indemnización.

Uno, varios o un grupo determinable de administrados puede experimentar una carga excepcional, intensa y singular, con lo cual se transforma en un sacrificio excesivo y desigual. Lo propio del sacrificio particular es que el Estado no tiene el derecho de exigirlo y, por consiguiente, el administrado o grupo determinable de éstos no tiene el deber jurídico correlativo de soportarlo, razón por la cual cuando se produce debe ser resarcido o indemnizado por la particular e intensa incidencia dañosa de la función legislativa sobre la esfera patrimonial de aquellos.

Los administrados deben manejar un margen de tolerabilidad o soportabilidad respecto de las cargas impuestas por el Estado, ámbito que se ubica en el de las cargas generales, por lo que una vez traspasado el límite o umbral de la tolerancia se verifica un sacrificio especial que no tienen el deber jurídico de soportar o tolerar y, por consiguiente, debe ser resarcido. El límite de lo soportable de los administrados se rebasa y, por ende, el carácter individual, singular, grave e intenso del sacrificio se alcanza cuando se quebranta la equidad, el principio de igualdad ante las cargas públicas y la integridad relativa del patrimonio. El principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Política y desarrollado por la jurisprudencia constitucional proscribire las distinciones que no obedezcan a motivos objetivos y razonables, puesto que, de lo contrario se produce una discriminación.

En esencia, el sacrificio singular o especial es el límite franco a la soportabilidad de las lesiones antijurídicas infligidas por el Estado en el ejercicio de su función legislativa y la condición específica e indispensable de la responsabilidad del Estado-legislador.

5.- Características del sacrificio singular o de la lesión antijurídica en la responsabilidad del Estado-legislador.

El carácter excepcional, particular e intenso del sacrificio singular provocado por el rompimiento del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas genera un daño o lesión antijurídica que debe reunir varios requisitos o condiciones para que sea resarcible y cuya ausencia no genera responsabilidad del Estado-Legislator.

Para que exista responsabilidad del Estado-legislador deben concurrir los requisitos específicos del daño en la responsabilidad del Estado por conducta lícita. En tal sentido, el artículo 194, párrafo 3°, LGAP estatuye, claramente, que *“El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo”* –se refiere al daño especial por la *“pequeña proporción de afectados”* o por la *“intensidad excepcional de la lesión”* referido en el párrafo 1° de ese mismo ordinal-. Esa es la única norma en el ordenamiento jurídico que se ocupa del tema de la responsabilidad del Estado-legislador, remitiendo en bloque su régimen al sistema de responsabilidad extracontractual del Estado-administrador por conducta lícita.

Bajo esta inteligencia el daño debe ser, de modo concomitante, especial por afectar a un solo administrado o a un grupo identificable dentro de una subcategoría –criterio cuantitativo- y anormal por su intensidad excepcional –criterio cualitativo-. La exigencia de la especialidad y anormalidad del daño es una forma de evitar la socialización integral de los daños derivados de la actividad legislativa.

A.- Especialidad del daño.

La especialidad del daño es un elemento de carácter cuantitativo, puesto que, hace referencia a la cantidad de víctimas afectadas patrimonialmente por una ley. Desde luego que este criterio, en atención a las características propias de la ley de generalidad y abstracción, plantea un serio problema, ya que, es muy difícil definir el punto o límite entre lo especial y lo general, puesto que, todo depende del caso concreto.

Precisamente por lo anterior, el elemento de la especialidad no puede ser meramente aritmético -número de personas afectadas- sino que debe ser diferencial. Para lograr este último efecto es preciso acudir a los conceptos de categoría y subcategoría. Así, en tesis de principio, el daño es

especial cuando es sufrido por una o varias personas –física o jurídicas- o por un grupo determinable de éstas –subcategoría- dentro de una categoría.

Así, como hipótesis de daños legislativos especiales, por la pequeña proporción de afectados, podríamos, sin ningún ánimo exhaustivo, señalar los siguientes: a) una ley de nacionalización de determinadas actividades o empresas privadas; b) una ley que establezca un monopolio con privación de una actividad privada lícita; c) una ley que califica como bienes de dominio público los que antes eran de dominio privado –demanialización de propiedades privadas-; d) una ley que adelante o retarde la edad de jubilación, en cuyo caso habrá que entrar a determinar si los funcionarios públicos en la relación estatutaria gozan de expectativas o de derechos subjetivos, puesto que, se modifica sobrevenidamente las condiciones originales de ingreso en la función pública, en el primer caso no podrán gozar íntegramente de la jubilación y, en el segundo, deberán trabajar más tiempo del que inicialmente entendieron que debían laborar.

En nuestro sistema jurídico han llegado a estrados judiciales pocas causas por responsabilidad del Estado-legislador, sin embargo podríamos ofrecer algunos ejemplos sobre el particular extraídos de alguna coyuntura de la realidad nacional sin que se hayan planteado en estrados judiciales, veamos:

- a) La Asamblea Legislativa decide introducirle una reforma a la Ley de Tránsito y transporte por las vías terrestres en el sentido de prohibir el uso de cascos cerrados por parte de los motociclistas, para facilitar la identificación física y evitar la impunidad de quienes utilizan ese accesorio para cometer algún delito. Evidentemente, se trata del ejercicio de la potestad lícita por excelencia –legislativa- para hacerle frente a la inseguridad vivida cotidianamente por los administrados ante el aumento galopante de la violencia (libertad de configuración del legislador). No obstante, con lo anterior resultan seriamente afectados aquellos empresarios comerciales (categoría) que se dedican a la distribución y venta directa de cascos cerrados para motocicletas (subcategoría), puesto que, es de esperar que hayan efectuado pedidos de esos bienes al exterior por montos considerables y que mantengan en bodega una cantidad importante. De tal modo que al ser aprobada y promulgada la ley que modifica la de Tránsito, sufrirían un daño especial –grupo de comerciantes identificable dentro de una subcategoría- y anormal –excepcionalmente intenso por cuanto tendrán que hacerle frente a los pedidos efectuados hasta la fecha y a la pérdida de los cascos que se encuentran en bodega-.

- b) La Asamblea Legislativa decide, por razones de globalización de la economía o los mercados y la eliminación de barreras arancelarias, aprobar el Tratado de Libre Comercio con Canadá –potestad lícita legislativa y libertad de configuración del legislador- al no rozar con el bloque de constitucionalidad. Con la aprobación del referido tratado, un grupo de empresarios agrícolas o agricultores (categoría), concretamente los productores de papas frescas –subcategoría- se sienten afectados, por cuanto, ahora se podrá importar la papa pelada, pre-frita, congelada y en trozos de Canadá, con lo que, en criterio, de los agricultores nacionales se verán seriamente afectados por la variación en los hábitos de consumo de los consumidores nacionales, por su colocación en el mercado a un bajo costo, lo cual obedece a los subsidios que le brindan a los productores de ese país del norte. Es claro que, al ingresar ese producto al país, los agricultores podrían, eventualmente, ver seriamente mermadas sus ventas e incluso quebrar en ese ramo de la actividad agrícola teniendo que dedicarse a otra. Claramente, se les ha provocado un daño especial –una subcategoría de agricultores- y anormal –por las repercusiones que tiene en su patrimonio-.

Un ejemplo de daño especial muy útil lo constituye el artículo 6° de la Ley Indígena No. 6271 del 29 de noviembre de 1977, al disponer lo siguiente:

“Ninguna persona o institución podrá establecer, de hecho o de derecho cantinas ni venta de bebidas alcohólicas dentro de las reservas indígenas. La presente ley anula la actual posesión y concesión de patentes de licores nacionales y extranjeros dentro de las reservas. Queda prohibido a los municipios el otorgamiento y traspaso de patentes de licores dentro de las mismas”.

Es evidente que por disposición de una norma legislativa una actividad anteriormente lícita en las reservas indígenas, a partir de la entrada en vigencia de la ley se transformó en ilícita. Consecuentemente podría existir un pequeño grupo de patentados que con anterioridad a la promulgación de la ley gozaban de licencia, que pueden tener el derecho eventual a un resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por la declaratoria de ilicitud de la actividad, la pérdida de ésta y el aviamiento o hacienda comercial, esto es, la clientela y el punto comercial. La Sala Constitucional en el Voto No. 2843-99 de las 15:09 horas del 21 de abril de 1999 se pronunció sobre la constitucionalidad del referido artículo de la Ley Indígena y estimo que no lesiona derecho fundamental alguno, puesto

que, su fin o propósito es proteger a un grupo vulnerable y en franca desventaja. La Sala Constitucional consideró que *“No existen derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas en relación con el ejercicio de actividades declaradas ilícitas o prohibidas. En consecuencia, no puede pretender la accionante que el Estado autorice a ejercer una actividad ilícita, como lo es la venta de bebidas alcohólicas dentro de las Reservas Indígenas, a través del otorgamiento de patentes y permisos por parte de alguna entidad pública...”*.

Evidentemente, la Sala Constitucional en este Voto no excluye la posibilidad del perjudicado de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para demandar la responsabilidad del Estado-Legislator, puesto que, se refiere a la inexistencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas para continuar realizando una actividad aunque fuere ejercida años antes de la promulgación de la ley que la transformó de lícita en ilícita.

Por el contrario, si se afecta a la totalidad de la población o a una categoría entera y completa de personas presentando idéntica situación profesional, industrial, comercial y espacial no hay daño especial. En esencia, la categoría con la que se hace el contraste no puede ser ni muy grande ni muy pequeña.

Existen ámbitos en los que resulta muy difícil hablar de un daño especial, tales como la intervención pública en el mercado y la economía, a través de medidas legislativas de regulación. En todas estas hipótesis, los parámetros de soportabilidad o tolerabilidad del daño son más altos o estrictos para adaptarse a los fines específicos y delicados de la intervención o regulación del mercado y de la economía, siempre dinámicos y mutables.

B.- Anormalidad del daño.

La anormalidad es un criterio de orden cualitativo más que cuantitativo, puesto que, hace referencia ineludible a su gravedad, intensidad, importancia o trascendencia. Si una carga pública sobrepasa el límite o canon de la tolerancia normal se convierte en anormal y el o los afectados no tienen obligación de soportarlo sino más bien el derecho a ser indemnizados.

6.- Tipología de las leyes que pueden generar la responsabilidad del Estado-legislador

La doctrina española hace una distinción entre leyes expropiatorias y no expropiatorias. Las primeras suprimen o privan de derechos subjetivos e intereses legítimos a un administrado, en tanto las segundas afectan, por su aplicación y eficacia, a una pequeña proporción de personas y le causan un daño especialmente intenso, sin llegar a suprimir, directamente, derechos subjetivos o intereses legítimos. La clásica distinción entre expropiación y responsabilidad del Estado-Legislator se funda en que la primera produce un detrimento como consecuencia de una actuación directamente dirigida a provocarlo por razones de utilidad pública o interés general (ejercicio de la potestad expropiatoria) en tanto que la segunda es una secuela no querida o perseguida como finalidad de la actuación.

En ambos casos se pueden presentar tres variables en cuanto a su contenido y la responsabilidad, veamos:

a) La ley excluye la posibilidad de indemnización, con lo cual la parte perjudicada podrá impugnarla en un asunto previo por inconstitucional o el juez consultarla, en el caso de las expropiatorias por contrariar el principio constitucional de la responsabilidad administrativa y el artículo 45 de la Constitución Política (indemnidad del patrimonio e indemnización previa) y en el supuesto de las no expropiatorias por quebrantar el principio constitucional referido y el ordinal 41 del texto fundamental (derechos fundamentales resarcitorio y de acceder a la jurisdicción para que ésta, conforme a la ley, repare la lesión antijurídica). En este caso la cuestión de constitucionalidad no excluye la responsabilidad y se convierte en el medio para crear las condiciones de su aplicación a través de la anulación del precepto o disposición que la niega.

b) La ley guarda silencio sobre la indemnización, esto es, no manda ni prohíbe indemnización alguna. En este supuesto por aplicación de principios constitucionales tales como la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, intangibilidad del patrimonio y el enriquecimiento sin causa, procede la responsabilidad y el resarcimiento, sin entrar en conflicto con la voluntad legislativa o suponer una tática. El administrado podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 49 de la Constitución Política) a interponer un proceso ordinario civil de hacienda para lograr la reparación debida.

c) La ley prevé normas sobre la indemnización, en este caso pueden presentarse dos hipótesis:

c.1) La ley establece que se indemnizará a los afectados, sin establecer un monto o quantum del resarcimiento, en este supuesto el legislador es conciente y sabedor del daño que produce su aplicación o sus efectos (v. gr. en nuestro medio jurídico existen dos leyes de la primera mitad del siglo pasado que establecieron el derecho a la indemnización de

los afectados por un acto legislativo que gravara con tributos futuros la industria y exportación del banano o bien que eliminara la franquicia aduanera para importar los materiales necesarios para el mantenimiento y explotación de las fincas bananeras). En algunos sistemas jurídicos como el Español, ordinariamente, solo se acepta esta hipótesis y la que será enunciada de seguido, al considerarse que no existe aún un desarrollo legislativo acabado de la responsabilidad del Estado-legislador (v. gr. la ley de descolonización del Sahara 40/75 del 19 de noviembre de 1975 –acto político- que preveía la indemnización para los españoles que se vieran obligados a abandonar o evacuar ese territorio).

c.2) La ley fija de forma precisa y con parámetros claros y suficientes el quantum de la indemnización, ya sea, para resarcir un daño causado a una pequeña proporción de personas o para compensar una expropiación practicada a una o varias personas (ley expropiatoria ad hoc o de caso único), en este supuesto, obviamente, puede discutirse la constitucionalidad de la ley –vía control concreto a través de un asunto previo o de la consulta judicial- por violación al derecho a la tutela judicial efectiva y a una indemnización justa (artículos 41 y 45 de la Constitución Política) al fijar de antemano un monto indemnizatorio –el cual puede ser insuficiente o risible- impidiéndole a los damnificados discutir el quantum ante la jurisdicción ordinaria.

Lo cierto del caso es que en nuestro ordenamiento jurídico basta que la ley en su aplicación y por sus efectos produzca un sacrificio singular (daño especial y anormal) con quebranto del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, para que proceda el derecho resarcitorio del administrado o grupo de administrados que no tienen el deber de soportarlo.

7.- Responsabilidad del Estado-legislador derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley.

Una laguna aparente del sistema de responsabilidad diseñado por el legislador lo constituye la responsabilidad derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley al quebrantar algún parámetro de constitucionalidad. El punto realmente no es pacífico en la doctrina.

Nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional al regular la tipología de las sentencias, en cuanto a la estimatoria de inconstitucionalidad que declara la nulidad de la ley con efectos ex tunc, esto es, retroactivos a la fecha de vigencia de la norma (artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional) no prevé ninguna condena al Estado-legislador al pago de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley inconstitucional.

El punto a esclarecer es si los administrados que hayan sufrido algún tipo de daño por la aplicación y efectos de la ley inconstitucional pueden demandar, ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, al Estado Legislador y bajo qué régimen jurídico resulta responsable éste.

Evidentemente, la declaratoria de inconstitucionalidad equivale a la declaración de nulidad absoluta de la ley, de tal manera que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional sería base suficiente para que aquellos administrados que estimen que han sufrido una lesión antijurídica acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa a obtener su resarcimiento a través de un proceso ordinario civil de hacienda. Sobre el particular, Garrido Falla entiende que cuando una ley es declarada inconstitucional y anulada la responsabilidad a favor de los perjudicados por su aplicación es indiscutible, incluso, afirma que el legislador solo comete una falta cuando la ley es declarada inconstitucional.

La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley –ley ilegítima-determina que el régimen jurídico de responsabilidad aplicable en este supuesto no es el de la conducta lícita del Estado-administrador (artículo 194 y siguientes), sino el de la conducta ilícita (artículo 191 y siguientes) –responsabilidad por falta de servicio-, puesto que, el acto legislativo ha sido declarado absolutamente nulo o sustancialmente disconforme por la violación más grave que se puede producir en el ordenamiento jurídico, esto es, del Derecho de la Constitución, consecuentemente el daño no se puede entender reparado con la simple desaplicación de la ley que ha sido declarada nula, puesto que, ello atentaría contra los principios de intangibilidad relativa del patrimonio y del enriquecimiento sin causa. En esta hipótesis, basta que el daño sea cierto, efectivo y evaluable, sin requerirse las características de especial y anormal, propias del sistema de responsabilidad por conducta lícita, para que proceda el deber de resarcimiento. Es decir, no se requiere que la ley previamente declarada inconstitucional haya afectado a una persona –física o jurídica- o a una pequeña proporción de éstas o que la lesión sea excepcionalmente intensa. En tales supuestos, habrá que bregar con el carácter general y abstracto de una ley –individualidad del daño- lo que puede dar al traste con la pretensión indemnizatoria al estimarse que el daño no es individualizable o determinable, circunstancia que depende, en último término, de los alcances subjetivos de los efectos de la ley. En todo caso, el juez contencioso-administrativo, que es el competente para conocer y resolver el asunto de la responsabilidad derivada de una ley declarada

inconstitucional por la Sala Constitucional, deberá ser muy prudente -utilizando las reglas de la sana crítica racional y los principios generales del derecho como el de razonabilidad y el de proporcionalidad- para determinar, casuísticamente, si el daño, por los términos de la ley, es individualizable o determinable.

Así, a título de ilustración, en Italia, por ejemplo, ante este problema y pese al carácter constitutivo y efectos ex nunc que se le otorga a la declaratoria de inconstitucionalidad, para abordar la procedencia de la indemnización o no, se introdujo una discutible distinción entre las leyes que se limitan a condicionar la actividad de los particulares y las que imponen una determinada conducta bajo apercibimiento de una sanción. En el primer caso (v. gr. una ley de fomento industrial cuya declaratoria de inconstitucionalidad perjudica a los empresarios que han iniciado actividades confiando en las subvenciones), la declaratoria de inconstitucionalidad no produce el derecho al resarcimiento. En el segundo supuesto sí cabe. La distinción se fundamenta en la obligación virtual de todo administrado de ponderar la legitimidad constitucional de las leyes, incluso, de desobedecerlas si son inconstitucionales y de utilizar los mecanismos establecidos para impugnarlas, por lo que si no asume una actitud tal se estima que ha mediado una concurrencia de culpas y se enerva el derecho al resarcimiento. Por contraposición, una conducta de tal naturaleza no le es exigible al particular cuando la ley se impone mediante un mecanismo sancionador, en cuyo caso la responsabilidad será plena. Obviamente, a pesar de su carácter ilustrativo, prescindimos para nuestro medio de esta alambicada distinción de un sector de la doctrina italiana.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, podemos formular las siguientes conclusiones:

a) La responsabilidad del Estado Legislador por el dictado de una ley declarada inconstitucional se rige por el sistema de responsabilidad por falta de servicio, puesto que, la declaratoria de nulidad por inconstitucional de la ley convierte la conducta de lícita en ilícita al contrariar el Derecho de la Constitución.

b) El daño provocado a los administrados por la ley declarada inconstitucional no se requiere que sea especial –pequeña proporción de afectados, criterio cuantitativo- y anormal –intensidad excepcional de la lesión-, puesto que, tales características de la lesión antijurídica son utilizables, únicamente, cuando se exige responsabilidad por conducta lícita, esto es, cuando se trate de una ley que no ha sido declarada inconstitucional (artículo 194, párrafos 1° y 3° de la LGAP).

Consecuentemente, habrá responsabilidad si el daño es efectivo, evaluable e individualizable respecto de una persona o grupo (artículo 196 de la LGAP, ubicado en la Sección Cuarta “Del Régimen Común de la Responsabilidad” del Título Sétimo). Lo anterior plantea un problema, puesto que, las leyes, por su abstracción, suelen tener efectos generales, de modo que todo dependerá del alcance subjetivo de la lesión antijurídica provocada.

c) La Sala Constitucional, por lo dispuesto en los ordinales 10 de la Constitución Política, 2º, inciso b), y 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se limita a anular por inconstitucional la ley, sin entrar a considerar la eventual responsabilidad derivada de la misma. Es la jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer de una eventual demanda de responsabilidad contra el Estado Legislador por la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley (artículo 2º, inciso b, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

d) Parece haber una diferencia entre una sentencia estimativa de inconstitucionalidad, por quebrantar una norma emplazada en la parte orgánica de la Constitución –referida a la organización o vertebración del Estado- (v. gr. artículos 182 y 190 de la Constitución Política) o por infringir una ubicada en la parte dogmática de ésta -derechos fundamentales- (v. gr. igualdad ante la ley). En efecto, cuando se declara inconstitucional una ley por quebrantar un principio, valor o precepto referidos a las garantías individuales o sociales es claro que puede existir una lesión antijurídica evaluable, individualizable y efectiva.

e) Cuando la Sala Constitucional dicta una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad debe hacerlo “*sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe*” (artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) siendo, además, inaplicable el efecto ex tunc o retroactivo respecto de “*aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles*” (artículo 93 ibidem). Incluso, la Sala Constitucional tiene habilitación suficiente para graduar o dimensionar en el tiempo, espacio y materia el efecto retroactivo (ex tunc) de la declaratoria y para disponer las “*reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales*” (artículo 91 párrafo 2º, ibidem). Consecuentemente, cuando por la declaratoria de inconstitucionalidad quedan salvados o protegidos los derechos adquiridos de buena fe, así como las relaciones o situaciones jurídicas consolidadas por prescripción o caducidad en virtud de sentencia firme (artículo 34 de la Constitución Política) o por la consumación de hechos irreversibles, o bien graduados o dimensionados los efectos

retroactivos del fallo, de tal modo que no producen daño, el administrado no podrá plantear un juicio de responsabilidad contra el Estado Legislador al no haberse producido una lesión antijurídica.

f) De todo lo anterior se desprende que en tanto la ley no sea declarada inconstitucional o si la Sala Constitucional dicta una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad –al considerar que no viola el Derecho de la Constitución-, el justiciable damnificado podrá plantear una demanda de responsabilidad contra el Estado Legislador de conformidad con los parámetros y requisitos de la Sección Tercera “De la Responsabilidad de la Administración por Conducta Lícita” del Título Séptimo de la Ley General de la Administración Pública (artículos 194 y 195).

En nuestro criterio, es preciso distinguir, en lo referente a la responsabilidad del Estado Legislador por el dictado de una ley inconstitucional, tres supuestos claramente diferenciados para evitar cualquier equívoco o desenfoque, veamos:

a) Una ley desconoce determinados derechos fundamentales o situaciones jurídicas sustanciales que derivan del propio texto constitucional, siendo que posteriormente es declarada inconstitucional. En este supuesto, los afectados podrán demandar los daños y perjuicios derivados del desconocimiento o cercenamiento, por la Asamblea Legislativa, de tales situaciones jurídicas.

b) Una ley otorga determinadas situaciones jurídicas sustanciales a los administrados y, posteriormente, es declarada inconstitucional, resultando nulas aquellas, por lo que demandan la responsabilidad derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley. Normalmente, en estos supuestos, la Sala Constitucional, en sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, por previsión expresa del propio legislador (artículos 91 y 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) debe proteger los derechos adquiridos de buena fe, las situaciones jurídicas consolidadas por cosa juzgada material, prescripción o caducidad o irreversibilidad de los hechos, de modo tal que, prácticamente, serán inexistentes los casos en que exista una lesión antijurídica. La lesión antijurídica podría producirse cuando, por inadvertencia y desaplicación de lo establecido por el legislador, la Sala Constitucional no salva tales extremos, omisión que, en todo caso, puede ser adicionada, incluso de oficio, por ese Tribunal (artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En este caso, podría pensarse, en tesis de principio, que la responsabilidad patrimonial es imputable al Estado-Juzgador, puesto que,

el control de constitucionalidad lo ejerce, de modo concentrado, una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia (artículo 10 de la Constitución Política y Voto de la Sala Constitucional No. 1185-95 de las 14:33 hrs. del 2 de marzo de 1995). Sin embargo, ante lo dispuesto por el artículo 154 de la Constitución Política –desconstitucionalización de la responsabilidad del Estado Juez-, ninguna ley dispone que el Estado-Juez sea responsable en esta hipótesis, con lo cual queda descartada.

c) Una ley anterior otorga situaciones jurídicas sustanciales a los administrados que por una ley posterior son suprimidas, modificadas o extinguidas. En este supuesto, la declaratoria de inconstitucionalidad y, por consiguiente, la nulidad absoluta afecta y comprende, únicamente, a la ley posterior, siendo que los administrados pueden demandar los daños y perjuicios provocados por todo el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada inconstitucional (Ver Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nos. 157 de las 15:20 hrs. del 14 de junio de 1991 y 70-F-95 de las 14:25 hrs. del 23 de junio de 1995).

8.- Responsabilidad por la aprobación de tratados o convenios internacionales.

La aprobación de un convenio o tratado internacional puede provocarle a una pequeña proporción de afectados una lesión especial y excepcionalmente intensa. Estos instrumentos del Derecho Internacional Público deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa mediante el trámite de una ley y poseen un rango supra legal (artículos 7° y 121, inciso 4°, de la Constitución Política).

En cuanto deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa, es posible reconducir una hipótesis de responsabilidad eventual a todos los presupuestos y condiciones que fija la Ley General de la Administración Pública para el caso de la responsabilidad del Estado-Legislator. Podría alegarse que se trata de un típico acto político o de gobierno que se encuentra totalmente abstraído del contralor de legalidad del artículo 49 de la Constitución Política (jurisdicción contencioso-administrativa), dado que, el artículo 140, incisos 10) y 12), de la Constitución Política establecen, respectivamente, que le corresponde al Poder Ejecutivo celebrar convenios, tratados y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, y dirigir las relaciones internacionales. Sin embargo, nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966 posee una norma en virtud de la cual

los actos políticos o de gobierno no son inmunes a tal fiscalización. En efecto, el artículo 4º, inciso b), de ese cuerpo normativo establece que no corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa “Las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República, sin perjuicio de la indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

Es evidente, entonces, que una persona física o jurídica o una pequeña proporción de éstas podrían pretender la responsabilidad derivada de la ratificación y aprobación de un convenio o tratado internacional.

9.- Responsabilidad por las omisiones legislativas.

En materia de responsabilidad del Estado-administrador las omisiones o inactividad de las administraciones públicas constituyen una falta de servicio y, por consiguiente, un funcionamiento anormal. No obstante, las dudas surgen cuando se cuestiona la posibilidad de la responsabilidad del Estado por la omisión en el dictado de actos legislativos o cuando, pese a haberse dictado, carece de un contenido determinado. La omisión legislativa se produce cuando una norma de rango superior como podría ser la propia Constitución Política o un instrumento internacional le imponen a la Asamblea Legislativa el deber de regular o desarrollar, mediante ley, una política o unos derechos que benefician un sector determinado de la población y, pese a lo anterior, persiste la inercia legislativa.

En tratándose de omisiones legislativas, podría arribarse apriorísticamente a la impostura de que la lesión antijurídica provocada debe cumplir con las características propias del daño por conducta lícita o funcionamiento normal, esto es, debe ser especial, por afectar a una pequeña proporción de personas –una o un grupo determinable (subcategoría)- y anormal por la intensidad excepcional de la lesión. Sin embargo, en nuestro criterio, la conclusión anterior sería errónea, puesto que, cuando el legislador omite cumplir con un mandato constitucional dispuesto por el Constituyente originario o derivado incurre en una falta de gran entidad –incumplimiento de un deber u obligación constitucional-, siendo que la responsabilidad que se produce es por un funcionamiento anormal, dado que la inercia se traduce en una actuación material omisiva, por lo que es suficiente con que el daño sea efectivo, evaluable e individualizable con relación a una persona o grupo. Es evidente, entonces, que la regulación escueta y por remisión –a la administrativa por conducta lícita- que hace el legislador de 1978 respecto de la responsabilidad del

Estado Legislador, tiene sobre esta materia una enorme laguna, puesto que, fue pensada y concebida para las hipótesis en que media un acto formal legislativo –ley-.

De igual forma, no se debe confundir la responsabilidad patrimonial derivada de la omisión, la cual se reclama en la vía contencioso-administrativa (artículo 2º, inciso b, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), con el control de constitucionalidad de ésta ejercida ante la Sala Constitucional, por la vía de la acción de inconstitucionalidad (artículo 73, inciso f, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), en cuyo caso estimamos que debería reformarse la ley para que el Tribunal Constitucional pueda dictar una sentencia en la que condene al Poder Legislativo a subsanar la omisión en un plazo razonable, dado que, existe una laguna normativa al respecto, puesto que, cuando se estableció la tipología de la sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, el legislador cubrió, básicamente, los supuestos en que se impugna una conducta formal activa –dictado de una ley- y no omisiva –no dictado de una ley-.

El hito fundamental al respecto fue marcado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –Tribunal de Luxemburgo- del 19 de noviembre de 1991 (casos acumulados Francovich y Bonifaci), en la que se reconoció la responsabilidad del Estado italiano respecto de los recurrentes como consecuencia de los daños sufridos por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 del 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas.

10.- Responsabilidad Estado-Legislator, situaciones jurídicas objetivas o subjetivas y derechos adquiridos.

Tradicionalmente, se ha discutido si los administrados tienen o no derechos adquiridos a partir de una situación jurídica objetiva creada por la ley, siendo que cuando se trata de una subjetiva parece que no existe discusión alguna acerca de la existencia de un derecho adquirido y un derecho resarcitorio por su modificación, alteración o supresión.

En efecto, en el enfoque clásico (Duguit y Jeze) , la supremacía de la ley como máxima expresión de la soberanía popular y de la Asamblea Legislativa como su único representante –conceptos relativos en un sistema presidencialista, donde el Presidente es electo popularmente- provoca que a la ley se le tenga como suprema e irresistible, capaz de derogar cualquier otra ley o acto subordinado en la jerarquía normativa, sin

que nadie pueda alegar derechos adquiridos. En esencia, nadie tiene el derecho adquirido a la inmutabilidad de la ley o del ordenamiento jurídico establecido por ésta. Bajo esta línea de argumentación, si la situación jurídica de un administrado es de origen legal o estatutario (el ejemplo clásico es la relación estatutaria o de empleo público), la ley tiene el poder ilimitado de alterarla en cualquier sentido, otorgando o trayendo poderes, imponiendo o liberando deberes, sin que se pueda aducir un derecho adquirido y, por ende, un derecho al resarcimiento con fundamento en el estado legislativo anterior. Consecuentemente las situaciones jurídicas legales, objetivas o normativas cambian con la ley que define su contenido con fundamento en el estado legal derogado o reformado, esto es, son intrínsecamente precarias, modificables o mutables sin responsabilidad de ninguna especie.

De acuerdo con este planteamiento tradicional, las situaciones jurídicas subjetivas que ostenta un administrado –sea que tenga origen en un acto jurídico unilateral o bilateral o en un acto administrativo– son distintas, puesto que, no pueden ser variadas por una ley u otro acto normativo, sino única y exclusivamente por el autor de la situación jurídica, esto es, son inmutables por una ley o una norma, puesto que, de ser afectadas por ésta se afectan los derechos adquiridos y se les concede, de forma inapropiada, un efecto retroactivo en perjuicio.

No obstante la corriente clásica y tradicional indicada, modernamente la evolución de instituciones tales como la expropiación, las limitaciones a la propiedad y la responsabilidad pública han puesto en entredicho esta tesis, así en el ámbito del Derecho Privado es sabido que el orden público y las buenas costumbres (artículo 28 de la Constitución Política) son capaces de alterar situaciones subjetivas. Del mismo modo, en el ámbito del Derecho Público, se ha reconocido la responsabilidad del Estado-Legislator, admitiéndose la legitimidad del ejercicio de la potestad legislativa, pero reconociendo, al propio tiempo, la responsabilidad por los efectos lesivos que genere una ley. Es decir, actualmente se admite que el legislador tiene potestad suficiente para modificar las situaciones jurídicas objetivas o estatutarias reguladas por una ley, pero si al hacerlo le causa un daño anormal y especial a una persona o un grupo de éstas debe resarcirlo. Como ejemplos de tales situaciones se puede ofrecer el de la devaluación de la moneda, un cambio de regulación en una profesión determinada o el rebajo del salario a los funcionarios públicos. En tales supuestos la indemnización procede no por violación de los derechos adquiridos sino por la naturaleza de la lesión provocada, esto es, especial y anormal, esto es, por el sacrificio singular o especial que el administrado no tiene el deber de soportar. Sobre el particular, Ortiz Ortiz señala que “(...) la

evolución del derecho comparado a favor de la indemnización de las lesiones “especiales” inferidas a derechos de contenido legal y/o estatutario, por cualquier acto o actividad públicos, sean de naturaleza legislativa o administrativa, permite concluir en la indemnizabilidad de todos los derechos (subjettivos o estatutarios) que sufran menoscabo grave con motivo de reformas o derogaciones legislativa (o del instrumento normativo que define el status correspondiente), a condición de que el daño sea realmente “especial” (por las notas caracterizantes de la “especialidad” y “anormalidad” (...)).

11.- Regulación normativa de la Responsabilidad del Estado Legislador.

A.- Necesidad de desarrollo legislativo.

Obviamente, la cobertura constitucional de la responsabilidad del Estado Legislador se encuentra en los preceptos, principios, valores y jurisprudencia constitucionales –bloque o parámetro de constitucionalidad– que fueron enunciados en el capítulo primero, esto es, los artículos 9º, 18, 33, 41, 45 y de la Constitución Política.

Nuevamente, sobre el particular se puede plantear la discusión –al igual que en la hipótesis del Estado Juez– acerca de si el Estado Legislador puede ser directa y automáticamente responsable, sin necesidad de desarrollo legislativo, por el dictado de una ley cuyos efectos o aplicación genere una lesión antijurídica. En nuestro criterio, el Estado Legislador es responsable única y exclusivamente en los términos establecidos en la Ley General de la Administración Pública, puesto que, aunque el ordinal 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio tal y como lo reconoce la Sala Constitucional en el Voto No. , es lo cierto que el Constituyente originario en el canon constitucional citado, indicó explícitamente que *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)”*, consecuentemente, el justiciable o damnificado debe acudir, ineluctablemente, a la extensión, ámbito, límites sustanciales y los cauces formales que señale el legislador para demandar la responsabilidad del Estado Legislador. No se podría imaginar, por ejemplo, que prospere una demanda de responsabilidad contra el Estado Legislador, en que el justiciable, pese a la existencia de un daño general, obtenga una indemnización a contrapelo de lo regulado y establecido por el legislador.

B.- Regulación en la Ley General de la Administración Pública: Implicaciones y críticas.

La responsabilidad del Estado Legislador se encuentra regulada en la Ley General de la Administración Pública en el Título Séptimo “De la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público”, Capítulo Primero “De la Responsabilidad de la Administración”, Sección Tercera “De la Responsabilidad de la Administración por Conducta Lícita” y más concretamente en el párrafo 3° del artículo 194 al indicar que *“El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo”*.

Una primera crítica que podría hacerse es que un código administrativo, como la Ley General de la Administración Pública, no debe ocuparse de la responsabilidad del Estado Legislador y menos emplazándola sistemáticamente bajo un título dedicado a la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público. Sin embargo, la virtud de la norma radica en que en dos líneas hace responsable al Estado Legislador por las lesiones antijurídicas que una ley, por sus efectos o aplicación, le cause a los administrados. De la misma forma, cabe resaltar la capacidad de previsión y proyección de los redactores de la Ley General de la Administración Pública para solventar en una pequeña norma una discusión que tiene años de estar servida introduciendo la responsabilidad del Estado por el dictado o emisión de leyes.

Podemos afirmar que la regulación resulta, pese a ser una gran conquista para la segunda mitad del siglo pasado, un tanto incompleta, puesto que, no se hace referencia a la responsabilidad del Estado Legislador, por la aprobación de tratados o convenios internacionales, las omisiones legislativa e, incluso, aquella derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, siendo que para la época (1978) ya existía un control de constitucionalidad diseñado en el Código de Procedimientos Civiles a cargo de la Corte Plena en funciones de Tribunal Constitucional que aunque imperfecto y difícil en cuanto a su acceso y funcionamiento operaba.

El numeral 194, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública, remite, en cuanto al daño o lesión antijurídica, a los elementos que fija el párrafo 1° de ese precepto para la responsabilidad por conducta lícita administrativa, con lo cual soluciona de forma ágil y cómoda los presupuestos de este tipo de responsabilidad. La única duda que podría plantearse sobre el particular es que el párrafo 3° hace referencia a un

“daño especial de conformidad con el presente artículo”, con lo cual podría estimarse que basta que los efectos de la ley le produzcan un daño a una *“pequeña proporción de afectados”* (párrafo 1º del artículo 194 LGAP), lo cual, incluso se vería confirmado por la “o” disyuntiva existente en el párrafo 1º, del artículo 194 en cuanto señala que el daño debe ser especial *“por la pequeña proporción de afectado o por la intensidad excepcional de la lesión”*. Sin embargo, en nuestro criterio, la Ley General de la Administración Pública tanto en el párrafo 1º como 3º, hace referencia a un sacrificio especial o singular, siendo que el mismo debe reunir las dos condiciones de especial y de anormal. Consecuentemente, entendemos que el daño o lesión antijurídica provocada a los administrados por los efectos de una ley, debe reunir concomitantemente la condición de especial –criterio cuantitativo- y de anormal –criterio cualitativo-.

En materia de responsabilidad del Estado Legislador al estar incardinada su regulación en la Sección Tercera “De la Responsabilidad de la Administración por Conducta Lícita”, del Título Séptimo, podría discutirse si, en cuanto a su extensión está sujeta a los mismos límites de la responsabilidad administrativa por conducta lícita, en cuanto excluye la reparación de los intereses legítimos (el párrafo 1º del artículo 194 hace referencia *“a los derechos del administrado”*) y el resarcimiento del lucro cesante (el párrafo 2º del artículo 194 preceptúa que *“la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante”*).

En nuestro criterio, no cabe la menor duda que los párrafos 1º y 2º del artículo 194 de aplican a la responsabilidad del Estado Legislador, sin embargo estas normas son portadoras de una aparente inconstitucionalidad, puesto que, el artículo 49, párrafo in fine, de la Constitución Política indica que *“La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*, de modo y manera que si el constituyente manda a proteger los intereses legítimos, el legislador no tiene razón válida para excluir su protección a través de su resarcimiento cuando son lesionados antijurídicamente por los efectos de una ley. En abono a la tesis anterior, debe considerarse especialmente que el artículo 195 de la Ley General de la Administración Pública excluye el deber de resarcimiento cuando el *“interés lesionado no sea legítimo”*, por lo que podría entenderse, a contrario sensu y a la luz del parámetro constitucional, que cuando el interés es legítimo cabe la reparación. De la misma forma, a partir de los ordinales 41 y 45 de la Constitución Política, la reparación que debe obtener un administrado por una lesión antijurídica debe ser integral y plenaria, sin excluir, apriorísticamente, la indemnización de los

perjuicios o lucro cesante que consiste en la ganancia o utilidad razonablemente esperable a partir del ejercicio de una actividad. Cualquier criterio restrictivo al respecto que haya manejado el legislador para establecer tal restricción, derivada de la naturaleza de la actividad lícita –dictado de leyes-, puede resultar abiertamente inconstitucional.

Finalmente, debe dilucidarse si el numeral 195 de la Ley General de la Administración Pública le resulta aplicable, también, a la responsabilidad del Estado Legislador. En nuestra opinión no cabe la menor duda de su aplicación a ese ámbito, ese numeral opera como un límite a la responsabilidad por conducta lícita. La responsabilidad sin falta o por sacrificio especial –sistema bajo el cual se ubica, dogmáticamente, la responsabilidad del Estado Legislador- opera como un mecanismo automático y puro de reparación, de modo que si la lesión antijurídica causada por los efectos o la aplicación de una ley, es especial y anormal debe proceder la indemnización, sin que puedan aplicarse las causales de exclusión de responsabilidad –de rompimiento del nexo causal- del artículo 190, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública, toda vez, que tratándose del ejercicio de potestades lícitas no puede hablarse de fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Bajo esta inteligencia, solo estará excluida la responsabilidad del Estado Legislador y la consecuente indemnización *“cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o al momento del hecho dañoso”*.

El propósito de la norma es evitar que las situaciones antijurídicas de carácter privado, ya de por sí proscritas por la Constitución Política, al enunciar el principio de autonomía de la voluntad en su ordinal 28, párrafo 2º, al indicar que *“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, estarán fuera de la acción de la ley”*, queden petrificadas en el tiempo y den pie a una indemnización que provocaría un empobrecimiento ilícito del Estado por estar tales actividades precisamente prohibidas. En lo relativo a los intereses que no estuvieren expresamente prohibidos antes o al momento del hecho dañoso –para nuestro caso al producirse los efectos de la ley o su aplicación-, cabe indicar que el juez, al momento de conocer y resolver el juicio de responsabilidad, debe aplicar tales conceptos jurídicos indeterminados (moral, orden público o perjuicio a tercero) para determinar casuísticamente si realmente la actividad afectada por la ley encaja en los mismos. El artículo 28, párrafo 2º, constitucional supondrá, para las actividades privadas iniciadas después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1949, que siempre estarán prohibidas por texto

constitucional expreso cuando trasgredan esos límites, de modo que el problema se podría presentar para los supuestos remotos de actividades iniciadas antes de la vigencia de la Constitución de 1949.

La norma resulta congruente con la aceptación doctrinal de la existencia de algunas actividades reprimibles o perjudiciales cuya afectación por la ley no puede generar el deber resarcitorio (v. gr. exportación fraudulenta de alcohol, fabricación de armas de fuego, transporte, publicidad y comercialización de licores, juegos de azar en lugares públicos, actividades contaminantes o que producen un daño ambiental etc.). También se ha admitido la irresponsabilidad cuando la ley protege un “interés general preeminente” como la protección de la salud pública o la lucha contra el alza de precios (Sentencias del Consejo de Estado Francés Ville d’ Elbeuf de 15 de julio de 1949 y Tramways de Limoge del 23 de enero de 1952).

12.- Desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-Legislator.

Realmente, son escasos los pronunciamientos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, y los pocos supuestos que han llegado a ese estrado judicial han sido desaprovechados para el desarrollo de la responsabilidad del Estado-Legislator.

A.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 54 de las 17 hrs. del 12 de julio de 1989 (Edgar Zúñiga Soto c/. el Estado).

Edgar Zúñiga Soto era concesionario de una instalación pública en el Estadio Nacional para la venta de bocadillos, bebidas incluidos cerveza y licores desde el año 1954 –puesto No. 8 gradería de sombra-. La Ley de Licores No. 10 del 7 de octubre de 1936 permitía esa actividad, sin embargo mediante reforma introducida a ese texto legal a través de la Ley No. 5817 del 15 de octubre de 1975, se adicionó la primera estableciéndose lo siguiente: “*Prohíbese la venta de todo tipo de licores, aguardiente y cerveza en los estadios y gimnasios*”. Esta adición o modificación legislativa entró a regir a partir de la publicación de la ley que fue el 29 de octubre de 1975. Al momento de dictarse la reforma legislativa el accionante se encontraba disfrutando de la primera prórroga de 6 años (operada el 15 de abril de 1972 y hasta el 15 de abril de 1978) del primer contrato formal (celebrado el 15 de abril de 1966). Ahora bien, no podría darse una segunda prórroga, puesto que, la propia Ley No. 5817

dispuso transitoriamente que “En ningún caso se ampliará la vigencia de dichas concesiones, permisos o contratos, los que no podrán en forma alguna ser renovados”. Sin embargo esa misma norma transitoria de la ley estableció que las concesiones, permisos o contratos ya otorgados “quedarán vigentes hasta la fecha de expiración que en cada una de ellas se haya fijado, siempre y cuando esa fecha no exceda un plazo de tres años contados a partir de la publicación de esta ley” –en el caso particular, el promovente tendría hasta 15 de abril de 1978 para ejercer la actividad, ya que, después de esa fecha no se podría prorrogar la concesión-. El actor siguió ejerciendo su actividad hasta el 17 de enero de 1979.

La Sala Primera de la Corte Suprema, por voto de mayoría pues hubo voto salvado del Magistrado Juan Luis Arias, estimó que no era de aplicación al caso el artículo 194, párrafo 3º, LGAP, por cuanto “...no existe motivación legal, ni fundamentos para aplicarla, ya que la procedencia de una reparación civil por acto legislativo está sujeta a que el reclamante tenga un derecho consolidado, real o personal, y no una mera expectativa de derecho, como lo es la mera posibilidad de renovación de una concesión (para vender licores y cerveza); y se requiere, además, que el perjuicio sea presente y efectivo y no eventual y futuro, como sucede en este caso” y luego añade que “Con mayor razón es improcedente el cobro de una indemnización cuando es la propia ley la que ha dispuesto que a la expiración del plazo de la concesión, permiso o contrato para vender licores o cerveza, se prohíbe su renovación”.

Luego la Sala Primera enfatiza el carácter soberano de la reforma legislativa al indicar que “La prohibición para la venta de licores, aguardientes y cerveza en los estadios y gimnasios responde a criterios de conveniencia social, de seguridad y salud pública, lo que revela que para establecer esa prohibición mediaron motivos que caracterizan el orden público. Así, mientras el interés del actor para seguir vendiendo licores y cervezas en el local que arrienda (sic.) en el Estadio Nacional es un interés particular, enteramente de carácter privado, con la finalidad de obtener mayores ganancias económicas, en cambio, el interés del Estado al prohibir la venta de licores y cerveza en los estadios y gimnasios es un interés general, de carácter público, con un fin que atiende exclusivamente orden público y a la conveniencia social. Para comprender la racionalidad, utilidad y conveniencia de dicha medida, basta tener presente que en los estadios, tanto en nuestro país, como en el extranjero, se ha producido desmanes entre los aficionados que han causado daños materiales, lesiones corporales, y hasta pérdida de vidas humanas...Es bien sabido que quienes han consumido licor o cerveza son más propensos a soliviantarse. Por todo ello, no hay duda de que la prohibición responde a exigencias de orden público y que la parte actora no tiene el derecho de reclamar

indemnización alguna por el dictado de la ley que estableció dichas prohibición y que también impedía la renovación de las concesiones, permisos y contratos relacionados con el expendio de licores, aguardiente y cerveza en los estadios y gimnasios del país.”.

Finalmente, la Sala Primera argumenta que “...el actor, con creces, gozó de un plazo más que razonable para obtener una justa utilidad y recuperar la inversión que hubiere hecho. Por otra razón, tampoco se justifica su reclamo de indemnización, al habersele prohibido, en virtud de ley, vender licores y cerveza en el local arrendado”.

En nuestro criterio, la Sala Primera erró en esta sentencia por las siguientes razones:

1°) Evidentemente, nos encontramos ante un daño especial que afecta a una persona dentro de la subcategoría de los comerciantes que expenden bebidas alcohólicas en los estadios y anormal, puesto que, si Zúñiga Soto explotaba esa actividad comercial desde 1954 es de suponer que el sustento vital personal y de su círculo familiar dependiera de la misma, siendo que la reforma le causó una lesión antijurídica excepcionalmente intensa al enfrentar el cese de una actividad mercantil desplegada por más de 20 años.

2°) La reforma legislativa transformó una actividad comercial lícita en ilícita, con lo que se le impidió al actor ejercerla en ese mismo lugar para el futuro, presupuesto básico e indispensable para dar entrada a la responsabilidad del Estado-legislador.

3°) Ciertamente en la concesión de instalaciones públicas o permiso de uso de éstas, el concesionario o permisionario nunca adquiere la titularidad de un bien de dominio público –por sus características de inalienable, intransferible e imprescriptible- la cual siempre permanece en cabeza de la administración pública concedente. No obstante, como consecuencia de desarrollar una actividad comercial durante un lapso prolongado, el concesionario o permisionario puede ser titular de derechos patrimoniales que integran el aviamiento o hacienda –derecho de llave-, tales como el punto comercial, la clientela y la construcción o mejora del local donde se efectúa la actividad empresarial, que por la supresión legislativa deben ser resarcidos o indemnizados.

4°) Es cierto que la ley es la más pura expresión de la soberanía, pero no por ello se puede obligar a una persona o a un grupo identificable de éstas a soportar o tolerar una carga o sacrificio singular derivado de la aplicación y los efectos del acto legislativo. La vulneración del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, impone, de por sí, la indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del acto legislativo.

B.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 108-F-91 de las 14:15 hrs. del 3 de julio de 1991 (Compañía Bananera de Costa Rica c/. el Estado).

Mediante la Ley No. 2 del 4 de septiembre de 1930 se dispuso en su artículo 1° que desde su promulgación y hasta el 29 de octubre de 1950, la industria y exportación del banano quedará sujeta, únicamente a un impuesto de dos centavos oro americano (US \$ 0.02) por racimo de cualquier clase o tamaño. Ese mismo artículo de la ley citada, estableció que “El Estado garantiza que durante todo el lapso antedicho, no gravará la exportación ni la industria de bananos con ninguna otra contribución o impuesto nacional. Como el de muellaje u otro semejante; y en caso de hacerlo, indemnizará los daños y perjuicios que sufran los interesados”. Contratos-leyes y leyes posteriores prorrogaron el beneficio fiscal señalado anteriormente (así las leyes Nos. 3 del 4 de septiembre de 1930 y 133 de 23 de julio de 1938 –esta ley dispuso que el contrato tendría una vigencia de 50 años hasta el 24 de julio de 1988- que aprobaron los contratos suscritos entre el Poder Ejecutivo y la United Fruit Company y la Ley No. 2038 de 26 de julio de 1956 que contempló la misma exención tributaria establecida en la Ley No. 2 y ratificó el plazo de 50 años de vigencia de la exoneración, disponiendo en su artículo 3° que “En caso de que, antes de transcurrido dicho plazo, fuere derogada, o que se modifique restringiendo sus beneficios, dará lugar a reclamar los daños y perjuicios que la nueva situación pueda ocasionarle a los interesados”, finalmente, la Ley No. 4895 del 16 de noviembre 1971 reiteró en su artículo 28 las exenciones y beneficios fiscales indicados al preceptuar que “...se ratifica que no se gravará ni podrá gravarse en forma directa o indirecta la industria ni la exportación de banano, con ninguna tasa, carga, impuesto o patente municipal...y que esta exoneración se mantiene y prevalece resultando ilegal cualquier cobro en contrario”).

No obstante lo anterior, la Asamblea Legislativa dictó la Ley No. 5731 del 30 de julio de 1975, mediante la que autorizó a la Municipalidad de Corredores el cobro de un impuesto de 3 céntimos por cada caja de cartón producida y similares producidas en ese cantón. Como consecuencia de la aplicación de la Ley No. 5731 la Compañía Bananera de Costa Rica le canceló a la Municipalidad de Corredores la suma de 3.000.548,15 de colones durante el período de 1977 a 1984. La empresa demandante pretendió, entre otros aspectos, el pago de los daños y perjuicios provocados (restitución de las sumas pagadas, por pagar y los intereses al tipo legal desde el pago y hasta su devolución efectiva) con la

promulgación de esa ley, al haberse dejado sin efecto, unilateralmente, “la garantía de no creación de nuevos impuestos”.

En primera y segunda instancia, la solución al litigio fue enfocada, a nuestro juicio desacertadamente, desde una perspectiva contractual –echando mano de la teoría del hecho del príncipe y del equilibrio económico del contrato-, al existir de por medio una serie de contratos-leyes. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, sin mayor análisis declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General de la República.

Se desperdicio así una oportunidad relevante para sentar las bases de la responsabilidad del Estado-legislador. Es evidente que el supuesto de hecho puede ser resuelto a través de la responsabilidad del Estado-legislador, sin necesidad de acudir a la responsabilidad contractual, por las siguientes razones:

1°) Existe un daño especial, puesto que, se afecta a una subcategoría de empresarios agrícolas –del banano- en un ámbito territorial determinado –Cantón de Corredores- y anormal, por cuanto la lesión es excepcionalmente intensa al afectarse los niveles de producción, competitividad y los márgenes de utilidad.

2°) La exoneración fue otorgada por una ley ordinaria (No. 2 del 4 de septiembre de 1930) y no por un “contrato-ley”, de la misma forma fue eliminada por una ley ordinaria (No. 5731 del 30 de julio de 1975). De modo que, el asunto es discusión no son los efectos o la ejecución de un contrato administrativo (otrora denominado “contrato-ley”) sino los efectos lesivos de una ley sustancialmente conforme con el Derecho de la Constitución.

3°) Entendemos que la exoneración fue otorgada, durante un plazo determinado, como una medida o política de fomento para estimular la producción y exportación del banano, siendo que antes del vencimiento se elimina mediante la imposición, por ley, de otros tributos, lo cual provocó la pérdida de una serie de expectativas en los productores. Se les impuso a los productores e industriales del banano del Cantón de Corredores una carga singular o particular que no tenían el deber de soportar o tolerar, con lo que se conculcó el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33 de la Constitución Política).

4°) La ley que creo la exención tributaria estipuló, expresa y categóricamente, que si el Estado costarricense dictaba una ley posterior gravando la referida actividad debía indemnizar los daños y perjuicios provocados. Se trata, entonces, de una de las hipótesis en que la propia ley indica que procederá la responsabilidad del Estado Legislador, aunque ello no sea necesario en nuestro ordenamiento jurídico, por lo menos a partir de 1978.

C.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 157 de las 15:20 hrs. del 14 de junio de 1991 (Compañía Bananera de Costa Rica c/. el Estado).

En esta sentencia la Sala Primera conoció del recurso de casación interpuesto por la Compañía Bananera de Costa Rica contra la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que desestimó la demanda interpuesta por esa empresa para que se condenara al Estado al pago de los daños y perjuicios (restitución de las sumas pagadas y los intereses correspondientes, calculados al tipo legal desde el momento del pago indebido y hasta su restitución) por el cobro de los impuestos establecidos por los artículos 12 y 15 de la Ley No. 6966 del 25 de septiembre de 1984, por quebrantar, a su juicio, el régimen de exoneración especial establecido por una serie de contratos y de leyes. Los dos tributos cobrados fueron un 10% de la suma total exonerada, por los servicios de trámite, concesión y fiscalización de toda exoneración de impuestos arancelarios y de cualquier otro impuesto cobrado por importación de bienes en las aduanas, incluidas las exoneraciones de las sobretasas temporales de exportación establecidas por el Banco Central y un 3% sobre el valor aduanero de las mercancías importadas, ambos a cargo de la persona física o jurídica beneficiaria de la exoneración y a pagar al momento de liquidar la póliza.

La Sala Primera estimó que “(...) *se han dado acontecimientos jurídicos que hacen innecesario analizar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de no gravar “en el futuro” con otros impuestos nacionales o municipales a la actividades bananeras de la actora. Ello en razón de que, los artículos 12 y 15 de la citada Ley No. 6966, que son el fundamento sobre el cual descansa el cobro del impuesto y la tasa comentados, han sido declarados inconstitucionales. El artículo 15 en la sesión de Corte Plena de 14 de enero de 1988; y el 12, en resolución No. 1466-90 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 1990, de la Sala Constitucional*”. Ante tal consideración la Sala Primera estimó que el recurso de casación era procedente, debiéndose anular la del Tribunal Superior “(...) *porque resolvió con base en una ley declarada inconstitucional, contra lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a los jueces aplicar leyes así declaradas, y en segundo lugar, porque la resolución de la Sala Constitucional confirió efectos retroactivos plenos a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12, a partir de la publicación de la ley base (...)*”, por lo que resolviendo el fondo acogió la demanda y condenó al Estado a devolver a

la Compañía Bananera de Costa Rica las sumas pagadas por ella con motivo de la aplicación de los artículos 12 y 15 de la Ley No. 6966 del 25 de septiembre de 1984.

D.- Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 70-F-95 de las 14:45 horas del 23 de junio de 1995 (Standard Fruit Company c/. el Estado).

En este proceso la empresa actora demandó al Estado para que le resarcieran los daños y perjuicios derivados del establecimiento de un impuesto del 3% sobre el valor aduanero de mercadería importada en general establecido por la Ley de Presupuesto Extraordinario No. 6966 del 25 de noviembre de 1984 (artículo 15), puesto que, por la Ley No. 2038 del 26 de julio de 1956 –desde su vigencia y hasta el 24 de julio de 1988-, denominada “Concesión de franquicia aduanera a los empresarios bananeros” el Estado otorgó una franquicia aduanera por la importación de los artículos y materiales necesarios para el mantenimiento y explotación de las fincas de banano a los empresarios de ese producto. Por lo anterior exigió el reembolso de 52.031.100,32 de colones por concepto del pago del referido impuesto y los intereses al tipo legal desde la fecha de pago y hasta la devolución efectiva de la referida suma.

La Ley No. 2038 estableció en su artículo 1° lo siguiente: “Se autoriza al Poder Ejecutivo para que, dentro del término de vigencia de los contratos celebrados con la Compañía Bananera y la Chiriquí Land Company y aprobados por el Poder Legislativo, o sea hasta el veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y ocho, conceda franquicia aduanera a los empréstitos bananeros para la introducción al país de elementos materiales necesarios para el mantenimiento y explotación de las fincas de banano”; por su parte el artículo 2° dispuso “Durante el mismo lapso a que se refiere el artículo 1°, y por todo el tiempo que la Compañía Bananera de Costa Rica disfrute de esta garantía, el Estado no gravará la industria ni la explotación de banano con otros impuestos de exportación que no sea el establecido por el Decreto Legislativo número 2 del cuatro de septiembre de mil novecientos treinta, o sea la suma de dos centavos oro americano por racimo de cualquier clase o tamaño”. Finalmente, el artículo 3° de ese cuerpo legislativo dispuso lo siguiente: “Esta ley estará en vigencia durante todo el tiempo a que se refiere el artículo 1°. En caso de que antes de transcurrido dicho plazo, fuere derogada, o que se modifique restringiendo sus beneficios, dará lugar a reclamar los daños y perjuicios que la nueva situación pueda ocasionar a los interesados”.

En primera instancia el Juzgado Contencioso Administrativo, por sentencia de las 10 hrs. del 28 de abril de 1993, declaró con lugar la demanda, tomando en consideración, que la ley No. 2038 implementó una política de fomento de la actividad de cultivo y exportación del banano, para reactivar e impulsar la recuperación económica de la provincia de Limón –afectada por la baja en los precios internacionales del cacao-, siendo que la ley No. 6966 la eliminó unilateralmente. Al respecto, el Juez de primera instancia estimó que con el ejercicio “(...) *de la citada competencia tributaria que constitucionalmente tiene asignada (por lo demás, como se dijo, legítima y normal), se sacrificó en forma especial un derecho subjetivo, desde su nacimiento sujeto a una condición extintiva (sic), que al momento de suprimirse no había aún acontecido (...)*”. El a-quo estimó, entonces, que se trataba de una hipótesis de responsabilidad del Estado legislador –dada la pequeña proporción de afectados productores de banano- por lo que aplicó los ordinales 190, párrafo 2°, 194, párrafo 3°, y 195 de la LGAP. Adicionalmente estimó, que la Corte Suprema de Justicia, en funciones de Tribunal Constitucional, por sentencia 13:30 hrs. del 14 de enero del 1988 declaró inconstitucional la referida Ley No. 6966, sobre el particular indicó “(...) *el vínculo de causalidad entre el acto lesivo (la ley) y el daño, se da como consecuencia de su aprobación por parte de la Asamblea Legislativa y no como derivación de la declaratoria de inconstitucionalidad. La inaplicabilidad decretada por el antiguo órgano de control de constitucionalidad de las leyes, en nada viene a incidir sobre aquellas, como lo ha entendido el personero estatal, pues aún cuando esa disposición hubiera nacido a la vida jurídica sin vicio alguno, también habría comprometido su responsabilidad, dado que esta última es consecuencia de un acto legítimo, no en atención al vicio que de carácter constitucional afectaba la norma, sino en cuanto se desatendió el compromiso adquirido mediante una disposición ordinaria (...)*”.

Finalmente, cabe resaltar que el Juzgado Contencioso Administrativo denegó la partida de intereses por aplicación del artículo 194, párrafo 2°, de la LGAP que impide su resarcimiento en aras de no comprometer el patrimonio público, con lo que hace que los administrados corran con ciertos sacrificios.

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo por sentencia de las 10:35 hrs. del 18 de octubre de 1994, condenó al Estado a la devolución de los impuestos pagados por la empresa de 1984 a 1988 y el pago de los intereses, al estimar que el cobro se efectuó con fundamento en una norma declarada inconstitucional –para esos efectos citó la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 157 de las 15:20 hrs. del 14 de junio de 1991-.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de análisis al declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General de la República –al aducir que tratándose de conducta lícita no se debe indemnizar el lucro cesante-, estimó de forma contradictoria que *“El sub lite no versa sobre responsabilidad estatal por acto lícito. Trata más bien de la promesa del Estado de no gravar en el futuro, con impuestos nacionales o municipales, la actividad bananera, lo cual, no obstante, se produjo a la postre, mediante disposiciones inconstitucionales (...) Como se ve, el impuesto se fundó en una disposición espuria, lo cual da lugar a indemnizar los perjuicios ocasionados con su aplicación (ver, en este sentido, la sentencia de esta Sala No. 157, de las 15:20 hrs. del 14 de junio de 1991) (...)”*, luego el Magistrado ponente cita la sentencia No. 108 de las 14:15 hrs. del 3 de julio de 1991 y concluye que *“(...) si bien el Estado conserva su potestad soberana de legislar, las leyes especiales le imponen la obligación de reparar los daños y perjuicios, en caso de dictar actos legislativos a contrapelo de las obligaciones asumidas (...)”*.

A partir de este fallo de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1º) Hasta antes de dictarse la sentencia de inconstitucionalidad por la Corte Plena, en funciones de contralor de constitucionalidad (sesión del 14 de enero de 1988), la responsabilidad derivada de la aplicación o de los efectos de Ley No. 6966 de 25 de septiembre de 1984 –gravando la importación de productos con un 3%, pese a la franquicia aduanera otorgada por la Ley No. 2038 de 26 de junio de 1956 a las empresas productoras de banano en la importación de los elementos materiales necesarios para el mantenimiento y explotación de la fincas de banano- fue por conducta lícita y más concretamente, por el dictado de una ley. En tal hipótesis, la víctima puede pretender la reparación del daño emergente, pero no del lucro cesante en vista de lo dispuesto en el ordinal 194, párrafo 2º, de la LGAP.

2º) Después de dictado el fallo de inconstitucionalidad (14 de enero de 1988), el deber de indemnizar del Estado legislador se fundamenta y rige por el sistema o régimen de responsabilidad por conducta ilícita al dictarse una ley atípica o de presupuesto que creaba un impuesto, cuando tal extremo es reserva de una ley ordinaria (artículo 121, inciso 13, de la Constitución Política). En este supuesto, el damnificado puede pretender el pago del daño emergente y del lucro cesante, sin que rija, al respecto, la restricción del artículo 194, párrafo 2º, de la LGAP.

3°) Si el impuesto hubiere sido establecido por una ley ordinaria y no atípica, la responsabilidad hubiere sido por conducta lícita y, más concretamente, por el dictado de una ley en el ejercicio de una potestad de imperio absolutamente conforme con el Derecho de la Constitución como la tributaria.

4°) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, desperdició la oportunidad para desarrollar jurisprudencialmente el concepto de responsabilidad del Estado-legislador por el dictado de una ley inconstitucional, sin embargo acertó en la solución del caso, al admitir la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.

5°) El caso se enmarca en la hipótesis en que una ley anterior otorga una situación jurídica sustancial y otra posterior, declarada inconstitucional, lo suprime, de modo que los damnificados pueden demandar todos los daños y perjuicios provocados durante el lapso de vigencia de la misma.