

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



**MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL, VERSION V, GESTION 2016-2018**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR
LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES”**

POSTULANTE: Abog. Eddier Ezequiel Aguilar Pantoja

TUTOR: Boris Wilson Arias López Ph.D.

LA PAZ - BOLIVIA

2023

DEDICATORIA:

El presente trabajo ha sido resultado de todo mi perseverancia y esfuerzo por lo que la dedico a mi amada esposa y compañera de la vida Martha y a mis dos tesoritos mis hijos a quienes me debo y amo con todo mi corazón Josué y Ruth valientes hijos, que Dios le guardé y guie en todo momento.

AGRADECIMIENTO:

A mi Dios por darme la vida y que cada día renueva en mí su misericordia.

Al Dr. Boris Arias, amigo y colega en la docencia, tutor de tesis, quien ha sabido guiarme y ayudarme en cada instancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

A mi familia por el apoyo y la paciencia incondicional hacia mí.

Finalmente, a mis Profesores del Programa de Maestría.

RESUMEN

CAPITULO I: Analizaremos el planteamiento de problema, la delimitación en el tiempo y el espacio, en el tiempo los últimos 4 años y en espacio nuestro país de Bolivia, la hipótesis, el objetivo general y los específicos centrado nuestro tema sobre la responsabilidad patrimonial del Estado

CAPITULO II: Plantearemos el marco teórico, dando a conocer la figura de la responsabilidad del Estado, tipos de responsabilidad, asimismo sobre la vulneración de derechos, clasificación de los derechos, el daño que provoca una ley inconstitucional a las personas individuales y colectivas. Se determinará la responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes declaradas inconstitucionales y el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios dentro de la Constitución Política del Estado. Asimismo, se analizará sobre el control de constitucional sobre las leyes en Bolivia.

CAPITULO III: En este capítulo se mencionará el marco conceptual sobre la responsabilidad del Estado, mediante conceptos sustentadas en la doctrina sobre la responsabilidad contractual, extracontractual, patrimonial, extrapatrimonial, asimismo sobre el daño, clases de daños, el resarcimiento, la reparación y la vulneración de derechos, principalmente el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional.

CAPITULO IV: En este capítulo se considerará el marco histórico jurídico, estableciendo un desarrollo histórico para determinar la

naturaleza jurídica de los principios que rigen en materia constitucional, en primer lugar, tenemos que contextualizar el surgimiento del Derecho Constitucional, por lo expuesto, consideramos que Hans Kelsen es el precursor del Derecho Constitucional ya que estableció los cimientos de ésta como ciencia, basándose en su experiencia como magistrado y ponente permanente de la Corte Constitucional Austriaca. En Bolivia en relación a la responsabilidad patrimonial en las reformas constitucionales, se tiene lo siguiente: El ante proyecto de la Ley de necesidad de reforma de la Constitucional elaborado el año 2001 por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional preveía la incorporación o reconocimiento expreso de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política del Estado.

CAPITULO V: En este capítulo haremos referencia al marco comparativo y la propuesta, considerando otras legislaciones en la que se aplica la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales, dando una propuesta que permita en Bolivia considerar la reparación y/o resarcimiento de daños a personas individuales y colectivas por la vulneración del derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional.

INDICE

1.1.- INTRODUCCION	8
1. 2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
1. 2.1 SITUACION PROBLEMÁTICA.....	12
1. 2.2 SITUACION PROYECTADA.....	12
1. 2.3 FORMULACION DEL PROBLEMA	12
1.3.- JUSTIFICACION. –	12
1.3.1. JUSTIFICACION TEORICA	12
1.3.2 JUSTIFICACION SOCIAL.....	12
1.3.3 JUSTIFICACION DE TIPO PRÁCTICA	13
1.3.4. JUSTIFICACION METODOLOGICA	13
1.3.5 JUSTIFICACION JURIDICA	13
1.4.- DELIMITACION	13
1.4.1 DELIMITACION TEMATICA	13
1.4.2 DELIMITACION ESPACIAL	13
1.4.3 DELIMITACION TEMPORAL	14
1.5.- OBJETIVOS.....	14
1.5.1.- OBJETIVO GENERAL	14
1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS	14
CAPITULO II	15
MARCO TEÓRICO	15
2.5.1. RESPONSABILIDAD SOCIAL.....	20
2.5.2. RESPONSABILIDAD CIVIL	21
2.5.3. RESPONSABILIDAD PENAL.....	22
CAPITULO III	45
3. MARCO REFERENCIAL	45
CAPITULO IV	47
MARCO CONCEPTUAL.....	47
4.1 RESPONSABILIDAD CIVIL	47

4.3.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....	50
4.3.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	52
CAPITULO V	77
MARCO HISTORICO	77
CAPITULO VI	81
MARCO JURÍDICO.....	81
7.- HIPOTESIS.....	82
8. VARIABLE INDEPENDIENTE	82
9. VARIABLE DEPENDIENTE	82
10.- TIPO DE ESTUDIO	83
11.- DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	84
12.- METODOS	84
▪ Método Analítico – Deductivo	84
▪ Método Dogmático Jurídico.....	85
▪ Método Comparativo.....	85
▪ Método Hermenéutico	85
13- TÉCNICAS	85
▪ Técnica de la Investigación Bibliográfica o Documental.....	85
▪ Técnica de la Observación Directa.....	86
▪ Técnica de la Entrevista	86
14. MARCO COMPARADO	86
14.2 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	90
14.3 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	92
15. PROPUESTA	96
16. CONCLUSIONES.....	98
17. RECOMENDACIONES.....	99

CAPITULO I

INTRODUCCION Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACION

1.1.- INTRODUCCION

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye una garantía jurídica consagrada a favor de todos los individuos o colectividades para lograr la satisfacción por el daño ocasionado producto de sus actos, además esta institución se encuentra reconocido por la Constitución Política del Estado (promulgada el 07 de Febrero de 2009) en su Artículo 113 que menciona lo siguiente: “I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño”.

La precitada disposición constitucional conlleva el análisis de que existen diversos regímenes de responsabilidad por el Estado frente a los individuos o colectividades, que se traducen en el presente caso en la vulneración de derechos fundamentales y como consecuencia de ello el Estado Legislador debe ser responsable en la reparación del derecho vulnerado.

El presente trabajo tiene por objeto realizar una investigación sobre la responsabilidad del Estado Legislador, sustentada en el Art. 113 de la Constitución Política del Estado, toda vez que la misma no ha sido desarrollada, ampliada, y/o reglamentada por nuestra legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por ello, la importancia de esta investigación está en desarrollar ampliamente la responsabilidad del Estado Legislador que permita como principal medida la reparación del daño por la emisión de leyes declaradas inconstitucionales.

Por este motivo, es importante que, mediante el análisis de la doctrina, el derecho comparado, sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, y la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, permita delimitar la responsabilidad patrimonial del Estado en su concepto, medidas y formas, sus alcances y características en su aplicación.

1. 2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por siglos prevaleció la idea de la irresponsabilidad absoluta del Estado, ligada al autoritarismo característico del régimen antiguo que se basaba en la idea imperante de la soberanía como poder omnímodo y absoluto que Dios entregaba al monarca, quien se identificaba por completo con el Estado, sin embargo, en la actualidad se concibe una idea diferente, toda vez que el Estado tiene que ser responsable por todos sus actos.

En ese contexto en la actualidad la Responsabilidad Patrimonial del Estado es considerada uno de los institutos jurídicos más importantes del Derecho Contemporáneo y específicamente, uno de los pilares y principios esenciales del concepto de “*Estado de Derecho*” por el cual “el Estado asume la responsabilidad por sus actos y consecuentemente se encuentra obligado a reparar por el daño ocasionado”.

La responsabilidad patrimonial del Estado y la consiguiente obligación de la reparación ya sea a través de la indemnización o resarcimiento de los daños causados por su actividad, recorrió una larga evolución doctrinal y en la actualidad (inicios del siglo XXI), su reconocimiento y regulación legislativa en casi todos los países del mundo, es una de las conquistas del Derecho frente al poder y pasó a convertirse en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho en primera instancia.

En su evolución y desarrollo doctrinal, así como legislativo, la responsabilidad del Estado *latu sensu* ha pasado tres etapas claramente diferenciadas que se resumen en lo siguiente:

- La primera, de irresponsabilidad absoluta del Estado, al amparo de principios o fundamentos como “*The King can not do wrong*” o “*El Rey no comete errores*” (del derecho anglosajón), la superioridad del Estado y la especificidad de sus objetivos, fundados en el interés general, justificaron esta situación; en estas circunstancias los eventuales perjuicios causados por el Estado a los particulares o “súbditos”, eran vistos como los “riesgos a sufrir” por los ciudadanos.
- La segunda etapa, de “imputación exclusiva a los agentes públicos, para admitirse posteriormente una responsabilidad parcial del Estado, con la distinción introducida por la doctrina francesa, entre actos de autoridad y actos de gestión y entre la falta de personal y falta de servicios, incluyéndose la concurrencia de estas dos últimas y la responsabilidad por riesgo, hasta llegar, finalmente, a la concepción de una responsabilidad directa del Estado como consecuencia de su actividad dañosa”.
- La tercera etapa de apertura a la responsabilidad directa del Estado fue el fallo emitido en 1873 por el Tribunal de Conflictos en Francia, en el caso *Arret Blanco* constituyó el punto de partida que permitió recorrer de aquella situación de irresponsabilidad absoluta del Estado al reconocimiento de su responsabilidad directa y objetiva, fundado ya no en la figura de la responsabilidad civil, prevista en el derecho privado, sino en la figura de la responsabilidad objetiva, proveniente del ámbito del derecho público o derecho administrativo.

La Revolución Francesa, con el concepto de Estado de Derecho, contribuyó al desarrollo de las ideas de limitación del poder en el actuar de la autoridad

y su sujeción a la ley y de este concepto devino el principio de legalidad y se considera que ahí nació la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta figura (responsabilidad del Estado) ha sido desarrollada en el mundo jurisprudencial o legislativamente, concretamente en el Derecho Italiano, Francés, Inglés, Español y en Latinoamérica, el Derecho Venezolano, Argentino, Colombiano, han reconocido este tipo de responsabilidad, ya sea legislando o consagrándola constitucionalmente.

En Bolivia, se considera necesario precisar que los derechos fundamentales han sido reconocidos en la Constitución Política del Estado de 1967, sin embargo, fue después de la apertura de la democracia (octubre de 1982), que Bolivia transita constitucionalmente a un Estado de Derecho.

En ese contexto, la Constitución Política del Estado promulgada el 07 de febrero de 2009 (denominada Plurinacional) en su Artículo 113 en relación a la responsabilidad del Estado determina lo siguiente:

“I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.”

Esta disposición constitucional establece que la vulneración de derechos por parte del Estado exige una responsabilidad por parte de esta entidad y consecuentemente los individuos o colectividades afectados por dicha vulneración deben ser reparados en el daño ocasionado.

1. 2.1 SITUACION PROBLEMÁTICA

La responsabilidad patrimonial del Estado y la consiguiente obligación en la reparación, lleva como consecuencia la indemnización o resarcimiento de los daños causados.

1. 2.2 SITUACION PROYECTADA

La necesidad de reforma de la constitución con la finalidad de incluir normativa que permita exigir la reparación del daño al Estado por la emisión de leyes inconstitucionales.

1. 2.3 FORMULACION DEL PROBLEMA

La falta de inclusión de normativa en la Constitución Política del Estado en el marco del Art. 113 del texto constitucional impide a las personas individuales y colectivas acceder a la reparación del daño por la emisión de una ley inconstitucional.

1.3.- JUSTIFICACION. –

1.3.1. JUSTIFICACION TEORICA

La presente investigación estará sustentada en el análisis de ámbito patrimonial del Estado, teniendo presente la importancia que tiene la reparación del daño ocasionado producto de sus actos.

1.3.2 JUSTIFICACION SOCIAL

Existe en Bolivia muchas Sentencias Constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de una ley, de tal manera que con este mecanismo legal se posibilitara exigir la reparación del daño en el marco del Art. 113 de la Constitución Política del Estado.

1.3.3 JUSTIFICACION DE TIPO PRÁCTICA

La presente investigación busca frenar un vacío legal que es la ausencia de normativa que regule o amplie el Art.113 de la Constitución Política del Estado, de esa manera se podrá exigir la reparación de daño como una garantía constitucional al Estado por la emisión de una ley inconstitucional.

1.3.4. JUSTIFICACION METODOLOGICA

Dentro del campo metodológico se propone un tipo de investigación propositivo, tomando en cuenta que se describirá el ámbito jurídico de manera concreta con el fin de proponer un instrumento legislativo acorde a las necesidades de la población y el Estado. Por otra parte, también es cuantitativo, que permita identificar numéricamente los resultados sobre vulneración de derechos fundamentales por el Estado Boliviano por medio de sus actos.

1.3.5 JUSTIFICACION JURIDICA

Es necesario contar con normativa constitucional que regule la responsabilidad patrimonial del Estado a fin de resguardar los derechos de las personas individuales y colectivas, evitando su vulneración y concediéndoles el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna ante leyes inconstitucionales.

1.4.- DELIMITACION

1.4.1 DELIMITACION TEMATICA

La investigación se centrará en el área del Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Civil.

1.4.2 DELIMITACION ESPACIAL

El lugar donde se realizará la investigación será la Ciudad de La Paz y su aplicación será a nivel nacional.

1.4.3 DELIMITACION TEMPORAL

Teniendo en cuenta el tiempo de recopilación de la información de la presente investigación, se delimitará temporalmente en el transcurso de la gestión 2009 (año de promulgación de la nueva Constitución Política del Estado), hasta el segundo semestre del año 2022

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- OBJETIVO GENERAL

Demostrar el deber del Estado en el marco del Art. 113 de la Constitución Política del Estado de establecer el derecho que tiene toda persona individual o colectiva a no ser perjudicado con una ley inconstitucional y ante su vulneración la consiguiente reparación y resarcimiento por el daño causado.

1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Establecer los conceptos fijados dentro de los escenarios de la responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración de derechos fundamentales.
- Analizar la fundamentación social, económica y jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- Establecer mediante la legislación comparada la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- Demostrar que la falta de desarrollo y/o regulación del Art. 113 de la Constitución Política del Estado, permite la vulneración de derechos fundamentales, lo cual permite a las personas individuales y colectivas el derecho a la reparación.
- Establecer bases fundamentales para una reforma constitucional mediante la inclusión de normativa que posibilite a las personas individuales o colectivas acceder a la indemnización o reparación de daño provocado por una ley inconstitucional.

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2.1 EL CARÁCTER EXPANSIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La obligación de reparar los daños causados por los órganos del poder público a los sujetos particulares constituye una de las piedras de toque del Estado de Derecho, proclamado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado. La otra es el principio de legalidad. Ya decía HAURIUO que «hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio» (López, 2013) En efecto, sin la «garantía patrimonial» difícilmente podría hacerse efectivo el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que exige el establecimiento de instrumentos y cauces jurídicos que posibiliten el ejercicio por los particulares del derecho a ser resarcidos de toda inmisión directa o indirecta, voluntaria o incidental, que experimenten en su patrimonio.¹

El carácter expansivo con el que todavía se interpreta la responsabilidad patrimonial no solo ha propiciado un incesante aluvión de reclamaciones formuladas por los ciudadanos, sino que, en lo que aquí interesa, ha implicado una extensión a ámbitos inicialmente exentos. Es más, hace tiempo que se viene discutiendo sobre el significado y alcance de la aplicación del régimen tradicional de la responsabilidad administrativa a los demás poderes del Estado, y, en concreto, sobre la posibilidad de cubrir los daños realizados por la actividad de los órganos legislativos (Cortes Generales y Parlamentos autonómicos), dando lugar a la denominada responsabilidad del Estado-legislador.

¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo General, tomo I, Iustel, Madrid, 2ª ed., págs. 64 y ss

2.2 PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

La denominada responsabilidad del Estado-legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento; definición que revela las dificultades que entraña esta institución. De un lado, no son ni mucho menos inequívocos los perjuicios que pueden derivarse del contenido de las disposiciones contenidas en las Leyes. De otro lado, tampoco resulta pacífica la cuestión de la exigibilidad de la indemnización.

Algunos problemas derivados de la compleja imputación de responsabilidad patrimonial al Estado legislador guardan un paralelismo con las que presenta la responsabilidad económica de la administración, que ha sido afrontada y resuelta, tarde o temprano, por la mayoría de los países, donde se ha acogido, con indisimulada satisfacción, una solución favorable a la responsabilidad directa y objetiva de la administración. Es más, entre la responsabilidad patrimonial de la administración y la que ahora se examina existe un elemento común: un daño, que parte de la premisa de la imputación a los poderes públicos de su actividad lesiva, y que se traduce en la transformación en un valor económico. Se puede afirmar que la responsabilidad despliega un doble efecto en ambos casos: disuasorio de todo comportamiento susceptible de producir un daño y reparador del daño efectivamente ocasionado.

2.3 ORIGEN Y CLASES O TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Responsabilidad o Responsable viene del latín responsum que significa responder; en derecho es conocido como la capacidad existente de todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Para que haya responsabilidad debe haber un antecedente y un consecuente. el antecedente es una obligación, pues a nadie se lo puede hacer responsable de una conducta o de una omisión si no tiene una obligación, mientras que el consecuente es el daño, atento a que, si la obligación no ocasiona un daño, desde el plano jurídico es irrelevante. En la misma línea del razonamiento expuesto decimos que para que haya responsabilidad deber darse previamente una obligación legal (constitución, tratado internacional, etc.) o convencional del estado, sea esta de hacer o de no hacer.

Las normas contenidas en el Código Civil, artículos 984, 52 y 57 en el Derecho Privado Boliviano ampara y reconoce la responsabilidad del Gobierno, cuando en su calidad de persona colectiva de Derecho Público, incurre en un hecho ilícito contra el patrimonio y bienes de los particulares o administrados, a través de estos artículos se reconoce como acto de hecho ilícito la vulneración de los actos de daños injustos. Mencionaremos que en el Art. 984 del Código Civil Boliviano establece que quien, con un hecho doloso o culposo, ocasiona un daño injusto, queda obligado al resarcimiento. Con la norma de este artículo se tiene los elementos objetivos del: hecho (acción u omisión), ilicitud y daño; y el elemento subjetivo de la culpabilidad, culpa o dolo del agente; según Carlos Morales Guillen, describe estos elementos: *“que el hecho es el daño reprochable a una persona, como impacto contra la normalidad jurídica, puede consistir en un hecho activo o en una abstención. El hecho puede ser un acto, es decir una conducta del causante del daño dirigida a un fin; y la ilicitud es el acto ilícito es un acto unilateral, que origina daño a otro y genera a cargo de su actor una responsabilidad consistente en la obligación de resarcir o reparar el daño. La ilicitud del acto se manifiesta como una antijuridicidad o injusticia (hecho contra derecho), por lo que el daño, además de antijurídico es injusto. El acto para ser ilícito debe ser contrario a derecho, es decir que menoscabe un interés protegido; el daño es el perjuicio que se deriva del hecho nocivo. El hecho ilícito es la causa y el daño es el efecto. Ofensa y daño son el anverso y reverso de un mismo concepto y la culpabilidad,*

*sea culpa o dolo. El dolo se entiende, genéricamente, como maquinación, engaño, fraude, artificio y, específicamente, como la actuación consiente, encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro*². La culpa consiste en la falta de previsión de un resultado determinado antijurídicamente, una dejación del cuidado exigible, que determina una conducta causante del daño. La inobservancia de un determinado deber de cautela que exige el actuar humano. La culpa es el acto y omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones que reconoce el Estado. Al mismo tiempo los Artículos 52 y 57 del Código Civil Boliviano, relacionadas a las personas colectivas, el Artículo 52 señala que son personas colectivas: *“el Estado boliviano, la Iglesia Católica, los Municipios, las Universidades y demás entidades públicas con personalidad jurídica reconocida por la Constitución Política del Estado y las leyes...”*; y en el Artículo 57.- (Responsabilidad por los hechos ilícitos). – *“Las personas colectivas son responsables por el daño que sus representantes causen a terceros con un hecho ilícito, siempre que dichos representantes hayan actuado en tal calidad”*³. Hacemos referencia de qué forma podemos reconocer que el Estado es un sujeto con derechos y obligaciones en calidad de responsable por vulnerar los derechos de las personas individuales o colectivas por una ley inconstitucional.

Dentro lo que se refiere al Estado, como sujeto de derecho público, igual que el resto de las personas (colectivas o individuales), debe ser responsable de sus actos en el ejercicio de sus funciones, por lo tanto, si se produce un daño, un desequilibrio injusto en las relaciones de igualdad, debe ser necesariamente reparado. Como ya mencionamos en el Código Civil mediante el Artículo 984 establece de quien, con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento económico y con respecto a las personas

² Morales Guillen Carlos, ob, cit

³ Código Civil Boliviano

colectivas, en el artículo 57 del Código Civil dispone que ellas son responsables por el daño que sus representantes causen a terceros con un hecho ilícito en nuestro caso ante una ley inconstitucional. En ese sentido, conforme a estas disposiciones desde el punto de vista del Derecho Civil, el Estado como persona colectiva y derecho público responde y está obligado a la reparación económica de los daños causados a un particular, cuando estos fueron cometidos como consecuencia de los actos legislativos. Asimismo, el ordenamiento jurídico nacional, además de reconocer expresamente el hecho de que el Estado puede ser sancionado con el pago económico de daños y perjuicios, el gobierno tiene la obligación de repetir el pago contra la autoridad o representante que resultare responsable de los actos o hechos que motivaron la sanción.

2.4 CLASE O TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Existen dos tipos de responsabilidades, la contractual, derivada de un contrato escrito por el cual las partes se obligan al cumplimiento de su objeto, y la extracontractual, donde no existe un contrato, pero sí una relación jurídica cuya regulación se encuentra determinada por la ley. en este último aspecto cuando el Estado actúe en forma ilícita o irregular, tendrá una responsabilidad extracontractual. por lo tanto, no resulta necesario que proceda en contra de la ley, sino que también tendrá responsabilidad en su obrar lícito por su actuar irregular, y que ello produzca un daño al sujeto, en la presente investigación la clase de responsabilidad será de forma extracontractual considerando la función del Estado Legislador, su responsabilidad por la emisión de leyes inconstitucionales.

Otra de las grandes diferencias entre ambas responsabilidades es que la extracontractual origina una nueva obligación como ser pagar daños y perjuicios que nace con el hecho ilícito, pero no como una cuestión sancionatoria (penal), sino netamente resarcitoria (civil).

2.5 CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LA HISTORIA

Históricamente, la humanidad ha conocido jurídicamente tres tipos de responsabilidad, la responsabilidad social, responsabilidad civil y responsabilidad penal. Sin embargo, debemos señalar que para llegar a este momento histórico de la humanidad, el desarrollo socio cultural tuvo que tener un avance en el tiempo y espacio, ya que el ser humano nace sobre la faz de la tierra como un ser indefenso, sin capacidad de sobrevivencia ni organización, por lo que la lucha cavernaria es de orden individual dominante como cualquier animal nómada, pero el proceso de organización llevo a estos grupos primitivos al comportamiento de responsabilidad de unos frente a otros en forma consuetudinaria de respeto a la comunidad de su vida, a lo que se denomina la responsabilidad individual de paz social cavernaria, agregado a esto el sentido común lógico, luego crece el concepto moral de la palabra, el compromiso y finalmente hasta llegar al pacto social, de lo que se deriva los tipos de responsabilidad social hasta llegar al concepto jurídico de las responsabilidades.

2.5.1. RESPONSABILIDAD SOCIAL

“Formatos culturales de comportamientos humanos al interior de una sociedad con la finalidad de mantener la paz social y vivir en comunidad, formas ancestrales de responsabilidad con la sociedad en la que vive, también denominado responsabilidad ancestral de la ética social, moral, religiosa y cultural, conforme a normas consuetudinarias de comportamiento social, bajo sanción social de formatos jurídicos ancestrales, prácticas de vida jurídica propias de cada sociedad en la que fija parámetros de comportamientos de vida social infranqueable” (Michel, 1988)

De lo que se infiere que la sociedad cavernaria desarrolló de manera natural y cultural la responsabilidad en contra del individuo para mantener la capacidad de vida en comunidad, de lo que se puede señalar a manera de ilustración la sociedad más antigua de orden gentilicio de los primates llamado “Lucy”, como una de las

sociedades arraigadas más antiguas del Australopitecos, en la que para mantener el grupo unido empiezan a tomar la responsabilidad de respeto a un macho dominante y una hembra dominante y las formas de recolección de alimentos empezando por el junco hasta llegar a la pesca y descubrir el fuego, con lo cual generar otros medios de defensa capaz de garantizar la perpetuidad de la humanidad

2.5.2. RESPONSABILIDAD CIVIL

“La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio), se habla de responsabilidad extracontractual, la cual a su vez puede ser o bien delictual o penal (si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito) o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria). Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), se habla entonces de responsabilidad contractual” (Picazo, 1989)

La responsabilidad civil es la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios. Díez-Picazo define la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de «responsabilidad por hechos ajenos», como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños

causados por sus hijos o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación.

2.5.3. RESPONSABILIDAD PENAL

“La Responsabilidad penal, es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto imputable, y siempre que dicho hecho sea contrario al orden jurídico, es decir, sea antijurídico; además de punible” (Yungano, 1986)

La responsabilidad penal surge como consecuencia de la acción deliberada del ser humano por sus actos ambiciosos de atesoramiento y/o de intolerancia, siendo el momento histórico de la humanidad de la investidura del poder del hombre sobre el hombre, en el que la forma de comportamientos de ser el hombre lobo del mismo hombre hace la intolerancia unido de factores enajenantes del comportamiento humano, como si el único valor fuera la vida de uno y no de los demás, por lo que en términos sociales de orden cultural consuetudinario nace fundamentalmente la base de la responsabilidad penal en el eje sancionador de la Ley de Talión, del ojo por ojo, diente por diente.

2.6. DIFERENCIAS ENTRE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Los presupuestos de responsabilidad en el Derecho público y en el Derecho privado no son iguales, existen diferentes matices. para Bustamante Alsina⁴ son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad (contractual o extracontractual): 1) antijuridicidad, 2) daño, 3) relación de causalidad entre el daño y el hecho, 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Mientras que los presupuestos de responsabilidad estatal son: 1) el fundamento de

⁴ Teoría General de la Responsabilidad Civil

la responsabilidad estatal, 2) el factor de imputación de las conductas dañosas, 3) el daño o lesión resarcible, 4) el nexo causal y 5) factor de atribución. para Balbín⁵ el régimen del Derecho Privado es igual que el derecho público, pero existen matices sumamente importantes que debemos señalar, uno de los más importantes es el factor de imputación que es extraño en el campo de las responsabilidades civiles de las personas físicas, aunque no así respecto de las personas jurídicas privadas. el mismo autor sostiene que la bifurcación entre las actividades estatales lícitas e ilícitas propias del derecho público nos obliga a abandonar necesariamente el campo de la responsabilidad del Derecho civil y sus fundamentos.

2.7. REQUISITOS PARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una breve referencia de los requisitos que deben conjugarse para que existiera responsabilidad patrimonial del estado son:

a) La existencia de un daño actual, cierto, concreto y constatable: se excluyen los perjuicios hipotéticos o conjeturales, en algunos casos excepcionales el lucro cesante pueda aplicarse cuando se presente como un valor objetivo indemnizable y siempre que, con la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos, ponderados con prudencia, se pueda concluir que este, efectivamente, habrá de producirse.

b) Un perjuicio especial: el daño debe traducirse en un perjuicio especial, esto hace a su singularidad, ya que, si el disvalor tuviera carácter general, no operaría el principio constitucional de igualdad como base de las cargas públicas, fundamento de la reparación ante perjuicios particulares. para considerar que el estado nacional o sus organismos o entidades son responsables por falta de servicio, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de

⁵ Tratado de Derecho Administrativo, T.IV, La Ley 2011

ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

c) La imputabilidad material del hecho u omisión a un órgano del estado: requiere que el acto dañoso pueda ser atribuido a la actividad de la administración o que se conjugue con el necesario cumplimiento de sus fines; del mismo modo a los demás órganos del estado, tales como los poderes Legislativo y Judicial.

d) Relación de causalidad entre la acción u omisión del estado y el perjuicio: aquí se deberá realizar un juicio de probabilidad o previsibilidad del caso, conforme a las reglas de la experiencia y al curso ordinario de las cosas, que permite distinguir entre causa inmediata, exclusiva y adecuada, de las demás circunstancias que pueden coadyuvar a la producción del resultado o a su agravamiento, pero que de por sí solas no resultan relevantes o suficientes para que este se verifique.⁶

2.8. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS

2.8.1 DAÑO FÍSICO

Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas en forma parcial o permanente, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

⁶ Patricio Maraniello, Responsabilidad del Estado Legislador

2.8.2 DAÑO MORAL

Además del daño patrimonial sufrido por el administrado, producto de una actuar o una omisión por parte del estado que produzca su responsabilidad, podría incorporarse la indemnización del daño moral.

Al tratarse de un daño provocado a bienes extrapatrimoniales, resulta, independiente del daño patrimonial, la reparación del daño moral, con el cual no tiene por qué guardar relación alguna, y su indemnización es resarcitoria no punitoria.

El daño moral es una lesión en los sentimientos por los sufrimientos o el dolor que padece una persona. Liminalmente cabe recordar que dicho daño debe presumirse en todos los casos en que se han producido lesiones. en efecto, cuando dichas lesiones han existido, no necesita probar el daño y su monto se fija atendiendo a la índole de estas, sus secuelas, tratamiento y repercusión en el área del dolor, entre otras circunstancias.

2.9. PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD.

Para que haya responsabilidad se deben dar los siguientes elementos:

1. Daño o perjuicio sufrido: para que exista responsabilidad debe haber daño, que es toda lesión a un derecho subjetivo. Todo perjuicio tiene derecho a obtener una reparación del daño sufrido. Ello deriva del alterum non laedere (el deber genérico de no dañar a otro, art. 1109, cód. civil) y neminem laedere (no se debe dañar a nadie).

2. Relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio.

3. imputabilidad: posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó.

4. El factor de atribución de responsabilidad: es la existencia de una falta de servicio por acción u omisión (anormal o irregular cumplimiento de una actividad efectuada por el estado) que tenga en cuenta: a) la naturaleza de la actividad, b)

los medios que dispone la administración, c) el lazo que une a la víctima con el servicio, y d) el grado de previsibilidad del daño.

2.10. 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. La ley goza de una presunción de legitimidad o de validez superior al 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, 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. 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.

2.11. RESISTENCIA PARA ADMITIR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR

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, vicariales, 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-Legislator, siendo que los principales argumentos empleados para oponerse a la misma lo siguen 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 Vázquez, 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.

2.12. 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.

2.13. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR

De lo anteriormente señalado, se puede observar cómo la responsabilidad por actos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial tiene un reconocimiento individualizado en el texto de la Constitución española, no sucediendo igual con los actos del Poder Legislativo, cuyo desarrollo ha tenido que ser realizado por la jurisprudencia de los Tribunales como más adelante se comentará. Durante muchos años se consideró que la ley, como era emitida por el Congreso o Parlamento, constituido por los representantes del pueblo, era entonces un producto de la voluntad general del pueblo, y por tanto, no era susceptible de causar un perjuicio a los miembros de una colectividad, porque el pueblo no se causarían un mal a sí mismo. En palabras de Celdrán Ruano, esta situación conducía a la “injusticiabilidad” del poder legislativo.⁷ Hoy en día, no se concibe que “por vía del ejercicio del poder constituido o derivado, pudiera la Constitución ser destruida o transformada en su sustancia, ya que supondría una destrucción de la Constitución”. En la doctrina todavía a la fecha, resulta polémica la admisión de la responsabilidad patrimonial del legislador. Así, para García de Enterría: Que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de las leyes, interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa, me parece una evidencia manifiesta... Este poder de interferir la eficacia misma de las leyes, adicionando a su contenido decisiones que ellas, o excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posible, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional, que tiene una competencia específica para enjuiciar las leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraría a la Constitución.⁸

⁷ Celdrán Ruano, Julia, La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes: aproximación histórica y significado actual, Murcia, Universidad de Murcia, 1996, p. 68

⁸ Gallego Anabitarte, Alfredo, “Derecho público, derecho constitucional, derecho administrativo”, en Menéndez Rexach, Ángel, La jefatura del Estado en el derecho público español, Madrid, INAP, 1979, pp. XXIII-XXIV

Leiva Ramírez y Alonso García difieren de lo anterior y comentan lo siguiente: No debe soslayarse que a pesar de la existencia de una regulación de carácter legal que desarrolle de manera exhaustiva la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador o que, al menos, consagre un principio general de la responsabilidad, el ordenamiento jurídico colombiano (al igual que el español), cuenta con una norma que, de forma genérica, consagra una obligación indemnizatoria a cargo del Estado cuando la acción o la omisión de las autoridades públicas causa daño, sin distingo alguno respecto de la autoridad de que se trate⁹

Es necesario establecer una diferenciación entre la responsabilidad del Estado legislador y el instituto de la expropiación realizada por una ley. La expropiación legislativa establece una privación de bienes, derechos o intereses patrimoniales, realizada mediante una ley singular destinada a privar a una persona de su titularidad mediante el pago de un precio. Por su parte, la responsabilidad del Estado legislador se origina de una norma de carácter general, cuya aplicación implica un sacrificio especial para determinadas personas que no tienen la obligación de soportarlo. Esta diferenciación de las leyes de contenido expropiatorio de aquéllas otras que no tienen tal objetivo, en ocasiones ha supuesto una dificultad, como se pone de manifiesto en los fallos del Tribunal Constitucional relacionados con la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos. En ese sentido, en sus sentencias de 11 de junio, 17 y 16 de julio de 1987, 18 y 19 de abril de 1988,¹⁹ el Tribunal Constitucional resolvió que las normas en virtud de las cuales se adelantaba la edad de jubilación no les privaban de ningún derecho, suponiendo únicamente una delimitación de su contenido que afectaba a meras expectativas y no a derechos consolidados. Se estimó, por tanto, que no se trataba de una operación materialmente expropiatoria, por lo que no existía vulneración del artículo 33 de la Constitución española, denegándose por ello el derecho a cualquier indemnización. Debe precisarse, como bien lo observa Gómez Jiménez, que la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado

⁹ Leiva Ramírez, Eric y Alonso García, María Consuelo, “La responsabilidad...”, cit., p. 36.

legislador en el Estado español, por ningún motivo puede considerarse como “una vía subsidiaria ni supletoria de la reclamación ordinaria inter-partes”. En España, la responsabilidad del Estado legislador puede tener dos orígenes esencialmente, dependiendo del canon de control que se utilice para contrastar la ley en cuestión. En efecto, por una parte se tiene que la ilegitimidad de la ley puede derivarse de su contradicción con la Constitución española, es decir, que dicha norma jurídica sea inconstitucional; y por la otra, que la ley sea contraria al derecho europeo;¹⁰ resultando en ambos casos, la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, siempre que se reúnan los otros requisitos necesarios para la indemnización.

2.14. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LEYES INCONSTITUCIONALES

Casas¹¹; considera que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de Justicia, como regla general, salvo escasas excepciones, si el acto legislativo es regular o constitucional, aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no genera responsabilidad por parte del estado. estas excepciones pueden ser: 1) cuando existe un daño especial y significativo al particular; 2) cuando hay una lesión manifiesta al derecho de propiedad, o 3) cuando la lesión proviene de una norma declarada inconstitucional. en este último aspecto, María Graciela Reiriz señala que si bien la ley es la máxima expresión de la legalidad, de todos modos, también se infringe el orden jurídico por su pugna con la constitución nacional, máxima expresión de la juridicidad, lo que determina la responsabilidad del estado no sólo por los daños que se han causado al accionante victorioso en los estrados judiciales, sino a todos los restantes damnificados que no han transitado tal camino, pero que han sufrido las consecuencias del acto irregular.

¹⁰ Julio Lázaro comenta la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, que declaró contrario al derecho europeo, el artículo 2o. del Real Decreto 136/1997, relativo a las restricciones impuestas por el Gobierno en el lanzamiento del Canal Satélite Digital y que condenó a la indemnización a la cadena con más de 26,4 millones de euros por los perjuicios causados por pérdida de abonados entre enero y septiembre de 1977. Lázaro, Julio, “La primacía del derecho comunitario”, Escritura Pública, Madrid, núm. 24, 2003, p. 33.

¹¹ José Oswaldo Casas

2.15 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 del ordenamiento jurídico-administrativo, se puede 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. Consecuentemente, habrá responsabilidad si el daño es efectivo, evaluable e individualizable respecto de una persona o grupo. 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.

2.16. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY COMO DECLARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

En efecto, si toda declaración de inconstitucionalidad sirve como declaración de responsabilidad del legislador, no hay conclusión más clara que la de que todo

daño derivado de la aplicación de una ley inconstitucional es antijurídico y por lo tanto indemnizable. La conclusión fallaría, sin embargo, si esa presupuesta conexión entre inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del legislador no se diera o, digamos, no se diera en todos los casos. El punto débil de la construcción de la doctrina de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales está en la consideración de la ley inconstitucional como un ilícito del legislador, un acto antijurídico, un resultado del «anormal funcionamiento» del poder legislativo. Con seguridad, el Tribunal Constitucional no comparte, al menos en la actualidad, esta forma de entender el «hecho» de la inconstitucionalidad de la ley. Y entre sus razones para limitar los efectos pro pretérito de las decisiones de inconstitucionalidad ocupan un lugar preeminente las que tienen que ver con la protección de la confianza en la ley, con la deferencia hacia el legislador y con el respeto a las decisiones de los jueces que, siendo intérpretes cualificados del derecho que aplican, no dudaron de la validez de la ley. Normalmente, y pese a la retórica de las sentencias constitucionales en este punto, la inconstitucionalidad no es algo evidente; lo contrario llevaría a cuestionar la voluntad constitucional del legislador que hizo la ley inconstitucional y, por lo mismo, la de los jueces que la aplicaron. Decir de una ley que es inconstitucional no es más que afirmar que es incompatible con la Constitución, lo que no necesariamente implica que se trate de una norma particularmente injusta, odiosa o intolerable. La previsión en un ordenamiento de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes no está pensada para impedir la aparición de leyes inconstitucionales sino para garantizar la eficacia de la Constitución frente a la ley. Pero es la propia Constitución la que, al tiempo que establece los cauces y las consecuencias del control de constitucionalidad, reconoce la eficacia de las leyes inconstitucionales, que sólo podrán ser dejadas sin efecto a través del procedimiento previsto; dicho de otro modo, mientras no se declare la inconstitucionalidad de la ley por el órgano competente para hacerlo y por el procedimiento adecuado, el hecho de la inconstitucionalidad de la ley en nada afecta a su eficacia. Si la legitimación para impugnar leyes correspondiera al perjudicado por la ley, podríamos establecer una

conexión entre perjuicio o daño causado por la ley y control de constitucionalidad, pero en nuestro sistema no es así, o al menos, no es éste el presupuesto del control (dejemos aparte por ahora el asunto del amparo frente a leyes). En principio, cuando la posibilidad de cuestionar la eficacia de una ley por razón de su inconstitucionalidad se reserva a unos pocos sujetos, lo que resulta es que para el resto, la circunstancia de la inconstitucionalidad es, desde el punto de vista del Derecho, irrelevante, que para ellos la perspectiva de la declaración de inconstitucionalidad es tan imprevisible como lo pueda ser la derogación, una eventualidad sobre la que no pueden fundar expectativas. También es verdad que el nuestro es un curioso sistema en el que los particulares pueden objetar la ley por razón de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios, sin que de ello derive derecho alguno a la inaplicación de la ley inconstitucional; pueden provocar la duda de inconstitucionalidad en el juzgador pero, salvo en casos contados sólo cuando esté en juego la defensa de un derecho protegido por amparo, no podrán impugnar la decisión del juez de aplicar la ley y no plantear cuestión de inconstitucionalidad. En los ordenamientos que no prevén control de inconstitucionalidad de las leyes, ciertamente, el criterio del legislador es jurídicamente incuestionable. Pero también lo es, en los sistemas en los que este control está establecido, el criterio de los jueces de última instancia en cuanto a la constitucionalidad de la ley que aplican (cuando el control es difuso), o el de los Tribunales Constitucionales. Si se parte de la idea, creo que convencionalmente aceptada, de que cualquier cuestión de constitucionalidad es, sobre todo, una cuestión acerca del preciso alcance y significado de los preceptos constitucionales, o sea, un problema de interpretación (constitucional y, a veces, legal), se comprende bien lo inadecuado de conectar el hecho de la inconstitucionalidad de la ley con el comportamiento antijurídico del legislador o, en general, con el ejercicio ilícito de su competencia. Una calificación de este tipo debería reservarse para los casos, de esperar extraordinarios, en los que el legislador deliberadamente ignora límites inequívocos que la Constitución le impone, con frecuencia sucede que la decisión a propósito de la adecuación a Constitución del acto impugnado viene acompañada la previa concreción del canon

de constitucionalidad al que tal acto hubiera debido ajustarse. Y puede muy bien darse el caso de que, por ejemplo, una ley sea condenada por no cumplir con requisitos, condiciones, deducidos de la Constitución, pero en modo alguno evidentes vamos a decir, indiscutibles antes de que el Tribunal los explicitara. ¿Cómo justificar una condena a la ley por no atenerse a una regla de constitucionalidad anunciada o fijada ex post facto? Javier Jiménez ha sugerido la conveniencia de ensanchar la noción de inconstitucionalidad sobrevenida para subrayar este fenómeno de la relativa incertidumbre e inestabilidad del canon de constitucionalidad. El asunto quizá fuera más sencillo de explicar si se admite la distinción entre dos tipos de inconstitucionalidad: por infracción de la letra de la Constitución y por infracción de la doctrina constitucional. Ambas la Constitución y su glosa por el Tribunal Constitucional conforman el parámetro de constitucionalidad, pero no son realidades indistinguibles. Alguien puede decir que nunca se impone un texto normativo sin previa interpretación, pero creo que esta objeción puede ceder si se admite que cualquier modificación de la doctrina constitucional, que tiene el efecto de alterar el parámetro de la constitucionalidad, no implica la reforma de la Constitución. La vinculación de los poderes públicos entre ellos, el legislador a la doctrina constitucional es consecuencia de la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, no como constituyente, y no parece lógico calificar de «antijurídicas» las razonables discrepancias en cuanto al alcance y significado de los preceptos constitucionales mantenidas por quienes, en el ejercicio de la competencia que les ha encomendado la Constitución y, precisamente para ejercerla de acuerdo con la Constitución, han de interpretarla. El asunto es más claro, o quizás, al contrario, se complica, si se toman en cuenta las discrepancias en el propio seno del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de interpretación constitucional. Que la interpretación constitucional de este Tribunal se sobreponga a cualquier otra es consecuencia de su status como órgano de solución de controversias a propósito de la interpretación de la Constitución y, no necesariamente, de su función de garante de la Constitución. De modo que no toda declaración de

inconstitucionalidad es confirmación de una actuación antijurídica del legislador. Es coherente que el Tribunal que apura las posibilidades de interpretación de la Constitución, atenúe la exigencia al legislador de atenerse a límites, de respetar reglas, de cumplir con mandatos, que, aunque derivados de la Constitución no eran evidentes antes de que el Tribunal los explicitara. Y algo parecido podría decirse del nivel de exigencia a los jueces ordinarios en cuanto aplicadores del Derecho según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. De hecho, así se entienden mejor esas ocasiones en las que este Tribunal, al tiempo que reconoce la inconstitucionalidad de una ley, comprende que los jueces ordinarios la hayan venido aplicando sin reparo alguno, e incluso, hayan rechazado razonablemente el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Por decirlo de otro modo, cuando la inconstitucionalidad no es manifiesta y la ley supera los estándares de constitucionalidad establecidos hasta el momento por la jurisprudencia constitucional, la declaración de inconstitucionalidad no constituye una expectativa sobre la que apoyar pretensiones. Otra cosa es que de la aplicación de una ley aparentemente constitucional se derive la lesión de derechos e intereses legítimos. Y en este punto debemos volver a nuestro asunto, el de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El que una ley afecte peyorativamente a derechos e intereses legítimos de sus destinatarios no la convierte en inconstitucional, aunque tampoco está excluido que en algún caso sean los perjuicios que la ley provoca en todos o algunos de sus destinatarios los que estén en la base de una decisión de inconstitucionalidad. En general, una ley que lesiona derechos reconocidos en la Constitución será declarada inconstitucional, pero también puede ser que una ley que en alguna concreta aplicación vulnera derechos, incluso, derechos protegidos por amparo. De manera que la producción de daños por parte de la ley, no es necesariamente relevante en el juicio de inconstitucionalidad. Pero es determinante para la exigencia de indemnización. Por esta razón, me parece, de la circunstancia de la inconstitucionalidad de la ley no debe extraerse, sin más, la responsabilidad del

legislador por daños que antes de la declaración de inconstitucionalidad no se consideraban susceptibles de indemnización. Salvo, claro está, en aquellos casos en los que la causa de la inconstitucionalidad radique precisamente en los daños que la ley produce, como sucedió en el supuesto de la STC 173/1996. Según indica la LRJ-PAC en su artículo 142.4, “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización”. La misma regla debe trasladarse al caso de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley. Además, cuando el Tribunal Constitucional limita los efectos de la inconstitucionalidad hacia el pasado (cosa que no hizo en la sentencia recién mencionada), provoca, de hecho, la convalidación de la ley para el pasado, de modo que los eventuales daños que una ley así hubiera podido ocasionar sólo serán indemnizables si, en todo caso, con independencia de la inconstitucionalidad de la ley, lo eran. La acción de responsabilidad por daños derivados de la ley, entonces, no nace automáticamente con la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. Pero hay algo más. Si, como razona el Tribunal Supremo, la acción de responsabilidad por daños derivados de leyes inconstitucionales sólo se puede ejercer después de recaída la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, estamos en presencia de una acción cuya virtualidad depende de que otros y nunca directamente los afectados por la ley hayan presentado recurso de inconstitucionalidad o planteada cuestión de inconstitucionalidad. Sin ser consciente de ello, cada vez que resuelve sobre la constitucionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional está decidiendo sobre la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad por daños derivados de la aplicación de la ley que examina. ¿Sería posible ejercitar esta acción de responsabilidad patrimonial (del legislador) por daños derivados de leyes inconstitucionales antes de recaída la declaración de inconstitucionalidad? Si la respuesta es positiva, la conclusión sólo puede ser la de que los justiciables, demostrada la existencia de perjuicios derivados de la aplicación de la ley, tienen derecho a que los jueces planteen cuestión de inconstitucionalidad con vistas a aclarar la responsabilidad del

legislador. Si es negativa significa que, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley que los jueces han venido aplicando sin inconveniente sin dudas de constitucionalidad durante años, es la base para solicitar indemnizaciones por perjuicios que, hasta entonces nadie, es posible que ni siquiera los propios afectados, había considerado antijurídicos o indemnizables.

2.17. EL DERECHO A NO SER PERJUDICADO POR UNA LEY INCONSTITUCIONAL: ¿RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR O DEL ESTADO JUEZ

Si no hay una conexión necesaria entre inconstitucionalidad de la ley y responsabilidad del legislador, puede decirse que no hay más régimen de responsabilidad del legislador que el general, con todas sus dificultades; no hay un régimen especial, más simple, para el caso de que la ley haya sido declarada inconstitucional. Cuando el juez estime que el perjuicio que de la ley se deriva para el afectado, sería indemnizable sólo si la ley fuera inconstitucional esto es, sólo entonces se consideraría antijurídico lo que procede es el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Si no la plantea es porque considera que el particular tiene el deber jurídico de soportar la ley y, consiguientemente, el perjuicio que derive de su aplicación. Si con posterioridad el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley, y la inconstitucionalidad se funda en los perjuicios que la ley ocasionaba, el perjudicado por su aplicación judicial tendrá abierta la vía de la responsabilidad patrimonial por error judicial. Pero de este modo resulta también que quien se aquietó y consintió la ley no tendrá derecho a reparación a menos que, atendidos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, en los términos en que el Tribunal Constitucional indique, pueda impugnar el acto de aplicación.

Frente a esta opinión, si el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional comprende, inevitablemente, el derecho a no ser perjudicado por la aplicación de una ley inconstitucional, tiene todo el sentido preguntarse por el tanto

de responsabilidad que comparten los jueces con el legislador por la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales. A diferencia de lo que sucede en el caso de los órganos de la Administración, los judiciales no están forzados a aplicar las leyes sin tomar en cuenta la circunstancia de su posible inconstitucionalidad. En nuestro sistema, los jueces participan en el control de constitucionalidad, de hecho, ejercen el control. Respecto de las leyes postconstitucionales, a ellos se les confía la decisión de plantear cuestiones de constitucionalidad o, lo que es lo mismo, son responsables, en su caso, de la decisión de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo invariablemente que tal decisión es irrevisable y que de ningún modo existe un derecho de las partes en el litigio al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, aun cuando puedan proponerlas. Y esto sería así porque siempre según el Tribunal la cuestión no actúa como garantía para el justiciable de que la ley que se le aplica es constitucional. La cuestión sirve a otros fines: soluciona el dilema en el que eventualmente se puede encontrar el juez obligado a decidir conforme a la ley pero también de acuerdo con la Constitución y permite la colaboración de los jueces con el Tribunal Constitucional en el elevado aunque a veces poco práctico fin de la depuración del ordenamiento. En definitiva, que los ciudadanos no tienen un derecho a la constitucionalidad de las leyes, como tampoco a que las leyes que se les apliquen sean con certeza constitucionales. Sin embargo y a la vista de la recién estrenada doctrina de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales, ¿podría entenderse que, en ciertos casos, bajo ciertas condiciones el rechazo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad a propósito de una ley posteriormente declarada inconstitucional, fue causa directa de la lesión de derechos o intereses legítimos de alguna de las partes en el litigio? Cuando de la aplicación judicial de la ley que después se demuestra inconstitucional deriva un perjuicio que la parte no tiene el deber jurídico de soportar», en esos casos en los que la aplicación de la ley fue la necesaria consecuencia del rechazo a plantear cuestión, ¿no estaríamos ante un supuesto de error judicial? Y entonces, ¿responsabilidad del Estado-legislador o

también (o en cambio) del Estado-juez? Para justificar esta consecuencia la responsabilidad del Estado-juez por la aplicación judicial de leyes inconstitucionales no habría más que acudir, de nuevo, al principio de constitucionalidad, que impone a los jueces particularmente la obligación de interpretar y aplicar el derecho conforme a la Constitución. El no planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la ley que se declara con posterioridad inconstitucional sería un error que, en la medida en que ocasione un daño a los involucrados en el litigio, irreparable de otro modo, dará lugar a una indemnización con cargo al Estado. ¿Una consecuencia excesiva? En estos términos, probablemente, aunque no más que la que se deriva de aceptar la responsabilidad objetiva del Estado legislador por las leyes inconstitucionales. No es por casualidad, en el asunto que está en la base de las sentencias que comentamos, que los perjudicados por la aplicación de la ley sean, precisamente, los que no ejercitaron, o ejercitaron sin éxito, la acción para la devolución de lo indebido. La acción de responsabilidad es, para estos últimos, una segunda oportunidad, una vía para conseguir lo mismo que hubieran podido obtener de no haber rehusado el tribunal el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o, más en general, de no estar clausurada la vía de la revisión.

CAPITULO III

MARCO REFERENCIAL

3. MARCO REFERENCIAL

En relación al presente tema de investigación se debe dejar constancia que existen muchas obras que dedican su estudio a la responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado.

Existe una regla de carácter general, que rige desde la época de los romanos que determina que no se debe ocasionar daño a los demás; ella regula del modo más

justo posible la vida en común de los hombres; aquel que la quebranta tiene la obligación de resarcir

Todas las sociedades en todos los tiempos han buscado mecanismos idóneos que permitan reparar los daños; a la responsabilidad extracontractual le interesa únicamente los daños causados por otra persona; su razón de ser es la solución de los problemas causados por otra persona; su razón de ser es la solución de los problemas generados a través del daño; determina quién debe sobrellevarlo, que patrimonio deberá asumir sus consecuencias.

En la presentación del libro de José Ignacio Nuñez Leiva, el texto es una versión escrita de las ideas expuestas en relación a la: “La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales”, del profesor de derecho constitucional de la Universidad Andrés Bello, su tesis principal, referida a la posibilidad de afirmar la responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales, ubica al lector ante la necesidad de tomar una posición favorable o desfavorable ante la misma, lo que, por lo mismo, permite iniciar una discusión seria sobre el tema.

El autor nos señala que esta responsabilidad nace del estatuto general de responsabilidad consagrado en los artículos 6 y 7 CPR, que obliga a los órganos del estado a someterse a la Constitución y a leyes, actuar previamente investidos, dentro de su competencia y en la forma que dispone el legislador. El art. 6 es una habilitación al legislador para disponer de reglas de responsabilidad al legislador. Junto con ello concurren normas de responsabilidad particulares, establecidas en el Art. 19 N° 7 y art. 38 CPR y que son, a juicio del autor, estatutos complementarios “que concretan, perfilan y disciplinan la procedencia y alcance de la responsabilidad por hechos del juzgador.

CAPITULO IV

MARCO CONCEPTUAL

Entre los principales conceptos que serán desarrollados en el presente trabajo de investigación serán las siguientes:

4.1 RESPONSABILIDAD CIVIL

No causar daño a los demás, constituye una regla básica de la convivencia social. Para los griegos, la justicia estaba relacionada con la bondad y honestidad, no dañar a nadie, Sócrates decía “no debe devolverse injusticia por injusticia, ni hacer daño a hombre alguno, ni aun en caso de que recibamos de ello un mal¹². Principios jurídicos sintetizados por los romanos en tres axiomas: honestere vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuire (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere (no dañar a otro).

Una mirada al inicio de la humanidad, nos hace ver que la primera forma de responsabilidad, fue la venganza privada. El instinto de venganza excitaba la reacción frente a los daños injustos, se procuraba devolver mal por el mal sufrido, castigando con ello al ofensor, generalmente a través de una pena corporal. El gran inconveniente de esta rudimentaria forma de punición era que la fuerza era el único límite de la determinación del ofendido de lavar la afrenta.

La religión tuvo una influencia decisiva para el cambio, primero con la implantación de la ley del Tali3n, ojo por ojo diente por diente, que significo una evoluci3n significativa, este concepto introdujo la idea de proporcionalidad y equivalencia entre el da3o provocado y la venganza infringida, creando correspondencia. Luego la venganza privada fue superada por el perd3n de la v3ctima quien recib3a un bien patrimonial del da3ador para resarcirse de sus perjuicios.

¹² Dialogo de Sócrates con su entra3able amigo Cripton, antes de su ejecuci3n, en el que va anulado uno a uno todos los razonamientos que tratan de moverlo a conservar su vida.

Avance fundamental que despenaliza e introduce una compensación patrimonial, sentando las bases de la responsabilidad civil actual.

Esta evolución fue acompañada por la creciente intervención de la autoridad pública en el proceso de reparación del daño, intervención que perseguía evitar los desórdenes y luchas producidas por la venganza privada. En el derecho romano, la Ley de las XII Tablas constituyó un punto de transición en la fase de composición fijada por el pretor y renuncia a la venganza privada.

El axioma *alterum non laedere*, regula la relación intersubjetiva entre dos sujetos, muy bien expresada por HABERMAS: “La libertad consiste en el poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro”, los derechos de un hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos.

El término de responsabilidad, según el diccionario de la Real Academia tiene significados diferentes, sin embargo de su popularidad, la palabra responsabilidad, es de origen relativamente reciente, no figura en el derecho romano ni en las lenguas europeas sino a fines del siglo XVIII. Su expansión considerable en la época moderna se debe a que esta institución no ha dejado jamás de despertar interés, los *torts* o *tort* son objeto de extensos manuales y tratados en los países del *common law*, la materia incide en el panorama íntegro de los estudios y teoría general del derecho y a pesar de las repetidas crisis se ha mantenido gracias a la fundamentación y nuevas aplicaciones que encuentran los juristas.

Como dice CAZEAUX, cuando de responsabilidad se habla, se hace referencia no a una idea autónoma primaria, sino a un término complementario de una noción previa más profunda de deber u obligación. La responsabilidad, tiene como efecto la obligación de un sujeto frente a otro de reparar el perjuicio causado por su acción u omisión.

El concepto de responsabilidad, y más aún su realización cabal, integra, fundamental pieza en las relaciones humanas, para restablecer la estricta equidad en lo patrimonial y un discernimiento retributivo acorde con la conducta humana, especialmente en sus manifestaciones negativas. De borrar la responsabilidad, la convivencia humana retrocedería a las expresiones más crudas del salvajismo y representaría el impunismo frente a las culpas más graves y a las mayores perfidias. Los individuos están sometidos a un orden jurídico preexistente, a cumplir las normas y atenerse a las consecuencias de su incumplimiento.

En consecuencia, la responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber. Si el hombre actúa de acuerdo a los cánones, el hecho no le acarrea obligación alguna, traducido en sanción como sustituto de la obligación previa. La responsabilidad aparece en la fase de la violación de la norma y consiste en la obligación de soportar las consecuencias a las que se ve expuesto el transgresor, traducidas en las medidas impuestas por la autoridad.

Entonces la responsabilidad civil extracontractual, surge como consecuencia de la vulneración de un derecho ajeno, donde no hay vulneración de derecho subjetivo, no hay responsabilidad civil extracontractual: la vulneración o quebrantamiento del derecho.

4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD MORAL

El derecho de daños muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho, y abruptamente y en forma ostensible por la vía legislativa. Los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios o valores morales sustantivos. Las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso, exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales pueden estar adecuada a los

puntos de vista predominante sobre responsabilidad moral. Ningún positivista podría negar que estos sean hechos o que la estabilidad de los sistemas jurídicos dependa en parte de tales tipos de concordancia con la moral.

4.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL

Las categorías básicas de responsabilidad jurídica están integradas por la responsabilidad civil y responsabilidad penal. La primera escinde en responsabilidad contractual y extracontractual y la segunda es genuinamente criminal, conlleva consigo una pena o medida de seguridad, y la responsabilidad civil nacida del delito para la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del acto delictivo.

Tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal, requiere de una acción o una abstención y que esa acción o abstención haya causado un daño. Cuando el daño afecta a la sociedad, entonces, existe responsabilidad penal y cuando afecta a la persona determinada, entonces existe responsabilidad civil.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

4.3.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

“Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser verbal), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal. Nace de un daño, por acción u omisión, ocasionado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío de una obligación de hacer o dejar de hacer, surgida de un contrato”.

“De acuerdo a la definición de los hermanos Mazeaud; “es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato”.
(Mazeaud, 2000)

La responsabilidad contractual que procede de dolo puede exigirse en todas las obligaciones, sin que se reconozca la validez de la previa renuncia. La procedente de negligencia resulta exigible también en todas las obligaciones, pero se entrega al arbitrio judicial la regulación del o los actos según los casos”. (Manseaud, 2000)

De no existir o mediar expresa obligación, emanada de un contrato, o que la Ley de manera expresa no haya determinado sus efectos jurídicos, por tanto se trataría de un acto de obligaciones morales entre partes, o que la norma no obligue ni expresamente sanciones el acto. Al respecto se debe aclarar que conforme se establece del Art. 519 del Código Civil, todo cuanto sea estipulado en un contrato es Ley entre partes, pero con la excepción que todo cuanto esté estipulado en un contrato para su cumplimiento debe ser de orden lícito, posible en su cumplimiento y no afecte el interés de las partes, por lo que nadie puede estipular una renuncia siendo lo cual prohibido por Ley.

Por otro lado, se debe exceptuar los conceptos de permisible, admisible y accionable que la Ley admita por falta de norma específica establecida o por propia naturaleza de dicha norma, siendo esto de orden legal y admisible dentro el uso social, por otro lado pese a las prohibiciones de hacer o dejar de hacer algo emanada de un contrato, donde su cumplimiento sea impedido por factores de caso fortuito o de la fuerza mayor, no son imputables al actor.

La responsabilidad contractual comprende dos partes:

1. La reparación del daño
2. La indemnización de perjuicios

Para su cumplimiento se valora de distinta manera según la culpa del responsable. Cuando existe daño por acciones de buena fe y pese a eso se generó perjuicios o

daños, en esos casos se concretan a los previstos o los prevenibles al tiempo de constituirse la obligación, y los que sea necesaria consecuencia de incumplimiento. En cambio, el deudor doloso o quien actuará con malicia responde a cuantos daños y perjuicios se deriven sus actos u omisiones, generando la responsabilidad civil sin perjuicio de la responsabilidad penal que el caso amerite.

4.3.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Es aquella que no surge de un contrato previo ni de acuerdo alguno. A este tipo de responsabilidad también se la conoce como Aquiliana (Lex Aquilia). Nace del daño cometido en el patrimonio de una persona, a la cual no le une ningún vínculo contractual previo. También puede surgir por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aun por declaración legal sin acto ilícito, ni negligencia que resulte así responsable. Su aplicación en el campo medico es excepcional (por ejemplo asistencia médica, consulta por inconsciencia o desmayo, accidente, shock).

Desde el criterio de la relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionado del criterio antiguo subjetivo (de autentica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aun sin culpa, sin más que el hecho de ser el autor del daño o perjuicios de esta índole requiere justificarlos debidamente como consecuencia necesaria de la acción u omisión imputable a la persona natural o jurídica demandada, por razón de culpa, negligencia o mala praxis.

De lo que se infiere que la culpa, negligencia, mala praxis por su propia naturaleza genera responsabilidades de orden material normativo, y es la fuente de la obligación de indemnizar el daño causado, como consecuencia de haber generado daño en el patrimonio o en la condición del ser humano o persona de cualquier índole, el cual signifique haber dañado o disminuido en su patrimonio o sus capacidades físicas o psíquicas.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, históricamente tiene su origen en el derecho romano que legisla la responsabilidad contractual en las XII Tablas y la extracontractual en la Ley Aquilia, siguiendo este sistema el Código Napoleón establece reglas distintas para la responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones contractuales, normas que inspiraron a las diferentes legislaciones, entre las que se encuentran la nuestra.

Sin embargo, parecería que la distinción formal dada y aceptada por la doctrina tradicional fuera inexacta, debido a que la responsabilidad civil tiende a abarcar fenómenos contractuales, tales como la doble venta inmobiliaria o los casos llamados límites.

La responsabilidad civil contractual, surge por incumplimiento de las obligaciones convenidas entre las partes, en tanto que la extracontractual por la vulneración del deber general *alterum non laedere*, cuyo resultado implica en la primera hipótesis el cumplimiento de la obligación original pactada o en su defecto el pago de una indemnización y en la segunda la reparación o en su caso la indemnización por el daño infligido.

El modelo francés, en el libro III, título IV regula, De las obligaciones que se contraen sin convenio, capítulo II De los delitos y de los cuasidelitos, inicia con el artículo 1382: Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligara a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo. Norma general que es complementada con el Art. 1383, (Art. 1382. Cualquier hecho de la persona que cause a otra daño, obligara a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo) que define, el alcance de la culpa no solo a acciones sino a omisiones: del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia, concepción subjetivista del daño que sirvió de base a las diferentes legislaciones y genero la política del derecho de la responsabilidad civil, sustentada sobre la base de la imputación, que DOMAT lo sintetiza en su célebre formula “pas

de responsabilité sans faute” (no hay responsabilidad sin culpa), que estableció el principio de la responsabilidad, seguida por las diferentes legislaciones del mundo.

Cabe destacar que, en la norma general, se acoge una amplia noción de la culpa, de tal manera que el principio “faute commissive y faute d’abstention”, obedece a la regla general de la responsabilidad civil. Por lo tanto, al interpretar el Art. 1382 del Code Civil y en lo sucesivo el Art. 1383, el Juez está legitimado a resolver equitativamente, en todos los casos, las controversias que se someta a su decisión. (MAZEUD Y TUNC. Ob. Cit. Pág. 622-623).

Se destacan por su importancia la sentencia, que se ha convertido en precedente de la interpretación del Art. 1382, del code civil. La Corte de casación formulo el principio “según el cual, si alguien es responsable por su negligencia, la omisión no puede comportar responsabilidad a menos que exista para el sujeto, el deber de cumplir el hecho omitido”, se observa que la palabra “deber” no es fruto de la descripción de la norma positiva, puede referirse más bien al deber de todos, de comportarse como miembros de una comunidad social, en dicho fallo se trata de superar el rigor con el que se suele restringir el área de la culpa omisiva, ampliándose su acción a hipótesis de inobservancia de una obligación reglamentaria o basada en la costumbre.

La legislación italiana refleja casi literalmente las disposiciones y contenidos del modelo anterior, se usa en la cláusula normativa general, no obstante que en el nomen iuris se utiliza la expresión “ilícito” su contenido se refiere tanto al hecho doloso, al hecho culposo, cuanto al daño injusto, en el término “daño injusto” cohabitan las dos especies de responsabilidad, esto es; la subjetiva y la objetiva, aunque por el texto del artículo, se estaría ante una norma general de tipo subjetivo, la jurisprudencia admite la responsabilidad objetiva, generando una apertura importante que no se puede negar. (ALPA Guido. Ob. Cit. Pág. 155)

Una sentencia, describe la omisión legal, reglamentaria o convencional o incluso del “ordre professionnel”, también en este caso se erosiona el esquema típico del

ilícito omisiva, a través de una multiplicación de los deberes de actuar, (Corte de Cassazione, sentencia de 27 de febrero de 1951, en *Daloz* 1951, 329). En cambio la cláusula normativa general del Art. 2043 del C.C. Italiano encuentra una serie de limitaciones específicas que en materia de omisiones, parecen poner en duda incluso su naturaleza de “norma de blanco” en el uso jurisprudencial la noción “culpa omisiva”, distingue dos aspectos del término, la primera empleada en sentido lato, implica todo comportamiento no realizado por el agente, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo; la segunda en sentido restrictivo, indica más bien el comportamiento que el sujeto tenía, deber jurídico de realizar en las circunstancias del evento específico, pero no llevarlo a cabo. Con relación a la omisión en sentido lato, una sentencia parte de la premisa: “toda omisión culpable generadora del evento sufre para fundar la responsabilidad por el daño”, para calificar la omisión culpable puede ser suficiente invocar, junto con las normas reglamentarias, las normas de experiencia común. En el mismo sentido, la Corte de Cassazione, observo que se puede identificar una violación del “*nemen laedere*” no solo en el comportamiento activo, sino también en el comportamiento omisivo, cuando “la observancia de dicha norma, según el caso, exija abstenerse prudentemente de hacer algo que pueda resultar perjudicial para otro o exija, por el contrario, una intervención pronta para hacer lo necesario para erradicar una situación de peligro” (Corte di Cassazione. Sentencia de 24 de febrero de 1942, en *foro it. Rep.* 1942, voz *Rep. Civ.* No17 citado por ALPA Guido. *Nuevo Tratado Ob. Cit.* Pág. 348). Las percepciones de la omisión en el sentido restringido, la encontramos en la jurisprudencia ordinaria, no solo adopta una noción restrictiva de “omisión”, sino que descarta la operación autónoma del Art. 2043 del Código Civil Italiano ella se encuentra subordinada a la existencia de una norma que obligue al sujeto a actuar.

El Art. 2043 del Código Civil, configura una hipótesis de culpa desde la perspectiva de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar y disminuir el daño, las cuales aún no traducidas en leyes o reglamentos

hayan entrado en uso corriente y sean de aplicación habitual. En el plano procesal la culpa genérica se determina según el criterio de previsibilidad y la culpa específica, por el contrario es la violación de normas, reglamentos, ordenamientos o regímenes prescritos por la autoridad.

En Francia como en Italia se ha debatido ampliamente la cuestión de acreditar una noción de culpa de carácter objetivo, frente a la culpa en sentido subjetivo. El juez Francés que tiene a su disposición un instrumental de normas muy similares a las italianas, no deduce los deberes de comportamiento de las leyes especiales, sino de los principios generales del derecho, de los usos normativos, de los usos comerciales o de reglamento de naturaleza privada deontológico, etc. resulta singular coincidencia entre los modelos argumentativos franceses o italianos. Se han precisado al respecto, que conlleva una hipótesis de culpa, según el Art. 2043 del Código Civil italiano, desde el punto de vista de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar o disminuir el daño aun cuando estas ni deriven de leyes o reglamentos, pero si están en uso.

La jurisprudencia francesa a propósito de la evaluación, sentó precedente que era indiferente que se tratara del autor o de la víctima del daño, o que se estuviera en presencia de un menor o mayor de edad pues la apreciación de la culpa es objetiva, la llama “faute objective”.

Mucho más convincente es el llamado que muchos autores de hoy hacen al principio de solidaridad, cuya huella se detecta en la clausula normativa general del Art. 1382 del Code Civile, se resalta que toda interpretación restrictiva es fruto de una concepción “exagerement individualista” propia de un siglo fundado en laissez faire.

4.4 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Partiré expresando junto a varios tratadistas, que la responsabilidad civil se encuentra en permanente evolución, los cambios de orientación de los tribunales, la intervención del legislador y la adecuación de los tribunales, la intervención del legislador y la adecuación al campo de los seguros modifican el sistema legado por la tradición, aspectos que los analizare a continuación.

Para los países antiguos, Babilonia, Israel, Egipto, China, Persia, India, incluso para el derecho romano arcaico, la responsabilidad era objetiva, resultaba de la simple circunstancia de haberse producido el daño, discriminándose a los factores que los hubieran generado.

La simple circunstancia de haberse producido el daño acarrea por si sola la imposición de pena al autor del hecho, sobre la base de una relación de causalidad material entre el daño y reparación.

En la época clásica, los juristas introdujeron paulatinamente elementos de naturaleza subjetiva, referidos a la conducta del infractor, a la que se le otorgaría desde allí un carácter decisivo en relación con la posibilidad de que la conducta y no la mera materialización del daño hagan que nazca la obligación a cargo del dañador. El primer elemento subjetivo a considerarse fue el *dolus malus* (el dolo) luego la culpa o negligencia, que se constituyeron en criterios de imputación de la responsabilidad extracontractual por autonomía. Aspectos que marcan un cambio profundo en la concepción de la responsabilidad civil. Esta transformación y sus postulados fueron muy bien recibidos en el mundo jurídico, especialmente en Francia, en las obras de DOMAT y POTHIER, y a través de ellos en el Código Civil Francés en el que se introdujo en forma expresa el principio no hay responsabilidad sin culpa, imponiéndose la teoría de la responsabilidad subjetiva, como única forma de tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad subjetiva basada en la culpa, se traduce en la ecuación (ilícito+ daño = reparación), con el nexo causal culpa = daño. Una interpretación cada vez más amplia de la Ley Aquila, hace de la culpa un elemento fundamental del

derecho a la representación del daño con lo que pareció consolidarse la responsabilidad subjetiva como modelo unificador de todos los sistemas modernos, postura con la que disiento, la Ley Aquila tiende a un sistema abierto no sujeto a la culpa, aspecto que lo desarrollare más adelante.

La multiplicación del riesgo y los daños, ponen fin al dominio exclusivo de la culpa. Reaparece la responsabilidad por daños, como garantía resarcitoria sin indagar la actitud subjetiva del que causo el daño, los factores de atribución son objetivos, riesgo creado, abuso del derecho, garantía equidad, etc. La moderna concepción de la responsabilidad civil se centra en el daño y en la victima, no en la culpa ni en el victimario, da un paso, de un sistema económico a uno humanista, realza la nueva jerarquía de valores de la sociedad.

4.5 DAÑO

El elemento fundamental de la responsabilidad civil es el daño, sin este presupuesto no se puede hablar de responsabilidad; la repartición debe ser fundada en el daño o perjuicio provocado por un acto ilícito, de lo contrario no tiene causa ni razón de ser. Teniendo en cuenta la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado.

La responsabilidad civil extracontractual no es abstracta, tiene por causa al daño si este no existe, tampoco existe aquella.

Sin daño no hay responsabilidad; el daño es el centro de gravedad y el primer elemento de la responsabilidad civil. El daño es la lesión al interés protegido, mediante un acto ilícito y este necesita para configurarse como tal, la presencia del daño, la sola lesión importa resarcimiento.

Efectivamente, el daño o perjuicio utilizado de forma y modo alternativos, tanto en la civilista como en el Código, es sin duda un presupuesto indeclinable en el ámbito obligacional y extracontractual. No se concibe que pueda haber una acción u omisión culpable o un comportamiento generador de riesgo, como actos humanos atribuibles a un sujeto. Si como consecuencia no se ha producido una minoración patrimonial o extrapatrimonial en la esfera del interés de uno de los contratantes o bien en la de un tercero con el que no se había sostenido ningún contrato social anterior a la causación lesiva.

Quien pretende de otro una reparación por los daños que este le haya causado, debe fundamentar su pretensión en una razón suficiente que lo legitime para ello, de otra manera, su reclamación sería arbitraria y resultaría indigna de protección jurídica.

Según el diccionario de la Real Academia, daño (late. *damnum*), implica valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados. Dañar (del lat. *Damnare*, condenar) causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; conceptos que involucran tanto a daños materiales como a daños morales (psicológicos), sobre cuya base, López precisa el siguiente concepto: daño es el menoscabo, la pérdida, el mal o el perjuicio que sufre una persona por la lesión en los bienes que componen su patrimonio (materiales o inmateriales) y también la molestia, el dolor o la lesión o mal a los sentimientos y afecciones legítimas. Orgas apunta, el daño en sentido jurídico estricto es: el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material Art. 1068) o bien en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

4.6 CLASES DE DAÑO

La materia especializada a efectuado una primera y general distinción entre daño patrimonial o material y daño extrapatrimonial, denominado también moral, a partir de esta distinción surgen otros tipos de clases de daño que puedan ubicarse en una u otra categoría general.

El daño en sentido amplio es la lesión a intereses amparados por la Ley; cuyo efecto se expresa en el detrimento económico, denominado daño patrimonial o en la lesión a afecciones legítimas de los derechos inherentes a la personalidad, tales como el honor, la intimidad, el nombre, la vida de relación, ubicado dentro del daño moral o extrapatrimonial.

4.7 DAÑO PATRIMONIAL

El daño patrimonial, es el que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial; son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado, cuando el daño se ha causado. El término patrimonial vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio.

Para Vicente, el daño patrimonial debe reunir los siguientes presupuestos:

1. Un sujeto titular de un patrimonio
2. Posibilidad de traducir el daño en dinero
3. Que exista nexo causal. Solo al titular de un patrimonio, se le puede infligir un daño material y en consecuencia solo el titular del derecho puede demandar el resarcimiento.

Cuando se trata de bienes que están en el mercado, esto es, que tiene un valor económico, es fácil definir el resarcimiento pecuniario, frente a la imposibilidad de restituir el bien a su estado original, la indemnización resarcitoria cumple una función reparadora.

Finalmente, debe haber una relación exacta del nexo causal entre el acto ilícito y los daños y perjuicios. La Ley 21.3 del título 1° del libro 19 del Digesto, parece excluir que la relevancia jurídica se pueda extender al daño mediato o indirecto. Es cierto que el nexo de casualidad no puede ni debe confundirse con una relación secuencial cualquiera, ello propiciara aquella simplísima conclusión que sostenía que él es causa de la causa lo es del mal causado.

4.8 DAÑO MORAL

Como diagnóstico preliminar, me corresponde apuntar que este es uno de los temas más controvertidos, existen posiciones encontradas sobre si los daños morales deben ser resarcidos o no y sobre sus diversas figuras. En unos sistemas lo incluyen en el daño patrimonial en tanto que en otros en el daño no patrimonial; la incertidumbre se multiplica porque la valoración del daño es altamente discrecional.

Savigny, consideraba la no separabilidad del daño moral, decía al respecto: los bienes ideales están fuera del comercio, son inajenables e inembargables, y no pueden ser objeto de obligaciones. Nadie negocia sobre su honor, su salud, comodidad, afectos, etcétera y si se pacta algo sobre ellos, podría incumplirse impunemente, puesto que el titular del derecho no podría obtener por vía compulsiva el cumplimiento de algo puramente moral o intelectual.

4.9 CONCEPTO DE DAÑO MORAL

La doctrina especializada considera que el daño moral, en general, es entendido como el agravio producido por la violación de derechos subjetivos que protegen a las personas en su vida, integridad física y psíquica, salud, libertad, privacidad, nombre, honor, etc.

Existen diferentes criterios para explicar el daño moral y diferenciarlo del patrimonial, para algunos, se expresa en el derecho lesionado, sustentan que el daño moral es aquel que tiene en cuenta la naturaleza del derecho lesionado, de tal manera que la calificación de extrapatrimonial guarda relación con el tipo de derecho lesionado. Esta tesis si bien en principio, puede servir para distinguirla del patrimonial, sin embargo, un derecho extrapatrimonial puede generar daños económicos. Por ejemplo las injurias pertenecen al daño extrapatrimonial, después de acaecidos el hecho la víctima no ha tenido ningún detrimento en su patrimonio; sin embargo el disgusto pudo haberle provocado un infarto que conlleva gastos de

atención médica, internación, terapia intensiva, medicación, honorarios médicos, etc. que importan un daño emergente y por lo tanto un daño económico.

4.10 DAÑO A LA PERSONA. DAÑO BIOLÓGICO

Algunos autores han distinguido dos aspectos de la persona, uno subjetivo formado por aquellos bienes que los individuos poseen en razón de sus características biológicas y psíquicas comunes al ser humano, que generalizan las sensaciones que cada uno pudo haber sufrido en casos análogos, se trata de las afecciones legítimas la integridad física, la intimidad, la afección a ciertos bienes que hacen más a la vida de relación y por ello no implicaría un valor puramente individual que posibilita una apreciación algo más directa del daño que pueda provocar su infracción, se trata del honor, la honestidad, el pudor sexual, el nombre, la libertad de acción, la autoridad paterna y fidelidad conyugal. Todo lo que el hombre es y tiene se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. La tutela de la persona humana, comienza desde la misma concepción en el seno materno y se extiende hasta la muerte, incluso más allá en la disposición de sus órganos.

En ese orden Bustamante nos dice: la vida del hombre es un derecho a la personalidad que el orden jurídico ampara junto la integridad física, la salud, la libertad, el honor, la imagen y el secreto de la vida privada, la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero y por ello, el principal...; agrega “la violación de la integridad corporal y cualquier perjuicio a la salud, constituye un menoscabo la plenitud de la existencia misma”. El cuerpo humano es el sustratum de la personalidad... compromete el aspecto biológico de la existencia que es en relación al hombre un valor absoluto. La voluntad de cada uno es el sólido arbitrio para decidir intervención en su propio cuerpo.

El derecho a la vida está protegido por la Constitución de los diferentes países, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Hombre. El derecho a la integridad corporal, comprende la integridad física, psíquica y moral, cuya vulneración debe ser reparada.

4.11 DAÑO A LA INTEGRIDAD PSÍQUICA

Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros no es indiferente al derecho; supuesto que de no tenerse en cuenta parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico (Mosset Iturraspe Jorge. Responsabilidad por daños. Ob. Cit. Tom. IV. Pág. 36. No 16).

Por ello, hoy en día también cabe incluir dentro de los perjuicios indemnizables, las secuelas neurológicas provocadas por un evento dañoso, las perturbaciones patológicas de la personalidad de la víctima, que alteran su equilibrio precedente. (Zabala de Gonzales Matilde. Daños a la persona. Ob. Cit. Tom. IV. Pág. 36. No 16).

El diagnóstico efectuado por la doctrina, sobre el daño a la integridad psíquica, da cuenta de sentencias confusas, contradictorias, dispares en su tratamiento y con premisas peligrosas, el velo de la valoración equitativa permite al Juez, inevitablemente la adopción de decisiones arbitrarias. Los fallos judiciales se caracterizan por su subjetividad y arbitrariedad, hay diversidad de tratamiento no solo en la valoración del daño, sino en el monto calificado y en su admisibilidad; los fallos son diversos incluso en asuntos similares, con grave incidencia en la certeza y seguridad jurídica. Tunc y de Angel, refiriéndose a la arbitrariedad de la definición decían: en todas partes se han efectuado rechazos contra la causalidad y la incertidumbre que campea en la determinación del daño. En todas partes se presentan críticas y presiones negativas.

4.12 TENDENCIAS ACTUALES SOBRE EL DAÑO A LA PERSONA

La preocupación doctrinal ha generado debates de los sectores involucrados, abogados, magistrados, legisladores, en algunos países se han formulado reformas que en alguna medida han sido introducidas en su ordenamiento legal, en otros se han quedado como proyectos y en otros permanecen en vigencia los sistemas

antiguos. En el sistema francés se crearon los fondos públicos para la reparación de siniestros, en forma tarifada.

En España se han introduciendo la ley sobre la responsabilidad civil, seguros en la circulación de vehículos a motores y ataques terroristas. La evolución de la responsabilidad civil, de una deuda responsabilidad hacia un crédito de indemnización.

En la experiencia italiana la situación comprende el daño biológico, el resarcimiento derivado de accidentes de trabajo y sobre todo las tablas relativas a las distintas figuras del daño. Se dio un proyecto de ley que fije en forma uniforme las tablas sobre daños, dichas tablas propuestas involucran el daño biológico y moral, el proyecto más completo fue elaborado por la fundación Cesar de Roma. La investigación expresa que la preocupación mayor se centra en la circulación vehicular, se advierte la necesidad de que reforma pase por una reforma del código civil a fin de establecer reglas uniformes para todos los tipos de daño a la persona.

4.13 DAÑOS PUNITIVOS

Los daños punitivos son de origen británico es decir del common law, al presente es un arquetipo norteamericano. En determinados casos y bajo ciertas condiciones, puede imponerse al dañarse un coste añadido a modo de reparación civil extraordinaria no fraccionable ni repercutible, consistente en una entidad suplementaria a la exclusivamente reparatoria o compensatoria. Es decir, se trataría de una obligación de indemnizar no concebible como excedente de la cuantía en que fueron valorados los daños sino a prima facie como expansión de la imputación causal o como extensión del daño moral.

Diez – Picazo, señala que los tribunales norteamericanos admiten, los llamados daños punibles en tres casos: 1. Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjuicio sea inferior a las garantías obtenidas por él, (fabricante que prefiere pagar los perjuicios en lugar de reparar el producto defectuoso, para

no cesar en la fabricación). 2. Cuando la conducta sancionada de acuerdo al cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, porque la antijuricidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación con el costo del eventual proceso o porque el autor del ilícito tiene posesión dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento. 3. Cuando el sujeto actúa con la intención de causar daño.

4.14 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El modelo francés, en el libro III, título IV regula “De las obligaciones” que se contraen sin convenio, capítulo II De los delitos y de los cuasidelitos, inicia con el artículo 1382: “Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligara a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”.

Norma general que es complementada con el Art. 1383, 8 (Art. 1382. Cualquier hecho de la persona que cause a otra daño, obligara a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo) que define, el alcance de la culpa no solo a acciones sino a omisiones: del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia, concepción subjetivista del daño que sirvió de base a las diferentes legislaciones y genero la política del derecho de la responsabilidad civil, sustentada sobre la base de la imputación, que Domat lo sintetiza en su célebre formula “pas de responsabilite sans faute” (no hay responsabilidad sin culpa), que estableció el principio de la responsabilidad, seguida por las diferentes legislaciones del mundo.

Cabe destacar que, en la norma general, se acoge una amplia noción de la culpa, de tal manera que el principio “faute commissive y faute d’abstention, obedece a la regla general de la responsabilidad civil”. Por lo tanto, al interpretar el Art. 1382 del code civil y en lo sucesivo el Art. 1383, el juez está legitimado a resolver equitativamente, en todos los casos, las controversias que se someta a su decisión.

Se destacan por su importancia la sentencia, que se ha convertido en precedente de la interpretación del Art. 1382, del code civil. La Corte de casación formulo el principio “según el cual, si alguien es responsable por su negligencia, la omisión no puede comportar responsabilidad a menos que exista para el sujeto, el deber de cumplir el hecho omitido”, se observa que la palabra “deber” no es fruto de la descripción de la norma positiva, puede referirse más bien al deber de todos, de comportarse como miembros de una comunidad social, en dicho fallo se trata de superar el rigor con el que se suele restringir el área de la culpa omisiva, ampliándose su acción a hipótesis de inobservancia de una obligación reglamentaria o basada en la costumbre.

La legislación italiana refleja casi literalmente las disposiciones y contenidos del modelo anterior, se usa en la cláusula normativa general, no obstante que en el nomen iuris se utiliza la expresión “ilícito” su contenido se refiere tanto al hecho doloroso, al hecho culposo, cuanto al daño injusto, en el término “daño injusto” cohabitan las dos especies de responsabilidad, esto es; la subjetiva y la objetiva, aunque por el texto del artículo, se estaría ante una norma general de tipo subjetivo, la jurisprudencia admite la responsabilidad objetiva, generando una apertura importante que no se puede negar.

Una sentencia, describe la omisión legal, reglamentaria o convencional o incluso del orden profesional, también en este caso se erosiona el esquema típico del ilícito omisiva, a través de una multiplicación de los deberes de actuar. En cambio la cláusula normativa general del Art. 2043 del C.C. Italiano encuentra una serie de limitaciones específicas que en materia de omisiones, parecen poner en duda incluso su naturaleza de “norma de blanco” en el uso jurisprudencial la noción “culpa omisiva”, distingue dos aspectos del término, la primera empleada en sentido lato, implica todo comportamiento no realizado por el agente, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo; la segunda en sentido restrictivo, indica más bien el comportamiento que el sujeto tenía, deber jurídico de realizar en las circunstancias del evento específico, pero no llevo a cabo. Con relación a la

omisión en sentido lato, una sentencia parte de la premisa: “toda omisión culpable generadora del evento sufriente para fundar la responsabilidad por el daño”, para calificar la omisión culpable puede ser suficiente invocar, junto con las normas reglamentarias, las normas de experiencia común. En el mismo sentido, la corte de Cassazione, observo que se puede identificar una violación del *nemen laedere* no solo en el comportamiento activo, sino también en el comportamiento omisivo, cuando “la observancia de dicha norma, según el caso, exija abstenerse prudentemente de hacer algo que pueda resultar perjudicial para otro o exija, por el contrario, una intervención pronta para hacer lo necesario para erradicar una situación de peligro”. Las percepciones de la omisión en el sentido restringido, la encontramos en la jurisprudencia ordinaria, no solo adopta una noción restrictiva de “omisión”, sino que descarta la operación autónoma del Art. 2043 del Código Civil Italiano ella se encuentra subordinada a la existencia de una norma que obligue al sujeto a actuar.

El Art. 2043 del Código Civil Italiano, configura una hipótesis de culpa desde la perspectiva de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar y disminuir el daño, las cuales aún no traducidas en leyes o reglamentos hayan entrado en uso corriente y sean de aplicación habitual. En el plano procesal la culpa genérica se determina según el criterio de previsibilidad y la culpa específica, por el contrario, es la violación de normas, reglamentos, ordenamientos o regímenes prescritos por la autoridad.

En Francia como en Italia se ha debatido ampliamente la cuestión de acreditar una noción de culpa de carácter objetivo, frente a la culpa en sentido subjetivo. El juez francés que tiene a su disposición un instrumental de normas muy similares a las italianas, no deduce los deberes de comportamiento de las leyes especiales, sino de los principios generales del derecho, de los usos normativos, de los usos comerciales o de reglamento de naturaleza privada deontológico, etc. resulta singular coincidencia entre los modelos argumentativos franceses o italianos. Se han precisado al respecto, que conlleva una hipótesis de culpa, según el Art. 2043

del Código Civil italiano, desde el punto de vista de la impericia o negligencia, la inobservancia de reglas técnicas idóneas para evitar o disminuir el daño aun cuando estas ni deriven de leyes o reglamentos, pero si están en uso.

La jurisprudencia francesa a propósito de la evaluación, sentó precedente que era indiferente que se tratara del autor o de la víctima del daño, o que se estuviera en presencia de un menor o mayor de edad pues la apreciación de la culpa es objetiva, la llama “faute objective”.

Mucho más convincente es el llamado que muchos autores de hoy hacen al principio de solidaridad, cuya huella se detecta en la cláusula normativa general del Art. 1382 del Code Civile Frances.

4.15 DAÑO MORAL

Como diagnostico preliminar, me corresponde apuntar que este es uno de los temas más controvertidos, existen posiciones encontradas sobre si los daños morales deben ser resarcidos o no y sobre sus diversas figuras. En unos sistemas lo incluyen en el daño patrimonial en tanto que en otros en el daño no patrimonial; la incertidumbre se multiplica porque la valoración del daño es altamente discrecional.

Savigny, consideraba la no separabilidad del daño moral, decía al respecto: los bienes ideales están fuera del comercio, son inajenables e inembargables, y no pueden ser objeto de obligaciones. Nadie negocia sobre su honor, su salud, comodidad, afectos, etcétera y si se pacta algo sobre ellos, podría incumplirse impunemente, puesto que el titular del derecho no podría obtener por vía compulsiva el cumplimiento de algo puramente moral o intelectual.

La doctrina especializada considera que el daño moral, en general, es entendido como el agravio producido por la violación de derechos subjetivos que protegen a las personas en su vida, integridad física y psíquica, salud, libertad, privacidad, nombre, honor, etc.

Existen diferentes criterios para explicar el daño moral y diferenciarlo del patrimonial, para algunos sectores, se expresa en el derecho lesionado, sustentan que el daño moral es aquel que tiene en cuenta la naturaleza del derecho lesionado, de tal manera que la calificación de extrapatrimonial guarda relación con el tipo de derecho lesionado. Esta tesis si bien en principio, puede servir para distinguirla del patrimonial, sin embargo, no explica por qué en alguna circunstancia un derecho extrapatrimonial puede generar daños económicos. Por ejemplo, las injurias pertenecen al daño extrapatrimonial, después de acaecidos el hecho, la víctima no ha tenido ningún detrimento en su patrimonio; sin embargo, el disgusto pudo haberle provocado un infarto que conlleva gastos de atención médica, internación, terapia intensiva, medicación, honorarios médicos, etc. que importan un daño emergente y por lo tanto un daño económico.

4.16 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son todas aquellas prerrogativas o facultades que tienen las personas, por su sola condición de tal; en consecuencia, no se trata de una concesión u otorgación de estos derechos por parte del poder público, como en las épocas monárquicas; sino al contrario, aquí, el Estado simplemente los reconoce como existentes por naturaleza a todas las personas. Esto es uno de los aportes sustanciales del constitucionalismo y que tuvo una gran difusión en los últimos tiempos bajo la denominación de derechos humanos y que, en las últimas constituciones de principios del siglo XXI, se encuentran catalogados en forma extensa, como en el caso de la Constitución Política del Estado Plurinacional se dispone en 95 artículos como Derechos Fundamentales, aparte de los derechos económicos y sociales, que se encuentran en la cuarta parte.

Se utilizan diferentes expresiones formalmente, pero con el contenido sustancial de lo mismo, así es común y generalizado el uso de expresiones como “derechos

constitucionales”, “derechos fundamentales”¹³; entre la doctrina es recurrente el uso de las denominaciones como derechos fundamentales, derechos naturales¹⁴, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, derechos individuales y derechos personalísimos., esto para referirse a todos los derechos humanos incorporados a un determinado derecho positivo, generalmente en disposiciones constitucionales, en consecuencia, más allá de las terminologías que formalmente pueden ser discrepantes, sin embargo, el contenido es lo mismo.

Desde la perspectiva histórica para algunos autores como Alexy, los orígenes de los derechos fundamentales se encuentran en los pasajes bíblicos del antiguo testamento, como en el nuevo testamento; para otros se encuentra en la histórica y célebre Carta Magna inglesa de 1215, (de Juan Sin Tierra) el documento constitucional más antiguo del mundo, (que) dispuso por primera vez que ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado o proscrito, salvo por decisión judicial basada en la ley, así todo comenzó con la protección de la libertad y la dignidad humana, y desde entonces ha venido enriqueciéndose, evolucionando y afianzándose en forma progresiva con el paso del tiempo en cada una de las sociedades con las respectivas peculiaridades, particularmente en el ejercicio de los mismos.

Entre otros documentos históricos relevantes donde se plasmaron éstos derechos, es común mencionarse a la “Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal norteamericana de 1787; en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que tiene una disposición expresa y puntual sobre la exigencia de la garantía de estos derechos en el artículo XVI que dice: “Toda sociedad, en la cual la garantía de los

¹³ Derechos fundamentales, término este último que encuentra objetable por excluir, injustificadamente de dicha categoría, a un importante grupo de derechos, sin perjuicio de que hay quien reserva el calificativo para los derechos vigentes en el ámbito interno de los Estados, mientras que los reconocidos internacionalmente serían los derechos humanos. Miguel M. Padilla. Lecciones sobre derechos humanos y garantías. p. 29.

¹⁴ 12 Derechos naturales, asimilación criticada por las doctrinas positivistas y a la que luego he de referirme con más detalle. Miguel M. Padilla. Lecciones sobre derechos humanos y garantías. p. 29.

derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”, lo que da cuenta que debe encontrarse en la Constitución.

Asimismo la Constitución de Weimar de 1919, las constituciones de la segunda postguerra mundial como la italiana de 1947, ley fundamental de Bonn de 1949 hasta los actuales textos constituciones, todos contienen o contemplan un catálogo de los derechos fundamentales, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en la cumbre de Niza del 7 de diciembre de 2000, la misma se encuentra incorporada en la Parte II de la Constitución Europea (Navarro y Viciano,2005); la cual es considerado como el contenido de la más moderna y estándar de los derechos fundamentales.

Lo cierto es que los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos, aunque el concepto de derechos humanos o fundamentales parece adolecer de una vaguedad congénita que acaso resulte insuperable si no es por vía de alguna definición estipulativa porque: Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno (por ejemplo en la Constitución), en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.

Por otro lado, se afirma que las normas de derecho fundamental son como normas de competencia negativas. A este derecho corresponde una prohibición dirigida al

Estado de no intervenir en el ámbito de no competencia definido por las normas de derecho fundamental; porque las normas de competencia positiva del Estado, por ser improrrogables y un deber facultad, obliga a los órganos al ejercicio de las funciones públicas lo cual es bloqueado por un derecho fundamental, porque son esferas de no intromisión bajo alternativa de considerarse una violación del derecho fundamental.

Para Robert Alexy existen tres conceptos de derecho fundamental, como ser:

A). El concepto formal de derecho fundamental, basada en la manera como está incorporada en la normatividad del derecho positivo, dicho de manera más simple, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia constitución.

B). El concepto material de derecho fundamental, según este criterio, siguiendo a Carl Schmitt dice “solo los derechos humanos liberales del individuo” son derechos fundamentales en sentido propio.

C). El concepto procedimental de derecho fundamental, se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales; toma en cuenta su protección o su no protección que no puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple.

Pero más allá de estas disquisiciones conceptuales y terminológicas que pueden tener una importancia académica y formal, sin embargo no aporta mucha utilidad y carecen todos de un sustento real y proyección jurídico-doctrinal, como para la diferenciación de los derechos fundamentales versus derechos humanos; porque no nos permite la distinción de ambos derechos cualitativamente, sino a lo sumo distintos tipos de instrumentos o fuentes jurídicos a través de los cuales se reconocen éstos derechos de las personas. En consecuencia, nada nos impide que utilicemos en la jerga forense, o en el lenguaje natural, las diferentes expresiones como nos plazca; sólo debemos saber que nos referimos a los derechos del ser

humano por el sólo hecho de ser tal, porque se dice que: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Este criterio del profesor italiano, ha sido, seguido y lo tomó como parte de la naturaleza jurídica de los “Derechos Fundamentales”, el Tribunal Constitucional de Bolivia en las Sentencias Constitucionales: “SSCC N° 400/06-R de 25 de abril; 685/03 de 21 de mayo; 086/03 R de 11 de diciembre; 179/05-R de 2 de marzo y 876/05-R de 29 julio”

Con todo ello, como dijo Norberto Bobbio en sus alocuciones: “No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, (fundamentales o humanos, formales o materiales), absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados” por los detentadores y destinatarios del poder político.

Como corolario consideramos que es necesario señalar las características principales de los derechos fundamentales, en el marco de la teoría de Luigi Ferrajoli, quien cotejando con los derechos patrimoniales, resalta los siguientes caracteres: la universalidad, la indisponibilidad, la inalienabilidad, la inviolabilidad, la intransigibilidad y personalísimos (2009:45-50) 21, A éste propósito el artículo 13.I de la Constitución Política del Estado Plurinacional dispone que: los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos; los cuales explicamos brevemente.

A). La universalidad. Así pues, denominaré 'derechos fundamentales' a todos aquellos derechos que corresponden universalmente a "todos" en cuanto personas naturales, en cuanto ciudadanos, en cuanto personas naturales capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar de modo que, no solamente un ser humano es considerado digno y persona humana frente al Estado Plurinacional, sino, es también ante la comunidad y población internacional, como ciudadanos del universo; así los derechos fundamentales se predicán de todos los seres humanos, con total independencia de las circunstancias, económicas, sociales, culturales, históricas, ideológicas, religiosas o políticas.

B). La indisponibilidad. Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud a su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía

C). La inalienabilidad. Porque es parte de la indisponibilidad activa y pasiva; en ese sentido, los derechos fundamentales son un límite no sólo a los poderes públicos sino también a la autonomía de los titulares: ni siquiera voluntariamente se puede alienar la propia vida o la propia libertad. Dicho de otra manera, los derechos fundamentales, son intransigibles, debido a que no están en el comercio jurídico público ni privado, y no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico como cesiones o transferencias, así tampoco son susceptibles de gravámenes, limitaciones, delimitaciones o de potestades ablatorias, a través de los cuales el Estado latu sensu incide en el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales.

D). La inviolabilidad. Los derechos fundamentales son establecidos para la realización plena de las personas como seres humanos, por lo que debe otorgarse

estabilidad, seguridad y garantías para su ejercicio, ya que se hallan reconocidas para la razonable, pacífica y convivencia humana; y como se proyectan a durar en el tiempo y adaptarse de acuerdo a las necesidades y cambios de la realidad económica social; no puede ser objeto de infracciones o agresiones sobre todo por parte del poder político.

E). La irrenunciabilidad. Como los derechos fundamentales son indisponibles, entonces ningún ser humano en la faz de la tierra se encuentra en las condiciones o posibilidades de su dejación, abdicación o dimisión, ya sea en forma voluntaria o forzosa, lo contrario significa una flagrante violación a los derechos humanos, y jurídicamente nulo de pleno derecho.

F). La imprescriptibilidad. Al ser indisponibles los derechos fundamentales, pues, no son susceptibles de adquisición, liberación, extinción o pérdida de estos derechos por el transcurso del tiempo o el abandono o no ejercicio que de ellos se haga. Por otro lado, es una cualidad también de aquellas condiciones jurídicas que no pueden adquirirse o perderse por haber pasado largo tiempo ejerciéndolas como si se tuviesen o no tuviesen, como en la usucapión o prescripción liberatoria de las obligaciones personales, como en los contratos de préstamos.

G). La indivisibilidad. La respuesta más simple es que un derecho fundamental es como un todo es un haz de posiciones de derecho fundamental. De modo que es una cualidad inherente a los derechos fundamentales, que no puede separarse o fraccionarse en partes, ya porque resulte impracticable, o, porque de antemano se halla constituido en su unidad e integridad. No se pueden fraccionar por ejemplo el derecho a la vida separado de los derechos económicos sociales, o patrimoniales; porque todo el conjunto de los derechos fundamentales es de igual importancia y se encuentran en el mismo plano jerárquico, sin superioridad de unos derechos sobre otros.

H). La extra patrimonialidad. Los derechos fundamentales tienen por finalidad intereses no económicos o ideales; no son evaluables pecuniariamente, no se encuentran en el comercio, ni pueden ser separados del sujeto humano al cual pertenecen. Como la libertad, derecho a la vida; aunque como consecuencia de la infracción o violación de estos derechos, pueden generarse efectos de naturaleza económica; pero, por más que se ataque o daños que se causen a los derechos fundamentales y se tenga repercusiones de índole económica o patrimonial, no cambia la naturaleza de los derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial.

I). Interdependencia. Al no ser divisibles, entre los derechos fundamentales existe una dependencia mutua o recíproca, de tal manera que, no tienen una existencia aislada o singular sino imbricadas como una necesaria relación recíproca entre los derechos. Es decir que, entre los derechos fundamentales existe una relación intrínseca e íntima de retroalimentación de unos con otros derechos.

J). Progresividad y no regresividad. Conceptualmente consiste en aquella limitación existente para los poderes u órganos Legislativo y Ejecutivo, que, en el ejercicio de las funciones públicas, en particular normativas deben ampliar paulatinamente de manera progresiva y sin retroceder el reconocimiento, la vigencia práctica o la eficacia de los derechos fundamentales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población que no es óbice para los derechos de la libertad por el carácter indivisible e interdependiente.

De acuerdo al protocolo de San Salvador en su artículo 4 establece que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado; en ese sentido, además:

La precisión que se debe realizar respecto al carácter de progresividad de los derechos, en conformidad con lo dispuesto por el Art. 256.II y el Art. 410.II, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es que la progresividad no debe ser interpretada como una justificación para que el Estado deje de implementar estos derechos. El PIDESC exige a los estados acciones y actuaciones efectivas para su implementación. Por lo tanto, debe interpretarse la progresividad en cuanto el Estado no podrá adoptar medidas regresivas con relación al ejercicio de un derecho. Por lo tanto, caracterizado así los derechos fundamentales, ya para ingresar a la explicación y tratamiento de los fundamentos teóricos y jurídicos de la responsabilidad patrimonial extracontractual estándar del Estado, precisamente como consecuencia de las vulneraciones de los derechos constitucionales, es preciso un previo y breve resumen de lo anterior.

En síntesis, el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado permite ser titular de derechos y obligaciones y como tal las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra él y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones del poder. De esa obligación jurídica de indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios causados a los derechos fundamentales o constitucionales, se debe hacerse cargo el Estado; y, lo debe asumir como cualquier otro sujeto de derecho, como una exigencia del sometimiento al derecho de los diferentes órganos estatales por el ejercicio de las funciones públicas.

CAPITULO V

MARCO HISTORICO

5. BREVE RESEÑA HISTORICA

Desde el punto de vista del desarrollo histórico para determinar la naturaleza jurídica de los principios que rigen en materia constitucional, en primer lugar tenemos que contextualizar el surgimiento del Derecho Constitucional.

Kelsen utiliza la expresión jurisdicción constitucional y justicia constitucional como sinónimos y los usa de manera indistinta, ya que logra identificar a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, refiriéndose a esta última como un elemento del sistema de medios para asegurar el ejercicio normal de las funciones estatales. En este trabajo el jurista austriaco busca la mejor forma de establecer medios para hacer eficiente regular el funcionamiento del Estado.

Kelsen utilizó su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca, que ya tenía cierto tiempo de funcionamiento y buscó teorizar sobre la Corte Constitucional y justificar la existencia de su creación. Esta interiorización la llega a plasmar en un trabajo de investigación anterior titulado la *“Teoría general del derecho y del Estado”*. En la misma, llega a decir que *“(…) las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico solo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados”*.

No hay duda que la teoría kelseniana sentó las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de constitucionalidad. Es también clara la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del derecho en general y, particularmente, en el desarrollo del Derecho Constitucional.

Del mismo modo, Kelsen fue el principal defensor de la creación del Tribunal Constitucional separado de la estructura del Poder Judicial, porque solo así, se le podría encomendar la tarea de defender la Constitución: *“(…) postular una justicia constitucional o una jurisdicción constitucional era postular a un tribunal diferente,*

un órgano resolutor distinto de la judicatura ordinaria y de la judicatura administrativa". Kelsen entendía la jurisdicción como un atributo inherente del Estado, la cual se distribuía en tribunales y postuló la creación de un tribunal con jurisdicción constitucional especializado en resolver las problemáticas constitucionales. Así lo demostró cuando colaboró en la elaboración de la Constitución de Austria de 1920, y en sus diversas obras.

También debemos mencionar que los estudios de Kelsen son claro reflejo de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca. Kelsen logra en sus estudios identificar a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, refiriéndose a la misma como un sistema de medios técnicos que tiene como objetivo asegurar el normal desenvolvimiento de las funciones estatales. Propone, a su vez, recursos impugnatorios como la acción de inconstitucionalidad, así como una *actio populatis*, acercando así a los particulares con las garantías a sus derechos, permitiéndoles interponer recursos judiciales o administrativos contra las autoridades públicas que atenten sus derechos.

Por lo expuesto, consideramos que Hans Kelsen es el precursor del Derecho Constitucional ya que estableció los cimientos de ésta como ciencia, basándose en su experiencia como magistrado y ponente permanente de la Corte Constitucional austriaca.

Además, debemos reiterar que fue el primero en idear un tribunal especial ajeno al clásico Poder Judicial, al que se le confiaría el control de la supremacía de la Constitución, cuyas resoluciones eliminarían para todos los efectos de la norma inconstitucional. Este modelo de control constitucional es el aporte de Kelsen al Derecho, ya que su teoría de la garantía jurisdiccional de la Constitución revolucionó al mismo.

El procesalista Couture, en su obra *Estudios de Derecho Procesal Civil* de 1948, hace referencia a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido

proceso. Esto ocasiono una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. El aporte más importante de Couture es haber iniciado las garantías constitucionales del proceso (Derecho al Debido Proceso).

Por su parte, el distinguido procesalista Piero Calamandrei, y también profesor de Derecho Constitucional italiano en la postguerra, consumará aportaciones significativas al desarrollo del Derecho Procesal Constitucional al establecer los fundamentos de la jurisdicción constitucional italiana en su obra "*La Illegittimita costituzionale delle leggi nel processo civile*", publicada en 1950 y traducida al español en 1962.²⁴ La figura de Piero Calamandrei es fascinante "(...) *al ser quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga*".

Sus estudios son relevantes porque ofreció un estudio dogmático del proceso constitucional, además, el jurista italiano logro una aproximación del enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional.

Del mismo modo, el jurista Mauro Cappelletti, por su parte, aportará en el ámbito de la jurisdicción constitucional, que esta no sólo se refiere al control constitucional orgánico, sino que se amplía con la jurisdicción constitucional protectora de los derechos fundamentales o la jurisdicción constitucional de las libertades, lo que precisa en su obra "*La giurisdizione costituzionale delle liberta*", publicada en 1955 y que luego será traducida al español por Fix-Zamudio como "La jurisdicción constitucional de la libertad" (con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco). Realizo diversos trabajos de estudios comparativos y de análisis sistemáticos de los diversos instrumentos e protección de los derechos fundamentales.

La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por Fix-Zamudio y la considera uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión orgánica y la transnacional que tanto impulsó Capelletti.

En Bolivia en relación a la responsabilidad patrimonial en las reformas constitucionales, se tiene lo siguiente: El anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, elaborado el año 2001 por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional, integrado, entre otros por el señor Carlos D. Mesa Gisbert, ex mandatario de la República, preveía la incorporación o reconocimiento expreso de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política del Estado, en la parte referida a Los Funcionarios Públicos, (parte dogmática). El artículo 45 del Anteproyecto, en su párrafo IV, en el Título Cuarto “Servidores Públicos”, establecía: “IV. El Estado es responsable por los actos, omisiones y errores cometidos por las autoridades y los servidores públicos que lesionen bienes y derechos de los particulares, salvo los casos de fuerza mayor.”

En Bolivia esta institución se encuentra reconocido por la Constitución Política del Estado (promulgada el 07 de Febrero de 2009) en su Artículo 113 que menciona lo siguiente: “I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño”.

CAPITULO VI

MARCO JURÍDICO

En el ámbito jurídico se analizará las siguientes normativas:

- 1) Constitución Política del Estado de 07 de febrero de 2009, principalmente el Art. 113 que dice: “*La vulneración de los derechos concede a las víctimas el*

derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.”

- 2) Ley N°. 254 de 05 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional.
- 3) Condigo Civil Boliviano - Decreto Ley No. 12460
- 4) Leyes nacionales emitidas por el órgano legislativo plurinacional.
- 5) Decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas del órgano ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia.
- 6) Jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

7.- HIPOTESIS

En la presente investigación trabajaré con una hipótesis de tipo descriptiva y es la siguiente:

“Con la creación de un nuevo proceso contencioso administrativo que incluya la responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales se protegerá de mejor forma los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado”.

8. VARIABLE INDEPENDIENTE

Inclusión de normativa mediante reforma de la Constitución que permita exigir la reparación del daño.

9. VARIABLE DEPENDIENTE

Se protege de manera adecuada el derecho a la reparación y resarcimiento por el daño causado.

VALOR NOMINAL	DEFINICION	INDICADOR	RESULTADO
VARIABLE INDEPENDIENTE: Inclusión de Normativa mediante reforma constitucional	Inclusión; Acción y/o efecto de insertar algo	Constitución Política del Estado (Art. 13 de la Constitución Política del Estado)	Verificación en la normativa sobre el derecho a la reparación
VARIABLE DEPENDIENTE Derecho a la reparación integral	Reparación Integral; Indemnizar y/o responder al daño causado	Sentencias Constitucionales de Tribunal Constitucional Plurinacional por la que declaran inconstitucional una Ley y/o norma	Verificación de la prueba que demuestra la falta del derecho a la reparación integral del daño por vulneración a derecho fundamental

10.- TIPO DE ESTUDIO

Para el diseño y la estrategia de la presente investigación y de acuerdo al tipo de estudio que se efectuará, será de carácter descriptivo, toda vez que este tipo de estudio me permitirá medir y evaluar los diversos aspectos, dimensiones o componentes relacionados a los alcances y las limitaciones respecto a la inclusión del derecho a la reparación integral, cuando se trate de proteger y tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales ante la vulneración flagrante de estos

derechos, ya que se seleccionará una serie de cuestiones y consecuentemente se medirá cada una de ellas independientemente, con la finalidad de describir lo que se ha investigado respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado por leyes declaradas inconstitucionales.

11.- DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al diseño de la presente investigación será de carácter no experimental, toda vez que es aquella que se efectúa sin la manipulación intencionada de variables mencionadas con anterioridad, ya que se realizará una observación sistemática para garantizar mayor objetividad en la investigación y se contrastará resultados hasta lograr uniformidad en los mismos respecto a la inclusión del derecho a la reparación integral con la finalidad de garantizar una mayor protección y tutela efectiva de los derechos fundamentales ante la vulneración de las mismas.

12.- METODOS

Toda vez que los métodos están referidos al momento que alude al conjunto de procedimientos lógicos y operacionales implícitos en todo proceso de investigación a continuación detallare los métodos que se utilizaran para la presente investigación:

- **Método Analítico – Deductivo**.- Este método nos permitirá descomponer material y mentalmente el objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales nuevos que la conforman, para tener una mayor comprensión del fenómeno, puesto que se realizará un estudio de manera general sobre la necesidad de incluir el derecho a la reparación integral con la finalidad de garantizar una mayor protección y tutela efectiva de los derechos fundamentales ante la vulneración de las mismas, pasando de lo genérico a lo específico.

- **Método Dogmático Jurídico.** - El método de referencia se aplicará en la presente investigación, pues nos permitirá descubrir los derechos fundamentales y las consecuencias que derivan ante la vulneración, así como su concordancia con las instituciones realmente en vigor (principios constitucionales) y las normas de desarrollo, así como la jurisprudencia constitucional relacionado al objeto de estudio.
- **Método Comparativo.** - Se utilizará este método para comparar diversos fenómenos jurídicos a partir de la doctrina y la jurisprudencia, ante situaciones diferentes, para analizar sus diferencias y sus similitudes, es decir, la comparación en la forma de aplicar el derecho a la reparación integral cuando se trata de la vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución respecto a otros derechos civiles principalmente.
- **Método Hermenéutico.** - Mediante este método se logrará establecer el sentido, alcance, limitación y naturaleza jurídica del derecho de la reparación integral cuando se trate de vulneración de derechos fundamentales, toda vez que nos permitirá unir la doctrina con la práctica.

13- TÉCNICAS

En la presente investigación, se utilizarán las técnicas de recojo de información toda vez que es de carácter cualitativo:

- **Técnica de la Investigación Bibliográfica o Documental.** - Que permitirá asentar con precisión los postulados que se esgrimen, para obtener conclusiones de la misma naturaleza, toda vez que a través de esta técnica, se tuvo acceso a libros, revistas, periódicos y normas jurídicas que involucran a la problemática el derecho y relacionada específicamente a la responsabilidad extracontractual del Estado por leyes y normas declaradas inconstitucionales.

- **Técnica de la Observación Directa.** - Considerada como técnica de investigación de campo, que nos permitirá percibir y describir individualmente objetos y fenómenos, tanto de manera directa, como indirecta en la aplicación efectiva del derecho a la reparación integral ante la vulneración de derechos fundamentales como forma de responsabilidad extracontractual del Estado.
- **Técnica de la Entrevista.** - Esta técnica nos permitirá realizar una serie de preguntas de manera abierta y cerrada a las personas involucradas – víctimas de vulneración a sus derechos por el Estado con el objeto de la presente investigación, es decir, a autoridades, personas naturales, etc.

14. MARCO COMPARADO

A continuación, se revisan normas de la legislación comparada que versan sobre la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado por leyes declaradas constitucionales, por lo cual se pudo cotejar con tres países del mismo sistema jurídico europeo continental, como ser: España, Colombia y Ecuador; en los cuales el Estado al contar con la personalidad jurídica, es titular de derechos y obligaciones, y, es dentro de éstas obligaciones donde se halla la mencionada responsabilidad estatal; de tal modo, que el Estado resultará responsable precisamente en su condición de persona jurídica de derecho público, conforme a los estándares normativos constitucionales relativos a la configuración del daño o perjuicio antijurídico, la imputación y la relación de causalidad vigente, por lo que el Estado tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos como objetivo y finalidad primordial de su accionar pública, en ese sentido el Estado asume la responsabilidad patrimonial extracontractual, cuando haya causado algún daño o perjuicio antijurídico a los ciudadanos.

En los tres países como en Bolivia, existe pleno convencimiento de considerar que sin esta garantía de la “responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado” ningún sistema de protección de las libertades (y derechos) del hombre podría considerarse completo, o siquiera aspirar a referirse a sí mismo como un verdadero Estado de Derecho (Constitucional), ya que la reparación integral de daño causado por el Estado más su indemnización debe ser entendida como un acto de justicia puesto que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella.

Ahora bien, se tomó en consideración para la comparación de los países mencionados en atención de algunos datos relevantes, que pueden ser útiles para el análisis crítico del caso boliviano. Así tenemos a España, porque es el país que tiene a la fecha el mérito de haber puesto en funcionamiento y práctica, la responsabilidad por las tres funciones públicas del Estado español y de manera pormenorizada como ser: la administrativa, jurisdiccional y legislativa, aunque ésta última no se expresa en su constitución.

Tomamos a Colombia fuera de las peculiaridades con que cuenta en su práctica jurídica, por el funcionamiento de un tribunal especial que conoce y resuelve las demandas de la responsabilidad estatal, como es el Consejo de Estado colombiano, que despliega de manera eficiente a partir de una disposición genérica de la Constitución. Y, finalmente tomamos en cuenta a Ecuador, porque es más cercano en el tiempo en su generación al de Bolivia y por las características de su redacción de la disposición constitucional, que presenta ciertos detalles aparentemente

14.1 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

La evolución que la responsabilidad extracontractual del Estado ha sufrido en la legislación colombiana es el fruto de una transformación jurídica que ha experimentado antes y después de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En la primera etapa, a inicios del Siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia mantuvo la competencia en materia de responsabilidad del Estado, lo cual fue posible en virtud del precepto contenido en el artículo 151, número tres de la Constitución colombiana de 1886.

Para complementar esta etapa en 1913 se expidió la Ley 130, que facultaba al Consejo de Estado conocer los temas que implicaran responsabilidad del Estado como consecuencia de declaratorias de nulidad. En 1918, con la vigencia de la Ley 38, la competencia de ese órgano de justicia administrativa fue ampliada para conocer reclamaciones realizadas por los administrados contra el Estado colombiano que versaran sobre expropiaciones o daños a la propiedad derivados de disposiciones administrativas; y, por último, en 1941, respecto a la responsabilidad por trabajos públicos siempre y cuando no se produjera ocupación permanente.

En 1964 se expidió el decreto 528, y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de responsabilidad estatal fue trasladada al Consejo de Estado, excepto respecto de aquellas situaciones correspondientes al derecho privado. Esta situación dual en donde dos órganos de administración de justicia mantenían la competencia para resolver situaciones que tenían que ver con responsabilidad determinó que existieran dos puntos de vista sobre ese tema que ameritaban ser tomados en cuenta. Por un lado, tenemos el de la Corte Suprema de Justicia que encontró fundamento para resolver la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado en la falla del servicio imputable a la administración y no en la culpa personal del agente, pasando esta circunstancia a un plano secundario. Esta tesis encontró asidero en la consideración de que el

Estado era el ente llamado a resarcir el daño ocasionado al conglomerado social por el deficiente funcionamiento de los servicios públicos.

Asimismo, encontramos la postura respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado que proviene del Consejo de Estado de Colombia, organismo que en virtud del Decreto 528 de 1964, era competente para conocer aquellas controversias relativas a la responsabilidad de la Administración Pública.

La Constitución colombiana, así como su derecho positivo, no definen el daño antijurídico; sin embargo, ello no ha impedido que los máximos tribunales de justicia colombianos aborden esta temática con absoluta responsabilidad, logrando un aporte importante en el campo doctrinario y jurisprudencial.

En consecuencia, en el sistema colombiano podemos advertir un claro desplazamiento de la teoría subjetiva del daño, la cual se encontraba sustentada en el detrimento causado, hacia la teoría objetiva en donde la principal característica es la existencia de un daño antijurídico que es soportado por el individuo. Esta nueva visión adoptada por el ordenamiento jurídico del vecino país, tiene origen en la doctrina española, la cual a lo largo de los años en esta materia ha acusado avances dignos de ser tomados en cuenta.

La forma en la cual la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico colombiano evidencia la clara influencia de la doctrina española en cuanto a la configuración y delimitación de la noción de daño antijurídico, lo cual ha permitido que la figura de la responsabilidad sea abordada desde el punto de vista objetivo. Este cambio de modelo permitió al operador de justicia ampliar su horizonte al momento de dirimir fallos en donde se hallaba presente esta figura y dejar de lado la tesis en donde la falla del servicio era el único y exclusivo fundamento de la responsabilidad, adaptándose a un momento doctrinario que le permite tener una cierta facilidad y libertad al momento de emitir un pronunciamiento.

Antes la legislación colombiana tuvo una normativa dispersa, lo que se ha constitucionalizado a través del artículo 90 en la Constitución Política de Colombia en 1991. Está contenida en una sola cláusula general, la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por la acción u omisión de sus autoridades o funcionarios públicos pertenecientes a todos los órganos y ramas del poder público, o sea implícitamente incluye por las funciones: administrativas, jurisdiccionales y normativas o legislativas. Así como la respectiva repetición contra las autoridades públicas cuando haya sido la condena de reparación de daños antijurídicos contra el Estado, como consecuencia del comportamiento dolosa o gravemente culposa. Colombia ha seguido las influencias de organización judicial dual francés, es decir que tiene una jurisdicción ordinaria y una jurisdicción especial, ésta última a cargo del Consejo de Estado que tiene competencias para conocer y resolver los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado; y por otro lado adoptó fórmulas normativas similares al actual modelo de España.

Colombia ha seguido las influencias de organización judicial dual francés, es decir que tiene una jurisdicción ordinaria y una jurisdicción especial, ésta última a cargo del Consejo de Estado que tiene competencias para conocer y resolver los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado; y por otro lado adoptó fórmulas normativas similares al actual modelo de España.

14.2 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

La experiencia chilena en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado se la puede hallar, en su largo devenir, en los tribunales ordinarios, que brindan una respuesta al enfrentar esta noción. Así, sus fallos jurisprudenciales constituyen el punto de partida para iniciar su estudio.

Así como en la experiencia colombiana, es importante analizar la legislación chilena desde varios escenarios en materia de responsabilidad, y observar su

especial forma de normatividad. Para ello cabe hacer referencia a una primera etapa en que se emiten varios fallos jurisprudenciales que tratan de establecer una correcta regulación sobre la materia, aplicando ya el derecho privado (Código Civil), o el público, sin claridad doctrinaria; y una segunda o momento en que los criterios de falta de servicio, y falta personal son introducidos en la legislación interna como herramientas para guiar a los jueces al momento de establecer la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En la primera época como se mencionó, el criterio que imperó en Chile se enfocó en aceptar la responsabilidad del Estado, en donde, en muchos casos, no se aplicó la legislación civil. Podemos encontrar fallos anteriores al año 1938, en que las faltas de servicios y faltas personales no aparecen mencionados, lo que determinó que esta figura sea abordada de la misma manera como la conocían los tribunales franceses. Al respecto es interesante mencionar varios criterios que los órganos de justicia adoptaron. Como primer antecedente encontramos el fallo pronunciado por la Corte Suprema, en el año 1930 Vale la pena hacer especial mención al Decreto Ley N° 1289 del año 1976, sobre Municipalidades, en el que por primera vez la legislación chilena acoge expresamente la doctrina francesa normando la responsabilidad extracontractual del Estado al manifestar en su artículo 62 que: *"La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente"*. Para finalizar este acápite encontramos pertinente referir la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a los casos *Aedo vs Fisco*, *Domic vs Fisco* y *Pizani Fisco*¹⁰¹, dictados el 27 de noviembre de 2000, el 15 de mayo de 2002; y, el 15 de abril de 2003, respectivamente; los cuales, de manera compendiada, plantean que la responsabilidad del Estado es relativa a su función; por consiguiente, ésta no puede ser más o menos grave que la consumada por los administrados en su diario vivir, dado lo cual no es objetiva y prescribe con el tiempo. Por ello, al dictar sentencia se establece que la responsabilidad estatal corresponde a la naturaleza

del Estado. El Estado es una organización jurídica y política de la comunidad y no un interés opuesto; éste desarrolla funciones enmarcadas en el Derecho Público, y en esa lógica, la legislación chilena deja de lado y no considera la aplicación de responsabilidad objetiva, ni para los administrados ni para el Estado.

14.3 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La legislación española es fiel seguidora de la tradición occidental en la cual el Estado de Derecho constituye la idea en cuya virtud la centralidad de los derechos del hombre o derechos fundamentales está dirigida al origen, o al fin de la sociedad política organizada. El Estado Democrático encuentra su *telos* en la protección de los derechos del conglomerado social; de ahí la denominación de “fundamentales”. Para que el Estado no transgreda esos derechos fundamentales se ha creado un entramado control de constitucionalidad y legalidad. Por ello, cuando el ordenamiento jurídico español aborda el tema de la responsabilidad patrimonial, los estudiosos españoles consideran que los dos pilares sobre los cuales se asienta el derecho administrativo son en primer lugar, la sujeción de la Administración Pública a la ley, pudiendo el administrado hacer valer esa realidad a través del proceso contencioso administrativo; y, en segundo lugar, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por medio de la cual el administrado puede exigir reparaciones o indemnizaciones al Estado por daños que éste le haya provocado.

Los estudiosos del Derecho Administrativo español consideran que la responsabilidad estatal como tal ha presentado un atraso evolutivo frente a otras legislaciones como la francesa. Entre los motivos para ello se encuentra la determinación de elaborar los fallos jurisprudenciales en estricto apego al tenor literal de la ley.

En España, a pesar de contar con preceptos en el Código Civil de 1889 que permitían en cierta medida regular la noción sobre responsabilidad, el principio y fundamento mismo de esta figura significó un fracaso con la implementación de la

noción de responsabilidad de la Administración Pública partiendo del artículo 1903 del Código Civil.

Sea como fuere es interesante acotar que a finales del siglo XIX y, sobre todo, en el siglo XX, se da inicio a un reconocimiento de una incipiente responsabilidad de la Administración del Estado en casos específicos, tomando en cuenta la transformación que el Estado experimentó de liberal a social, en que el ente estatal asume cada vez más potestades y obligaciones respecto al conglomerado social. Esta evolución en la estructura normativa española, se inicia con la proliferación de situaciones en las cuales se imponía aplicar el derecho de indemnización. En este orden de ideas constatamos cómo mediante Ley del de 9 de abril de 1842 se estableció la indemnización de los daños materiales sufridos en la primera guerra carlista. Este precedente no fue admitido por el Tribunal Supremo como manifestación de un principio general de responsabilidad de la Administración, lo cual fue intentado para exigir indemnización por daños ocasionados en conflictos posteriores, concretamente en la guerra de Cuba.

El primer tratamiento normativo con carácter general se produce en el Código Civil, en los artículos 1902 y 1903 según los cuales, cuando la Administración Pública actúa por intermedio de un funcionario público, responde directamente y en el caso del hecho de otro responde sólo cuando éste tiene un mandato especial. El problema para establecer la responsabilidad civil en España se dio porque la jurisprudencia no fue capaz de comprender esta previsión en toda su amplitud, y entendió que lo contenido en los preceptos mencionados constituía responsabilidad del funcionario y no del Estado, bloqueando con ello el reconocimiento directo de una responsabilidad generada por parte de la administración; así como también la responsabilidad indirecta por hecho de tercero, ya que la administración no actúa por medio de agentes especiales.

A mediados del siglo XX, la legislación española abordó la regulación de un sistema de responsabilidad patrimonial. Esta normativa se incorporó en la Ley de

Régimen Local, en cuyos artículos 405 y 406 se establece una fórmula para regular este tema. En esa virtud la cobertura de los daños causados por la actuación de los funcionarios públicos respondía a dos situaciones; la primera tomaba en cuenta que las entidades locales actuaran como personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso se aplicaba los preceptos del Código Civil sobre responsabilidad. Por consiguiente, la Administración Pública local presentaba una responsabilidad subsidiaria, previo pronunciamiento judicial de la infracción cometida y con posibilidad de repetir contra el funcionario público que en el ejercicio de sus actividades hubiere incurrido en culpa o negligencia; y, una segunda en donde la actuación correspondía a personas jurídicas de derecho público, estableciendo para el efecto dos casos: tomando en cuenta que el daño fuera causado por culpa o negligencia grave imputable a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; o, que no existiera tal culpa o negligencia en cuyo caso la entidad local respondía directamente siempre y cuando el daño fuera material e individualizado.

Conforme a los datos doctrinales, con anterioridad la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, en España se practicaba en base a la institución de la expropiación forzosa limitada; porque, no contaban con una normativa sobre la materia, por eso, en la Ley General de Expropiación Forzosa de 1836, la responsabilidad se limitó a los supuestos de daños producidos por actos ilícitos o por funcionamiento irregular o anormal, esto es, por error, negligencia o dolo de las autoridades, funcionarios o agentes y por 1957 se afianzará ya la responsabilidad directa y objetiva para los distintos daños patrimoniales.

Actualmente se encuentra constitucionalizada desde el 27 de diciembre de 1978. Establece en dos títulos diferentes. En el título IV del “Gobierno y de la Administración” en su artículo 106 dispone la responsabilidad estatal por la función administrativa con relación al funcionamiento de los servicios públicos; que se ha concentrado en tres hipótesis: que funcionen mal, que no funcionen y que

funcionen defectuosamente”, los servicios públicos de titular de la administración pública.

En el título VI “del poder judicial” en el artículo 121 dispone la responsabilidad estatal por la función jurisdiccional, donde se puede determinar en los daños causados: por error judicial, cuando en el juzgamiento o en la ejecución de lo juzgado en los diferentes procesos judiciales se haya incurrido en errores judiciales; y por funcionamiento anormal de la administración de justicia, cuando esos daños derivan de otras actividades del poder judicial, con exclusión de lo anterior. Sobre esta distinción, la doctrina ha venido estimando que el error es una especie del género común que el funcionamiento anormal. Esta no es, sin embargo, nuestra opinión. Nosotros partimos de afirmar que se trata de dos conceptos independientes. El funcionamiento anormal atiende al incumplimiento de la norma procesal, mientras que el error puede producirse aun en el caso de que se hayan cumplido escrupulosamente todas las normas procesales, como en los errores in iudicando.

La responsabilidad estatal por la función normativa no se halla contemplada constitucionalmente, ya que según los datos doctrinales, el tema ha sido y es controvertida; pero actualmente se encuentra regulado, la responsabilidad que surge para el Estado de los daños derivados de actos legislativos formales, tanto emanados de las cortes generales como de los parlamentos autonómicos, mediante el artículo 32.392, Sección 1ª, Capítulo IV, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aspecto que es considerado como relevante.

El sistema de la responsabilidad estatal española se caracteriza por las siguientes dos notas: a) Es responsabilidad directa: no se trata simplemente de (una) cobertura subsidiaria de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios de los entes públicos. b) Es una responsabilidad puramente objetiva: (porque) se prescinde totalmente de la idea de ilicitud o culpa.

15. MARCO PROPOSITIVO

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad proponer una normativa sobre nuevo Contencioso Administrativo que incluya la Responsabilidad Patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales, es decir la inclusión de normativa que permita la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por leyes inconstitucionales, misma que debe ser de competencia del Juez Coactivo Fiscal a través de un Proceso ordinario que permita la sustanciación del proceso contradictorio entre partes y que también permita un procedimiento mediante un sistema oral contradictorio, que permita también a las partes recurrir en apelación y lograr hasta el recurso de casación a través del Tribunal Supremo de Justicia

PROPUESTA DE NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA RESOLUCIONES Y ACTOS DEL ORGANO LEGISLATIVO.

LUIS ARCE CATACORA

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL, DECRETA:

NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ARTÍCULO 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto la responsabilidad del Estado por leyes declaradas inconstitucionales y obtener el resarcimiento por el daño causado al o a las víctimas en el marco del Art. 113 de la Constitución Política del Estado

ARTÍCULO 39°. - (PROCEDIMIENTO)

La demanda sobre responsabilidad del Estado por leyes declaradas inconstitucionales recaerá en el Juez Coactivo Fiscal, quien someterá a

proceso ordinario de conocimiento, misma que cumplirá el procedimiento de un Proceso Ordinario de Conocimiento Civil y finalizará con la emisión de una Sentencia, susceptibles de recurrirse en grado de apelación e incluso en grado de casación

16. CONCLUSIONES

La armonía de las partes de un todo, la felicidad de todos, constituye deber primordial del Estado, este tiene el deber de promover el bien, cuidar que cada ciudadano haga lo que le corresponda hacer, premisa antigua combina con las tendencias del mundo moderno atribuye al Estado primigenia y genuina responsabilidad; cualquier interferencia en la armonía y paz social, cualquier deficiencia que ponga en peligro o rompan la paz social, hace responsable al Estado, constituido por la transferencia de poderes, mediante el contrato social, que tiene como fin la salvaguarda de los derechos fundamentales del ciudadano y el primero de todos es vivir en paz, libre de interferencias perjudiciales. Las tendencias actuales de la doctrina moderna seguida por la legislación y jurisprudencia se van enraizando e imponen: Una responsabilidad objetiva del Estado por los actos dañosos de sus autoridades y servidores públicos, sea que pertenezcan al ejecutivo, legislativo o judicial. El resarcimiento de daños patrimoniales y no patrimoniales. El nexo causal se integra entre el acto u omisión del funcionario público por la falta de deficiencia del servidor público y el daño infligido a la víctima.

La imputación de culpa del funcionario o empleado público, solo tiene importancia para efectos de repetición. El Estado es responsable primigenio de todo acto que vulnere derechos subjetivos o que resulte de una mala administración que tiene relación directa con el objeto de su existencia (Art. 113 Constitución Política del Estado).

Ahora bien, en el ámbito de la nueva Constitución, la Ley de Administración y Control Gubernamental (LACG) y el Estatuto del funcionario Público (EFP), se convierten en normas de carácter interno, toda vez que, por el daño infligido por una autoridad o servidor público, al administrado, responde el Estado, que tiene expedita la acción de repetición, claro está, cuando el daño es imputable a la culpa de los funcionarios o servidores públicos.

17. RECOMENDACIONES

Ante la carencia de normativa en Bolivia que reconozca y garantice la responsabilidad patrimonial del Estado por la emisión de leyes declaradas inconstitucionales provocara la vulneración del derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional.

Si parto del supuesto que los derechos del hombre tienen su máximo reconocimiento en las normas estatales, bajo la característica de jerarquía normativa, legitimidad y validez. La Falta de regulación sobre el resarcimiento de daños cuyo elemento constitutivo no es la culpa o el dolo, sino el hecho de haber provocado daño, hará viable la propuesta de introducir un nuevo modelo normativo en esta temática, que indudablemente vienen a plasmar los principios que caracterizan las instituciones de todo Estado Democrático, Social de Derecho, consistente en ponderar los derechos humanos y proteger las garantías fundamentales tales como la vida, la integridad física, la moral, el patrimonio y la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- BIDART, Campos German, “el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Madrid – España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BUSTAMANTE, Ledezma Alvaro, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Bogota – Colombia, Editorial Leyer, 1999
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 64/99, caso 11.778. Ruth Del rosario Garcés Valladares, Ecuador, 13 de abril de 1999.
- Díez- Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado, 2009
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley N° 254 Código Procesal Constitucional, 2012.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Código Civil Boliviano, Decreto Ley 12760, 1975
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, Madrid - España, Editorial Civitas, 2002.
- GARCIA, Canales M. “Principios Generales y Principios Constitucionales”, En: Revista de Estudios Políticos. N° 64, abril – junio, 1989.
- KELSEN, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriacas y norteamericana”. En: *Ius et Veritas*, año VI, 1993. Trad. Domingo García Belaunde. Lima: Asociación Civil *Ius et Veritas*, pp. 81-90.
- OCHOA, Rodríguez Guillermo A., “La Responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcance y efectos en nuestra legislación”, Quito – Ecuador, año 2012

- PIZZA, Bilbao Maria Antonieta, “La responsabilidad civil extracontractual en el mundo actual”, Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, Editorial Iuris Tantum, 2013
- SAGÜES, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.
- TERAN, Ortega Wilfrido Edison, “El daño extacontractual”, Quito – Ecuador, 2009
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “¿Derecho Procesal Constitucional?”, Revista Peruana de Derecho Procesal, N° IV. Lima: Estudio Monroy Abogados, pp. 400 – 415.