



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

MAESTRIA EN DERECHO CON OPCIONES TERMINALES

***LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, COMO MECANISMO
DE CONTROL CONSTITUCIONAL FRENTE AL LEGISLADOR***

Tesis que para obtener el grado de

Maestra en Derecho con opción en Derecho Procesal Constitucional

Presenta:

Licenciada en Derecho BRENDA BÁEZ SÁNCHEZ

Directora de Tesis:

Doctora en Derecho SUSANA MADRIGAL GUERRERO

Co-Director de Tesis:

Doctor en Derecho HUMERTO URQUIZA MARTINEZ

Morelia, Michoacán, Febrero de 2017

INDICE

| | |
|---|------------|
| DEDICATORIA | I |
| AGRADECIMIENTOS | II |
| RESUMEN | III |
| ABSTRACT | IV |
| INTRODUCCIÓN | V |
| ABREVIATURAS | IX |
| CAPITULADO | XI |
| CAPÍTULO I | |
| SOBRE LOS LIMITES DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR | 1 |
| 1.1 División de poderes y función legislativa | 1 |
| 1.1.1 Origen ideológico de la División de Poderes | 2 |
| 1.1.2 Alcances del poder legislativo | 5 |
| 1.2 Justicia Constitucional | 8 |
| 1.2.1 Orígenes del control de la constitución, como límites del legislador. | 8 |
| 1.2.2 La necesidad de controlar la regularidad de la ley: Kelsen. | 14 |
| 1.3 Sobre La Justicia Constitucional mexicana. | 15 |
| 1.4 Estado Constitucional de Derecho. | 19 |
| CAPITULO II | 24 |
| PRESUPUESTOS TEORICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. | 24 |

| | |
|---|-----------|
| 2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado, una garantía, consecuencia del Estado de Derecho | 24 |
| 2.2 Teoría y supuestos de la Garantía de Responsabilidad del Estado Legislador | 26 |
| 2.2.1 Teoría de la Sustitución. | 26 |
| 2.2.2 Supuestos facticos de Responsabilidad del Estado legislador. | 31 |
| 2.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador como Responsabilidad de los poderes públicos. | 33 |
| 2.4 Origen de la responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales | 37 |
| 2.4.1 La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales | 39 |
| 2.4.2 Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional. | 45 |
| | |
| CAPITULO III | 47 |
| | |
| UNA PERSPECTIVA COMPARADA DE LA GARANTIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. | 47 |
| | |
| 3.1 Garantía Constitucional de Responsabilidad del Estado en España y México. | 47 |
| 3.1.1 La Responsabilidad del Estado Juez en el sistema español y mexicano | 48 |
| 3.1.2 La Responsabilidad del Estado Administración en el sistema español y mexicano | 52 |
| 3.2 Doctrina en Contrario a la Responsabilidad establecida por el Tribunal Supremo Español | 58 |
| 3.2 .1 Sobre la obligación de soportar el daño | 59 |
| 3.2.2 Diferentes causas de pedir | 60 |
| 3.2.3 Relación causa efecto. | 62 |
| 3.2 .4 Papel del juez ordinario y tribunal Contencioso Administrativo en la declaración de Inconstitucionalidad | 62 |
| 3.2.5. Sobre la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo | 65 |
| | |
| CAPITULO IV | 70 |
| | |
| LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES | 70 |
| | |
| 4.1 El control de constitucionalidad de las leyes y la responsabilidad del Estado legislador. | 70 |
| 4.1.1 Sobre el Control de constitucionalidad de las leyes. | 70 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 4.2 | <i>La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales</i> | 72 |
| 4.2.1 | <i>La acción de responsabilidad del legislador y su independencia del acto administrativo que aplica la norma generadora del perjuicio.</i> | 73 |
| 4.3. | <i>Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional.</i> | 77 |
| 4.4 | <i>La inconstitucionalidad de las leyes en el derecho positivo mexicano.</i> | 78 |
| 4.4.1 | <i>La Declaración de inconstitucionalidad y sus efectos</i> | 78 |
| 4.4.2 | <i>Declaratoria General de inconstitucionalidad</i> | 79 |
| 4.4.3 | <i>Los efectos restitutorios en la estimación de inconstitucionalidad de sentencia de juicio de amparo</i> | 85 |
| 4.4.4 | <i>Sobre daños y perjuicios por actuación del servidor publico</i> | 94 |
| | CONCLUSIONES | 97 |
| | FUENTES DE INFORMACIÓN | 110 |

DEDICATORIA

A los verdaderos autores y causa del presente:

A la inagotable fuente de fuerza y amor, el creador de todas las cosas, quien me ha brindado siempre serenidad y prudencia para no desistir y procurar en todo momento el mejor resultado.

A mis adorados padres Rafael y María Luisa, por su confianza, apoyo y constante paciencia, a pesar de los prolongados periodos de no ver mis ojos en los vuestros.

A mis compañeros de vida, Mireya, Banesa, Jesús, Judith, Leonila, Esperanza, Rafael, Sara, Salvador y Ovieth por ser siempre mi fuente de alegría y conformar el sitio de mi recreo.

AGRADECIMIENTOS

A esta División de Estudios por permitirme la oportunidad de ser parte de tan inolvidable e inigualable experiencia.

A todos mis profesores por la valía del tiempo y los conocimientos compartidos, que dejan la imborrable marca de la humildad y reflexión.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por la confianza depositada en estos meses de lucha constante.

A mis compañeros, que fueron siempre fuente de apoyo y aprendizaje.

RESUMEN

El presente proyecto incluye un análisis constitucional-administrativo, sobre la jurisprudencia y teoría de los argumentos que dan origen a la figura de Responsabilidad Patrimonial del Legislador, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Dicho estudio es basado en una comparación en el sistema jurídico español.

La importancia y razones por las cuales se toman bases de aquel sistema, vienen dadas primeramente por que la figura genérica de Responsabilidad Patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico mexicano, representa las aportaciones doctrinarias del administrativista Álvaro Castro Estrada, quien a su vez representa las ideas doctrinarias del administrativista y constitucionalista español Eduardo García de Enterría, ideas que representan sin duda alguna son la inspiración de las aportaciones que en aquel país se han hechos a las figuras de Responsabilidad Patrimonial del Estado, no solo de la administración, también encontramos, como se verá en el desarrollo del presente tema, aportaciones a la Responsabilidad Patrimonial del Legislador, por leyes inconstitucionales.

Sin duda, el tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, es un tema que puede considerarse reciente, pues son escasos doce años que ésta se configuró en nuestro sistema jurídico, lo que traduce en una inmadura e imperfecta práctica.

El tema se desarrolla en cuatro partes esencialmente. En primer lugar, es importante analizar la naturaleza y fines de la separación de funciones y de poderes, así como lo concerniente específicamente a la actividad del legislador. El objeto y fines de la justicia constitucional, en sus orígenes, así como un breve análisis del estado del arte de la justicia constitucional mexicana, nos llevaran a concluir sobre una necesaria reflexión y crítica a las consecuencias de declaración de inconstitucionalidad de una ley, en nuestro sistema constitucional.

PALABRAS CLAVE:

Ley, Inconstitucionalidad, antijurídica, Responsabilidad e Indemnización.

ABSTRACT

The present project includes a constitutional-administrative analysis, on the jurisprudence and theory of the arguments that give rise to the figure of Patrimonial Responsibility of the Legislator, as a consequence of the declaration of unconstitutionality of a law. This study is based on a comparison in the Spanish legal system.

The importance and reasons for which bases of that system are taken, are given first because the generic figure of State Patrimonial Responsibility in our Mexican legal system, represents the doctrinal contributions of the administrativeist Álvaro Castro Estrada, who in turn represents the ideas Doctrine of the Spanish administrativeist and constitutionalist Eduardo Garcia de Enterría, ideas that represent without any doubt are the inspiration of the contributions that in that country have been made to the Patrimonial Responsibility of the State, not only of the administration, we also find, as we Will see in the development of the present theme, contributions to the Legislator's Patrimonial Responsibility, by unconstitutional laws.

Undoubtedly, the issue of State Asset Liability is a subject that can be considered recent, since it is scarce twelve years that this was configured in our legal system, which translates into an immature and imperfect practice.

The theme is developed in four parts essentially. In the first place, it is important to analyze the nature and purpose of the separation of functions and powers, as well as what specifically concerns the activity of the legislator. The object and purpose of constitutional justice, in its origins, as well as a brief analysis of the state of the art of Mexican constitutional justice, will lead us to conclude on a necessary reflection and criticism of the consequences of a declaration of unconstitutionality of a law, in our constitutional system.

INTRODUCCIÓN

El entusiasmo gradual del que he sido presa con el presente tema me genera la seguridad y tranquilidad de la que ahora me apoyo para presentar los resultados de esta investigación. Sin embargo, reconozco las posibles imperfecciones e indeterminaciones de las que el lector pueda percatarse al concederme la gracia en la lectura del presente.

La oportunidad que me ofreció esta Maestría de indagar sobre el Derecho Procesal Constitucional, mi gusto y atracción por el tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, las recomendaciones y observaciones de profesores, así como la estancia académica realizada en la Universidad de Valencia fueron sin duda los factores determinantes para alcanzar la proyección de la forma y términos del tema que ahora propongo.

Aunque pueda parecer que el tema terminó por rebasar los delgados hilos entre el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo y fiscal he de afianzarme a tal consideración. Sin embargo, es precisamente la mezcla de las diferentes perspectivas disciplinarias lo que otorga enriquecimiento al presente proyecto.

La realidad fáctica y jurídica a partir de la cual tome los hilos iniciales, parte de la situación del gobernado en la cual la aplicación de una norma en forma de ley, posteriormente declarada inconstitucional provoca un daño o detrimento en los derechos del gobernado.

La figura de RPEL por leyes inconstitucionales, encuentra antes que la justificación jurídica o constitucional, una justificación moral. La transgresión de una obligación ética, que luego se revela en el plano jurídico, lleva aparejada la sanción de reparar el mal que se causa a otro o a la sociedad.

Debe entenderse que en un estado social de derecho todas las ramas del poder público son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los asociados. Por ende se puede señalar que también existe responsabilidad que pueda derivarse de las actuaciones u omisiones que realice el órgano que representa la rama legislativa del poder público.¹

Considero que los conceptos de soberanía y responsabilidad no deben estar separados de ninguna manera, ni medida. La irresponsabilidad del Estado en general, representa una especie de insensibilidad generalizada, en la cual el sistema jurídico mexicano se muestra constante y en permanente quietud. El hecho de la producción de un perjuicio producido infringiendo la ley hace surgir un derecho subjetivo estricto, el derecho a la eliminación de ese perjuicio, un derecho de defensa o protección.

Para partir de distinciones claras y evitar en la mayor medida posible, confusiones, respecto al complejo, pero interesante tema que se propone, vale la pena iniciar pues con la mención y distinción a partir de la cual la figura de Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador puede surgir.

En un análisis de derecho comparado respecto de las posibles situaciones fácticas de las que puede fincarse responsabilidad al legislador, es posible desprender que esta puede derivar bien por leyes contrarias u omisiones al Derecho europeo, por leyes materialmente expropiatorias, por leyes de convalidación que inciden sobre sentencia firme e implican imposibilidad de ejecución, por leyes constitucionales pero que afectan la protección de la confianza legítima o bien, por leyes declaradas inconstitucionales, siendo este último supuesto el que aquí interesa y del cual se parte.

Según García de Enterría. Las leyes expropiatorias si imponen privación singular a bienes o derechos a cambio de indemnización son leyes constitucionales, que generan RPEL en virtud de la constitucional expropiación.

¹ CONSUELO, Alonso, María, "La Responsabilidad del Estado por hecho del legislador", *Revista de estudios socio-jurídicos*, 2. 2011, pp. 77-106, p. 79.

Por otro lado la ley puede delimitar un derecho o derechos de propiedad, en atención a la función social y eso solo el tribunal constitucional lo debe decidir, si en tal estimación del tribunal constitucional declara valida tal delimitación, nadie debe exigir un derecho a indemnización, pues las leyes constitucionalmente validas, se tiene deber jurídico de soportarlas. Habrá lugar a indemnización, si en la misma ley delimitadora, el legislador previo alguna compensación, de lo contrario se tendrá pues, un deber jurídico de soportar el daño, acarreado por la constitucionalidad declarada de la ley.

Aclarado lo anterior, es importante destacar ahora, una de las más importantes teorías. Establecida ésta por el administrativista español García de Enterría, la presente investigación, toma gran partida de esta:

Si una Ley es anulada por el Tribunal Constitucional, corresponde a este fijar el alcance de su decisión, a la que puede dar efectos pro futuro, conservando, por lo tanto, los que se hubieren producido con anterioridad a la Ley censurada. Esta doctrina prospectiva que tiene sus orígenes en la jurisprudencia norteamericana y sigue también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido acogida también por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 20 de febrero de 1989 sobre la inconstitucionalidad de una ley de Impuesto Sobre la Renta que obligaba a los cónyuges a hacer una declaración conjunta, a la que siguió la sentencia 14 de diciembre de 1995, sobre la ley de tasas y Exacciones parafiscales. Hay pues que estar a lo que en cada caso resuelva el tribunal al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de que se trate.²

Para dejar en claro, el carácter de responsabilidad por poderes públicos de esta figura vale la pena hacer la distinción entre Expropiaciones legislativas y Responsabilidad por leyes.

La primera es como se ha mencionado ya en líneas anteriores implica una restricción a la propiedad a cambio de una indemnización. La falta de estimación indemnizatoria, implica la inconstitucionalidad de la norma, a partir de la cual, la respectiva declaración de nulidad de esta, deberá, según Enterría, el juez constitucional, enunciar las formas de tal

² GARCIA, De Enterría, Eduardo y Thomas Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Aranzadi SA, España, 2011, p 428.

indemnización. En cambio la responsabilidad por leyes, la cual no está encaminada directamente a vulnerar derechos de propiedad, sin embargo en el afán de alcanzar el fin perseguido, el cual no es expropiar derechos, puede llegar a causar perjuicios económicos. Tales consideraciones tienen su origen en SSTC 70/ 1988 y 99/1987.³ Este tipo de responsabilidad no tiene pues nada que ver con la figura de la expropiación. Es una responsabilidad que se deriva por los actos de los poderes públicos que producen un perjuicio anormal en la esfera jurídica, el cual supera el nivel de tolerabilidad de las cargas que implica la convivencia social.⁴

Se entiende que en tales sentencias el TC a pesar de reconocer la constitucionalidad de la ley que determina el adelanto de jubilaciones a los servidores públicos y rechazar la acción de indemnización por frustración de derechos que no existen, reconoce el derecho de indemnización por la responsabilidad del legislador por su mera actividad legislativa, como parte de los poderes públicos. Queda claro pues que esta responsabilidad por leyes puede tener origen en leyes constitucionales.

La contradicción teórica entre García de Enterría y Garrido falla encuentra su punto de quiebre en el origen de la indemnización por leyes inconstitucionales. Pues en tanto aquel considera dicha garantía solo y a partir de la ley de naturaleza expropiatoria que no contempla la indemnización justa,⁵ este último la considera como la antijuricidad que supone la actuación basada en una ley inconstitucional, bajo el argumento de nulidad del acto que deviene de la nulidad de la norma en la que se basó.

³ En tales sentencias el TC a pesar de rechazar la estimación de expropiación de derechos a los servidores públicos accionantes, reconoce que en el intento de palear los efectos drásticos de cambio de jubilación, puede ello acarrear perjuicios económicos, que se derivan pues, de tal labor legislativa y no de una mera expropiación.

⁴ Véase, GALAN, Vioque, Roberto, "De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Estado Legislador", *Revista de Administración Pública*, N 155, 2001, pp. 285-330.

⁵ GARCIA, De Enterría, Eduardo y Thomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi SA, España, 2011, p 427.

ABREVIATURAS

AAPP- Administraciones Públicas

CE- Constitución Española

DDHH- Derechos Humanos

PIDCP- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

TJCE- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LPC- Ley de Protección Civil

TC- Tribunal Constitucional

STJCE- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

RPE- Responsabilidad Patrimonial del Estado

RPAAPP- Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas

RPEL- Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador

RPEJ- Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez

LRJAP y PAC- Ley del Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

DJSD- Deber Jurídico de Soportar el Daño

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

SSTC- Sentencias del Tribunal Constitucional

LOTC- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

SCJN- Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPITULADO

CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| SOBRE LOS LIMITES DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR | 1 |
| 1.1 División de poderes y función legislativa | 1 |
| 1.1.1 Origen ideológico de la División de Poderes | 2 |
| 1.1.2 Alcances del poder legislativo | 5 |
| 1.2 Justicia Constitucional | 8 |
| 1.2.1 Orígenes del control de la constitución, como límites del legislador. | 8 |
| 1.2.2 La necesidad de controlar la regularidad de la ley: Kelsen. | 14 |
| 1.3 Sobre La Justicia Constitucional mexicana. | 15 |
| 1.4 Estado Constitucional de Derecho. | 19 |
| CAPITULO II | 24 |
| PRESUPUESTOS TEORICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. | 24 |
| 2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado, una garantía, consecuencia del Estado de Derecho | 24 |
| 2.2 Teoría y supuestos de la Garantía de Responsabilidad del Estado Legislador | 26 |
| 2.2.1 Teoría de la Sustitución. | 26 |
| 2.2.2 Supuestos facticos de Responsabilidad del Estado legislador. | 31 |
| 2.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador como Responsabilidad de los poderes públicos. | 33 |
| 2.4 Origen de la responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales | 37 |
| 2.4.1 La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales | 39 |
| 2.4.2 Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional. | 45 |

CAPITULO III 47

UNA PERSPECTIVA COMPARADA DE LA GARANTIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. 47

3.1 Garantía Constitucional de Responsabilidad del Estado en España y México. 47

3.1.1 *La Responsabilidad del Estado Juez en el sistema español y mexicano* 48

3.1.2 *La Responsabilidad del Estado Administración en el sistema español y mexicano* 52

3.2 Doctrina en Contrario a la Responsabilidad establecida por el Tribunal Supremo Español 58

3.2.1 *Sobre la obligación de soportar el daño* 59

3.3 .2 *Diferentes causas de pedir* 60

3.2.3 *Relación causa efecto.* 62

3.2.4 *Papel del juez ordinario y tribunal Contencioso Administrativo en la declaración de Inconstitucionalidad* 62

3.2.5. *Sobre la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo* 65

CAPITULO IV 70

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES 70

4.1 El control de constitucionalidad de las leyes y la responsabilidad del Estado legislador. 70

4.1.1 *Sobre el Control de constitucionalidad de las leyes.* 70

4.2 La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales 72

4.2.1 *La acción de responsabilidad del legislador y su independencia del acto administrativo que aplica la norma generadora del perjuicio.* 73

4.3. Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional. 77

4.4 La inconstitucionalidad de las leyes en el derecho positivo mexicano. 78

4.4.1 *La Declaración de inconstitucionalidad y sus efectos* 78

4.4.2 *Declaratoria General de inconstitucionalidad* 79

4.4.4 *Los efectos restitutorios en la estimación de inconstitucionalidad de sentencia de juicio de amparo* 85

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

SOBRE LOS LIMITES DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

1.1 *División de poderes y función legislativa.* 1.2 *Justicia Constitucional.* 1.3 *Justicia Constitucional Mexicana.* 1.4 *Estado Constitucional de Derecho.*

1.1 División de poderes y función legislativa

Dentro de los dos regímenes existentes de organización política de los pueblos -la monarquía y la democracia- el segundo de estos, como es sabido termina por configurarse como el modelo de los sistemas contemporáneos, incluyendo el nuestro.

En primer lugar, no debe perderse de vista la distinción entre función y poder. La representación del poder del pueblo que supone la democracia no implica necesariamente una división de poderes, aunque sí de funciones. Es decir, la democracia puede manifestarse a través de un solo individuo quien, se entiende, representa y ejerce el poder de aquel, ejerciendo las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales al mismo tiempo.

Encontramos en Aristóteles, libro IV capítulo XI de “La Política” lo que podríamos considerar el origen de una doctrina de separación de funciones:

En todas las constituciones hay tres elementos con referencia a los cuales ha de considerarse el legislador diligente lo que conviene a todo régimen (...) De estos tres elementos uno es el

que delibera sobre los asuntos comunes; el segundo es el relativo a las magistraturas y el tercer elemento es el poder judicial.⁶

Tal es lo anterior, que Aristóteles no planteó la necesidad de que los tres elementos referidos se encomendaran a poderes diferentes, sino que confirmó la necesidad de una democracia pura, admitió que las diferentes funciones del gobierno se asignasen a una sola magistratura o a varias.

Además, dicho análisis se puede advertir al analizar los escritos de Montesquieu, respecto de quien se afirma y se reconoce como autor la separación tripartita de los poderes y por ende la autonomía del judicial.

Encontramos el origen de la doctrina de división de poderes en las ideas de Jacobo Harrington, John Locke y Henry St. Jhon Bolingbroke, estos dos últimos se configuran, en análisis de los historiadores jurídicos, como la influencia e inspiración de las posteriores ideas de Montesquieu. Analicemos brevemente cada uno de dichos aportes.

1.1.1 *Origen ideológico de la División de Poderes*

Para Jacobo Harrington, autor de la “Oceana”, la seguridad jurídica que ofrece el gobierno de las leyes, es razón suficiente para preferirlo sobre el gobierno de los hombres, lo que influye en su concepción de Estado republicano.

La concepción de la idea de que la propiedad de la tierra como elemento necesario para formar parte de la vida política del país, llevó a Harrington a estructurar una forma de organización política donde quedarán garantizados la reforma agraria y el primado de la ley.⁷

⁶ *La Política*, traducción de Antonio Gómez Robledo, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, México, 1963, p.124, citado por DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2014, p. 183.

En esta doctrina, se realiza una clara diferencia entre el parlamento y el ejecutivo, se desprende la supremacía de aquel, donde la función legislativa es del senado integrado por trecientas personas de la burguesía rural y renovables cada dos o tres años. Respecto al ejecutivo, este debería integrarse con varios funcionarios, uno o dos lores, senadores y comisarios del sello y del tesoro y cierto número de consejos especializados, los miembros de este serían designados por el senado cada tres años. Le corresponde ejecutar la ley y en caso de guerra asumir poderes dictatoriales.⁸

De las anteriores ideas puede desprenderse la sabiduría política de la Roma republicana, sobre la influencia inglesa, respecto a la forma mixta de organización del gobierno, donde si bien se excluye al pueblo, participan el rey, la nobleza y la burguesía.

Además de la justificación de la propiedad por el trabajo que caracteriza a Locke, su pensamiento se complementa con el establecimiento de los requisitos para alcanzar el fin de la sociedad civil y preservar los derechos de propiedad, los cuales son: la determinación de la ley, su interpretación y el poder de ejecutar la sentencia.⁹

La superación de este sobre Harrington, es el trasplante de hechos a la teoría, es decir, hizo de su pensamiento, el reflejo de la vida pasada y la presente. Si bien sostenía la idea del gobierno de las leyes sobre el de los hombres, tal gobierno de leyes, lo sostiene Locke, sobre un ideal burgués. Aunque reconociendo la necesaria limitación del parlamento a la arbitrariedad.

Considera Locke, tres atribuciones: al legislativo le corresponde la función de “hacer leyes”, de lo cual, surge la necesidad de un poder más que las ejecute. No podría ser el mismo pues ello sería incomprensible e inconveniente con la sociedad civil, pues tal unión conduciría al aniquilamiento de la seguridad y la libertad. Por otro lado, la ejecución de la ley le corresponde al rey. Para los tratadistas Locke solo fundamentó lo que ya existía en la realidad

⁷ Aunque tales ideas se configuraron solo como una utopía constitucional, años más tarde tales ideas de representación y principios electorales, entre ellos el voto secreto pasaron a formar el posterior patrimonio del constitucionalismo.

⁸ DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2014, p. 194.

⁹ Véase, LOCKE, John, *Ensayo Sobre del Gobierno Civil*, Porrúa, México, 2014.

política. El parlamento y el rey ya eran dos poderes facticos, en donde este asumía dos funciones: la de “ejecutar en sentido estricto” las leyes interiores y el manejo de intereses públicos en el exterior. Como tercera atribución es la “prerrogativa” como la necesidad de que varias cosas de la sociedad sean dejadas a discreción del ejecutivo, tales como la adopción de medidas urgentes.¹⁰

Con Henry St. Jhon Bolingbroke encontramos una idea más afinada de los que hoy se percibe como una doctrina madura de separación de poderes, pues además de ratificar la idea de la necesidad de dos poderes diferentes como una garantía de libertad, plantea también un equilibrio y limitación recíproca entre ellos: “frenos recíprocos”, “controles recíprocos” “retenciones y reservas recíprocas”.¹¹

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse a Montesquieu como el auténtico autor de la idea de separación de poderes. Las leyes son la expresión de la razón humana y su fin es la libertad humana, por ello estas deben siempre obedecer a la necesidad y realidad de cada nación. Difícilmente las mismas leyes son funcionales para diferentes naciones, pues estas deben estar en relación con la naturaleza física de cada país.¹² Así pues, Montesquieu acorde con las ideas del siglo XVIII prefiere el gobierno de las leyes.

Respecto a la idea de Montesquieu sobre la forma de gobierno, y en atención a poco tratamiento que se hace del tema se ha querido entender e interpretar que esta esta inclinada hacia la idea de la sumisión del gobierno a las leyes y de un gobierno mixto, donde el pueblo se hace participe solo en la elección de sus representantes.

El capítulo VI del tratado de Montesquieu, “El espíritu de las leyes” es la expresión de la doctrina de la separación de poderes.

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo que dependen de las cosas del derecho de gentes y el poder ejecutivo que dependen de las cosas del derecho civil”.

¹⁰ Op. Cit. Nota 3. pp. 198 y 199.

¹¹ Op. Cit. Nota 3 p. 200.

¹² Véase, Del espíritu de las leyes, libro XI, capítulo VI.

Posteriormente puede desprenderse que el legislativo es el poder de crear leyes, el ejecutivo comprende el poder de la guerra, la paz, seguridad pública y defensa contra el exterior y el poder judicial, el poder de castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares.

Al analizar los orígenes ideológicos de las doctrinas sobre la división de poderes, encontramos que la función legislativa se termina configurando como una atribución necesaria e inevitable en cualquier grupo social organizado. La regulación de todas las formas de relación humana significa la seguridad jurídica que el ya llamado “gobierno de las leyes” puede ofrecer. Resulta evidente la importancia de la función de legislar. Encontramos con Locke que a tal objeto los hombres ceden su poder natural, cuando ingresan a la sociedad, “la república tiene en el poder legislativo las manos idóneas, confiando el gobierno de las leyes pues de lo contrario, la paz, sosiego y propiedad de todos estarían en la misma incertidumbre que el Estado de naturaleza”.¹³

Dada la importancia que está plantea, es importante definir los límites máximos y mínimos que tal función debe cubrir. Es decir, ¿Qué parámetros formales o sustanciales mínimos debe el legislador cumplir en su función?

1.1.2 Alcances del poder legislativo

Ciertamente el poder legislativo no puede ser nunca arbitrario sobre la vida y propiedades de sus representados, ni debe asumir el poder de gobernar por decretos arbitrarios, ni improvisados, debe dispensar la justicia y derechos de los súbditos, a través de leyes fijas y promulgadas.¹⁴

En un análisis breve sobre el derecho parlamentario según la doctrina, la “hechura especializada” de leyes por órganos legislativos con las características de permanencia, estabilidad y autonomía, toma sus mejores formas en la Europa de la edad media.¹⁵

¹³ Óp. Cit. Nota 4 p. 82.

¹⁴ Óp. Cit. Nota 4 pp 80 y 81.

¹⁵ BÁTIZ, Vázquez, Bernardo, *Teoría del Derecho Parlamentario*, Oxford, México, 1999, pp 49 y 50.

Evidentemente, dentro de la función que le corresponde al órgano legislativo, las leyes que ha de dictar deben apegarse a la realidad fáctica en la que se desarrollan. Es decir, en palabras de Ferdinand Lasalle, las leyes promulgadas revelaran la confluencia de los factores reales de poder. Así, y como es natural, esta función a lo largo de la historia se ha perfilado en función y representación de intereses e idea un tanto alejados de la idea contemporánea de los límites de la función del legislador.

No fue sino hasta el siglo XIII en que el parlamento toma un status dominante en la vida política, hasta obtener la ya conocida carta Magna de 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, donde la principal potestad era, la consulta y modificación de tributos. En esta época medieval las características del parlamento son la ausencia del voto personal por los miembros de las cámaras y el carácter exclusivo de representación de los poderes, como lo son mercaderes, banqueros, aristocracia y alto clero.

Tanto en el sistema americano como en el europeo encontramos que los únicos límites y alcances del parlamento hasta el siglo XIX es la práctica del populismo sin elección directa, buscando la satisfacción de intereses económicos a través de normativas constitucionales y legales hechas a la medida. Situación que a finales del siglo XIX, luego de la revolución francesa se transforma, en la forma de decisiones camerales, aunque el carácter democrático, el pluralismo social y político siguen sin tomar parte en la vida del sistema.

Entrado el siglo XX tanto el parlamento americano como el europeo han abierto sus puertas a importantes cambios. El primero abre sus puertas al voto de la mujer y el segundo a las cámaras liberales. Tal representación proporcional atrajo una democratización que más que beneficiar acarreó lo que la doctrina ha llamado “crisis del parlamentarismo”. El acceso de múltiples partidos en los recintos provoca el caos y sacudimiento institucional. Así pues, se debilitan los ejecutivos, donde se termina por garantizar la hegemonía gubernativa y justificar la destrucción de las más básicas libertades ciudadanas. Se da el empoderamiento militar y cultural en las sociedades alemana e italiana, terminando en lo que ya conocemos como nazismo y fascismo.¹⁶

¹⁶ ERANA, Sánchez, Miguel, *Derecho Parlamentario Orgánico, Claves para ser un buen legislador en México*, Porrúa, México, 2013, pp. 8 y 9.

Se puede advertir que de los años cincuenta del siglo XIX hacia atrás los sistemas parlamentarios carecen de cualquier límite o parámetro constitucional de observancia obligatoria con algún grado de verdadera democratización.

Sin embargo, de la segunda guerra mundial resultaron verdaderos cambios democráticos en los sistemas constitucionales, los cuales terminan configurando lo que hoy conocemos como democracia liberal. La doctrina destaca cuatro, entre los que se desprende la obtención de privilegios pero también exigencias a los partidos políticos:

I. El aseguramiento del principio de división de poderes, distribución de competencias, catálogo de derechos fundamentales con sus garantías.

II. Recursos y medios de control constitucional.

III. Poder judicial mantiene recursos de casación y de legalidad, pero se define independencia e imparcialidad de los otros poderes públicos.

IV. Se habla de un “parlamentarismo racionalizado” que da cabida al pluralismo político, en el cual, los partidos políticos gozan de un estatuto de protección constitucional como entidades de interés públicos y se les impone obligación de configuración democrática, tratando de evitar “caballos de Troya” como en el fascismo.¹⁷

Es aquí cuando se empiezan a vislumbrar lo que se podría considerar verdaderos límites y exigencias a los partidos políticos, materia prima del órgano legislativo.

Dentro de este nuevo régimen democrático, los congresos y parlamentos obtienen nueva identidad dentro de las cuales se suman el control de actos de gobierno importante función legislativa, además son expresión del pluralismo político, legitiman cualquier procedimiento de creación de normas que tenga por fin adaptarse a los textos constitucionales, además se debate todo acto y decisión de las cámaras.¹⁸

Siguiendo la misma línea doctrinal, entre los principios parlamentarios contemporáneos, se pueden enunciar, el principio de deliberación, el principio de representación, el principio de orden en las cámaras, el principio de información e investigación parlamentaria, principio de

¹⁷ Ibídem p 11.

¹⁸ Ibídem p 12.

argumentación parlamentaria, el principio de decisión de la mayoría y la correlativa protección de las minorías y el principio de eficacia parlamentaria.¹⁹

Si bien, los principios precitados representan esos límites y alcances que los parlamentos deberán de observar, como respuesta a la interrogante planteada anteriormente, lo cierto es que no abonan de forma directa a la preservación y maximización del sistema constitucional ni significan un verdadero control de ésta.

1.2 *Justicia Constitucional*

1.2.1 *Orígenes del control de la constitución, como límites del legislador.*

Resulta inevitable la búsqueda y exposición de fundamentos teóricos y filosóficos sobre la protección constitucional, cuando se pretende argumentar la necesidad de tal función. Por ello, la vista al constitucionalismo americano del siglo XVIII es necesaria, pues fue en tal contexto en el que la constitución se desarrolla como ley fundamental reinante e invalidante de cualquier ley menor.

Alexis de Tocqueville²⁰ nos muestra el claro e innegable poder y derecho de los jueces americanos de fundamentar sus decisiones, en la constitución, más que sobre las leyes, aun y cuando el ejercicio de tal derecho signifique desaplicar una ley contraria a la constitución.²¹

La explicación a lo anterior, se encuentra según Tocqueville en la sencillez y racionalidad de las teorías políticas norteamericanas, en comparación con los sistemas Francés e inglés, pues en tanto en Francia la constitución es una obra inmutable o reputada como tal, ningún poder puede cambiarle nada. En Inglaterra, se reconoce al Parlamento el derecho de modificar la constitución, la constitución puede, pues, cambiar sin cesar. El Parlamento, al mismo tiempo que es un cuerpo legislativo, es un cuerpo constituyente.

¹⁹ *Ibidem* pp 18-23

²⁰ DE TOQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, Alianza, 2005.

²¹ Aunque a la fecha puede resultar no tan novedoso pues, tal característica se puede encontrar ya en diferentes sistemas jurídicos como el nuestro.

En los Estados Unidos, la constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la constitución, preferentemente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente es, en cierto modo, el derecho natural del magistrado.²²

Los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder. El poder concedido de pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes, forma aún una de las más poderosas barreras contra la tiranía de las asambleas políticas.

Sin embargo, la idea de quien debía ser quien controla la constitucionalidad de los actos del legislativo, no estaba en un principio tan clara entre las ideas de la época. Tres eran las ideas que se sostenían más peso al respecto: por un lado estaba la resistencia a la revisión judicial, pues los límites constitucionales eran restricciones del pueblo frente al legislativo, si este traspasaba tales límites el pueblo es el responsable de la decisión. Los partidarios de la revisión judicial creían que los límites constitucionales eran un asunto judicial cuando una ley inconstitucional llegara a su conocimiento en un juicio, durante el cual los límites constitucionales impuestos deben cumplirse. La posición intermedia alegaba el derecho y responsabilidad de las cortes de examinar la constitucionalidad de las leyes que regulaban el proceso judicial en sí mismo.²³

Así pues, el sentido de la “constitución”, “ley fundamental” o “instrumento de gobierno”, desde sus inicios como control al legislador ordinario²⁴ se considera como la posibilidad de controlar la posible arbitrariedad de un detentador de poder único y someterlo a restricciones y controles. La necesidad de su aceptación según Hamilton, reside en que representa el camino

²² Op. Cit Nota 15. pp 113.

²³ FRANCISCO, García, José, *El Control de la Constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre*, “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 30.pp. 491-514, p. 505.

²⁴ Inicios marcados con la Revolución puritana en contra de la pretensión del parlamento largo de ejercer una autoridad absoluta e ilimitada en el siglo XVII.

más seguro para la libertad, dignidad y la dicha”. Fue en las obras del Federalista, en las cuales se configuran con gran peso las ideas del control judicial de la constitución.

Así, tenemos que “una constitución limitada” puede mantenerse en la práctica solo mediante los tribunales de justicia, cualquiera que sea la forma – concentrada, difusa o mixta- cuyo deber debe ser declarar nulos aquellos actos contrarios al tenor manifiesto de la constitución.²⁵

Sin duda el control de los actos del legislativo es un tema que debe verse no solo desde la perspectiva americana, pues las ya conocidas aportaciones del austriaco Hans Kelsen muestran dicho control constitucional, en el que el juez se perfila como un legislador negativo.

El ordenamiento jurídico, según el austriaco, debe entenderse como una pirámide, cuya cúspide es la Constitución, seguida de las leyes ordinarias, reglamentos, sentencia y así hasta llegar a los actos administrativos.

La claridad y contundencia de los argumentos sobre el legislador negativo, la encontramos en resumen, en la idea de que todos los actos jurídicos son creación del Derecho, tanto el hecho de legislar, como el hecho de aplicar lo legislado. Así, de acuerdo a la pirámide referida, y el orden que en ella ocupa cada acto, tenemos que “creación” y “aplicación” son dos términos que toman o pierden fuerza dentro de dicho orden. Es decir, en un orden descendiente dentro de tal pirámide, la constitución es mera “creación del Derecho”, en tanto la sentencia que aplica e interpreta constitución, leyes, reglamentos, principios etc. es mera “aplicación del derecho”. Reiterando lo referido, tanto “legislar” como “aplicar” son creación del derecho, tenemos que el juez es un participante importante en el proceso de creación del derecho.

Así, para garantizar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento, el control de constitucionalidad de las leyes que de ella deriven, debe estar a cargo de un tribunal especializado, es decir, un Tribunal Constitucional.²⁶

²⁵ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, DAY, John, *El federalista*, Traducción Daniel Blanch, Akal, 2015, p. 78.

²⁶ Véase, KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmarán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

1.2.1.1 Nulidad de los actos del parlamento en el Common Law

El sistema inglés llamado Common Law como se sabe, se caracteriza por el sistema de precedentes de las cortes reales de justicia a partir de la conquista normanda. Esta forma o sistema jurídico vino a representar y configurarse como una de las familias jurídicas del mundo, la cual no influye solo en los países de habla inglesa, sino en la mayoría de los países que de alguna forma se vieron vinculados políticamente con Inglaterra.

La naturaleza del Common Law es la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales. Dentro de esta familia jurídica, el control de constitucionalidad se configura como un control esencialmente difuso. Los jueces judiciales pueden desaplicar preceptos declarados por la Corte Suprema como contrarios a la constitución a partir del “stare decisis”. Así, cualquier particular puede acogerse al criterio de la Corte invocando la declaración que hubiese hecho aquel tribunal respecto de la ley, aun y cuando la ley siga vigente formalmente. Este sistema se sustenta bajo el principio de supremacía constitucional y una posición neutral del juez como garante de los derechos de las personas. Los jueces y tribunales enjuician la constitucionalidad de las leyes en cualquier proceso, sin necesidad de un juez especial y sin un procedimiento específico de control de constitucionalidad.

Hablamos pues, en el caso del Common law norteamericano de un control difuso, en vía incidental, sentencia declarativa con efectos ex tunc. Sin embargo cuando el Tribunal Supremo de ha declarado inconstitucional sobre una ley, ningún juez podrá aplicarla nuevamente, en atención al “stare decisis”.

La historia constitucional muestra de manera clara al sistema británico, como el origen del control de la constitución. La superioridad del “Common Law” sobre las leyes formales, creadas por el parlamento queda claramente plasmado por el juez Eduard Coke en el ya famoso caso Dr. Bonham:

Aparece en nuestros libros que en muchos casos el Common low controla los actos del parlamento y a veces los juzga totalmente nulos: pues cuando un acto del parlamento va en

contra del sentido común y la razón o es incompatible o imposible de aplicar, el common law lo controlara y juzgara como nulo.²⁷

Tal sentido común, del que se habla posee el carácter fundamental, del cual las constituciones escritas gozan, y las cuales son obligantes para el parlamento. Aunque dicha teoría luego se vio olvidada después de la revolución de 1688 (por lo que se estableció que una ley del parlamento no es nula, aunque establezca desigualdades o excesos), la verdad es que la supremacía parlamentaria en Inglaterra contribuyó a la formación americana del principio opuesto.

Posteriormente y como es de esperarse de un sistema de la misma tradición jurídica, las colonias americanas heredaron las ideas de Coke y el independiente sistema estadounidense.

En 1801 el presidente Adams, designó a Marshall presidente de la Suprema Corte junto con Marbury. Finalizado el mandato presidencial es sucedido por el presidente, Jefferson quien designa a Madison. La mayoría de los jueces nombrados durante el gobierno anterior recibieron la notificación en la que constaba que tenían acceso a sus cargos de jueces. No obstante otros, entre los que se encontraba Marbury, no recibieron dicha notificación y decidieron solicitar a Madison que el nombramiento les fuera notificado para poder acceder al cargo. Al no obtener respuesta de Madison, Marbury pidió a la Corte que emitiera un “mandamus” por el cual se le ordenara a Madison que cumpliera con la notificación, basándose en la Sección trece del Acta Judicial que acordaba a la Corte Suprema competencia originaria para expedir el “mandamus”.²⁸

El problema se suscitó en cuanto al cuestionamiento si la corte podía emitir tal mandamiento. La corte determino su incompetencia según la ley de organización judicial de 1779, para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos. Concluyendo que la sección 13 de la Judiciary Act de 1779, era contraria a la Constitución, advierte Marshall, la superioridad de la constitución sobre las leyes ordinarias, es Ley fundamental y suprema de la unión y por ello, cualquier ley repugnante a ésta, es nula. Negar

²⁷ BREWER, Carias, Allan. R, *La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa, México, 2007, p 9.

²⁸ MONROY, Cabra, Marco Gerardo, *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 152.

el principio de la supremacía constitucional, es reconocer la validez y obligatoriedad de las normas contrarias a los principios y teorías del gobierno estadounidense. Significaría conferir practica y realmente al congreso una gran omnipotencia, imponer límites y al mismo tiempo el poder de transgredirlos a discreción.

Del anterior y breve análisis de la resolución del ya conocido caso Marbury vs Madison en 1803, puede desprenderse el origen del “judicial review” dando inicio a un sistema de control constitucional de leyes difuso, el cual coloca a la Constitución escrita americana como un instrumento jurídico, más que un instrumento político y de defensa política a diferencia de los sistemas europeos.

Tal carácter de juridicidad se muestra en el procedimiento de defensa constitucional, en el cual la defensa de la constitución y su supremacía se realizan dentro de un proceso judicial, sin importar la materia u objeto de la litis a petición de parte.

No es por ello raro, que en los sistemas de América Latina, donde apenas se cimentaban sus independencias y sistemas jurídicos nacientes, tomaran el ejemplo estadounidense se arraigaran figuras de defensa similares, como el Amparo y Habeas Corpus.²⁹ Sin embargo, el carácter del instrumento constitucional en la Europa continental no gozaba de la misma suerte.

1.2.1.2 Carácter jurídico de las constituciones europeas

Por el lado europeo resulta de interesante enfoque en el presente apartado el análisis de lo que ya en anteriores líneas se ha mencionado de manera breve. Esto es, el estudio de la “justicia constitucional” mediante la cual, los estados contemporáneos atribuyen a sus sistemas jurídicos reformas y adiciones legales de diferentes instrumentos procesales que llevan a la máxima protección y eficacia de la normativa constitucional. Tales instrumentos jurídicos constitucionales llegan a marcar verdaderos límites a cualquiera de los tres poderes del Estado, incluyendo por supuesto la función legislativa, sin embargo no fue sino hasta el s. XX en que

²⁹ Véase, GARCIA, Belaunde, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*, Porrúa, México, 2008, p. 88.

tales cambios se perfilan, pues anterior a ello todo el control de la constitución era de tipo político.

Se ha mencionado que la segunda guerra mundial significó una redimensión de los sistemas jurídicos. Entre los más importantes, los ya mencionados: la implementación de un catálogo de DDHH, aseguramiento de la división de poderes, recursos y medios de control constitucional. Cambios que llegan, sin duda a significar el estricto control constitucional de las leyes, al estilo europeo continental. Se dejó atrás el temor de intromisión judicial sobre sus constituciones, junto con el único carácter político que estas tenían.

Lo anterior implicó el fin del absolutismo del parlamento, “el control jurisdiccional de la constitucionalidad se convirtió en un instrumento que permitió la sujeción del parlamento a la constitución”.³⁰ Marcando la pauta de ello, las ideas inspiradas en el austriaco Hans Kelsen.

1.2.2 La necesidad de controlar la regularidad de la ley: Kelsen.

En los estados modernos, la constitución se configura como un instrumento jurídico y político que representa “el asiento fundamental del orden estatal”. Está representa los principios y valores sobre los que las normas que de ella deriven deben observar.

Como se analizó en líneas precedentes, en un sistema jurídico cuya constitución se encuentra en la cúspide, tanto legislación como aplicación del derecho, son creación de este. Así entonces, todos los grados del orden jurídico que llevan a dicha creación (ley, reglamento, sentencia, acto administrativo individual) deben ser reproducción del acto que le antecede, lográndose así una “regularidad en el sistema”.

En dicho proceso de creación del derecho, el legislador como directo e inmediato creador del texto legal, aplicador del texto constitucional, goza de una mayor libertad de creación del derecho, pero un limitado margen de aplicación.

³⁰ Óp. Cit. Nota 15. p 40.

La garantía de la constitución significa, la garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la constitución, es decir, la garantía de constitucionalidad de las leyes.³¹

Se observa pues, a partir de lo anterior, el importante papel del legislador de observar el contenido constitucional, en un sistema que pretende y reconoce a la constitución como la norma suprema y de la cual emanan todas las libertades individuales. Se configuran así por primera vez, aportes doctrinarios respecto a los límites y alcances que el deber de legislar debe cumplir en su función, tanto de forma material como formal.

Sin embargo, las aportaciones van más allá de la necesidad de regularidad de los actos. Kelsen, apunta sobre el deber de existencia de un órgano de control ajeno a cualquiera que intervenga en el procedimiento de creación del derecho, es decir, no puede ser este, ni el legislador, ni el juez, ni siquiera el ejecutor de la sentencia, sino un Tribunal Constitucional, ajeno e independiente. Se vislumbra pues la idea de decir el derecho en la materia constitucional a partir de un control concentrado.

Aunque este último tema es importante, para fines del presente proyecto no resulta de demasiada relevancia, pues el punto central que el análisis del tema persigue es advertir el origen teórico y consistencia del deber del legislador de observar la constitución, sin importar si dicho control de regularidad lo hace un tribunal o sala independiente o como en muchos sistemas como el nuestro sucede, el órgano máximo del poder judicial.

1.3 *Sobre La Justicia Constitucional mexicana.*

El sistema jurídico mexicano, evidentemente no es la excepción respecto de la constante búsqueda y mejoramiento de control de constitucionalidad de las leyes y éste no tardó en materializarse desde la herencia norteamericana a partir de la cual se dio el desarrollo de algunas formas de defensa en los países de América Latina que representan la defensa constitucional al estilo de aquel sistema, un gran ejemplo de ello es el juicio de Amparo.

³¹ Óp. Cit. Nota 21.

El artículo 133 de la Constitución Mexicana, establece el principio de jerarquía constitucional y de supremacía de las leyes.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

En una interpretación sistemática, se tiene como jerarquía de normas la constitución federal, tratados internacionales, derecho federal y derecho local.

Así mismo, partir de 1857 el sistema de reformas constitucional mexicano se encuentra catalogado dentro de un sistema rígido, el artículo 135 establece la aprobación de un procedimiento especial:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

La constitución mexicana, se podría entender a partir de siete principios básicos, a partir de los cuales la justicia constitucional evidentemente siempre ha de pronunciarse. La declaración de Derechos Humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del Estado sobre las iglesias.³²

Sin duda, una de las figuras más históricas y representativas del sistema de defensa constitucional mexicano es "El Amparo". Su procedencia está determinada en el artículo 103 de la Constitución.

³² Véase, CARPIZO, Jorge, MADRAZO Jorge, *EL Derecho en México, una visión de conjunto*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, p.1713.

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Esta figura ha evolucionado y ampliado su procedencia a casi todos los preceptos constitucionales, pues comprende tanto examen de legalidad de las leyes, como actos de autoridad. Desde la constitución mexicana de 1917 y hasta 1994, el juicio de Amparo representó sin duda el instrumento jurídico procesal único de defensa de control de constitucionalidad de la ley.

La influencia de la revolución americana y por otro lado la francesa, fueron el impulso ideológico del constituyente mexicano de 1824 y vigente en 1917 plasmado en los respectivos instrumentos constitucionales, los cuales fundan el control de la constitucionalidad de la ley en dos elementos: en la supremacía constitucional que concreta la concepción limitada del legislador como órgano estatal sometido a los derechos fundamentales y al Poder Constituyente del pueblo, así como a una filosofía de la separación de poderes; y en segundo término a la importancia destacada que tienen las libertades y derechos que corresponde a los ciudadanos.³³

Efectivamente, el trance político en Francia, impulsado por el surgimiento de corrientes políticas del siglo XVIII, las luchas por los derechos naturales de los gobernados; emergiendo en ese momento también las ideas de Montesquieu sobre la legalidad y separación de poderes y más aún el “Contrato Social” de Rousseau, llevaron a la transformación de un nuevo régimen democrático, liberal, individualista y republicano.

³³ CASTELLANOS, Madrazo, José Francisco, El Control de constitucionalidad de la ley en México, Porrúa, México, 2014, p. 99.

Dichos inicios democráticos terminaron desembocando en la ya conocida y famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún individuo o corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella”.³⁴

Sin duda alguna, este y otros enunciados democráticos de dicha declaración fueron la fuente de inspiración de la mayoría de las constituciones universales y sus instrumentos de tutela, entre ellos el posteriormente surgido Amparo en México, aun y cuando sin embargo, el control de los instrumentos jurídico políticos de aquel país y del resto de la Europa continental era un control político.

Por el lado estadounidense, los inicios de la justicia constitucional mexicana, estuvieron influenciados por la multiplicidad de mecanismos jurídicos de dicho sistema, tales como Habeas Corpus, Injunction, Writ of error, cerciorati y por su puesto el juicio constitucional. Los cuales evidentemente representan la lucha por la defensa del principio de supremacía constitucional establecida en el artículo VI segundo párrafo de la ley fundamental de dicho país, que como sabemos nunca ha requerido de tribunales especiales para llevar a cabo dicha defensa.³⁵

Sin embargo, es de advertir las inevitables y claras diferencias del juicio de Amparo, como único elemento del sistema de control constitucional mexicano respecto a los sistemas de la Europa continental y estadounidense.

El amparo en el contexto mexicano, al menos en su nacimiento representa un instrumento que protege al individuo, considerado como el centro y razón de ser del Estado, al cual autoridades e instituciones están obligadas a respetar, atendiendo al principio de la dignidad humana. Se reafirman dichos derechos con el constituyente de 1917, el cual además adiciona derechos sociales, los llamados “derechos de prestación”.

La principal diferencia con el sistema americano aun y cuando ya se ha advertido que el mexicano deriva en gran medida de aquel modelo, el carácter social o prestacional que este

³⁴ Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” 1789.

³⁵ Véase, BURGOA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Porrúa, México, 1988.

presenta en su texto constitucional y la garantía contenida en el respectivo amparo no son derechos que aquel sistema americano se haya preocupado nunca por proteger.³⁶

1.4 Estado Constitucional de Derecho.

Como se puede desprender de lo hasta aquí analizado, la justicia constitucional, tanto en su origen británico, como en el resto de los sistemas europeos, ha surgido en un afán de control de los abusos del poder, principalmente de los actos del parlamento.

Así, el Estado de Derecho, la democracia y el control del poder, representan la consecuencia inmediata y efectiva de la justicia constitucional.³⁷ Se configura como resultado de tales cambios, la fórmula, a la cual la doctrina ha llamado “Estado Constitucional”, la cual, afecta pues, a la posición de la ley, sometiéndola a lo establecido por la constitución y provocando una profunda transformación que inevitablemente afecta a la idea de concebir el derecho.

En definitiva, la forma de concepción del Derecho define la estructura positiva del ordenamiento jurídico, instituciones y demás actuaciones jurídicas individuales, que terminan por definir la vida jurídica en el territorio determinado. Por ello, resulta importante la reflexión y contenido de la idea que en nuestros días se configura como lo que el Derecho debe ser y lo que debe contener.

La respuesta a tal interrogante en la actualidad debería concebirse pues en esta idea de Estado Constitucional, al cual los sistemas jurídicos contemporáneos parece que han terminado por afianzarse.

El tránsito a esta nueva forma de concepción del Derecho presenta los caracteres siguientes. El “Estado Constitucional de Derecho”, sobre el “Estado liberal de Derecho” arroja en primer lugar, una “crisis de vinculación de la administración a la ley”, lo cual implica el inicio de la autonomía e independencia funcional de la Administración, donde la ley se limita a

³⁶ Véase, Óp. Cit. Nota 22. pp. 104-106.

³⁷ Óp. Cit. Nota 15, pp. 71-77.

identificar a la autoridad pública y la facultad para actuar en pro del interés público, fuera de tal límite, la administración actúa autónomamente y sus límites son imprecisos.³⁸

En segundo lugar, dentro de esta nueva concepción y recreación del Derecho, existen ámbitos de la vida en sociedad en los que necesariamente el Estado toma las riendas, y el particular pierde toda libertad de acción, que le otorgaba la regla general liberal. Tal posición cambia en diferentes sectores, deja de operar la libertad del particular como regla y la prohibición de la ley como la excepción. El Estado Constitucional de Derecho establece prohibiciones generales, como el presupuesto de normas o medidas particulares que pueden llegar a removerse en situaciones específicas, tras el pago de una suma.

Este “paternalismo” del Estado, apunta Zagrevelsky tiene influencia en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico partir de normas generales prohibitivas, como la regulación de la aplicación de tecnologías; intervenciones artificiales sobre la vida humana, evitando los peligros de una “libertad sin responsabilidad”.³⁹

Como tercer elemento, resultado de esta nueva etapa del Derecho, surge la inevitable pérdida de generalidad y abstracción de la ley, dando lugar a una variación de leyes que regulan ciertos grupos de la sociedad, encaminadas a la previsión de las diferentes necesidades sociales y culturales.

En este “mercado de las leyes” participan la amplia diversidad de grupos y sectores sociales, quienes requieren diferencia de tratamientos normativos y normas jurídicas especiales. La ley es ahora el proceso donde participan diferentes sectores. Es por lo anterior, que lógicamente el siglo XX se define como del “legislador motorizado”, pues se tecnifica todo el Derecho. En esta etapa, la Constitución tiene el carácter de objeto de mediadora y según la doctrina el cometido en el Estado Constitucional de Derecho, es la separación de los aspectos del Derecho que en el siglo XIX se redujeron a la ley.⁴⁰

Así pues, en los sistemas contemporáneos, la constitucinalización del Estado de Derecho, culmina con la Justicia Constitucional, que como ha quedado claro en líneas anteriores, no es

³⁸ Véase, ZAGREVELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, p. 34.

³⁹ *Ibidem*. p. 36.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 37.

otra cosa que la facultad de los tribunales de controlar la constitucionalidad de la ley, tal como lo apunta Lucio Pegoraro:

La justicia constitucional pertenece ya a la estructura genética de la democracia liberal, hasta el punto de que más de uno duda de la configuración de esta última en ausencia de controles sobre la conformidad de las leyes a la constitución.⁴¹

Los innegables cambios en la economía, política, derecho y cultura, dados por elementos tanto interiores como exteriores, terminan por disolver la idea anterior de Soberanía del Estado. Evidentemente la constitución representa el elemento clave en esta forma de Estado. Sin embargo no se configura como el elemento supremo y soberano, del que todo parte, sino más bien al que se aspira.

Las sociedades pluralistas actuales (...), esto es, las sociedades dotadas de un conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, si no la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la constitución como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.⁴²

Es esta la idea del Derecho que debe asumirse, pues no se trata de colocar omnipotencia y soberanía sobre el sistema a un elemento determinado, si no más aun de buscar y pretender siempre el equilibrio y armonía de los diferentes elementos que necesaria e inevitablemente emergen de una sociedad plural y democrática.

Por ello, en tal contexto, el fundamento de actuación Estado debe ser pues, garantizar la coexistencia de derechos y garantías en la Constitución y velar por su máximo cumplimiento, no por ser esta suprema y omnipotente, como lo fue en épocas pasadas el Rey o el parlamento, sino porque es la materialización de tal pluralidad y democracia.

⁴¹ PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre Justicia Constitucional. La Descentralización de las libertades*, Porrúa, México, 2006, p.91.

⁴² Óp. Cit. Nota 23, p. 15

Esta idea presenta elementos que deben “relativizarse”, ser dúctiles y moderados, es pues un tema de política constitucional, más que de la ciencia constitucional.⁴³

Al respecto, Ferrajoli, apunta que en este moderno Estado Constitucional de Derecho, se da una nueva y más poderosa legitimidad del poder judicial, ello encuentra causa en el cambio de concepción de la democracia y el cambio del paradigma de la Estado de derecho.

Para referirnos al primer punto referente al cambio de concepción de la democracia, habrá de distinguirse la democracia formal y material. La primera constituye el conjunto de reglas que permiten a las personas de un país participar en las decisiones colectivas vinculantes. Determinando quien y como se tomas dichas decisiones. Bajo las reglas de sufragio universal, libertad, igualdad, pluralismo, consenso de la mayoría y regla del disenso.

En ese sentido, las anteriores reglas determinan formalmente la democracia, pero no hacen referencia a el que y el porqué de las decisiones. A la sustancia de la democracia. Para ello los valores democráticos nos enuncian una definición material de la democracia. Aunque ya las anteriores reglas formales contienen una gran carga de legitimación política y democrática, los derechos individuales y sociales son el contenido de una definición sustancial de la democracia, y es esta democracia a la que Ferrajoli se ha referido.

En cuanto al segundo punto, el cambio de paradigma en el derecho: del Estado de Derecho clásico al Estado Constitucional de Derecho. Es decir, en el Estado de Derecho clásico, se entiende, lo que ya en líneas anteriores de estableció, la idea de la ley como expresión de la voluntad de la mayoría, con las características de generalidad y rigidez. Los actuales sistemas jurídicos ahora son modelos garantistas, es un derecho creado por los hombres que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Así, el “ser” del derecho no derivan más de la moral ni se encuentra en la naturaleza, si no se establecen por hombres, como ellos quieren y lo piensan. Las condiciones de “validez” resultan positivadas en un sistema de reglas que norman las decisiones con las que el derecho es pensado y proyectado, estableciendo valores éticos y políticos, de los que se ha convenido que deben regir.

⁴³ *Ibíd.* p. 18.

CAPITULO II

PRESUPUESTOS TEORICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR.

2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado, como garantía y consecuencia del Estado de Derecho. 2.2 Teoría y supuestos de la garantía de Responsabilidad del Legislador 2.3 La Responsabilidad Patrimonial del Estado, como Responsabilidad de los poderes públicos. 2.4 Origen de la Responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales.

2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado, una garantía, consecuencia del Estado de Derecho

De acuerdo a lo estudiado en el capítulo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la Responsabilidad del Estado representa una condición sine qua non en un Estado que pretende calificarse como Estado de derecho.

A partir de un breve, pero importante análisis de la doctrina garantista de Luigi Ferrajoli, se puede caminar poco a poco hacia el análisis y comparación del cumplimiento de esta “tercer garantía” en los sistemas jurídicos español y mexicano.

Como quedo de relieve, a lo largo de la historia del constitucionalismo han surgido, naturalmente diferentes formas de concebir el Estado de Derecho. Sin embargo, resultan importantes para el presente proyecto, las teorías e ideas que aporta Luigi Ferrajoli sobre las condiciones que debe cumplir un auténtico Estado constitucional de Derecho, hablamos, como ya lo decía Ronald Dworkin de “tomar los derechos en serio”.⁴⁴

En tal concepción articulada del garantismo, encontramos en primer lugar que la legitimidad del sistema político está condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales. En segundo término la Constitución es un modelo vinculante. Su grado de realización depende del tratamiento que se le dan a sus garantías, de donde surge la importancia del juez y la actitud de este. Como tercer término y el cual me interesa enfatizar y dejar en claro es el papel normativo que le corresponde a la ciencia jurídica en relación con el derecho vigente.

Es decir, el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye y a partir de la existencia de tal norma ésta tiene existencia normativa a partir de la cual se deriva para el legislador la obligación de disposición de nuevos dispositivos normativos instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquel.⁴⁵

Así pues, en un auténtico Estado constitucional de derecho según Ferrajoli los derechos más que tener existencia normativa y reconocimiento judicial, deben hacerse de las herramientas indispensables para encontrar su garantía en la realidad jurídica y fáctica.

La satisfacción de dicho nivel de garantismo, sin duda es el resultado de una mutua y constante responsabilidad del Estado en sus tres vertientes: el Estado legislador, el Estado juez y el Estado administración.

⁴⁴Véase FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, La Ley del más Débil*, Trotta, 4ta. edición, Madrid, 2004.

⁴⁵ Ídem.

El principio de legalidad junto con el control judicial de los poderes públicos y la garantía patrimonial del gobernado frente a los poderes públicos ya sea por expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial en sí misma, representa las consecuencias lógicas y necesarias en un sistema de Derecho.

La garantía de Responsabilidad Patrimonial del Estado debe ser un elemento esencial del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho supone en primer lugar una estructura jurídica para que esté sometido el Estado –Poder Político- al Derecho. En segundo lugar el surgimiento de las garantías individuales, derechos públicos subjetivos que tienen siempre que salvaguardarse por el orden político; en tercer lugar mecanismos de eficacia a esos derechos, medios de defensa cuando se estime que vulneran esas garantías individuales, y en cuarto lugar la responsabilidad patrimonial del Estado.⁴⁶

Dentro del presente proyecto, hablar de tal garantismo, no es más que hablar de la concreción de la posibilidad de lograr que el Estado responda al deber al que da origen como resultado de sus actuaciones. Así mismo, significa también, la condición del gobernado de disponer de herramientas adecuadas para reclamar los derechos vulnerados por la actuación de aquel.

A partir de lo anterior, es menester pasar a realizar un análisis de los fundamentos teóricos y prácticos a partir de los cuales tal garantía de responsabilidad cobra vida en los sistemas jurídicos.

2.2 Teoría y supuestos de la Garantía de Responsabilidad del Estado Legislador

2.2.1 Teoría de la Sustitución.

⁴⁶ CASTRO, Estrada, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional, La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2005.p 13.

El presente apartado resulta de especial importancia para la perspectiva constitucional, pues hablar de responsabilidad patrimonial del Estado legislador (en adelante RPEL), seguido de una declaración judicial, podrá sonar una cuestión alarmante.

Durante muchos años se ha considerado 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, pues el pueblo no se causaría un mal a sí mismo. En palabras de Celdrán Ruano, esta situación conducía a la "injusticiabilidad" del poder legislativo.⁴⁷

Tal es así que García de Enterría, se manifiesta completamente en contra de una garantía por responsabilidad de legislativo solo por el hecho de leyes. Pues la única responsabilidad patrimonial a la cual se enfrenta el legislador es cuando omite la indemnización en un precepto que establece expropiación. De otro modo, que cualquier otro órgano de gobierno imponga a aquel una responsabilidad patrimonial por el solo hecho de leyes y por constituir un poder público significa ello una suplantación, usurpación, una sustitución de facultades.⁴⁸

Sin embargo, esa es una percepción del pasado, ya que actualmente, apunta Gallego Anabitarte, la concepción de la ley como un acto jurídico ilimitado, incondicionado, ha pasado a la historia, si es que alguna vez estuvo vigente en España, y en la actualidad, la ley está absolutamente condicionada y limitada por la Constitución, con un Tribunal independiente encargado de fiscalizar la constitucionalidad de la misma.⁴⁹

En primer lugar habrá que dejar en claro que el tipo de Responsabilidad de Estado-Legislador de la que aquí se habla no es la referida en el artículo 139.3 de La Ley española

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Véase, GARCIA, De Enterría, Eduardo, "Sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional" *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 2006, p 221-280, p.924 y 925.

⁴⁹ 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. 23-24.

próxima a perder vigencia, del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Comun, la llamada, 30/92 la que se prevea en las propias leyes, “cuando así se establezca en los propios actos legislativos y términos que especifiquen dichos actos”.

El centro de discusión solo atañe a una de las manifestaciones de la responsabilidad extracontractual del Estado-legislador, es decir a aquella que deriva del ejercicio de la potestad encomendada exclusivamente al legislativo por que la proveniente de su conducta sometida a Derecho privado o su sujeción al Derecho público no implican inconveniente respecto a su existencia pues no se entrometen de ninguna forma en el ejercicio de la potestad legislativa.

Especificado lo anterior, es importante el análisis de la Teoría de la Sustitución, respecto a la Responsabilidad del Estado Legislador frente al papel del poder judicial. Sin duda el principal argumento en contra es que la pronunciación de un tribunal sobre tal responsabilidad no cabe, pues ello y la estimación de acción de condena significa una invasión al Poder Legislativo, lo que añadiría a la norma un contenido no querido por el legislador. De alguna manera el juez terminaría convirtiéndose en legislador y ello evidentemente está en contra del principio de la división de poderes. Cuando el tribunal estima una acción de condena lo que hace es sustituir la voluntad del demandado. Sin embargo, señalado lo anterior, es ahora menester argumentar a contrario.

De acuerdo con José Antonio Díaz Cabiale, el Derecho comparado muestra que la condena al Estado-Legislador no es de ninguna forma una aberración jurídica. Si fuese evidente tal ruptura del principio de división de poderes sería difícil entender su posibilidad en países como Francia o el Tribunal de Justicia de Unión Europea.⁵⁰

Existen pues dos caminos que justifican la condena al Estado Legislador:

I.- El primero es admitir que al dictarse una sentencia de condena efectivamente se produce una intromisión del juez al legislativo, pero reconduciendo tal injerencia a una supuesta voluntad tacita del legislador. Es decir al crear la norma hay una voluntad implícita que consiente una responsabilidad extracontractual ante los daños irrogados por su aplicación.

⁵⁰ DIAZ, Cabiale, José Antonio, *Perspectiva Procesal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, Comares, Granada, 2009, p. 382.

Tal planteamiento se ha sostenido por parte de la doctrina Francesa para explicar los supuestos en los que se ha producido la condena al Estado legislador.⁵¹ Pretende negarse aquí, la sustitución del legislador por el juez y se termina transformando en otra suplantación más: la del legislador por la doctrina, pues se termina descubriendo una voluntad inexistente del legislador en la norma y se impone con un carácter general o particular la cláusula que permite indemnizar por los daños ocasionados.

Cuando el legislador articula la norma y se deduce la existencia de tal voluntad implícita del deseo también de indemnizar por los daños irrogados, por ser ello una cuestión ajena al contenido de la norma, se esta no ante un acto de hermenéutica, sino de creación, el intérprete se transforma en legislador, donde ahora el sustituto del legislador no forma parte de los poderes del Estado.⁵²

II.- La segunda posición en pro de la Responsabilidad del Estado Legislador es de orbita procesal. Se trata de diferenciación de conceptos. Consistente en primer lugar en la negación de que la sentencia suponga una trasmutación de poderes públicos y en segundo lugar negar también que la sentencia de condena constituya una conducta legislativa.

- Sobre la constitución de conducta legislativa de la Sentencia:

Debe decirse que el acto de condena al Estado-Legislador no implica de ninguna manera un acto normativo, pues no es un acto de aplicación general, sino aplicación del derecho al caso concreto, además tampoco se supedita la eficacia de la norma a una condición ajena a la voluntad del legislador a partir de la cual se deduzca injerencia al ejercicio del legislador. Es decir la norma y su eficacia actual o futura son independientes de la resolución que pueda hacer el juez respecto a la garantía de reclamación por responsabilidad de esta. La norma sigue su propio curso, eficacia y aplicación general independientemente de la acción de reclamo de indemnización por responsabilidad extracontractual que deriva de lesión irrogada por su aplicación.

⁵¹ GARCIA DE ENTERRIA, E., *“La inexistencia de la jurisdicción en los tribunales contencioso administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador” en la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Madrid, 2005, p 242 y 243.

⁵² Véase DIAZ, Cabiale, José Antonio, Op. Cit. Nota 15 p 383 y 384.

Es evidente que la responsabilidad es causa de la norma, pero la eficacia *per se* de ésta no se supedita a que el tribunal conceda indemnización en cada caso. En algunos casos no causa daño, en otros no se reclama y en otros puede producirse preclusión, casos anteriores en los que la eficacia de la norma conserva toda su virtualidad. Además la medida de cumplimiento de la orden judicial de indemnización no conlleva a la anulación de los efectos jurídicos desplegados por la norma que origino el daño, sino simplemente a indemnización forzosa.

- Sobre la trasmutación de poderes públicos

En cuanto a este fenómeno procesal de sustitución de la voluntad del deudor, que se puede encontrar en las sentencias de condena, representa una tradición a la postura de la doctrina procesalista. En cierto momento García de Enterría entendió que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se producía como una nota del fenómeno de sustitución de voluntades, en el caso de sentencias de condena, declaración y ejecución, postura que tuvo acogida en la doctrina española.

Sin embargo tal postura no tardó en someterse a críticas, pues se excluyeron de ella el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito penal, de acciones constitutivas y más aún el núcleo esencial de la teoría: las acciones de condena. La teoría de la potestad jurisdiccional como actividad sustitutiva se terminó reduciendo solo al ámbito del proceso de ejecución, ámbito en el cual la formulación sigue teniendo fuerza al momento de explicar la actividad procesal que se despliega allí: el tribunal realiza actuaciones que un deudor diligente llevaría a cabo para satisfacer al ejecutante. Sin embargo aún en este sector del proceso tampoco se predica la teoría de sustitución del deudor, cuando la actividad no es fungible y por consiguiente no es susceptible de ser remplazada por quien ostenta la actividad jurisdiccional.

Incluso en el espectro del proceso de ejecución de acciones de condena pecuniaria, donde no había duda de la teoría de sustitución, se produce un golpe a tal concepción, cuando la perspectiva constitucional apunta: si el concepto de jurisdicción se convierte en base del derecho procesal, no puede dejar de percibirse como el ejercicio de una potestad originaria del tribunal, de modo que el órgano jurisdiccional no despliega en ningún caso una actividad de naturaleza sustitutiva.

2.2.2 Supuestos facticos de Responsabilidad del Estado legislador.

A manera de enunciación y para fines didácticos se enunciarán de forma breve, los cinco supuestos a partir de los cuales se ha conferido responsabilidad al Estado Legislador en los diferentes sistemas jurídicos ha resultado:

I. La declaración de leyes inconstitucionales. Los daños que genera la aplicación de una ley declarada por el Tribunal Constitucional (en adelante TC), como contraria a la constitución, determina la antijuricidad del propio acto administrativo, ello a pesar de que en el mismo caso haya existido un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de anular la liquidación, y estos tengan carácter de cosa juzgada. Considerando la Sala del Tribunal Supremo que con ello “el perjuicio causado se consolidó al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la Ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en vía contencioso administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional”.⁵³ Es este supuesto el objeto y base del presente proyecto.

II. Por actos y omisiones del legislador nacional contrarios al Derecho Comunitario. Respecto al Derecho de la Unión Europea. Podemos hablar de los principios de *obligatoriedad establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (en adelante TJCE), y *el principio de Responsabilidad por violaciones al Derecho comunitario, como inherentes al tratado*.

En sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE)⁵⁴ el TJCE declaró que el Derecho Comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. De igual forma, el mismo tribunal ha

⁵³ RUIZ, López, Miguel Ángel, *Retrospectiva y alcance actual de la Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador*, http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRIMERACCESIT_0.PDF.

⁵⁴ 15 de Marzo de 1996, apartado 37.

señalado que el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones al Derecho comunitario que le son imputables, es inherente al sistema del Tratado.⁵⁵

El mismo órgano jurisdiccional ha señalado los requisitos necesarios para que la Responsabilidad del Estado genere un Derecho a indemnización, los cuales, según aquel, dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que originó el perjuicio causado.⁵⁶

Supuesto que representa un problema, a partir del artículo 32, apartado quinto de la Ley del Sector Público, el cual determina para la exigencia de reclamación de indemnización por parte del legislador, la presentación de un recurso al tribunal antes de dicho incumplimiento y alegar tal acto contrario a la unión europea y pedir su anulación.⁵⁷

III.- El tercer supuesto, es el derivado a partir de las leyes materialmente expropiatorias.

El problema que se tiene con estas leyes materialmente expropiatorias, según García de Enterría, es cuando nos encontramos ante ellas. La expropiación es una privación singularizada de la propiedad y como sabemos las leyes tienen carácter general. Materialmente cuándo nos encontramos ante una privación de la propiedad constitutiva de una expropiación y cuándo ante una mera limitación de la propiedad de carácter general que todos tenemos que soportar porque está en la ley. Distinguir entre la limitación a la propiedad y la ley materialmente expropiatoria, teniendo en cuenta la generalidad de la ley y la singularidad de la expropiación.⁵⁸

IV.- El cuarto supuesto, lo representan las leyes de convalidación que inciden sobre una sentencia firme y provocan la imposibilidad de ejecutar una sentencia firme. Un juez anula el acto administrativo, siguiéndole la actividad del legislador que cambia el marco normativo

⁵⁵ PULIDO, Quecedo, Manuel, Responsabilidad Patrimonial del Estado, Segunda Edición, Aranzadi, España, 2010, p 59.

⁵⁶ Francovich y otros, apartado 38.

⁵⁷ Véase STC, Francovich 1991, El Corte Ingles vs Cristina Blázquez.

⁵⁸ Véase GARCIA De Enterría, "Sobre la Ley de Expropiación Forzosa" Revista de administración Pública, 141, 1996, pp.131-152, STC 48/2005, STC 166/86, STC 28/97, STC 149/91.

retroactivamente, pretendiendo dar amparo a ese acto administrativo y deja sin efecto la sentencia dictada impidiendo la ejecución de la sentencia, entonces habrá que indemnizar.

V.- El último supuesto que ahora se contempla sobre esta garantía, es el de las leyes que aun consideradas constitucionales, afectan directamente al principio de protección de la confianza legítima. Hablamos de cambios legislativos bruscos, sin un periodo transitorio de forma que la persona al amparo de la legislación anterior y confiando en su permanencia realiza inversiones que caen en saco roto, por el cambio normativo de tal actividad, poniendo el legislador nuevos condicionamientos que dejan las anteriores inversiones en una desprotección.⁵⁹

2.3 Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador como Responsabilidad de los poderes públicos.

Resulta común la consideración de negativa de cualquier tipo de afincamiento de Responsabilidad al legislador por daños en su actuar y su reparación. Fundado ello en la soberanía parlamentaria, como ya se sabe con origen en las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. Las decisiones de éste son expresión del poder supremo del Estado. Al respecto:

(...) Es una expresión de principio el que los daños causados a los particulares por las medias legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es efecto un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley (...)de todo lo que procede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la

⁵⁹ Lo que sucede ahora mismo en España, con las energías renovables, donde el Tribunal supremo entiende que la regulación del año 2012, Decreto Ley que supone cambio que infringe la protección de confianza legítima. Entre otros decretos del mismo carácter como 1/2012, 14/2010, 9/2013, 24/2013. Además de SSTC 270/2015, 30/2016, 29/2016, en los cuales se estima una no vulneración de la confianza legítima.

ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción.⁶⁰

Un primer antecedente, lo tenemos en la doctrina jurisprudencial francesa. En donde el legislativo es responsable, no por culpa sino por el hecho de ley. Luego de 1938 jurisprudencialmente se admite que el perjuicio que una ley causa puede dar lugar a reparación, en la medida en que se encuentre desconocido el principio de igualdad delante de las cargas públicas.

Se contempla pues jurisprudencialmente, textos legislativos, decretos coloniales, decretos ley y medidas reglamentarias. Entre los requisitos contemplados se encuentran:

2. Que la indemnización responda a la voluntad presunta del legislador. Esta puede resultar de la exposición de motivos, el texto, debates parlamentarios, circunstancias en que se haya elaborado

3. y que el perjuicio sufrido sea especial y exceda las molestias que resultan normalmente de la vida social. No es posible concebir la responsabilidad del legislador cuando el daño ha sido generalizado, pues ello implicaría un resultado no especial y si este se limita a unos cuantos, el Consejo de Estado examina cada situación individual y se reserva la comprobación del perjuicio.⁶¹

Aun y cuando doctrinalmente administrativistas, como García de Enterría, critican fuertemente las afirmaciones de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la responsabilidad por leyes, cabe destacar y aclarar tal tipo de responsabilidad y su origen español.

Cuando un poder público ocasiona un daño antijurídico dentro de su actuación, se cae en la órbita del Derecho público, pues se sobre entiende que tal lesión ha derivado de la actuación pública.

⁶⁰ Laferriere E. *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, vol. ii, Igdj, Paris, 1888, citado por ALONSO, María Consuelo, "La Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador", *Revista de estudios socio-jurídicos*, vol. 13, 2, 2011, pp. 77-106. p.80.

⁶¹ MOGUEL, Caballero, Manuel, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2006, pp. 53 y 54.

La RPEL en la que se incurre por el hecho de legislar, es una responsabilidad de carácter público. La tercera sala del en STS de 13 de junio de 2000 consagra la RPEL por leyes no expropiatorias, aunque aun reconociendo el límite a la soberanía del legislador:

La Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Comun ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos (...) responde sin duda esta normacion a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.⁶²

Así, la doctrina española y el TS de aquel país, han llegado a considerar que tal responsabilidad pública, establecida en el numeral 9.3 de la CE, se concreta en la figura de Responsabilidad Patrimonial del Estado, más aun, no solo hablando de leyes declaradas inconstitucionales, si no aun por leyes acorde con la constitución⁶³, dándole fundamento los principios de igualdad ante las cargas públicas, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima.

Para dejar en claro, el carácter público de esta figura vale la pena hacer la distinción entre Expropiaciones legislativas y Responsabilidad por leyes.

La primera, como se ha mencionado ya en líneas anteriores implica una restricción a la propiedad a cambio de una indemnización. La falta de estimación indemnizatoria, implica la inconstitucionalidad de la norma, a partir de la cual, la respectiva declaración de nulidad de esta, deberá, según Enterría, el juez constitucional, enunciar las formas de tal indemnización. En cambio la responsabilidad por leyes, no está encaminada directamente a vulnerar derechos

⁶² Citado en PULIDO, Quecedo, Manuel, Códigos de jurisprudencia Responsabilidad Patrimonial del Estado, Aranzadi SA, España, 2010, p.112.

⁶³ SSTC 28/1997 de 13 de febrero, 05 de marzo de 1993, 27 de junio, 1994, 16 de diciembre 1997, 17 de febrero 1997, 30 de junio de 1998, , Véase, GARCIA, De Enterría, Eduardo y Thomas Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Aranzadi SA, España, 2011, p 426. Ante tales casos de RPEL por leyes que siendo válidas constitucionalmente pueden llegar a generar una lesión al gobernado, García de Enterría crítica severamente, entre otras cosas sobre la falta de jurisdicción de los jueces y tribunales contenciosos administrativos para declarar la validez de la RPEL por el “hecho de las leyes”.

de propiedad, sin embargo en el afán de alcanzar determinado fin perseguido, el cual no es expropiar derechos, puede llegar a causar perjuicios económicos.

Las anteriores consideraciones tienen su origen español en sentencias españolas SSTC 70/1988 y 99/1987.⁶⁴ Este tipo de responsabilidad no tiene pues nada que ver con la figura de la expropiación. Es una responsabilidad que se deriva por los actos de los poderes públicos que producen un perjuicio anormal en la esfera jurídica, el cual supera el nivel de tolerabilidad de las cargas que implica la convivencia social.⁶⁵

La doctrina y el TS de aquel país han querido entender que en tales sentencias del TC a pesar de reconocer la constitucionalidad de la ley que determina el adelanto de jubilaciones a los servidores públicos, se reconoce el derecho de indemnización por la responsabilidad del legislador por su mera actividad legislativa, como parte de los poderes públicos.

Sin embargo, es de hacer notar, que de los pronunciamientos del TCE no se derivaron solo aquellas interpretaciones, pues en contradicción tenemos el pronunciamiento en la STC de 30 de Noviembre de 1992 donde se desestima la reclamación de indemnización por el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios. En ella se afirma la inadmisibilidad de sustituir al legislador, para ser los órganos del poder judicial los que regulen la posible responsabilidad que se deriva de la aplicación de leyes mediante labor jurisprudencial, la cual carece de cualquier antecedente legislativo.

Sustancialmente, el origen de la RPEL por leyes, tiene su origen en el fundamento de la confianza legítima. Un principio con origen de jurisprudencia alemana de donde paso a la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas y de ahí al TS español quien lo tomo como base para la argumentación de la RPEL por leyes.⁶⁶

⁶⁴ Tales sentencias del TS derivaron de pronunciamientos del TC sobre la estimación de que lo demandado por los accionantes no eran derechos adquiridos, sino meras expectativas frustradas que podían merecer algún genero de compensación, pues el intento de palear los efectos drásticos de cambio de jubilación, puede ello acarrear perjuicios económicos, que se derivan pues, de tal labor legislativa y no de una mera expropiación.

⁶⁵ Véase, GALAN, Vioque, Roberto, "De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Estado Legislador", *Revista de Administración Publica*, N 155, 2001, pp. 285-330.

⁶⁶GARCIA De Enterría, Eduardo, "El principio de Protección de Confianza legítima Como Supuesto Título Justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador"

Aunque según el análisis que hace al respecto García de Enterría dicho principio no tiene rango constitucional por lo que no puede invocarse su infracción como una causa de responsabilidad para el legislador.

Para concluir, es preciso dejar sentado primero, sin duda alguna la figura de RPEL representa una garantía que debe encontrarse presente más allá de la realidad jurídica, en la realidad fáctica. Aunque en el sistema español tal garantía no se encuentra constitucionalmente reconocida, como lo está la RPEJ y la RPAAPP, a partir de la extensa interpretación que se hace del artículo constitucional 9.3 el TS ha abierto una amplia y extensa garantía de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales, a partir de tal análisis resulta la casi nula estimación de esta en el sistema mexicano. La estimación que hace el TS así como algunos doctrinarios como Galán Vioque y Garrido Falla de la RPEL como Responsabilidad de los poderes públicos, respecto de la cual ninguno de dichos poderes puede escapar, es una de las aristas que justifican e informan el alma del presente proyecto.

Queda clara pues, aunque existan tesis en contrario, la concepción y justificación de responsabilidad por leyes con un origen en leyes perfectamente acorde con el orden constitucional. Pero ¿Qué pasa con la responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales?

2.4 Origen de la responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales

Habrá que decir que no están ligadas necesariamente la declaratoria de inconstitucionalidad, ni la acción de responsabilidad del legislador, sin embargo, es de reconocerse que en el sistema español, el cual se toma como base en el presente proyecto y como quedo apuntado, el control de constitucionalidad y la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad da como resultado la posibilidad de ejercitar acción de “responsabilidad patrimonial del Estado

Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo, 2003, PP 173-206, p. 175.

legislador”,⁶⁷ por leyes declaradas inconstitucionales, claro está, cumpliéndose previamente los requisitos de indemnización, como lo son el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable, además de la relación causa efecto entre el daño causado y la actividad del ente generador de tal daño.

Los presupuestos facticos a partir de los cuales se consagra la garantía de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales por parte del TS español, parten de la aplicación del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990 de 29 de junio, sobre Medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, en la cual se creaba un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, consistente en el abono de la diferencia del primer importe satisfecho en concepto de tasa de periodos anteriores y el porcentaje de incremento para tal ejercicio. Atendiendo a tal precepto de ley diversas sociedades mercantiles ingresaron determinadas cantidades como pago de dicho gravamen. En STC 173/1996 de 31 de octubre se declaró inconstitucional tal precepto.

A partir de lo anterior, los perjudicados instaron la acción de RPEL, solicitando reparación por los daños y perjuicios erogados, configurándose fácticamente, dos supuestos y por ende falladas dos sentencias de forma idéntica a pesar de la variación de ambos supuestos procesales.

En la sentencia de 29 de febrero de 2000 el recurrente había agotado todas las vías administrativas y jurisdiccionalmente posibles, para impugnar las autoliquidaciones de la ley inconstitucional, obteniendo sentencia desestimatoria, la cual había quedado firme al no admitirse la casación y desestimarse la queja ante tal inadmisión.

Por otro lado, en la sentencia de 13 de junio de 2000, los perjudicados no habían instado acción alguna que pretendiera la devolución de los ingresos indebidos, sino que al dictarse la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que fijaba la tasa autoliquidada, las empresas

⁶⁷ Por primera vez se reconoce la inconstitucionalidad de la ley, para efectos de acción de Responsabilidad patrimonial del Estado, STS de 29 de febrero 1574/2000 “El poder legislativo no está exento de sometimiento a la constitución y sus actos-leyes- quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la ley vulnere la constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuricidad que ello supone, traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, así mismo, su origen en la Inconstitucionalidad de la ley.

recurrentes se dirigieron directamente al Consejo de Ministros instando reclamación por daños y perjuicios por RPEL.

Las diferentes situaciones procesales anteriormente descritas, fueron pues, falladas de forma idéntica por el Tribunal Supremo. Tal tribunal, implantó novedosamente, la acción jurisdiccional de obtener directamente por imputación al legislador, la reparación pecuniaria del perjuicio causado por la ley inconstitucional, encontrando con ello, una válvula de escape al carácter de cosa juzgada de la resolución denegatoria de las acciones encaminadas a nulificar el acto de aplicación de la norma, previos a la declaración de inconstitucionalidad.

La implantación de esta acción novedosa, por parte del TS de RPEL por leyes inconstitucionales, distingue pues entre cosa juzgada y acción de RPEL por daños y perjuicios causados por la aplicación de una ley inconstitucional y la antijuricidad del daño producido por tal aplicación.⁶⁸

2.4.1 *La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales*

La antijuricidad es el elemento a partir del cual se define la responsabilidad de los poderes públicos. Está dada por el término jurídico de lesión. El cual se entiende como un acto indemnizable, por no existir el deber jurídico de soportar el daño.

En la figura de responsabilidad patrimonial de la administración pública o administraciones públicas (en adelante RPAAPP), la antijuricidad es entendida solo a partir de actuación normal de la administración. Es decir, la actuación regular o normal de la administración en determinados casos puede causar una lesión, que busca su justificación en el interés general, determinándose la antijuricidad por no existir deber jurídico de soportar el daño excesivo, pues en realidad es una carga que debe surtir la generalidad, mediante la respuesta del Estado con

⁶⁸ Véase, ALONSO, García, Ma. Consuelo, La Reciente Jurisprudencia sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador Frente a Daños Derivados de Leyes Inconstitucionales, Revista de Administración Pública, 157, 2002, pp. 215-240, pp. 217 y 218.

una indemnización. Ello atendiendo a un argumento de la justicia distributiva. La antijuridicidad no se refiere pues, a la no observancia de la norma, si no a la inexistencia de deber jurídico de soportar un daño.

Es dable entender pues que en el sistema de RPAAPP la antijuridicidad está dada solo respecto de la actuación regular o normal del Estado. Pues una actuación anormal, de ninguna manera, ni en ningún caso acarrea deber jurídico de soportar el daño y por ende el termino antijuridicidad no cabe en tal supuesto.

Sin embargo, claro está, que hablando del sistema de RPEL, ésta antijuridicidad, corre otra suerte, atendiendo a la diferencia de actividades de la administración pública y la del legislador. La antijuridicidad, es decir, la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño aquí, se da pues a partir de la declaración de ilicitud formulada por el intérprete de la constitución.

La antijuridicidad aquí está dada meramente por la inconstitucionalidad de la norma. Aun y cuando en la segunda de las sentencias citadas anteriormente, no haya agotado ninguna vía jurisdiccional, ni administrativa. Pues la sala superior ha reconocido la imposibilidad de exigencia de recurrir ante los órganos cualquier ley, por la presunción de legitimidad de los actos del ente administrativo que ejecuta la ley, ello no implica un deber jurídico de soportar por no recurrir, pues de la norma base aún no se declaraba su inconstitucionalidad. A riesgo de reiteración innecesaria en este punto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma, resulta como única condición necesaria, suficiente para apreciar la ilicitud del acto legislativo y por ende su antijuridicidad.

2.4.1.1 La acción de responsabilidad del legislador y su independencia del acto administrativo que aplica la norma generadora del perjuicio.

Aclarado el tema de la antijuridicidad como elemento básico para la RPEL, otro elemento que es menester aclarar y que según la doctrina opuesta podría ser en algún momento impedimento a la decisión estimatoria de indemnización por actos del legislador, puede llegar a ser, por un

lado, la consolidación de las situaciones jurídicas interpuestas durante la ejecución de la disposición declarada luego, por otro lado inconstitucional.

Específicamente de la existencia de una sentencia que tiene el carácter de cosa firme o un acto de liquidación tributaria que es firme, por no haberse recurrido, ningún acto posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que origino tales acciones administrativas o jurisdiccionales podrá modificarlas. Ello, atendiendo al artículo 40.1 de la Ley de Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC):

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Es clara la limitación, que establece el artículo pre citado. Existe pues, por un lado, la imposibilidad de algún tipo de revision de sentencias firmes o de cosa juzgada, con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, que dio origen a tales instancias.

Para superar tal limitación, el Tribunal Superior, prescinde del sistema indemnizatorio previsto en el artículo 32.3.4 de nueva Ley 40/2015 que dice:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

- a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Del anterior precepto deviene una responsabilidad de la administración imputable a la inconstitucionalidad de la ley, pero limitando el derecho de reclamación de dicha garantía solo a quien haya impugnado la inconstitucionalidad del acto. Cosa que el TS en sentencia señalada en líneas anteriores no observó.

El Tribunal Superior separa radicalmente la acción encaminada a cancelar los efectos del acto administrativo de la medida legal de la obtención de una garantía compensatoria directamente del legislador. Permitiendo, pues en sentencias de 29 de febrero de 2000 y 13 de junio de 2000 la reclamación pecuniaria del daño sufrido, por los efectos de una ley ilegítima, directamente al Estado, no así a la Administración Pública que ejecutó aquella disposición. Reconoce este órgano una responsabilidad con la excepción de cosa juzgada y las consecuencias patrimoniales de la STC 173/1996, Veamos:

Esta sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquel en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuricidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La importancia de tal doctrina jurisprudencial radica pues, en la RPEL por la antijuricidad de la norma inconstitucional, por otro lado, lo establecido en el artículo precitado es una responsabilidad por daños y perjuicios de ejecución de una norma constitucional, pero que

puede en determinado momento causar un perjuicio y de ello el legislador esta consiente al establecer en la norma algún tipo de indemnización por ello.

Para mayor entendimiento y claridad, respecto de los resultados que acarrear tales sentencias, es preciso traer a cita, el señalamiento del TS respecto de las posibilidades del gobernado de reclamar indemnización, respecto de las diferentes posturas fácticas:

Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, “en cualquier momento” la revision de tal acto nulo, de pleno derecho, como prevé el artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Comun y, simultanea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revision, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero tambien pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revision de disposiciones y actos nulos de pleno derecho a fin de dejarlos sin efecto y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.

En síntesis a la entidad demandante, al estar basada en fuerza de cosa juzgada la declaración de no ser procedente la devolución de lo ingresado por el concepto de gravamen complementario en las arcas de la comunidad autónoma de Asturias, no le quedaba otra opción que la ejercitada acción de responsabilidad patrimonial por acto del legislador.

Sin embargo en los supuestos en que no existe el valladar de cosa juzgada, cabe instar en “cualquier momento” la revision del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Comun, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000, el interesado promueva directamente la

acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos legislativos, dentro del plazo legalmente establecido.⁶⁹

Observamos el origen jurisprudencial de la figura de RPEL derivada de la inconstitucionalidad de una ley. Es la anterior sentencia especialmente didáctica, pues logra dilucidar todas las posibles confusiones en las que se puede caer al hablar de actos de aplicación de una ley irregular con el ordenamiento constitucional y muy distinto y claramente, los actos de promulgación de esta.

Quedando claro lo anterior, es importante para fines del presente proyecto dejar planteados y determinados cuáles son los límites, carácter de la RPEL por leyes declaradas inconstitucionales y papel del juez ordinario de determinar la eficacia de los juicios de inconstitucionalidad de las leyes, en lo que respecta a esta doctrina.

Uno de los límites de la figura de RPEL es pues en este caso, la imposibilidad de solicitar la devolución de cantidades que ya están satisfechas, pues ello significa la consecuencia de la solicitud de nulidad del acto administrativo que aplica la medida legislativa. En tal caso, hablamos de reparación pecuniaria de un daño provocado directamente por la disposición legal anulada, lo cual es, lo que el TS amparó en las sentencias anteriores.

Respecto a los requisitos de indemnización de la actividad anormal del legislador, habrá que decir que la relación causa efecto, entre la ley y la lesión producida, se cristaliza a partir de que tal lesión deriva, precisamente de la anulación de la ley y no de la autoliquidación practicada, pues esto último representa un choque de causa efecto en la RPEL.

La prescripción habrá que decir pues, que esta, según el TS se computa a partir de la publicación de la inconstitucionalidad de la ley y no a partir de la aplicación de la norma.⁷⁰

⁶⁹ STS 15 de julio de 2000.

⁷⁰ Véase STS 15 de junio 2011.

2.4.2 *Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional.*

La sentencia de declaratoria de inconstitucional significa, en la sentencia española que le dio origen a la figura, el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de cantidades que resultaron ser indebidas, por fundarse en la directa aplicación de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por el gobernador.

Sobre tal elemento de antijuricidad, consiste el título de imputación de la Responsabilidad Patrimonial, pues el TC declaró la nulidad del precepto legal en que tal disposición tributaria se apoyó.

Es responsabilidad del legislador pues, por la antijuricidad⁷¹ que suponen los daños y perjuicios causados por la promulgación de una ley inconstitucional.

Según el TS cabe considerar la RPEL cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y se da un sacrificio patrimonial especial o “singular” de derechos o intereses económicos que se consideran afectados por las actuaciones administrativas anteriores con la legislación aplicable.

Afirma al respecto el TS:

(...) no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional.⁷² La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear *de oficio o a instancia de parte* al Tribunal

⁷¹ Entiéndase este término, como la inexistencia de deber jurídico de soportar el daño.

⁷² Exigencia que establece el precepto analizado en la nueva ley 40/2015.

Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).⁷³

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, citada en Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Recurso 567/1998, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia 13 de junio 2000

CAPITULO III

UNA PERSPECTIVA COMPARADA DE LA GARANTIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR.

3.1 Garantía Constitucional de Responsabilidad del Estado en España y México. 3.2 Doctrina en Contrario a la Responsabilidad establecida por el Tribunal Supremo Español.

3.1 Garantía Constitucional de Responsabilidad del Estado en España y México.

Para mayor complementación y calidad del presente proyecto resulta inevitable no poner los ojos en el sistema jurídico de responsabilidad patrimonial español, pues la reforma constitucional de 2004 que abre las puertas a un sistema de responsabilidad del Estado no tiene otra inspiración más que la española.

De la exposición de motivos de dicho ordenamiento se desprende tal origen. Además de que las ideas y doctrina de Álvaro Castro Estrada, aportadas al sistema jurídico mexicano contienen sin duda gran contenido teórico e ideológico del administrativista y constitucionalista español Eduardo García de Enterría.

Por lo anterior, en el presente apartado se intentara hacer un análisis de la garantía de responsabilidad patrimonial del Estado Juez (en adelante RPEJ) y Estado Administración (en adelante RPAAPP) en España y México. Un estudio sumamente breve, sobre los más importantes aspectos procesales en la actualidad de tales garantías en ambos sistemas.

3.1.1 La Responsabilidad del Estado Juez en el sistema español y mexicano

3.1.1.1 España

Al hablar de responsabilidad en el sistema español, una primera aproximación muy general, la encontramos en artículo noveno de la Constitución Española (más adelante CE), el cual en su tercer párrafo dispone:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.⁷⁴

Nos encontramos con la mención constitucional de responsabilidad de los poderes públicos. Precepto abierto e indeterminado que ha sido objeto de amplias interpretaciones en España, las cuales contemplan responsabilidad para los tres poderes de gobierno, aun cuando el Estado juez y Estado administración exista reconocimiento constitucional expreso, no así del Estado legislador, tal cuestión se tratara posteriormente.

Así pues, en el mencionado ordenamiento constitucional tenemos especificidad de la responsabilidad del administraciones públicas (más adelante AAPP) y Estado juez.

Respecto a la responsabilidad del Estado juez, lo encontramos en el título séptimo, el cual a la letra señala: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia

⁷⁴ España, Congreso de Diputados y Senado, *Constitución Española*, 27 de Diciembre, 1978.

del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".⁷⁵

En primer lugar, habrá que dejar en claro las razones por las cuales en el presente apartado se hace una distinción entre administración de justicia y administración pública en sí misma. Algunos doctrinarios, critican tal distinción pues plantean una diferencia de tratamiento jurídico que no se determina con claridad⁷⁶. Sin embargo, tal diferenciación se explica según Rebollo en una razón dogmática y acertada que justifica tal separación y es la no consideración del poder judicial como órgano de Estado-Persona sino del Derecho a partir de la conceptualización de la Administración Pública como única personificación del Estado para efectos internos que condona la asimilación de aquel a esta.⁷⁷ Lo anterior se entiende a partir de la cada vez más despreciada tesis de García de Enterría sobre la Administración Pública como centro de imputación interno del Estado. A partir de la Constitución española el centro de imputación tanto interna como internacionalmente es el Estado en sí mismo.

Sin duda, la garantía de responsabilidad del Estado en sus tres formas es, como ha quedado claro en párrafos anteriores, un requisito indispensable en un Estado de Derecho. Esta garantía ante los órganos jurisdiccionales ha sido en el sistema español un tema ya desde tiempo atrás materializado en la práctica.

Constitucionalmente esta garantía está consagrada en la CE en el título sexto sobre el poder judicial, específicamente el artículo 121 de dicho ordenamiento. Representa este precepto, un extremo básico del Estado de Derecho.

Si el juez es el garante del principio de legalidad, aplica el Derecho y controla la Administración, en definitiva constituye una de las piezas fundamentales del sistema político que conocemos con ese nombre, por no decir la más importante. El Derecho debe regular las garantías necesarias frente a los siempre posibles errores judiciales y frente al anormal funcionamiento del propio poder judicial.

⁷⁵ Ídem

⁷⁶ ej. M. Goden Miranda en su trabajo *La Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*.

⁷⁷ Véase REBOLLO, Puig, Luis Martín, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p 17 y 18.

Así pues, nos dice la Constitución Española artículo 121: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la ley”.

En este artículo se desprende un desligamiento del concepto de culpa, no existe limitación al ámbito de la jurisdicción penal y se supera el reducido ámbito de la revisión penal para los errores judiciales.

Uno de los retos más importantes de la responsabilidad Estado-juez es sin duda, el reto que representa para el legislador, delimitar adecuadamente el marco constitucional que además de respetar debe cumplir.

Es de entenderse pues, que dicha responsabilidad derivada al legislador se deriva en la respectiva Ley Orgánica del Poder Judicial.

A partir de lo ya establecido anteriormente sobre la necesaria existencia de garantía de responsabilidad ante actuaciones del Estado en su generalidad, como resultado y consecuencia del Estado de Derecho, resulta evidente el incumplimiento de dicha forma de Estado en el sistema mexicano.

3.1.1.2 México

Constitucionalmente el artículo 1 de la Constitución mexicana establece:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁷⁸

Aun cuando tal artículo primero constitucional prevé de forma genérica la reparación por parte del Estado de reparar violaciones a Derechos humanos (en adelante DDHH) conforme a

⁷⁸ Última reforma 29 enero 2016.

las formas que la ley establezca, lo cierto es que en ninguna de las leyes secundarias la reparación por responsabilidad patrimonial del Estado se extiende a la actuación de la judicatura.

En realidad no hay mucha materia de la cual disponer y discutir el tema en cuanto a su desarrollo en el sistema mexicano, pues el precepto constitucional a partir del cual la responsabilidad del Estado se deriva es muy claro. El artículo 109 Constitucional, último párrafo establece:

La responsabilidad del Estado por los daños que con motivo de su Actividad Administrativa Irregular cause en los bienes o derechos de los particulares será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

También lo es la respectiva ley reglamentaria de tal precepto. La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en su exposición de motivos determina contundentemente que esta será derivada solo contra actos de la administración y de naturaleza administrativa, no así de actos de naturaleza jurisdiccional, ni de legislatura. Además de establecer como definición de la Actividad Administrativa Irregular, como aquel daño que se causa en los bienes o derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar.

Sin embargo, aun y cuando internamente el ordenamiento jurídico mexicano no lo prevé, el sistema Interamericano de Derechos Humanos ha determinado la garantía de reparación por error judicial a todos los países miembros de dicha convención americana de DDHH.

El artículo 10 de la Convención Americana de DDHH, Pacto de San José de Costa Rica, establece el derecho a indemnización: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en el caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Más aun, el numeral 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (más adelante PIDCP) establece:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho

plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Resulta pues evidente la falta de atendimento a la garantía de Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos del poder judicial. La responsabilidad de la administración de justicia, según Martín Rebollo es un instrumento de garantía del ciudadano, así como un medio de control y orden del poder judicial. Razones importantes y suficientes para hablar de una urgencia de fortalecimiento de tal garantía.

3.1.2 *La Responsabilidad del Estado Administración en el sistema español y mexicano*

3.1.2.1 *España*

Respecto de la garantía de Responsabilidad Patrimonial del Estado Administración (en adelante RPAAPP), no debemos perder de vista la diferenciación anteriormente señalada, pues hablar de la figura de Expropiación forzosa y responsabilidad extracontractual de la administración, es hablar de cuestiones, aunque íntimamente relacionadas, por implicar ambas irrogación del poder público sobre el interés general a cambio de una indemnización, tienen una diferenciación y a menudo suelen confundirse.

En el sistema español, la ley de expropiación forzosa, reconoce y comprende de forma general la responsabilidad extracontractual de la administración pública.

Específicamente, el sistema vigente de la responsabilidad patrimonial de la administración española se encuentra contenido en el título 10 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre de la Ley del Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo

común⁷⁹ (en adelante LRJPAC), ⁸⁰ordenamiento que enumera en su artículo 139 los principios bajo los cuales se rige la figura en cuestión:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.
4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.
5. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.⁸¹

⁷⁹ El cual de hecho se encuentra en *vacatio legis*, terminando su vigencia en septiembre del año que corre, sustituida por la ley 40/2015.

⁸⁰ Según Galán Vioque la exigencia de que los daños tengan origen en la aplicación administrativa de las leyes inconstitucionales, es un error evidente, lo cual deja sin regulación los casos de leyes auto aplicativas que no requieren ulterior actividad administrativa y los casos en los que los daños de las leyes se producen en relaciones jurídicas entre partes, Vease, GALAN, Vioque, Roberto, Rafael, "A vueltas con la regulación de la Responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector de limitar al alcance de la responsabilidad del Estado Legislador esta vez en su vertiente de ilícito legislativo)" *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2, 2015.

⁸¹ Última actualización 04 de noviembre de 2009, en vigor 04 de mayo de 2010.

A partir del citado precepto podemos destacar dos cuestiones relevantes para los objetivos del presente proyecto:

1. En primer lugar debemos entender que el sistema de responsabilidad español, es un sistema amplio, pues comprende la indemnización por funcionamiento normal y anormal de la administración. Tal cuestión requiere mayor abundamiento y análisis, pues al parecer pragmáticamente no todas las actuaciones normales de la administración son objeto de indemnización, ello atiende a “el deber jurídico de soportar el daño” y otras cuestiones importantes a analizar en el capítulo posterior.

2. En segundo lugar, observamos que la RPEJ en aquel sistema se entiende como una sub especie de la responsabilidad de la administración. Es decir, son dos cuestiones ligadas íntimamente, pues la labor jurisdiccional en un sistema jurídico contemporáneo es sin duda uno de los deberes imprescindibles de la administración y por ello, requiere evidentemente de garantía de acción sujeta a derecho, que pueda alcanzar las consecuencias elementales de un Estado de derecho.

Así mismo, la ley 39/2015 de 1 de Octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, recoge los preceptos jurídicos concernientes a la figura de RPE, anteriormente recogidos en el Real decreto 429/1993 del 26 de marzo, en el cual se aprueba el reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Los requisitos para la consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes:

a) Según los artículos 139.2 y 141.1 de la LRJPAC, el sufrimiento de un daño efectivo, evaluable económicamente o individualizado, con relación a una persona o grupo de personas que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley y que no derive de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables, según el Estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de su producción.⁸²

⁸² Importante aspecto a considerar, pues la negativa de indemnización de daños que no puedan preverse por la ciencia o la técnica, representa un grave defecto de estimación,

b) Según el numeral 139.1 del mismo ordenamiento, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

c) Que dicho daño no sea imputable a fuerza mayor,⁸³ según el artículo 106.2 de C.E y 139.1 de LRJPAC.

Son pues, los anteriores, los requisitos para considerar legalmente la Responsabilidad patrimonial de la administración. Sin embargo, procesalmente, la normativa, exige también, la concurrencia de una serie de requisitos, Veamos:

a) Los interesados no pueden reclamar indemnización de la concreta persona física que ha ocasionado el daño (salvo en caso de delito), sino que deben dirigir su reclamación, directamente a la Administración de la cual esta forme parte. Resulta curioso el posterior procedimiento a la reclamación por parte del quejoso. Pues luego de ello, la administración, ejercitara oficiosamente acción de regreso contra el agente administrativo, en caso de haber actuado de forma dolosa o gravemente imprudente.

b) La acción de responsabilidad de que disponen los interesados, para reclamar la indemnización, se sujeta a un plazo de prescripción de un año. Dicho plazo, empieza a computarse en el momento en que se produzca el hecho que motive la indemnización o manifestación del efecto lesivo.

c) El reconocimiento de indemnización está subordinado a la previa tramitación de un procedimiento administrativo ordinario o abreviado que puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte.

d) Contra la resolución expresa o presunta de dicho procedimiento, los interesados podrán interponer, solo recurso contencioso-administrativo de la ley 29/1998.

Según, la doctrina española, el administrativista Oriol Mir Puigpelat, existe la necesidad de reforma del marco regulador, de la responsabilidad de la administración pública española. Lo anterior debido a su excesiva amplitud, indeterminación y uniformidad.

La amplitud señalada, consiste básicamente en el reconocimiento legal de indemnización a los particulares, por funcionamiento normal como anormal, lo cual considera la doctrina

pues aun cuando el daño no se haya podido prever existe una situación de irresponsabilidad de la administración que necesita ser respondida.

⁸³ No se debe perder de vista la diferenciación la exteriorización de la causa en de los casos de fuerza mayor, y la interiorización de esta en el al caso fortuito.

española como inmantenible. Según el administrativista español Oriol Mir, entre otras, son las razones siguientes:

- a) Nada justifica que la administración pública se someta a responsabilidad objetiva y el sujeto privado a responsabilidad por culpa.
- b) Una segunda razón, a favor de la responsabilidad objetiva es la creación de un riesgo especial, es decir debe responderse de forma objetiva quien con su actividad cree un riesgo especialmente elevado de producir daños.
- c) La administración española es la única de la unión europea que responde de forma globalmente objetiva. La regla general en la mayoría de los países, es como en el nuestro, que se indemnice, solo cuando exista dolo o culpa.
- d) El artículo constitucional español, el 106.2, no impone responsabilidad objetiva global de la administración.
- e) Tal tipo de responsabilidad objetiva, constituye un subsidio indeseable a las compañías aseguradoras privadas, que pueden recuperar de la administración, lo pagado por ellas a sus asegurados, eludiendo buena parte del riesgo empresarial que les corresponde.
- f) Una de las más importantes funciones que se le puede atribuir a la figura de responsabilidad patrimonial es la de “control”. Cuando la administración se ve involucrada en un daño se inicia el procedimiento, en el cual se ventila la posible responsabilidad civil, en el cual sale a la luz el funcionamiento del servicio administrativo.

Siguiendo las ideas del mismo autor, existen pues, datos que ponen de relieve Una “potencialidad explosiva del sistema español vigente de la Responsabilidad Objetiva de la Administración”⁸⁴

3.1.2.2 México

A partir del análisis del precepto constitucional mexicano del artículo 109 ultimo parrafo, ya señalado en líneas anteriores podemos desprender las siguientes afirmaciones:

⁸⁴ PUIGPELAT, Oriol, Mir, VALDIVIA, José Luis, FERRADA B., Juan Carlos, ELGASSI, Alberto, XOPA, José Roldan Porrúa, México, 2004, pp 3-7.

La reforma constitucional motivo de análisis representa una seria contradicción con la doctrina y tesis que al respecto existen, pues al establecer en el enunciado el reconocimiento de RPAAPP “por actividad administrativa irregular que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar” pone en evidencia el profundo desconocimiento de aquellas.

Habrá que entender que la ausencia de deber jurídico de soportar un daño, deviene de los actos administrativos “regulares” o “normales”. Tal ausencia de deber jurídico de soportar se identifica con el sinónimo de la “antijuricidad”. Es decir, un acto administrativo es antijurídico, no por no que la administración no haya observado la ley o parámetros del servicio, sino que el acto es conforme a la ley pero acarrea una lesión⁸⁵ indemnizable respecto de la cual, el particular que sufrió el daño no tiene obligación jurídica de soportar, pues existe un sacrificio especial frente a la generalidad de la sociedad, porque el daño no deviene del devenir diario y por qué en el caso determinado debe observarse la justicia distributiva.

En tal sentido, la antijuricidad o ausencia de deber jurídico de soportar el daño, se justifican dentro del contexto del actuar “regular del Estado” y no así del actuar “irregular”. No tiene pues, ningún sentido, hablar de “deber jurídico de soportar el daño” dentro del actuar “irregular”, pues lógicamente nadie tienen obligación jurídica de soportar un daño producto de una actuación de la administración que no es conforme a las normas o parámetros del servicio.⁸⁶

Por otro lado, México abre sus puertas a un sistema de responsabilidad objetivo y directo con algunas peculiaridades: a diferencia del modelo español que le da vida a la reforma, la objetividad a la cual nuestro sistema de responsabilidad se refiere, atiende única y exclusivamente a la idea de no tomar en cuenta la conducta dolosa o culposa del servidor público, sujetándose a la teoría de la antijuricidad. Por lo que ve al sistema español la objetividad va más allá, pues además de lo anterior, en ciertos casos tampoco toma en consideración para efectos de responsabilidad patrimonial, que el daño ocasionado sea resultado de una actividad normal o anormal. De lo anterior, surgen algunas doctrinas

⁸⁵ Entendida esta también como término jurídico, que se refiere a daño que debe indemnizarse.

mexicanas, que hablan de una contradicción en la objetividad de la Responsabilidad Patrimonial del Estado de la reforma constitucional mexicana.

Por otro lado, de tal precepto, es posible desprender la responsabilidad que el poder reformador, cede al legislador ordinario, pues le reconoce el deber de establecer, las bases, los límites y los procedimientos para hacer efectiva tal garantía constitucional.

Así pues, efectivamente, en la misma exposición de motivos de la respectiva ley reglamentaria, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, el legislador reconoce, que tal precepto constitucional no es procedente contra actos legislativos ni judiciales.⁸⁷ Es decir, nos encontramos con un sistema limitado hasta cierto punto desde dos aspectos:

- Limitación por la exclusividad de la responsabilidad solo en el sector administrativo. A diferencia de algunos otros países, por ejemplo de América Latina, como son Argentina, Chile, Costa Rica y Colombia reconocen un sistema de responsabilidad abierto a los tres poderes, incluyendo por supuesto al sistema español.⁸⁸
- Por otro lado, como ya en líneas precedentes se mencionó, tal responsabilidad es resultado, sólo contra actividad administrativa irregular, no así, de una actividad administrativa irregular.

3.2 *Doctrina en Contrario a la Responsabilidad establecida por el Tribunal Supremo Español*

Como se pudo apreciar del análisis y estudio que realiza el TS español respecto al tema, este resulta en demasía protector y amplio, pues aunque en el campo del idealismo jurídico tales razonamientos deberían observarse atendiendo a una intención de amplia protección al gobernado, la verdad es que no deben pasar desapercibidos los elementos y límites de la realidad jurídica y la realidad fáctica.

⁸⁷ Véase, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*” 31, diciembre, 2004, última publicación, 12, junio, 2009.

⁸⁸ ROLDAN, Xopa, José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2004.

3.2 .1 Sobre la obligación de soportar el daño

Aunque podría parecer lógico que el daño causado por una norma nula es antijurídico, tal antijuricidad desaparece cuando el sistema impone la obligación de soportar tal daño. Ello sucede con la existencia de un acto administrativo o sentencia firme.

Según esta doctrina resulta contradictorio sostener que un acto que se ha dictado en aplicación de una norma y el cual impuso decremento patrimonial, teniendo carácter de firmeza, es inimpugnable, obligatorio y sigue produciendo efectos jurídicos y al mismo tiempo afirmar su antijuricidad. El carácter de firmeza, produce así, la juricidad del acto, la obligación de soportar.⁸⁹

Además, según esta anti tesis el principio de “libre configuración del ordenamiento jurídico” quedaría muy limitado si se aceptara el resarcimiento de todos los daños que haya podido ocasionar la ley inconstitucional”, cayendo en una “administrativización” de la ley. Además, si no existiera un deber jurídico de soportar daños existiría una gran dificultad para el correcto funcionamiento de un Estado democrático de Derecho al poner serias trabas al dialogo entre el parlamento y el Tribunal Constitucional.⁹⁰

Otro aspecto a considerar es si un particular debe soportar el perjuicio consistente en haber efectuado indebidamente un ingreso tributario en aplicación de una ley inconstitucional, cuando ha transcurrido el paso de prescripción establecido para solicitar la devolución del ingreso indebido o cuando ya se ha obtenido sentencia que confirmo valido el acto. En tal caso, podría aducirse según esta postura que las partes están obligadas a soportar el daño por no haber recurrido en su momento las autoliquidación es en la vía administrativa, dado tal supuesto el daño no sería antijurídico.

⁸⁹ Véase, DOMENECH, Pascual, G. “Responsabilidad patrimonial de la Administración, por daños derivados de una ley Inconstitucional” *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, p282 y votos particulares segundo y tercero de STS 02 de junio de 2010 en la cual se considera “en la medida que el ordenamiento jurídico imponga al particular la sujeción a los efectos del mismo, que es tanto como el deber jurídico de soportarlos, faltara ese requisito fundamental para que la acción de responsabilidad pueda tener éxito.

⁹⁰ Véase, NARBON, Fernández, Julia, “La Responsabilidad del Estado Legislador por Leyes Declaradas Inconstitucionales. (En especial la perspectiva de los votos particulares)” *Revista General de Derecho Administrativo*, 35, 2014, p 14.

3.2.2 Diferentes causas de pedir

Respecto al argumento ampliamente protector del TS en el cual establece como justificación una diferencia en la acción de pedir entre la nulidad del acto administrativo y la figura de RPEL por leyes inconstitucionales, la doctrina manifiesta al respecto:

Seamos realistas. Resarcir la disminución patrimonial sufrida por los contribuyentes supone dejar sin efecto las correspondientes autoliquidaciones y resoluciones administrativas y judiciales firmes que aplicaron la ley anulada, pues el efecto jurídico pretendido por estos actos no es otro que el de prestar cobertura, servir de título justificativo a dicha disminución. Lo que los actores pretendían con la acción de responsabilidad no era otra cosa que la devolución de los ingresos efectuados en virtud de esos actos, la eliminación de sus efectos. La propia STS de 13 de junio de 2000 luego de afirmar que *la reclamación presentada... no pretende devolución de los ingresos indebidos por parte de la administración... dice que la indemnización debe comprender el importe de lo indebidamente ingresado en favor de las arcas públicas*. La contradicción es palmaria.

Las acciones de anulación y de responsabilidad no son totalmente ajenas e independientes la una de la otra. Así lo ha declarado varias veces el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación de los daños ocasionados por el acto de las Instituciones Europeas contrarias al Derecho comunitario. *El tribunal no puede por medio de un recurso de responsabilidad, adoptar medidas que aniquilarían los efectos jurídicos de una decisión que no ha sido anulada*. No cabe estimar un recurso de responsabilidad que *tiene algo de una suma cuyo montaje se corresponde exactamente con el de los derechos pagados por el recurrente en ejecución de una decisión individual y en el que, por tanto, el recurso de responsabilidad tiende en realidad a la retirada de esa decisión individual*. Si el perjudicado ha podido evitar el perjuicio atacando en tiempo hábil los actos de que se trata y no lo ha hecho luego no puede reparar esa omisión y procurarse un nuevo recurso por la vía de una demanda de responsabilidad.⁹¹

Son importantes los argumentos que considera esta postura, pues el deber jurídico de soportar el daño, es decir la juricidad del acto, así como la concreta anulación de resolución firme a la que se llega a partir de la idea de una diferente acción de pedir, representan filtros importantes a partir de los cuales puede considerarse y replantearse la figura de RPEL por

⁹¹ Vease, DOMENECH, Pascual, G. Op. Cit. Nota 9. p. 282.

leyes declaradas inconstitucionales, ello para evitar efectos de progresiva e inevitable explosión del Estado por reclamaciones en virtud de tal figura.

Ante el establecimiento del TS de la figura de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales, bajo el argumento de respeto y permanencia de los efectos de firmeza de la sentencia en razón de una acción de pedir diferente respecto de aquel acto de poder público que aplico la norma inconstitucional y el acto que la creó, afirma García de Enterría la incompatibilidad del principio de inmutabilidad de la cosa juzgada que se proclama en esta segunda acción.

Entra en juego, la cosa juzgada material y formal en la cual no existe posibilidad de que en un proceso nuevo se cuestione y falle lo que fue objeto de sentencia en el primero. Los dos aspectos están prohibidos de revisión, por cosa juzgada y aunque se presente como proceso distinto no impugnatorio de lo fallado por la sentencia firme deja a ésta sin efecto.

Siguiendo la misma tesis, no es válido el argumento de que persiste un respeto de cosa juzgada de un proceso que decidió que la administración tenía derecho de percibir un impuesto, cuando hay un segundo pronunciamiento que afirma el derecho del contribuyente de la devolución de lo pagado más los intereses. Así pues, dice Enterría la acción de Responsabilidad no tiene un origen posterior a la declaración de inconstitucionalidad, pues las acciones de pedir en uno u otro caso son a final de cuentas las mismas.⁹²

Constitucionalmente, A Gómez Maroto, abona al respecto y señala a la letra:

A pesar de la pretendida separación entre no retroactividad de la sentencia y apreciación de una conducta de los poderes públicos que da derecho a una indemnización, no cabe duda de que ambos extremos están estrechamente vinculados. El daño nace de la ley inconstitucional, pero *se hace irreparable precisamente por la imposibilidad de revisar las situaciones producidas como consecuencia de su aplicación*. Ocurre, por ello que si esta jurisprudencia se confirmase, el *Tribunal Supremo vendría a conceder –si bien por un título diferente- lo mismo que ha excluido el legislador al no permitir la revisión de las situaciones terminadas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada* (lo que excluye el tribunal constitucional)...*cabe cuestionarse la legitimidad de que el Tribunal Supremo conceda en*

⁹² GARCIA, De Enterría, Eduardo, “Sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 2006, p 221-280, p.939.

*estos casos indemnizaciones en cuantía idéntica a la que hubiera debido devolverse de no haber excluido la retroactividad de los efectos de declaración de inconstitucionalidad.*⁹³

3.2.3 Relación causa efecto.

Otro de los puntos de discusión importantes lo es la relación de causalidad entre el daño resarcible y la declaración de inconstitucionalidad. La consideración de que el acto que causa lesión indemnizable, lo constituye “la aplicación” del precepto o norma, el cual, como sabemos es atribución del ejecutivo y procedente entonces la figura de responsabilidad ante la administración.

Sin embargo y a pesar de ello, eso no significa que el legislador pueda escapar de su responsabilidad, pues si bien el acto de aplicación fue la causa inmediata de tal lesión, la causa directamente atribuible es la ejecución de la norma inconstitucional, inconstitucionalidad tal que deviene de la promulgación de un precepto contrario al ordenamiento fundamental y ello no debe escapar de la atribución de responsabilidad al legislador, es este último el argumento del TS y es el mismo que se comparte en el presente proyecto.

3.2 .4 Papel del juez ordinario y tribunal Contencioso Administrativo en la declaración de Inconstitucionalidad

En este análisis partiremos de dos elementos que determinan las SSTC a partir de los cuales parte la crítica que realiza García de Enterría. Por un lado, la determinación de que los efectos de declaración de inconstitucionalidad de una ley corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, quienes solo ceden o aceptan ante las determinaciones contrarias que haya hecho el Tribunal Constitucional en la sentencia de declaración de invalidez. Por otro lado, ante la inexistencia de determinación legal clara de los efectos de inconstitucionalidad de una ley, el tribunal Contencioso Administrativo concretara tales efectos y decidirá los litigios conforme a la

⁹³ Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, editados por el propio Tribunal y dirigidos por J. L. Requejo Pages, Madrid 2001, p 45, citado en GARCIA, De Enterría, Eduardo, Óp. Cit. Nota 12, p. 935.

materia, sobre la base de los principios generales de Derecho. El tema, es un tema de “estricto Derecho Constitucional”.

Ha manifestado el TS que “los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o ex nunc, los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional *que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso*”.⁹⁴

Debe dejarse desde el inicio en manos de la jurisdicción ordinaria, la determinación de los efectos de sentencia de inconstitucionalidad o entrar a la definición del alcance de cada fallo según García de Enterría, con lo cual la jurisdicción contencioso administrativa para resolver íntegramente los problemas derivados de la ejecución de sentencia de inconstitucionalidad, será solo inicial y revisable por el Tribunal Constitucional, mediante Amparo.

Ante la afirmación del Tribunal Supremo de inexistencia de una regulación propia de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad fuera de lo que dispone el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es decir lo siguiente:

Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución.⁹⁵

Lo anterior habilita y forzó el acudir a los tribunales contencioso administrativos para que aplicasen los principios generales del Derecho, afirma Enterría la inexactitud de tal sustento, pues tal artículo es ya una regulación de los efectos de inconstitucionalidad y más aún si se toma en cuenta que tal regla procede del artículo 161.1 a de la Constitución, el cual determina que:

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Óp. Cit. Nota 9.

⁹⁵ Cortes Generales, Constitución Española, 03 de Octubre de 1979, última actualización publicada, el 17 de Octubre de 2015, www.boe.es.

ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.⁹⁶

La cuestión es sustantivamente constitucional y los principios generales de Derecho funcionan sustancialmente con reglas constitucionales como la seguridad jurídica.

En el ordenamiento español, los actos que han aplicado una ley declarada luego inconstitucional, no determina un supuesto dentro de la lista de los actos administrativos nulos. Lo que puede parecerse a tal situación es lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley del Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Comun, el cual determina que los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico son anulables. Por lo demás la anulación en vía administrativa o contencioso administrativa de una disposición no significa la nulidad absoluta de los actos de aplicación, de modo que las leyes son perfectamente explícitas en que tras esa anulación de la disposición en que se han apoyado subsisten íntegramente los actos administrativos firmes dictados en ejecución de la misma y no solo los declarados validos con sentencia de cosa juzgada.

Lo anterior, con lo que respecta a la “cosa juzgada”. Por lo que ve a los supuestos en que no hay sentencia firme que valide el acto administrativo, sino una simple firmeza administrativa de “los actos liquidatarios de la ley tributaria inconstitucional derivada de la falta de impugnación de los mismos” cuando se anule administrativa o contenciosamente una disposición administrativa, la resolución que lo acuerde no debe afectar a los actos administrativos firmes.

Así pues, los actos administrativos firmes que se hayan dictado por la aplicación de una ley nula, subsisten según el artículo 102.4 de LRJAP y PAC:

Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

⁹⁶ Idem.

Y el artículo 73 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en el cual también se establece que cuando se anule una disposición administrativa, tal anulación no afectará la eficacia de las sentencias firmes o actos administrativos firmes que la hayan aplicado.

3.2.5. Sobre la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo

Indudablemente la discusión de este tema es importante para el presente proyecto, pues en las diferentes posturas y tesis que puedan sustentarse se encuentra en juego el trascendental tema de la división de poderes y funciones y la soberanía del legislativo.

Partamos de realizar un análisis de la jurisprudencia mayoritaria en España, en la cual existe inclinación de atribuir a los órganos contencioso administrativos la correspondencia de decisión de la condena del legislador. Así afirma Mestre Delgado:

- Si la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de la norma fija los efectos del fallo, entonces los jueces ordinarios se declaran incompetentes para decidir.
- Si tal STC no se pronuncia respecto de los efectos de tal inconstitucionalidad, entonces, corresponde a los jueces ordinarios decidir sobre los efectos de tal declaración de inconstitucionalidad aplicando así, leyes y principios.
- Aun dado lo anterior, se han hecho consideraciones tanto en SSTS (54/2002) como del TC (45/1989) en las que se delega tal competencia al TC.

Aun y cuando podría entenderse que la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos está limitada al control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación de la administración, sin embargo, cuando dicho tribunal asume tal jurisdicción no lo hace ejerciendo control estricto sobre la potestad legislativa, sino que ejerce un control de consecuencias que se derivan de actos nulos y por lo tanto reconducibles al control de legalidad, la doctrina contraria es contundente.

Así, tenemos en la jurisprudencia del TS el reconocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa de la declaración de RPEL:

Es manifiestamente improcedente la causa de inadmisión planteada por el Abogado del Estado. al amparo de lo dispuesto por los artículos 71 y 82 a) de la Ley de Jurisdicción, porque, en contra de lo aducido por aquel no se está ante una pretensión dirigida frente a una ley, sino a la petición de declaración de la responsabilidad patrimonial derivada de la *aprobación de una norma con rango de Ley, de la que conoce esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa según criterio jurisprudencial, recogido en todas las sentencias pronunciadas sobre esta materia desde las fechas 15 julio y 25 de septiembre 1987 (...)* sancionado legalmente por la vigente Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Comun, al reconocer en su artículo 139.3 la existencia de dicha responsabilidad por actos legislativos de naturaleza expropiatoria y cuando así lo establezcan los propios actos legislativos.

La absoluta improcedencia de la alegación previa suscitada por el Abogado del Estado, dada la doctrina jurisprudencial constante y uniforme que ha declarado la competencia de esta jurisdicción para conocer de las pretensiones por responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos, evidencia una actuación temeraria al provocar la tramitación de un innecesario incidente por lo que deben imponerse a la administración demandada las costas procesales causadas en el mismo, como establece el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción.⁹⁷

Afirma García de Enterría que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones suponen una interferencia a la potestad legislativa. Independientemente del órgano que la emita Tribunal contenciosos administrativo o aun el Tribunal Constitucional, pues aunque este último tiene poder para enjuiciar leyes su competencia solo alcanza para interpretar la concordancia de estas con la Constitución y anular las contrarias, no así adicionar un contenido que de inicio el legislador jamás estableció. Sin embargo aun y cuando pareciera que tal administrativista se declara en contra de cualquier responsabilidad para el legislador, reconoce que en todo caso la sentencia de inconstitucionalidad debería incluir los efectos de tal nulidad

⁹⁷ STS Sala 3era de 16 de septiembre de 1997, en PULIDO, Quecedo, Manuel, Códigos de jurisprudencia Responsabilidad Patrimonial del Estado, Aranzadi SA, España, 2010, p.111.

de norma. Pues es aquella una jurisdicción declarativa de anulación de leyes y jamás de condena.⁹⁸

En este sentido, y abonando al argumento en contra de la figura de RPEL García de Enterría hace un análisis de comparación entre las sentencias declarativas y las de condena. Las primeras “declaran la existencia de situaciones jurídicas” es decir la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, resulta de la congruencia o incongruencia de esta con la Constitución.

En tanto que las sentencias de condena se caracterizan por la especial estimación del ente judicial que abre la vía de una estimación forzosa si el condenado no cumpliera lo fallado. En estas últimas se sustituye la voluntad del demandado al cumplimiento del Derecho, deduciendo así, que las sentencias de condena al legislador implican una sustitución de la voluntad de este.

Deduciendo así, que de existir la posibilidad de enjuiciar al legislador, lo sería pues, en todo caso el órgano de control constitucional.

Siguiendo la misma línea de ideas y al mismo jurista, encontramos claro el preceptos constitucionales 103.1 y 106.1 en los cuales atribuyen al tribunal contencioso administrativo “el control de potestad reglamentaria” y “control de legalidad de la administración”, bajo actuación de sometimiento pleno al Derecho y a la ley. Así de ninguna manera la Constitución delega a la Administración facultades de imputación al legislador ni productos normativos de consecuencias no queridas o excluidas por el legislador. Pues ello significaría desnaturalizar a la Constitución y el Estado democrático, ello es así en cualquier modelo de justicia constitucional conocida. La jurisdicción del juez constitucional es:

Siempre una jurisdicción nomofiláctica, que protege la superioridad la superioridad normativa de la Constitución sobre las leyes, y por ello es capaz de anular cualquier ley, aunque solo por el argumento de su desconocimiento de la superioridad como norma de la constitución; es pues, una jurisdicción esencialmente declarativa, en el sentido de limitada a las acciones o procesos de ese carácter. En ningún país, no sólo en España ocurren las

⁹⁸ Véase, GARCIA, De Enterría, Eduardo, “La inexistencia de jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativo para decidir acciones de condena contra el legislador” Revista española de Derecho Administrativo, 117, 2003, pp 95-112, p 273.

cosas de otra manera (...) ni pueden ocurrir, pues otra significaría una desnaturalización radical del papel de justicia, que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular soberana.⁹⁹

Son los anteriores, argumentos fuertes en contra de la figura de RPEL, sin embargo, al encararlos con la argumentación de las SSTS el tema se vuelve más polémico e interesante.

Sin embargo, vale la pena confrontar y hacer notar la estimación del TS al respecto. Sostiene este, que por definición clara, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma una consecuencia de la vinculación más fuerte con la constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pudo originar, no puede estar establecido en el texto de manera a priori. El legislativo, así como los otros dos poderes, no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos y leyes deben estar también en todo momento bajo el imperio de tal norma suprema. Cuando una ley vulnere a la Constitución, entonces el legislativo conculca su obligación de someterse y se actualiza la antijuricidad que trae consigo la obligación de indemnizar. De aquí, el origen de la RPEL por leyes declaradas inconstitucionales.¹⁰⁰

Además de lo anteriormente señalado, vale la pena no dejar pasar la opinión de García de Enterría sobre los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad de la norma. Aspecto que representa un efecto importante respecto de la figura de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales.

Primeramente habrá que distinguir los dos diferentes sistemas de constitucionalidad de las leyes, es decir la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad con efectos retroactivos o sin ellos. El primero de estos es el modelo Kelseniano el cual parte del principio de que la contradicción de la ley en cuestión con la Constitución es un vicio de origen, el cual determina la invalidez de aquella. En el caso del segundo de ellos, dentro de los cuales se encuentra el sistema español y mexicano lo máximo que se puede pretender –afirma Enterría– es la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad, la cual acarrea bastantes problemas pero:

⁹⁹ *Ibíd*em p. 275.

¹⁰⁰ STS, Sala de lo Contencioso, Óp. Cit. Nota 9.

En ningún caso puede afirmarse con rotundidad, han intentado resolverse tales problemas con el expeditivo sistema de una imputación general y global del Estado, como autor de la ley que se ha revelado inconstitucional, de una responsabilidad patrimonial capaz de enjugar todas las consecuencias derivadas de la retroactividad teórica de la sentencia que declaro esa inconstitucionalidad. Puede decirse con rotundidad que ese modo de liquidar las consecuencias de una inconstitucionalidad de una ley es una completa novedad surgida en España.¹⁰¹

De ninguna forma pues, cualquier modelo de control constitucional y los efectos retroactivos de estos significan una garantía que vincule al órgano creador de la norma, pues ello, es aplicable solo para las partes que se vieron afectadas durante la vigencia de aquella y más aún, los sistemas que adoptaron la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad exceptuaron de tales efectos a las normas tributarias,¹⁰² las cuales son la base de la implantación de tal garantía en España, sistema que es el único en la unión europea que contempla tal garantía.

¹⁰¹ GARCIA De Enterría, Eduardo, Óp. Cit. Nota 13. p. 952.

¹⁰² Las razones dadas son dos: el colapso de las finanzas y los beneficios obtenidos en servicios públicos con origen en la satisfacción de tales pagos.

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES

4.1 El control de constitucionalidad de las leyes y la Responsabilidad del legislador. 4.2 La antijuricidad como base de la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales. 4.3. Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional. 4.4 La inconstitucionalidad de las leyes en el derecho positivo mexicano.

4.1 El control de constitucionalidad de las leyes y la responsabilidad del Estado legislador.

4.1.1 Sobre el Control de constitucionalidad de las leyes.

A partir de la posguerra de la segunda guerra mundial, en Francia 1938, surge el primer reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado, por hechos legislativos, aun y cuando en tal momento histórico y espacio no se admitía el control constitucional de las normas legales.¹⁰³

¹⁰³ LEIVA, Ramírez, Eric, ALONSO, García, María, Consuelo, *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador*, Administración y Desarrollo, Políticas Publicas, p 34.

Es pues dable entender, que no toda declaratoria de inconstitucionalidad de leyes trae aparejada la responsabilidad patrimonial del Estado, así como no todo reconocimiento de responsabilidad del legislador deviene de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Tal es lo anterior, que el Derecho comparado ofrece una clara visión de lo mixtos que pueden llegar a ser tales fenotipos, pues pueden existir sistemas sin control constitucional de leyes que consagran responsabilidad. Por otro lado, otros no contemplan ni control de constitucionalidad, ni responsabilidad del legislador, existiendo también sistemas de control de constitucionalidad que no precisamente es un control de inconstitucionalidad y al mismo tiempo establecen la figura de responsabilidad del legislador, como Estados Unidos de América. Los sistemas de control constitucional y un limitado Derecho de indemnización y perjuicios por parte del legislador, el caso español. Y por último sistemas como el alemán con control de constitucionalidad pero sin responsabilidad para el legislador, caso este último en el cual se configura el sistema mexicano.

La responsabilidad del Estado legislador, no deja de preocupar a la doctrina. Pues la cuestión de que sea un tribunal y más aún uno ordinario el que fije y determine tal responsabilidad es un atentado a la soberanía del representante del pueblo.¹⁰⁴ Sin embargo poco a poco, se ha aceptado la idea de la garantía derivada de este órgano, pues aun y cuando al legislador le toca establecer las bases que consagren el principio general de responsabilidad, ante la antijuricidad de los actos u omisiones de los poderes públicos debe existir una respuesta, trátase del poder público de que se trate.

La ley esta pues, al igual que los demás actos estatales, limitada y condicionada por la Constitución. Hablar sobre la figura de la responsabilidad del Estado legislador, no es hablar de una expropiación realizada por una ley, sino que aquella tiene su origen en una norma con la característica de general, cuya aplicación implica un sacrificio especial, para determinadas personas que no tienen la obligación jurídica de soportar el daño que la aplicación de tal norma declarada inconstitucional les genera.

¹⁰⁴ Importantes son las aportaciones que hace García de Enterría al respecto.

4.2 La antijuricidad como base de la acción de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales

La antijuricidad es el elemento a partir del cual se define la responsabilidad de los poderes públicos. Está dada por el término jurídico de lesión. El cual se entiende como un acto indemnizable, por no existir el deber jurídico de soportar el daño.

En la figura de responsabilidad patrimonial de la administración pública o administraciones públicas (en adelante RPAAPP), la antijuricidad es entendida solo a partir de actuación normal de la administración. Es decir, la actuación regular o normal de la administración en determinados casos puede causar una lesión, que busca su justificación en el interés general, determinándose la antijuricidad por no existir deber jurídico de soportar el daño excesivo, pues en realidad es una carga que debe surtir la generalidad, mediante la respuesta del Estado con una indemnización. Ello atendiendo a un argumento de la justicia distributiva. La antijuricidad no se refiere pues, a la no observancia de la norma, si no a la inexistencia de deber jurídico de soportar un daño.

Es dable entender pues que en el sistema de RPAAPP la antijuricidad está dada solo respecto de la actuación regular o normal del Estado. Pues una actuación anormal, de ninguna manera, ni en ningún caso acarrea deber jurídico de soportar el daño y por ende el término antijuricidad no cabe en tal supuesto.

Sin embargo, claro está, que hablando del sistema de RPEL, ésta antijuricidad, corre otra suerte, atendiendo a la diferencia de actividades de la administración pública y la del legislador. La antijuricidad, es decir, la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño aquí, se da pues a partir de la declaración de ilicitud formulada por el intérprete de la constitución.

La antijuricidad aquí está dada meramente por la inconstitucionalidad de la norma. Aun y cuando en la segunda de las sentencias citadas anteriormente, no haya agotado ninguna vía jurisdiccional, ni administrativa. Pues la sala superior ha reconocido la imposibilidad de exigencia de recurrir ante los órganos cualquier ley, por la presunción de legitimidad de los actos del ente administrativo que ejecuta la ley, ello no implica un deber jurídico de soportar por no recurrir, pues de la norma base aún no se declaraba su inconstitucionalidad. A riesgo de

reiteración innecesaria en este punto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma, resulta como única condición necesaria, suficiente para apreciar la ilicitud del acto legislativo y por ende su antijuricidad.

4.2.1 La acción de responsabilidad del legislador y su independencia del acto administrativo que aplica la norma generadora del perjuicio.

Aclarado el tema de la antijuricidad como elemento básico para la RPEL, otro elemento que es menester aclarar y que según la doctrina opuesta podría ser en algún momento impedimento a la decisión estimatoria de indemnización por actos del legislador, puede llegar a ser, por un lado, la consolidación de las situaciones jurídicas interpuestas durante la ejecución de la disposición declarada luego, por otro lado inconstitucional.

Específicamente de la existencia de una sentencia que tiene el carácter de cosa firme o un acto de liquidación tributaria que es firme, por no haberse recurrido, ningún acto posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que origino tales acciones administrativas o jurisdiccionales podrá modificarlas. Ello, atendiendo al artículo 40.1 de la Ley de Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC):

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Es clara la limitación, que establece el artículo pre citado. Existe pues, por un lado, la imposibilidad de algún tipo de revision de sentencias firmes o de cosa juzgada, con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, que dio origen a tales instancias.

Para superar tal limitación, el Tribunal Superior, prescinde del sistema indemnizatorio previsto en el artículo 32.3.4 de nueva Ley 40/2015 que dice:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Del anterior precepto deviene una responsabilidad de la administración imputable a la inconstitucionalidad de la ley, pero limitando el derecho de reclamación de dicha garantía solo a quien haya impugnado la inconstitucionalidad del acto. Cosa que el TS en sentencia señalada en líneas anteriores no observó.

El Tribunal Superior separa radicalmente la acción encaminada a cancelar los efectos del acto administrativo de la medida legal de la obtención de una garantía compensatoria directamente del legislador. Permitiendo, pues en sentencias de 29 de febrero de 2000 y 13 de junio de 2000 la reclamación pecuniaria del daño sufrido, por los efectos de una ley ilegítima, directamente al Estado, no así a la Administración Pública que ejecutó aquella disposición. Reconoce este órgano una responsabilidad con la excepción de cosa juzgada y las consecuencias patrimoniales de la STC 173/1996, Veamos:

Esta sala considera, sin embargo, que *la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia*. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el

reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquel en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuricidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La importancia de tal doctrina jurisprudencial radica pues, en la RPEL por la antijuricidad de la norma inconstitucional, por otro lado, lo establecido en el artículo precitado es una responsabilidad por daños y perjuicios de ejecución de una norma constitucional, pero que puede en determinado momento causar un perjuicio y de ello el legislador esta consiente al establecer en la norma algún tipo de indemnización por ello.

Para mayor entendimiento y claridad, respecto de los resultados que acarrear tales sentencias, es preciso traer a cita, el señalamiento del TS respecto de las posibilidades del gobernado de reclamar indemnización, respecto de las diferentes posturas fácticas:

Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, “en cualquier momento” la revision de tal acto nulo, de pleno derecho, como prevé el artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Comun y, simultanea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revision, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero tambien pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revision de disposiciones y actos nulos de pleno derecho a fin de dejarlos sin efecto y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.

En síntesis a la entidad demandante, al estar basada en fuerza de cosa juzgada la declaración de no ser procedente la devolución de lo ingresado por el concepto de

gravamen complementario en las arcas de la comunidad autónoma de Asturias, no le quedaba otra opción que la ejercitada acción de responsabilidad patrimonial por acto del legislador.

Sin embargo en los supuestos en que no existe el valedar de cosa juzgada, cabe instar en “cualquier momento” la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000, el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos legislativos, dentro del plazo legalmente establecido.¹⁰⁵

Observamos el origen jurisprudencial de la figura de RPEL derivada de la inconstitucionalidad de una ley. Es la anterior sentencia especialmente didáctica, pues logra dilucidar todas las posibles confusiones en las que se puede caer al hablar de actos de aplicación de una ley irregular con el ordenamiento constitucional y muy distinto y claramente, los actos de promulgación de esta.

Quedando claro lo anterior, es importante para fines del presente proyecto dejar planteados y determinados cuáles son los límites, carácter de la RPEL por leyes declaradas inconstitucionales y papel del juez ordinario de determinar la eficacia de los juicios de inconstitucionalidad de las leyes, en lo que respecta a esta doctrina.

Uno de los límites de la figura de RPEL es pues en este caso, la imposibilidad de solicitar la devolución de cantidades que ya están satisfechas, pues ello significa la consecuencia de la solicitud de nulidad del acto administrativo que aplica la medida legislativa. En tal caso, hablamos de reparación pecuniaria de un daño provocado directamente por la disposición legal anulada, lo cual es, lo que el TS amparó en las sentencias anteriores.

Respecto a los requisitos de indemnización de la actividad anormal del legislador, habrá que decir que la relación causa efecto, entre la ley y la lesión producida, se cristaliza a partir de

¹⁰⁵ STS 15 de julio de 2000.

que tal lesión deriva, precisamente de la anulación de la ley y no de la autoliquidación practicada, pues esto último representa un choque de causa efecto en la RPEL.

La prescripción habrá que decir pues, que esta, según el TS se computa a partir de la publicación de la inconstitucionalidad de la ley y no a partir de la aplicación de la norma.¹⁰⁶

4.3. Antijuricidad y Deber Jurídico de soportar el daño que causa una ley inconstitucional.

La sentencia de declaratoria de inconstitucional significa, en la sentencia española que le dio origen a la figura, el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de cantidades que resultaron ser indebidas, por fundarse en la directa aplicación de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por el gobernado. Sobre tal elemento de antijuricidad, consiste el título de imputación de la Responsabilidad Patrimonial, pues el TC declaró la nulidad del precepto legal en que tal disposición tributaria se apoyó.

Es responsabilidad del legislador pues, por la antijuricidad¹⁰⁷ que suponen los daños y perjuicios causados por la promulgación de una ley inconstitucional.

Según el TS cabe considerar la RPEL cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y se da un sacrificio patrimonial especial o “singular” de derechos o intereses económicos que se consideran afectados por las actuaciones administrativas anteriores con la legislación aplicable.

Afirma al respecto el TS:

(...) no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional.¹⁰⁸ La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a

¹⁰⁶ Véase STS 15 de junio 2011.

¹⁰⁷ Entiéndase este término, como la inexistencia de deber jurídico de soportar el daño.

¹⁰⁸ Exigencia que establece el precepto analizado en la nueva ley 40/2015.

la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear *de oficio o a instancia de parte* al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).¹⁰⁹

4.4 *La inconstitucionalidad de las leyes en el derecho positivo mexicano.*

4.4.1 *La Declaración de inconstitucionalidad y sus efectos*

Como se sabe, por excelencia el medio de control de constitucionalidad de las normas en el sistema jurídico es la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo a partir de recientes reformas cuando se analiza la constitucionalidad de una norma en el juicio de amparo en revisión, también se pueden alcanzar efectos generales. Tomando en cuenta ello, cabe plantearnos los siguientes cuestionamientos para el objetivo que en el presente capitulado:

¿Es posible a través de sentencia de acción de inconstitucionalidad que inválida una norma o de la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo alcanzar indemnización por la lesión de la que ha sido causa la norma declarada inconstitucional? de ser así, ¿Dónde encuentra su fundamento teórico tal indemnización? ¿En una responsabilidad de la autoridad que aplico la norma o de quien la promulgo?

En el caso de los efectos generales del juicio de amparo, ¿la excepción establecida de las normas tributarias, representa un obstáculo para la posible configuración de la figura de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales?

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, citada en Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Recurso 567/1998, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia 13 de junio 2000

4.4.2 Declaratoria General de inconstitucionalidad

La Responsabilidad de los poderes públicos, o en el caso del sistema constitucional mexicano, del “Estado” de reparar las violaciones a DDHH, la encontramos en el segundo párrafo, del artículo primero de dicho ordenamiento, citado ya con antelación:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y *reparar* las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹¹⁰

Partiendo del entendido de que la declaratoria de una norma o mejor dicho “ley” en contradicción con los principios constitucionales implica una clara violación de derechos, entre ellos “lesiones patrimoniales” a quien se ve afectado con su promulgación y aplicación es inconcuso afirmar que tal violación encuentra como ente responsable al órgano emisor de aquella.

En un ejercicio de homologación al caso español, perfectamente podría el precepto citado con antelación, ser base de interpretación para reparación por leyes declaradas inconstitucionales,¹¹¹ .Sin embargo, está claro que la garantía de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales, en el sistema mexicano, es por ahora y parece que lo seguirá siendo por mucho tiempo una mera utopía, pues nada en la práctica forense y mucho menos en la legislación parece advertir hasta ahora la figura.

Dentro del ejercicio de defensa de la superioridad de la constitución, establecida en el artículo 113 constitucional, el sistema jurídico mexicano contempla varios mecanismos, pero los dos que interesan para fines del presente proyecto son la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo indirecto, pues a partir de ellos es que se trata de combatir la constitucionalidad de las normas generales. Analicemos lo que el derecho positivo mexicano establece al respecto:

¹¹⁰ última reforma 29 enero 2016.

¹¹¹ Claro está, declaraciones inconstitucionales por vicios de fondo.

a) *Sobre la acción de inconstitucionalidad*

El modelo de control constitucional mexicano se ha perfilado como un sistema de defensa constitucional mixto. Se desempeñan características auténticas de un sistema concentrado de constitucionalidad como lo es el reconocimiento especial del Poder Judicial de la Federación como competentes para conocer de medios de defensa como el juicio de amparo y más aún la delegación expresa de la SCJN de dirimir acciones de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales, entre otros medios de control, de los cuales los efectos de tales resoluciones son erga omnes, es decir, efectos generales.

Así mismo, se perfilan características de un control difuso de constitucionalidad a partir del cual se entiende que cualquier juez ordinario puede valorar la constitucionalidad o no de una norma y aplicarla o desaplicarla para el caso concreto, con efectos estos, solo entre partes.

Una importante diferencia a analizar para fines del presente proyecto entre ambos sistemas lo representan los efectos de dichas resoluciones. La retroactividad o no retroactividad de la respectiva sentencia de estimación de inconstitucionalidad, así como los efectos generales o entre partes.

La acción de inconstitucionalidad es un ejercicio abstracto de control de la superioridad y rigidez de la constitución, como norma suprema reconocedora de todos los derechos y libertades de los ciudadanos así como de los límites del poder. Tal control constitucional está encaminado a los actos y normas del poder público que se traducen en una incongruencia con el ordenamiento supremo.

Aunque si bien la legitimación para instar a través de tal medio es solo de los poderes públicos,¹¹² la teoría y doctrina que dan origen a la RPEL por leyes declaradas

¹¹² Específicamente: a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas e) Derogado. f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos h) El organismo garante que establece el artículo 6° de esta i) El Fiscal General de la República.

inconstitucionales encuentra su argumento en la declaratoria de dicha inconstitucionalidad independientemente del origen que encuentre tal declaratoria.

Analicemos lo que la constitución y ley establecen al respecto, para posteriormente desentrañar la responsabilidad que deriva a la autoridad emanadora de la ley inconstitucional, es decir el legislador.

A partir del 31 de diciembre de 1994, la constitución mexicana establece en su artículo 105 fracción II de la Constitución que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución”.

Aunque en el penúltimo párrafo, del mismo artículo nos encontramos con el establecimiento de los efectos de la declaración de nulidad de la norma al disponer que la declaración de invalidez de las resoluciones de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal.

- *La retroactividad del control abstracto de inconstitucionalidad.*

Sobre el estado de intangibilidad de las sentencias que en determinado momento alcanza una resolución judicial, habrá que advertir las formas formal y material. Aquella indica la imposibilidad de recurrir una sentencia, una vez transcurridos los plazos transcurridos legalmente, para ello. Por otro lado la segunda es el efecto procesal de las sentencias que determina la invariabilidad de las mismas y su permanencia en el tiempo. La unión entre ambas esta reducida a que las sentencias firmes producen la eficacia de cosa juzgada.¹¹³ Ante tal inmutabilidad de la sentencia, el derecho positivo mexicano establece las consecuencias y efectos de declaración de inconstitucionalidad, y quedan claros según la respectiva Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, artículo 41 IV, determina que:

Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos

¹¹³ CONCHEIRO Del Rio, Jaime, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes*, Dijusa, Madrid, 2001, p. 88.

aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.

Aun y cuando es claro el precepto de irretroactividad de las sentencias de constitucionalidad, es decir los efectos *ex nunc*, la capacidad de modulación de los efectos de estas es una tendencia cada vez más generalizada en los sistemas de defensa constitucional.

En el caso mexicano, la única posibilidad de modulación de los efectos temporales de tal sentencia estriba en la libertad del órgano defensor de la constitución, de establecer el momento a partir del cual empezaran a correr los efectos de tal estimación de inconstitucionalidad, aunque estos serán siempre *ex nunc*. La excepción a tal ámbito temporal de validez lo representa el derecho penal. En tal sentido, los efectos de declaración de inconstitucionalidad se proyectan solo hacia el presente y el futuro, de ninguna manera se da la retroactividad.

- *los efectos generales del control abstracto de inconstitucionalidad*

Respecto al ámbito personal de validez de la estimación de inconstitucionalidad el artículo 41 Fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, se establece el presupuesto de la votación calificada de por lo menos 8 votos para que tal estimación de inconstitucionalidad tenga efectos generales.

Sin embargo, también pueden desprenderse junto con la sentencia estimatoria otros alcances y efectos cuya valoración queda a disposición del juez constitucional.

Aun y cuando el artículo 133 de la constitución mexicana establece la supremacía constitucional e impone a los legisladores la obligación de que las normas aprobadas sean acorde con la misma al declararse la contradicción con la norma suprema, no se considera ningún tipo de responsabilidad para el ente legislador, cuando tal inconstitucionalidad ha acarreado un perjuicio individualizable, evaluable, efectivo y del que se pueda advertir relación causa efecto.

La máxima responsabilidad a la que el legislador se podría exponer con dicha declaratoria sería a verse en la necesidad de nueva promulgación que suplante a la invalidada.

Aunque habrá que advertir, en principio que en el caso mexicano la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas generales, no representa para el legislador ningún tipo de responsabilidad, de hecho tal declaración ni siquiera se traduce en abrogación o derogación de la norma del ordenamiento jurídico, pues tal acto es exclusivo del legislativo.¹¹⁴ La norma tiene una existencia propia que se define a través de un supuesto normativo y se revisa al actualizarse tal supuesto, es decir en el acto de aplicación.

La posibilidad de anular la norma y sus efectos, es un supuesto que no se actualiza en México, pues el legislativo no queda vinculado para reparar en ese sentido la violación advertida, sin embargo si prohíbe que se vuelva a aplicar por cualquier autoridad, si esta tiene efectos generales, de no ser así, solo se queda sin efectos para los afectados y queda abierta la posibilidad de aplicación en casos futuros.¹¹⁵

Así pues, respecto a los efectos temporal y personal de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad éstos no son de ninguna manera retroactivos y se contemplan los efectos generales a partir de una mayoría calificada.

b) *El juicio de amparo* Indirecto

A partir de las reformas constitucionales de 2011 en materia de DDHH, surgió también junto a ésta la reforma en materia de amparo, el artículo 107 fracción II: “Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente”¹¹⁶

A partir del anterior precepto, el juicio de amparo presenta importantes cambios en el sistema jurídico para con el gobernado. El legislador emite una nueva Ley de Amparo,¹¹⁷ en la que el tema de la declaratoria general de inconstitucionalidad a partir del artículo 231 en

¹¹⁴ Al respecto caeríamos a lo que doctrinalmente se conoce como teoría de la “sustitución”.

discutido en el primer capítulo

¹¹⁵ Véase, CORTÉS, Galván, Armando, Los efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad de las Normas Tributarias, Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal, México, 2006, pp. 24 y 25.

¹¹⁶ Reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del juicio de amparo 06 de junio de 2011 y reformas en materia de DDHH 10 de junio del mismo año.

¹¹⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de abril de 2013.

adelante, representa una necesaria y urgente novedad, que sirve de “depuración del ordenamiento jurídico”.¹¹⁸ A continuación se cita tal precepto de la respectiva Ley. Sobre la declaratoria general de inconstitucionalidad:

Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma. Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

Tenemos a partir de este medio de control, un cauce a disposición del gobernado de instar la inconstitucionalidad de una norma, la cual, de resultar estimatoria implica la posibilidad de exigir reparación, a través de los efectos restitutorios. Sin embargo es de analizarse la eficacia y naturaleza de tales medios.

- *Ámbito temporal y personal de eficacia de las sentencias*

Los efectos de la sentencia en el juicio de amparo en revisión se configuran en el ámbito temporal y personal de la misma forma que la declaratoria de inconstitucionalidad, por acción abstracta, es decir, no tiene efectos retroactivos y se extienden los efectos generales alcanzando la mayoría calificada de 8 votos.

Aunque casuísticamente en tal análisis de constitucionalidad pueda aparecer el poder legislativo como autoridad responsable, es cierto que de ninguna manera, aun resultando estimatoria tal inconstitucionalidad la sentencia vincula a dicho ente estatal algún tipo de responsabilidad por la promulgación de tal ley, aun y cuando la aplicación del precepto haya causado algún daño patrimonial.

¹¹⁸ Véase, DE SILVA, Gutiérrez, Gustavo, *Defensa Constitucional Oportuna. Iuris Tantum*. Tercera Época, no. 22. Universidad Anáhuac. México, 2011. Págs. 34-36.

4.4.3 Los efectos restitutorios en la estimación de inconstitucionalidad de sentencia de juicio de amparo

Un muy posible y justificado teórica y jurídicamente argumento en contra de la garantía de RPEL por la declaración de inconstitucionalidad de una ley sin duda podrían ser los efectos de restitución que la sentencia de constitucionalidad puede estimar según el derecho positivo mexicano.

Dentro de los efectos de la concesión de amparo según el artículo 77 de la Ley de Amparo, se reconoce que “cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al Estado que guardaban antes de la violación”. Sin embargo, la restitución de tales derechos no produce efectos constitutivos de derecho, según manifiesta la SCJN:

SENTENCIA DE AMPARO. SÓLO RESTITUYE EL ESTADO DE COSAS QUE IMPERABA ANTES DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO, SIN PRODUCIR EFECTOS CONSTITUTIVOS DE DERECHOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013).

La concesión del amparo restituye al gobernado en el pleno goce del derecho fundamental afectado, por lo que restablece las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto es de carácter positivo, o bien, ordena que se obre en el sentido de respetar el derecho transgredido, si el acto es negativo. Por lo mismo, si al presentar la demanda de amparo existía incertidumbre o indefinición con respecto a dicha situación jurídica, la autoridad de amparo no debe pronunciarse sobre derechos en disputa, que aunque estuvieran relacionados con la materia del amparo, deben dirimirse en los juicios correspondientes. Por el contrario, el órgano jurisdiccional de amparo debe limitarse a controlar el acto de autoridad reclamado, a través de su declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Así, el juicio de amparo, como medio de control constitucional, no produce efectos constitutivos de derechos, los cuales sólo podrán

materializarse cuando se reconozcan legalmente a través de los medios ordinarios de defensa y no se presente impedimento material o jurídico para ello.¹¹⁹

Se reconoce el deber del juez constitucional para que en el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, se determinen con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.

Sin embargo, la indemnización de daños y perjuicios derivados por la aplicación de tal ley, no encuentra en los efectos restitutorios su cauce. No son un efecto y consecuencia bien lograda, pues en todo caso dependerán del acto contra el cual se promueva el juicio de amparo. Al respecto la SCJN manifiesta:

SENTENCIAS DE AMPARO. LOS EFECTOS ESTÁN DETERMINADOS POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CADA CASO EN CONCRETO.

Los efectos y alcances de las sentencias emitidas por un Tribunal Constitucional varían acorde al proceso en el cual se emiten, y según la violación constitucional que se advierta en el caso en concreto. Así, las pretensiones de los reclamantes, la naturaleza y objeto del proceso, marcan la pauta de las consecuencias de la sentencia emitida: ya sea la declaración de una inconstitucionalidad, el reconocimiento de la lesión a un derecho fundamental, y el restablecimiento del mismo. De igual manera, los efectos que en su caso pueda contener una sentencia de un Tribunal Constitucional, estarán determinados por el esquema de impartición de justicia del Estado de que se trate, y por los ámbitos competenciales de los órganos que integren al mismo. Lo anterior ha dado lugar a las sentencias denominadas por la doctrina como "atípicas", al no contener una declaración de nulidad absoluta de la norma o acto que se combatió, sino una orden para que determinado órgano del Estado subsane la violación constitucional de que se trate. En efecto, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden conllevar efectos vinculantes para otros órganos jurisdiccionales del sistema jurídico en cuestión, lo que

¹¹⁹ . XXXIX/2014 (10a.), : Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, Octubre de 2014, p.203.

implica que los mismos tienen que acatar la resolución correspondiente, sin que se puedan pronunciar de forma distinta sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Así las cosas, a consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso del sistema jurídico mexicano, si bien la resolución del juicio de amparo no es de competencia exclusiva de este Tribunal Constitucional, lo cierto es que se trata de un mecanismo de control de constitucionalidad de normas y actos encaminado a la protección de los derechos fundamentales, debido a lo cual, los efectos de las sentencias que se emitan en el mismo, pueden conllevar la nulidad lisa y llana del acto reclamado, o incluso una directriz para algún otro órgano del Estado, incluidos los tribunales. Por tanto, pretender que los efectos de toda sentencia de amparo sean iguales para todos los casos, implicaría negar la naturaleza del juicio de amparo como el instrumento más importante de protección de los derechos fundamentales, situación que generalizaría de forma peligrosa todo problema jurídico. No toda violación a los derechos fundamentales es igual, por lo que el efecto de una sentencia de amparo debe caracterizarse por una ductilidad que permita tutelar de la manera más efectiva posible los derechos de las personas. Debido a lo anterior, cada uno de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del juicio de amparo, en sus respectivas competencias, deberán evaluar cada caso en concreto, identificando el derecho fundamental que fue violentado, para así ponderar los efectos que tal violación constitucional acarrearía en aras de restituir el goce del derecho transgredido, sin que ello implique que no se pueda decretar la nulidad lisa y llana del acto reclamado, pues se podrá arribar a tal consideración cuando a juicio del órgano jurisdiccional competente, la violación concreta al derecho fundamental así lo amerite.¹²⁰

Podemos desprender de lo anterior, la falta legal y jurisprudencial de estimación general de responsabilidad del legislativo ante la declaratoria de inconstitucionalidad en el juicio de amparo y más aún, puede desprenderse que la indemnización por posibles daños y perjuicios no es una estimación considerada de forma genérica.

¹²⁰ Tesis1a. XXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, 3 Febrero de 2014, p. 686.

- *El caso de las normas tributarias*

En principio habrá que partir de reconocer que este tipo de normas están en nuestro sistema jurídico, íntimamente relacionadas con las llamadas garantías individuales, ahora DDHH, de tal suerte que deberían ser susceptibles de protección dentro de los medios de control constitucional y encontrar igualdad de trato frente a las de otra naturaleza.

Al respecto sobre los principios de legalidad, equidad y proporcionalidad que siguen tal materia la SCJN ha manifestado:

(...) si bien el artículo 31 de la Constitución, que establece los requisitos de proporcionalidad y equidad como derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de este derecho sí es una violación de garantías cuando los tributos que decreta el Poder Legislativo son notoriamente exorbitantes y ruinosos. También este Tribunal Pleno ha considerado que la equidad exige que se respete el principio de igualdad, determinando que es norma de equidad la de que se encuentren obligados a determinada situación los que se hallen dentro de lo establecido por la ley y que no se encuentren en esa misma obligación los que están en situación jurídica diferente o sea, tratar a los iguales de manera igual. Es decir, este Tribunal Pleno ha estimado que se vulnera el derecho del contribuyente a que los tributos sean proporcionales y equitativos, cuando el gravamen es exorbitante y ruinoso y que la equidad exige que se respete el principio de igualdad.¹²¹

En atención a lo anterior, podemos entender la limitación de efectos generales en el juicio de amparo de las normas tributarias como una limitación de los DDHH que como veremos en líneas posteriores, limita la posible garantía de RPEL por declaración de inconstitucionalidad.

¹²¹ PLENO Séptima Época, Primera Parte: Volumen 62, página 31, Amparo en revisión 6168/63. Alfonso Córdoba y coagraviados (acumulados). 12 de febrero de 1974. Mayoría de dieciocho votos. Disidente: Ezequiel Burguete Farrera. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Secretario: Juan Muñoz Sánchez. Volúmenes 97-102, página 108. Amparo en revisión 1597/65. Pablo Legorreta Chauvet y coagraviados. 12 de abril de 1977. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete. Citado en ALVAREZ, Banderas, Jorge, "Legalidad, Proporcionalidad y Equidad Tributaria: Derechos Humanos en México" *Revista Cijus Vox*, 4, 2014, pp. 31-48, p. 42.

Respecto a los efectos restitutorios de la sentencia de amparo en esta materia, como mero ejemplo se puede mencionar el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad en el juicio de garantías promovido contra el artículo 109 fracción XI penúltimo párrafo de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. Aunque se dio previo a la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2011 en materia de juicio de amparo, es posible desprender la existencia de un daño patrimonial por la aplicación cuya ley se considera inconstitucional

Los efectos de dicho juicio de garantías por parte de la SCJN fue incluir al quejoso en la exención relativa, logrando así que se le aplicaría el beneficio y obteniendo la devolución de las contribuciones que hubiere pagado por tal concepto a partir del primer acto de aplicación de la ley. De lo cual se desprende que la indemnización que se establece deviene del acto de aplicación, es decir del acto administrativo y no así y de ninguna manera una RPEL por la inconstitucionalidad declarada.

La excepción de declaratoria general de inconstitucionalidad establecida en el caso de las leyes tributarias, en el juicio de amparo acarrea la imposibilidad y desprotección de aquellos casos en los que no se instó en tiempo ni judicial ni administrativamente la aplicación de la norma declarada inconstitucional, pues al no extenderse los efectos de dicha declaratoria podría sobreentenderse un acto consentido y en tal caso, dichos menoscabos económicos quedan en una posibilidad nula de resarcimiento. Ello, atendiendo al contexto en el que se da el origen de la garantía de RPEL.

Se dan así, dos supuestos facticos: Por un lado, para los contribuyentes que hayan interpuesto juicio de amparo en contra de la ley fiscal, el efecto de la sentencia sería obtener la devolución de las cantidades pagadas en contravención de los principios tributarios, ello en atención al principio de restitución que rige a las sentencias de amparo y que ha caracterizado a ese juicio desde sus inicios, y por otro lado, los contribuyentes que no interpusieron juicio de amparo, el efecto de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley, sería únicamente que se les dejara de aplicar la ley inconstitucional, a partir del momento en que se haga la publicación de la declaratoria en el Diario Oficial de la Federación. En el caso particular de estos contribuyentes no podrían solicitar la devolución de las cantidades enteradas, con

anterioridad a la publicación de la declaratoria, ello en atención a que no promovieron juicio de amparo y no pueden verse beneficiado con el principio restitutorio de la sentencia.¹²²

Conforme a la jurisprudencia 188/2004 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro: “AMPARO CONTRA LEYES FISCALES. OBLIGA A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES APLICADORAS A DEVOLVER LAS CANTIDADES ENTERADAS.” el efecto de la sentencia que otorga el amparo contra una norma fiscal será, atendiendo a la naturaleza de la misma, que no se aplique en el futuro al particular hasta en tanto no se produzca un nuevo acto legislativo que la reforme, modifique, o incluso repita su contenido y que las autoridades que recaudaron las contribuciones restituyan las cantidades que como primer acto de aplicación se hayan enterado y las que en forma subsecuente se hayan pagado, si en la sentencia protectora se ordenó la devolución del tributo o esta sea una consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad.

Atendiendo a lo anterior, dicha restitución comprende las sumas enteradas desde el acto de aplicación que sirvió de base para la promoción del juicio y los pagos subsecuentes hasta que la sentencia cause ejecutoria, ya que por virtud de esa concesión, la disposición inconstitucional ya no tendrá que aplicársele al gobernado, pues de lo contrario, las autoridades pueden incurrir en repetición.

Así pues, atendiendo a tales efectos restitutorios la sentencia de amparo que declara la inconstitucionalidad de las normas que prevén un impuesto, tiene como efecto desincorporar de la esfera jurídica del contribuyente la obligación tributaria respectiva, lo cual se colma con la devolución de la cantidad pagada por concepto del tributo declarado inconstitucional y su actualización. Nótese que no comprende el pago de intereses, pues estos participan de una naturaleza indemnizatoria, la cual no constituye un efecto del fallo protector, ni mucho menos pago por daños y perjuicios que se hayan ocasionado por la aplicación de tal norma.¹²³

La única forma de cumplir con tal obligación de resarcimiento a la garantía violada, es además de la devolución de las cantidades indebidas conforme el Código Fiscal de la Federación establece, los daños que y perjuicios que pudieron haberse generado por la

¹²²ARDINA, Muñoz, Diana, *Alcances de la Inconstitucionalidad de Leyes Fiscales*, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 2014, <http://200.94.19.138/tesisXXVI/versionPDF.html>.

¹²³ *Ibídem* p. 108.

aplicación de tal precepto. Justificado esto último, en una responsabilidad del legislador como responsabilidad de los poderes públicos que en ciertos casos puede ocasionar vulneración al principio de confianza legítima y como consecuencia de ello, frustración económica ocasionada por la norma inconstitucional.

En tal sentido no se habla de la devolución de cantidades indebidas, si no de daños y perjuicios derivados de la aplicación de la norma contraria a la constitución, cuyo centro de imputación es el legislador.

En cuanto a la limitación constitucional en esta materia, de los efectos generales de la sentencia de amparo indirecto, es preciso hacer notar la desventaja a la que el particular lesionado patrimonialmente se encuentra.

Está claro que los principios de tributación no se encuentran dentro de los primeros 29 artículos considerados de los derechos humanos y sus garantías, sin embargo la SCJN en jurisprudencia firme ha manifestado que al lesionarse tales principios se trastocan garantías individuales.

En el supuesto de la garantía de RPEL por la declaración de leyes inconstitucionales, la limitación de tales efectos generales de la sentencia representa un obstáculo para el derecho del gobernado que de forma clara y evidente, haya sufrido una lesión patrimonial económicamente evaluable, individualizable, efectiva y con relación causa efecto. Pues partiendo de que el sujeto pasivo no impugno, la aplicación de la norma inconstitucional se justifica y queda nula toda posibilidad de aplicación de consecuencias de declaración de inconstitucionalidad, entre ellas, la garantía de RPEL aquí estudiada. Según se constata en la tesis siguiente:

DEVOLUCIÓN DE PAGO DE LO INDEBIDO. SON INOPERANTES LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO, EN LOS QUE SE HAGA VALER LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS FISCALES CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN, DERIVADO DE LA SOLICITUD RELATIVA, SI INVOLUCRAN EL IMPUESTO PAGADO CON ANTERIORIDAD A QUE ÉSTA SE FORMULÓ, AL NO PODER CONCRETARSE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, DADO QUE ÉSTOS ÚNICAMENTE TRASCENDERÍAN A ESE ACTO Y HACIA EL FUTURO.

El amparo contra normas generales tiene ciertas diferencias dependiendo de si se tramita en la vía indirecta o en la directa; la principal es la relativa a los efectos del

pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de aquéllas, pues en el amparo directo son que se deje insubsistente la sentencia que en ellas se funda y se emita otra en la cual no se apliquen, pero si su aplicación se realizó en el acto originalmente impugnado ante la autoridad jurisdiccional, el efecto será dejarlo insubsistente para que se emita uno nuevo apegado a la ejecutoria de amparo. En cambio, en el juicio tramitado en la vía indirecta, la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma tiene como efecto dejar insubsistente el acto de aplicación y que en lo futuro no pueda volverse a aplicar al quejoso. Ahora bien, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la concesión de la protección de la Justicia Federal solicitada tiene efectos restitutorios, por tanto, trascenderá en ese acto de aplicación y hacia el futuro, pero no podrá tener efectos retroactivos en la esfera de derechos del quejoso, es decir, sobre actos de aplicación pasados y distintos de los que motivaron la demanda en el juicio origen del amparo directo. Bajo esta perspectiva, precisó, si una solicitud de devolución de pago de lo indebido se realizó con motivo de un impuesto cuya constitucionalidad a la postre se cuestiona en amparo directo, de llegarse a considerar inconstitucionales las normas en que se sustenta esa promoción, la concesión de la protección aplicaría a partir de esa fecha y hacia adelante, por lo cual no alcanzaría a los actos de aplicación de las disposiciones reclamadas, realizados en el pasado, distintos de los que motivaron la demanda de amparo, como son los pagos del impuesto hechos en fecha anterior a la solicitud de devolución controvertida en el juicio contencioso administrativo. Tales consideraciones fueron acuñadas, por motivos similares, al resolver los amparos directos en revisión 556/2007, 2832/2011, 81/2012, 2976/2012 y 1118/2013, en sesiones de 23 de mayo de 2007, 18 de enero y 25 de abril de 2012, 10 de abril y 5 de junio de 2013, respectivamente, por unanimidad de cinco votos, con excepción del tercero de ellos, decidido por unanimidad de cuatro votos y, del último, por mayoría de cuatro. Asimismo, conviene mencionar que sobre el tema, la Primera Sala del Alto Tribunal, en la tesis 1a. CCCI/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 22 de agosto de 2014 a las 9:33 horas y en su Gaceta, Décima Época, Libro 9, Tomo I, agosto de 2014, página 523, de título y subtítulo: "AMPARO DIRECTO EN EL QUE SE IMPUGNEN NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. LOS EFECTOS DE LA PROTECCIÓN FEDERAL DECRETADA CONTRA UNA SENTENCIA DICTADA POR UN TRIBUNAL, AL CONSIDERARSE INCONSTITUCIONAL UNA NORMA TRIBUTARIA APLICADA AL DAR RESPUESTA A UNA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE CONTRIBUCIONES, NO DA, EN AUTOMÁTICO, DERECHO A LA ENTREGA DE LAS

CANTIDADES PAGADAS CON MOTIVO DE ESA NORMA FISCAL.", recordó, en coincidencia con la Segunda Sala, que la protección constitucional que llegare a otorgarse en amparo directo únicamente puede tener como efecto la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia reclamada, a efecto de que el quejoso obtenga una resolución favorable del tribunal de lo contencioso administrativo en relación con la pretensión principal que hizo valer en el juicio respectivo, es decir, la protección constitucional no puede otorgar más derechos de los que se ventilan en el juicio natural, por lo que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley fiscal no tiene ni puede tener los mismos efectos que se producen en los juicios de amparo indirecto en los que el acto destacado es la propia norma tributaria. Así, estableció que en ese tipo de resoluciones anulatorias por razones de legalidad, pero sustentadas en la declaratoria de inconstitucionalidad decretada en un juicio de amparo directo, no pueden incluirse también, como parte del beneficio del contribuyente, los hechos que se hubieran realizado con anterioridad, aun cuando le hayan ocasionado una afectación en su esfera jurídica, pues al haberse realizado en cumplimiento de una norma vigente y de observancia obligatoria, solamente podrían haberse subsanado mediante la protección constitucional obtenida en un juicio de amparo indirecto, toda vez que en el directo no pueden otorgarse más derechos de los que se ventilan en el juicio natural. Por tanto, son inoperantes los conceptos de violación en el amparo directo, en los que se haga valer la inconstitucionalidad de normas fiscales con motivo de su aplicación, derivado de una solicitud de devolución de pago de lo indebido, si involucran el impuesto pagado con anterioridad a que ésta se formuló, al no poder concretarse los efectos de la eventual concesión de amparo que, como se señaló, únicamente trascenderían a ese acto de aplicación (solicitud de devolución) y hacia el futuro, por lo que no podrían abarcar el pago realizado con anterioridad a la petición cuya respuesta se impugnó en el juicio contencioso administrativo.¹²⁴

Es posible estimar el abismo existente entre las situaciones jurídicas y fácticas que dan origen a la RPEL por leyes inconstitucionales en España y México. Representan estimaciones y resoluciones de los órganos jurisdiccionales en total diferencia, pues en tanto el TS de aquel país estima a partir de la inconstitucionalidad tal garantía con efectos generales y hacia el

¹²⁴ Tesis: (III Región) 4o.57 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época .Tomo III, 15 febrero, 2015,p. 2675.

pasado y aun sobre la firmeza que pudieran tener las resoluciones administrativas o judiciales que confirman el acto, la SCJN encuentra en los efectos ex nunc una limitación entendible y justificable quizás, en materia tributaria, pero no así en otras materias.

Para concluir, debemos en resumidas cuentas reconocer que si existe la posibilidad de alcanzar indemnización por la estimación de inconstitucionalidad de una norma, sin embargo esto no es reconocido literalmente en el derecho positivo como una consecuencia de la inconstitucionalidad, en el caso del análisis abstracto de la norma, sí no que dependerá de cada caso específico. Por otro lado, en el juicio de amparo, si se reconoce tal consecuencia como parte de los efectos restitutorios, sin embargo no es una realidad fáctica y también se sujeta a las circunstancias específicas de cada caso.

Además, en el caso de tal reconocimiento, como se puede desprender, no se trata de una responsabilidad que deviene de la autoridad de la cual emana la norma inconstitucional, si no de quien aplica tal precepto.

En el caso de la excepción establecida de las normas tributarias, como quedo de relieve ello representa un obstáculo para la posible configuración de la figura de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales, al quedar limitados los efectos a la existencia de previa de impugnación de la norma.

4.4.4 Sobre daños y perjuicios por actuación del servidor publico

Partiendo de la idea de que la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa, es controlar la legalidad de la actuación y como consecuencia de dicho control conocer de los daños y perjuicios resultantes de la antijuridicidad que supone la inconstitucionalidad declarada, es que resulta necesario el análisis adjetivo de tal institución, en nuestro ordenamiento jurídico.

En esta materia, los requisitos para la procedencia de pagos de daños y perjuicios, se establecen a nivel federal en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo. El artículo sexto señala:

La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata.

Sin embargo, tal indemnización es procedente cuando se está ante impugnaciones de resoluciones administrativas, es decir, los daños y perjuicios contemplados aquí, derivan de los sucedidos u ocasionados por una falta grave ocasionada por la autoridad cuya resolución se recurre, entre las cuales, se reconocen cuando:

- I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.
- II. Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave.
- III. Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley. La condenación en costas o la indemnización establecidas en los párrafos segundo y tercero de este artículo se reclamará a través del incidente respectivo, el que se tramitará conforme lo previsto por el cuarto párrafo del artículo 39 de esta Ley.

En esta materia, y bajo tales circunstancias es la única forma de procedencia de indemnización por daños y perjuicios, no siendo posible estos por los daños ocasionados por la aplicación de la norma luego declarada inconstitucional.

Por otro lado, la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, establece que todo servidor público tiene las obligaciones de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

Sin embargo del análisis de las fracciones susceptibles de tal indemnización no se desprende posibilidad de fincamiento de responsabilidad al legislador, específicamente por los daños y perjuicios ocasionados por la contradicción a la constitución con su promulgación a la ley.

En todo caso, se habla de una responsabilidad del servidor público, objeto que no es el del presente estudio, pues tal tipo de responsabilidad y la Responsabilidad Patrimonial del Estado que aquí se analiza, atiende a una naturaleza totalmente diferente.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Si bien es cierto que la concepción moderna de la supremacía de la ley ha quedado superada, también lo es, que en el poder legislativo encontramos las manos idóneas, para confiar el gobierno de las leyes, y más aún el gobierno de la democracia constitucional, pues de lo contrario, la paz, sosiego y propiedad de todos estarían en la misma incertidumbre que el Estado de naturaleza.

El poder se divide para terminar con la tiranía, para dar certeza y seguridad jurídica al gobernado a partir de las leyes. En el mismo sentido, la justicia constitucional representa la máxima expresión de control de poder en todos los sistemas contemporáneos. En el caso propio, nuestra justicia constitucional aunque inacabada persigue el fin de apegar a la ley y más a un a los valores y principios constitucionales todos los actos del parlamento.

En un Estado Constitucional de Derecho, donde como es sabido, la constitución representa ese elemento del que todo aspira y donde a partir de una democracia material se entiende el respeto irrestricto a todos los derechos individuales, en ese sentido, la Responsabilidad Patrimonial del Legislador por leyes inconstitucionales, representa una figura obligada, que se traduce en un avance y perfección de un sistema que se ostente de poseer control y división de poder, justicia constitucional y Estado Constitucional de Derecho.

SEGUNDA. Establecido lo anterior, cabe concluir y dejar en segundo término varias e interesantes cuestiones. Primeramente, el principio de legalidad, control judicial de los poderes públicos y la garantía patrimonial del gobernado frente a los poderes públicos, ya sea por expropiación forzosa o responsabilidad en sí misma, representan las consecuencias lógicas y necesarias de un Estado de Derecho.

Respecto a las teorías que comprenden la responsabilidad del legislador, solo en materia de expropiación forzosa, cuando el texto de la ley así lo establezca y las cuales afirman la sustitución del legislador por el juez, en el caso en el cual este último finca indemnización por

una ley, cuando esta misma no lo expresa en su texto, habrá que advertir y dejar en claro, los argumentos Kelsenianos sobre el legislador negativo.

Es decir, el proceso de creación del derecho se desarrolla en dos etapas, legislación y aplicación. El deber jurisdiccional de aplicar el derecho, representa pues, una etapa más de creación de éste, y por lo tanto, dicha sustitución no se da en ningún momento.

Establecido lo anterior, tenemos que el legislador puede dar origen a una responsabilidad, según un análisis de derecho comparado, de diferentes formas, las existentes, son: la aquí propuesta, por promulgar leyes inconstitucionales, por actos y omisiones contrarios al derecho comunitario- en el caso de los sistemas europeos-, por leyes materialmente expropiatorias y por leyes de convalidación. Así pues, aunque todas ellas deriven del legislador, cabe advertir la diferencia esencial que existe entre la derivada de promulgación de leyes inconstitucionales respecto del resto. Es decir, la responsabilidad por actos y omisiones contrarios al derecho comunitario, por leyes materialmente expropiatorias y por leyes de convalidación es una responsabilidad derivada de los poderes públicos, resulta del actuar ordinario que el ejercicio de las funciones del poder público puede generar, es el mismo tipo de responsabilidad que surgiría en el caso de actividad jurisdiccional o administrativa.

Sin embargo, la derivada de promulgación de leyes inconstitucionales, atendiendo a su origen español, deriva de la antijuricidad que representa la aplicación de dicha ley. Quedando claro, que la antijuricidad se entiende como en el ámbito administrativo, de la inexistencia de deber jurídico de soportar un daño. En este caso un daño que causa una ley inconstitucional, cumpliéndose de ante mano los requisitos de daño efectivo, evaluable económicamente, individualizable, y la relación causa efecto.

TERCERA. En un análisis general de la figura de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se desprende la quietud e irresponsabilidad permanente del sistema jurídico mexicano, así como las indeterminaciones de la única forma de responsabilidad del estado en nuestro sistema jurídico.

La contrariedad que traduce el texto constitucional y la respectiva ley reglamentaria al afirmar, la primera que: La responsabilidad del Estado por los daños que con motivo de su Actividad Administrativa Irregular cause en los bienes o derechos de los particulares será

objetiva y directa. Por otro lado, la respectiva ley reglamentaria de tal precepto, Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado como definición de la Actividad Administrativa Irregular, como aquel daño que se causa en los bienes o derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar.

Entendiendo que la objetividad de la responsabilidad consiste en no determinar si el daño viene de una actividad regular o irregular, y que la antijuricidad consiste en no tener el deber jurídico de soportar un daño. Por lo tanto, un daño derivado de una actividad irregular jamás se tiene deber jurídico de soportar. Sin embargo, dentro de las actividades regulares, algunas se tendrá el deber jurídico de soportar, y en otras no.

Por otro lado, quedan claros los argumentos que fácilmente podrían ir en contra de una responsabilidad del legislador en la forma aquí propuesta, los cuales son, los efectos de la cosa juzgada, la independencia del acto que aplica la norma y la soberanía del parlamento.

CUARTA. Queda claro que ante los actos y omisiones del poder público debe haber respuesta, tratándose del poder que se trate. La ley al igual que los demás actos de los poderes públicos, está determinada, condicionada y limitada, la falta o vulneración de tales límites da origen a la antijuricidad del daño causado. Así mismo, queda claro que en el sistema constitucional mexicano la sentencia de acción de inconstitucionalidad solo expulsa del ordenamiento la norma declarada inconstitucional, pero no trae como consecuencia la indemnización por los daños que haya causado en el momento de su vigencia.

Por otro lado, a partir de los efectos restitutorios de la sentencia de amparo indirecto, que estimare inconstitucional una ley con efectos entre partes o más aun con efectos generales, tampoco se traduce en una responsabilidad imputable al legislador.

QUINTA. Así pues, en un análisis conclusivo, tenemos que la posible forma en que los daños inferidos por la promulgación de leyes inconstitucionales, podrían alcanzar una vía de indemnización en el sistema jurídico mexicano, partir de la figura de Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, por reparación de daños, de los cuales no se tiene el deber jurídico de soportar.

Resultado del análisis que en los anteriores capítulos se ha realizado sobre la figura estudiada, es momento de sostener la propuesta de ajuste y diseño de la garantía de RPEL por inconstitucionalidad al contexto jurídico y factico del ordenamiento mexicano, a partir de los principales aspectos estructurales de la teoría que aquí se sustenta.

Partiendo de la aceptación del argumento de que ante la existencia de un daño antijurídico, por la inconstitucionalidad de una ley, encontrando como centro de imputación al órgano legislativo, la administración ha de responder e indemnizar, es posible configurar una garantía de RPEL por leyes inconstitucionales.

Lo anterior, sin privar de los efectos que puedan producir las situaciones consolidadas por actos administrativos o sentencias judiciales firmes. Respetando y manteniendo también al margen de tal garantía todas a aquellas situaciones en las que el particular no impugno la norma ahora declarada inconstitucional, advirtiéndose una aceptación tácita que podría significar obligación jurídica de soportar el daño. Respetando también como límite a ésta, la inconstitucionalidad por vicios de forma. La conclusión sustentada, encuentra en las afirmaciones posteriores su fundamento.

Los efectos de la cosa juzgada

Sin duda la afirmación y sostenimiento de la idea de RPEL por la inconstitucionalidad de la ley implica la garantía del gobernado de poder hacer valer un derecho de indemnización por daños y perjuicios, evidentemente luego de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Es por ello que debe sostenerse la diferencia existente entre la devolución de cantidades indebidas -en el caso de normas tributarias- y la indemnización por pago de daños y perjuicios por la aplicación de una norma inconstitucional. Pues independientemente de que dichas cantidades puedan ser en monto semejantes, el órgano de imputación no es el mismo y ello representa ya de por sí un motivo suficiente que encuentra su fundamento en un verdadero Estado de Derecho.

Se sostiene pues, una diferencia en las causas de pedir y podría decirse que la cosa juzgada en sentido formal y material definitivamente no son argumentos que validen su denegación.

Esta distinción se ve aún más aclarada, cuando se trae a discusión la aplicación de una norma de naturaleza no económica, en la que el particular que se ve afectado por una norma que alega inconstitucional puede sin duda impugnar su aplicación, impugnación que no encuentra en este primer momento un fundamento ni sentido económico, luego entonces, declarada la posterior constitucionalidad, podemos deducir la antijuricidad, la cual en este segundo momento sí que cabría la acción de RPEL por inconstitucionalidad, cuando aquella aplicación genere daños y perjuicios, claro está cumpliéndose además los requisitos ya previstos.

Sin embargo la previsión de la posibilidad de reclamar acción de RPEL por leyes inconstitucionales sobre los efectos que la cosa juzgada ha causado, podrían significar nefastas consecuencias para el funcionamiento del sistema jurídico mexicano.

El riesgo que representa para una administración pública atender demandas de reintegro, solicitadas por los particulares en caso de ejecutar una medida legislativa que luego puede declararse inconstitucional llevaría a mantener un suspenso o “ralentizar” su ejecución hasta en tanto no recaiga sobre ella el pronunciamiento de tal validez.

Al ajustar la garantía estudiada en el derecho positivo mexicano, está encuentra como límite los efectos de la cosa juzgada. Ello funciona como filtro a partir del cual las teorías que argumentan una explosión financiera del Estado pueden encontrar amortiguados los efectos de la consideración de la figura de RPEL por leyes inconstitucionales.

El obstáculo que representa el respeto a las situaciones consolidadas consagradas ya sea por sentencia firme o por actuación administrativa firme se trata de salvar limpiamente mediante la afirmación de que lo que ahora se contempla es una acción de responsabilidad formulada por el afectado contra quien no fue parte en el proceso. Así pues, la sentencia que obtiene la cualidad de firme modula los rasgos determinantes de la solución que pone fin a la situación jurídica litigiosa, y lo hace con congelación de los mismos y sin posibilidad de que sean objeto de modificación o revisión.

Aun y cuando hablemos de independencia entre las acciones de RPEL por inconstitucionalidad y la acción ejercida dentro del procedimiento de aplicación de la ley, lo cierto es que se debe reconocer la vinculación que se da cuando se afirma que " el bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión (la de responsabilidad) está, nadie lo duda, claramente conectado con aquél que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica , que les haría así, aunque solo desde esta perspectiva, intercambiables.

No se puede negar, ni dejar de sostener que:

(...) no se logra evitar el obstáculo que supone la situación individual consolidada y, consiguientemente, no se respeta; por el contrario, tras abrir la puerta del proceso al que puso fin la sentencia firme, se penetra en aquella y pese a estar petrificada se la hace revivir para tomar los elementos que interesan a fin de realizar una calificación de responsabilidad y consiguiente indemnización. Y por ello, se nos habla en la sentencia del " ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución". Y claro es que como se penetra en la forma expuesta en

lo que es una situación "firme" o "consolidada", y no susceptible de revisión, directa o indirecta (...)¹²⁵

De acuerdo a lo anterior es por lo que se produce la paradoja de que lo que no concede el órgano de control constitucional, que aplica como límite a la declaración de inconstitucionalidad el contenido del principio del carácter y fuerza de la cosa juzgada, se obtiene por vía de acción de responsabilidad del legislador. Y del mismo modo, a esta última se le reconoce una retroactividad que de ninguna manera admiten los textos constitucionales ni legales.

Habrá que concluir en este punto que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en RPEL por inconstitucionalidad aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas.

Inconstitucionalidad declarada por forma

Ciertamente, no sería razonable minimizar la importancia de la inconstitucionalidad formal, ni tendría sentido entrar en una polémica sobre si es menos grave que la inconstitucionalidad material. La supremacía de la Constitución exige un respeto escrupuloso por todos sus preceptos, independientemente de que regulen procedimientos o establezcan límites sustantivos a la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, hay una diferencia entre sufrir la aplicación de una norma contraria a los principios constitucionales y sufrir la aplicación de una norma que, sin ser en sí misma inconstitucional, no habría debido existir en virtud de su vicio formal: en la primera hipótesis, el

¹²⁵ STS 3898/2010, 02 Junio, 2010, Voto Particular que formula el magistrado. sr. d. Manuel Martín Timón y al que se adhiere el magistrado Emilio Frías Ponce, en relación con la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo número 588/2008 .

patrimonio del particular es perjudicado como consecuencia de una agresión directa al mismo, lo que no ocurre en la segunda hipótesis. En ésta última, la norma inconstitucional tiene una relevancia meramente causal, no de ilicitud intrínseca del daño.

Es decir, la inconstitucionalidad declarada por vicios formales, puede significar un defecto en la elaboración de la norma, no en su contenido. Por ello, la indemnización pretendida en el primer caso no encuentra vínculo ni relación alguna con un daño o principio constitucional que exija su mantenimiento. Relación y justificación que si se advierte en la declaración de inconstitucionalidad por vicios materiales.

Por otro lado, la estimación y consideración del anterior argumento, advierte el establecimiento de un equilibrio financiero y en un Estado de Derecho las violaciones por fondo no deben quedar fuera, pudiendo si mantenerse al margen de la garantía de RPEL por inconstitucionalidad por violaciones de forma, quedando a salvo la garantía por inconstitucionalidad por vicios de fondo.

Si la norma que ha sido declarada invalida, lo ha sido con motivos formales, es decir, cuestiones competenciales, defectos en la tramitación parlamentaria, etc., ese hecho en sí mismo, no está ligado al contenido sustantivo de la norma y por ende, resulta insuficiente para una posible apertura de responsabilidad patrimonial, del tipo estudiado.

La exigencia es que el contenido material del precepto legal, sea contrario desde el punto de vista constitucional a los derechos de los ciudadanos y haya causado un perjuicio patrimonial de forma efectiva.

Este enfoque de la RPEL por leyes declaradas inconstitucionales, debería avanzar pues, más atento al contenido material de las normas y a su incidencia y efectos en los derechos de los ciudadanos, así como al mayor o menor grado de intensidad (o "caracterización", por emplear el término empleado en otros ordenamientos) de la infracción constitucional.

La falta de impugnación del acto que aplica la norma

Esta abstención de la acción del gobernado que fue sujeto pasivo en la aplicación de la norma posteriormente declarada inconstitucional, representa sin duda un deber jurídico de soportar el daño.

Buscando justificar la lesión y la respectiva indemnización en las teorías del sacrificio especial, igualdad de las cargas públicas,¹²⁶ etc. sería muy acertado afirmar que en un Estado de Derecho la solución más justa sea la revisión *ex officio* de los actos administrativos cuyo respaldo inmediato estuviere fundado en una ley inconstitucional o en una disposición reglamentaria ilegal.

Sin embargo el principio de seguridad jurídica representa un límite en la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad, ante quien fue sujeto pasivo en la aplicación de la norma y de quien se desprende una aceptación tácita del acto aplicativo o auto aplicativo ello acarrea la juricidad del acto en atención a que el derecho positivo le obliga a soportar tal daño al no recurrir y a ello irremediablemente habrá que atenerse.

Otros aspectos a considerar

La jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos está limitada al control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación de la administración, sin embargo, cuando dicho tribunal asume tal jurisdicción no lo hace ejerciendo control estricto sobre la potestad

¹²⁶ La teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas se basa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “unos ciudadanos no pueden sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos”. Respecto a la teoría del bien común, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la administración, por lo tanto le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione. Véase, CASTRO, Estrada, Álvaro, *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México, Fundamento Constitucional y Administrativo”, pp.533-564. p.537.

legislativa, sino que ejerce un control de consecuencias que se derivan de actos nulos y por lo tanto reconducibles al control de legalidad, lo que justifica la competencia de estos para conocer de acción de responsabilidad patrimonial por cualquier concepto, incluyendo la imputación al legislador por la inconstitucionalidad de sus leyes.

Ámbito temporal y personal de la declaración de inconstitucionalidad

a) Ámbito Temporal

Como quedo de relieve, la única posibilidad de modulación de los efectos temporales de tal sentencia estriba en la libertad del órgano defensor de la constitución, de establecer el momento a partir del cual empezaran a correr los efectos de tal estimación de inconstitucionalidad, aunque estos serán siempre *ex nunc*. La excepción a tal ámbito temporal de validez lo representa el derecho penal.

Sin embargo, atento a lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad de una norma general no tiene ningún efecto si esta no protege a situaciones en las que durante la vigencia de aquella ley se generó perjuicio patrimonial individualizable, efectivo, económicamente evaluable y producto de una relación causa efecto de la vigencia de tal ley. Por ello y en atención a tal situación la RPEL por la declaración de leyes inconstitucionales encuentra justificación en ello.

Atendiendo al régimen jurídico de los efectos exclusivamente *ex nunc* de la declaratoria de inconstitucionalidad, no sería jurídicamente posible contemplar la garantía de RPEL por leyes declaradas inconstitucionales sobre asuntos sobre los que existe ya sentencia firme o carácter de cosa juzgada, de lo cual podría desprenderse un deber jurídico de soportar el daño que ha causado tal sentencia de estimación.

Atento a lo anterior, la doctrina moderna constitucional, se inclina por limitar los efectos de las sentencias conforme al pasado. Aceptando la teoría prospectiva de García de Enterría, la cual despliega efectos solo hacia el futuro. Si no se admitiese el pronunciamiento prospectivo,

no se declararían la inconstitucionalidad de un gran número de normas. Esta doctrina libera el freno de pronunciamientos de inconstitucionalidad, el cual hubiera impedido la depuración del ordenamiento en un punto esencial, permite un ajuste sucesivo y cada vez más afinado de las normas que componen el ordenamiento por los valores constitucionales.¹²⁷

En materia tributaria, la nulidad de actos de aplicación de las normas afectadas y su anulación el tribunal puede verse “mediatizado” en sus sentencias por las consecuencias económicas extremadas o atentatorias a la realidad de las cosas que su decisión puede entrañar. Es pues fácil dar un paso adelante cuando el coste de la decisión es nulo o muy reducido, y es preferible que el tribunal tolere la aplicación transitoria de una ley declarada inconstitucional a que se declare la constitucionalidad por el temor a una catástrofe financiera.¹²⁸

Ámbito Personal

De la libertad de modulación de los alcances y efectos de las sentencias que el artículo el artículo 41 Fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional reconoce a la SCJN y de la ausencia de estimación de responsabilidad hacia el legislador, puede advertirse que dentro de la optimización de cumplimiento y eficacia en el fin de restituir los derechos vulnerados, la RPEL por la inconstitucionalidad declarada es una consecuencia que el juez constitucional no debe dejar pasar. Al respecto Ferrer-Mac Gregor sostiene:

(...) la labor de los tribunales constitucionales modernos ha dejado atrás la sola anulación de leyes; los retos de la justicia constitucional cada vez son más complejos y requieren de una intervención mucho más participativa de los jueces constitucionales, de tal modo que han avanzado en terrenos que para Kelsen eran insospechados y probablemente no deseados. En este tenor, los problemas de constitucionalidad provocan la labor creativa del juez

¹²⁷ CONCHEIRO Del Rio, Jaime, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por la Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes*, Dijusa, Madrid, 2001, p. 66.

¹²⁸ Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Referencia a la jurisprudencia prospectiva, en Comentario General de Jurisprudencia, Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, 56.

constitucional, quien debe poner en juego todas las herramientas jurídicas a su alcance, conjuntadas con la sensibilidad, prudencia y autocontención que debe tener.¹²⁹

En el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la cual alcanza efectos generales, vale la pena cuestionar los efectos de tal declaratoria sobre todos aquellos casos en que tuvo aplicación la norma y esta genero un daño evaluable, individualizable, efectivo y con causa en la aplicación de la ley ahora inconstitucional. ¿Cabe contemplar la figura de RPEL por le declaración de inconstitucionalidad de las leyes?

Resulta evidente e inevitable, al hablar de daños y perjuicios que pueda ocasionar la promulgación de una ley, trasladarse al ámbito fiscal. Tanto es así, que los ejemplos de los orígenes españoles estudiados, trasladan directamente a aquel ámbito. Sin embargo, el tema puede resultar aun de mayor interés y enriquecimiento para un sistema jurídico, cuando se configura tal daño en la promulgación de una ley que no es de naturaleza tributaria.

Por ejemplo, en el supuesto de la declaración de inconstitucionalidad de la figura de extinción de dominio, su aplicación y posterior declaración de inconstitucionalidad en un primer análisis podría hablarse de una figura de responsabilidad patrimonial aquí propuesta.

El patrimonio, en tanto institución, es susceptible de vulneración por diferentes formas y factores. En el caso que nos ocupa, la inconstitucionalidad genera la forma y el legislador el factor.

Para mayor entendimiento, resulta útil, responder el siguiente cuestionamiento: ¿Qué problemas explica la institución del patrimonio?

Según Herrera Villanueva, esta figura explica la responsabilidad patrimonial del deudor, responsabilidad a la que no puede eludir el estado en sus diferentes actividades.

¹²⁹ FERRER, Mac-Gregor, Eduardo, "La Suprema Corte de Justicia de México, Como Legislador Positivo", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2011, pp. 59-78, p. 64.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFICA

BÁTIZ, Vázquez, Bernardo, *Teoría del Derecho Parlamentario*, Oxford, México, 1999, pp 49 y 50.

CARPIZO, Jorge, MADRAZO Jorge, *EL Derecho en México, una visión de conjunto*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, p.1713.

CASTELLANOS, Madrazo, José Francisco, *El Control de constitucionalidad de la ley en México*, Porrúa, México, 2014, p. 99.

CASTRO, Estrada, Álvaro, *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México, Fundamento Constitucional y Administrativo".

CASTRO, Estrada, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional, La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2005.

CELDRÁN, Ruano, Julia, *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes: aproximación histórica y significado actual*, Murcia, Universidad de Murcia, 1996.

CONCHEIRO Del Rio, Jaime, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de leyes*, Dijusa, Madrid, 2001.

CORTÉS, Galván, Armando, *Los efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad de las Normas Tributarias, Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal*, México, 2006.

DE TOQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, Alianza, 2005.

DIAZ, Cabiale, José Antonio, *Perspectiva Procesal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, Comares, Granada, 2009.

ERANA, Sánchez, Miguel, *Derecho Parlamentario Orgánico, Claves para ser un buen legislador en México*, Porrúa, México, 2013, pp. 8 y 9.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, La Ley del más Débil*, Trotta, 4ta. Edición, Madrid, 2004.

FRANCISCO, García, José, *El Control de la Constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre*, "Revista Chilena de Derecho", Vol. 30. pp. 491-514, p. 505.

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. 23-24.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "*La inexistencia de la jurisdicción en los tribunales contencioso administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador*" en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Madrid, 2005.

GARCIA, De Enterría, Eduardo y Thomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi SA, España, 2011.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, DAY, John, *El federalista*, Traducción Daniel Blanch, Akal, 2015, p. 78.

KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmarán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

LOCKE, John, *Ensayo Sobre del Gobierno Civil*, Porrúa, México, 2014.

MIGUEL, Caballero, Manuel, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2006.

MONROY, Cabra, Marco Gerardo, *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 152.

PUIGPELAT, Oriol, Mir, VALDIVIA, José Luis, FERRADA B., Juan Carlos, ELGASSI, Alberto, XOPA, José Roldan Porrúa, México, 2004.

PULIDO, Quecedo, Manuel, *Códigos de jurisprudencia Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Aranzadi SA, España, 2010.

PULIDO, Quecedo, Manuel, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Segunda Edición, Aranzadi, España, 2010.

REBOLLO, Puig, Luis Martin, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HEMEROGRAFICA

ALONSO, García, Ma. Consuelo, *La Reciente Jurisprudencia sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador Frente a Daños Derivados de Leyes Inconstitucionales*, *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240.

ALONSO, María Consuelo, “La Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, *Revista de estudios socio-jurídicos*, vol. 13, 2, 2011, pp. 77-106.

DE SILVA, Gutiérrez, Gustavo, *Defensa Constitucional Oportuna. Iuris Tantum*. Tercera Época, no. 22. Universidad Anáhuac. México, 2011.

DOMENECH, Pascual, G. “Responsabilidad patrimonial de la Administración, por daños derivados de una ley Inconstitucional” *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001.

FERRER, Mac-Gregor, Eduardo, “La Suprema Corte de Justicia de México, Como Legislador Positivo”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2011.

GALAN, Vioque, Roberto, “De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, N 155, 2001, pp. 285-330.

GALAN, Vioque, Roberto, Rafael, “A vueltas con la regulación de la Responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector de limitar al alcance de la responsabilidad del Estado Legislador esta vez en su vertiente de ilícito legislativo)” *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2, 2015.

GARCIA De Enterría, “Sobre la Ley de Expropiación Forzosa” *Revista de administración Pública*, 141, 1996, pp.131-152.

GARCIA De Enterría, Eduardo, “El principio de Protección de Confianza legítima Como Supuesto Título Justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador” *Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, 2003.

GARCIA, De Enterría, Eduardo, “La inexistencia de jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativo para decidir acciones de condena contra el legislador” *Revista española de Derecho Administrativo*, 117, 2003, pp 95-112.

GARCIA, De Enterría, Eduardo, “Sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 2006, p 221-280.

LEIVA, Ramírez, Eric, ALONSO, García, María, Consuelo, *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador*, Administración y Desarrollo, Políticas Publicas.

MIRANDA, M. Goden *La Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*.

NARBON, Fernández, Julia, “La Responsabilidad del Estado Legislador por Leyes Declaradas Inconstitucionales. (En especial la perspectiva de los votos particulares)” *Revista General de Derecho Administrativo*, 35, 2014.

ROLDAN, Xopa, José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2004.

RUIZ, López, Miguel Ángel, *Retrospectiva y alcance actual de la Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator*, http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRIMERACCESIT_0.PDF.

LEGISGRAFICA

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*” 05, febrero, 1917, última publicación, 29, enero, 2016.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*” 31, diciembre, 2004, última publicación, 12, junio, 2009.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo*” 01, Diciembre, 2005, última publicación, 13, junio, 2016.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales*” 02, Abril, 2013, última publicación, 17, junio, 2016.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, “*ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional*” 11, Mayo, 1995, última publicación, 27, enero, 2015.

Cortes Generales, Constitución Española, 03 de Octubre de 1979, última actualización publicada, el 17 de Octubre de 2015, www.boe.es.

Cortes Generales, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 03 de Octubre de 1979, última actualización publicada, el 17 de Octubre de 2015, www.boe.es

JURISPRUDENCIAL

STC 45/1989,

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Recurso 567/1998, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia 13 de junio 2000.

SSTC 28/1997 de 13 de febrero, 05 de marzo de 1993, 27 de junio, 1994, 16 de diciembre 1997, 17 de febrero 1997, 30 de junio de 1998.

STC, Francovich 1991, El Corte Ingles vs Cristina Blázquez.

STS 15 de julio de 2000.

STS 15 de junio 2011.

STS 3898/2010, 02 Junio, 2010, Voto Particular que formula el magistrado. sr. d. Manuel Martín Timón y al que se adhiere el magistrado Emilio Frías Ponce, en relación con la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo número 588/2008 .

STS, 26 de junio de 1989.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789