

La responsabilidad del Estado por los actos legislativos. La experiencia italiana*

Alessandro Pizzorusso**

1. Hacia 1995, en un importante ensayo publicado en España,¹ el maestro al que ahora rendimos homenaje analizaba la situación en el derecho francés del problema de la responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos o de tratados internacionales. En las páginas que siguen, intentaremos cotejar los resultados de su análisis con el estado de la cuestión en Italia, donde el tema ha constituido objeto de un reciente y amplio estudio monográfico.² En este caso, la cercanía de los dos ordenamientos facilita un examen paralelo, y acaso unitario.

Desde el punto de vista cronológico, la doctrina y la jurisprudencia francesas han precedido notablemente a sus pares italianas en lo atinente al realce del problema planteado; al respecto, la célebre sentencia «La Fleurette»³ ha constituido, precisamente, el punto de referencia esencial de los debates

* Título original: «La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia». *Il Foro italiano*, 2003, parte V, cols. 175 y ss. Estudio destinado a la compilación de ensayos en honor del profesor Franck Moderne, de la Universidad de París-I. Traducción del italiano, autorizada por el autor, de Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore «Sant'Anna» di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

** Profesor Ordinario de Derecho Constitucional. Università degli Studi di Pisa. Miembro de la Accademia dei Lincei.

¹ MODERNE, F. «La responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia». En BARNES, J. (ed.). *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*.

² BIFULCO, R. *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*. Padua, 1999; obra a la que remitimos para referencias bibliográficas y jurisprudenciales más completas.

³ Conseil d'Etat, sentencia del 14 de enero de 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, en *Recueil Lebon*, 25.

que se han venido sucediendo en torno de este punto, tanto en Francia cuanto en Italia y en otros países; en el plano práctico, sin embargo, no han llegado a producirse todas las iniciativas que eran abstractamente previsibles.⁴ El gran mérito de aquella jurisprudencia fue permitir la posibilidad de reconocer como «daño», desde el punto de vista del derecho civil, las consecuencias desfavorables que una decisión legislativa puede generar para ciertos sujetos privados, a pesar de que la imposibilidad de promover el control de la constitucionalidad de tal decisión ha representado, ciertamente, una fuerte limitación de los resultados en un primer momento obtenidos,⁵ a tal punto que se ha terminado condicionando la afirmación de dicha responsabilidad a la concepción, en vía interpretativa, de una norma legislativa (eventualmente inexistente) que la configure como responsabilidad por actos legítimos.⁶ Otra limitación adoptada por aquella jurisprudencia deriva de la exigencia de que el daño a resarcir tenga carácter «especial», es decir, capaz de afectar solamente a un particular grupo de individuos, aunque el acto generador tenga, por naturaleza, eficacia *erga omnes*.⁷

En Italia, este tipo de problemas ha sido objeto de atención —si bien de manera limitada— gracias, sobre todo, a las experiencias producidas, mucho más tarde, en el ámbito de la actividad de justicia constitucional;⁸ ello se vio facilitado por la circunstancia de que esta actividad se desarrolla, principalmente, en el ámbito de los procedimientos de control «incidental» de la constitucionalidad de las leyes, los cuales comportan un control a posteriori, vinculado con una cuestión surgida en el ámbito de un juicio en curso, frente a un juez cualquiera, y por lo tanto, con un acentuado carácter

⁴ En el ensayo citado, MODERNE (*op. cit.*, p. 955 y nota 2), refiere pertinentemente la opinión de Chapus, quien sostenía que esta forma de responsabilidad «es un producto de lujo, y no de uso cotidiano»; más adelante, el mismo MODERNE (*op. cit.* p. 963 y nota 33) recuerda que algunos comentaristas han expresado sus dudas sobre cómo se habría resuelto el caso «La Fleurette» si se hubiese presentado en nuestros días. Con todo, hay que tener presente que esta tendencia jurisprudencial ha sido invocada en la sentencia 89-254 DC, del 4 de julio de 1989, del Conseil constitutionnel (*Modalités d'application des privatisations*), donde se ha afirmado que «il est loisible aux intéressés pour le cas où l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel de l'égalité de tous devant les charges publiques».

⁵ MODERNE, *op. cit.*, pp. 960 y ss. Véanse, así mismo, las conclusiones de tono pesimista del autor (p. 967).

⁶ BIFULCO, *op. cit.*, p. 31.

⁷ BIFULCO, *op. cit.*, pp. 33-36. Esta limitación ha sido reafirmada en la sentencia del Conseil constitutionnel que ya hemos citado.

⁸ Cfr. PIZZORUSSO, A. *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Bolonia y Roma, 1981, *sub art.* 136, pp. 195-198, adonde reenviamos para ulteriores referencias, a las cuales adhieren BARONE, A., y R. PARDOLESI, «Il fatto illecito del legislatore». *Il Foro italiano*, 1992, IV, col. 146.

de «difusión» o, cuando menos, de «concreción».⁹ Ello ha llevado a creer que únicamente con la introducción del control (y del control «incidental», en particular)¹⁰ de constitucionalidad de las leyes se ha hecho posible configurar la responsabilidad por actos legislativos,¹¹ aunque esta conclusión parece ser demasiado limitativa; lo que sí es cierto, en todo caso, es que no se puede plantear el problema de la responsabilidad del Estado por actos legislativos si no se dispone de parámetros con los cuales confrontar la ley que debería determinar dicha responsabilidad. Y dado que, en la experiencia italiana, aún existen casos (creados, las más de las veces, por una jurisprudencia constitucional y ordinaria bastante tolerante frente a los poderes públicos, especialmente frente al Parlamento) en los cuales un ciudadano puede resultar damnificado por un acto parlamentario no-legislativo, sin contar con la posibilidad de recurrir a un juez para demandar por el sacrificio de los derechos sustanciales que le corresponden según el ordenamiento vigente, el problema se ha planteado, a veces, de modo particularmente concreto.¹²

⁹ Sobre estas características de la jurisprudencia constitucional italiana, *cfr.*, de lo reciente: MALFATTI, E., ROMBOLI, R. y E. ROSSI. *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*. Turín, 2002; PIZZORUSSO, A., «La giustizia costituzionale italiana fra modello «difuso» e modello «concreto»», de próxima publicación, en lengua castellana, en *Fundamentos*, núm. 4, 2003.

¹⁰ En efecto, y como es evidente, un proyecto de ley aprobado por las Cámaras no puede de por sí determinar ninguna responsabilidad, si no ha entrado en vigor por haber sido declarado inconstitucional en sede de control a priori.

¹¹ BIFULCO, *op. cit.*, pp. 5, 41 y ss.

¹² Sobre la perspectiva de identificar una forma semejante de responsabilidad del Estado por actos parlamentarios, que, determinando la existencia de casos de inmunidad parlamentaria, impidan la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños derivados de comportamientos injuriosos o difamatorios de los miembros del Parlamento, *cfr.* PIZZORUSSO, A., «Immunità parlamentari e diritti di azione e di difesa». *Il Foro italiano*, 2000, V, col. 302, especialmente, col. 316; en sentido conforme: BIFULCO, *op. cit.*, pp. 89-92. Sobre un controvertido caso de responsabilidad de los componentes de una comisión parlamentaria: Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentencia del 20 de febrero de 1984, caso «Savina», en *Repertorio del Foro italiano*, 1985, voz «Parlamento», n.º 24, y *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, I, 660. Problemas análogos se plantean, así mismo, en relación con los casos de «autocontrol» de los órganos constitucionales, que dan lugar a que algunas categorías de actos queden exceptuados de todo control jurisdiccional (*cfr.* Corte di Cassazione, sentencia del 18 de febrero de 1992, núm. 1993, en *Il Foro italiano*, 1993, I, col. 1654; Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Lazio, Sezione I, resolución del 4 de febrero del 2000, núm. 698, en *Repertorio del Foro italiano*, 2000, voz citada, núm. 61, y en *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 3488, y otros fallos sucesivos; así mismo: SATTA, F., «La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali». *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 3233 y ss., especialmente, pp. 3239 y ss. Sobre la violación de la Convención Europea de los Derechos Humanos que deriva de lo anterior, en relación con el caso de una persona injuriada por un miembro del Parlamento, y que no pudo obtener que su caso fuera examinado por un juez, *cfr.* Corte europea de los derechos del hombre, fallo del 30 de

Una contribución importante en esta dirección se ha producido, si bien por razones distintas, más allá de la actividad de las dos jurisdicciones europeas: en efecto, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, ha sido designado, por parte de la Convención que regula su actividad, para cumplir la tarea de resolver aquellos recursos mediante los cuales se interpone una demanda de resarcimiento de daños frente al Estado por todo tipo de comportamiento lesivo de los derechos garantizados por la Convención, sin excluir los comportamientos realizadores de actos normativos (ni los hechos normativos, probablemente) que entren a formar parte del ordenamiento jurídico vigente en aquel mismo Estado; todo ello, sobre la base de una clara forma de responsabilidad objetiva.¹³ A su vez, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, ha tenido la oportunidad de afirmar, en un fundamental pronunciamiento,¹⁴ la responsabilidad del Estado frente a los individuos por la falta de aplicación de las directivas comunitarias (con lo cual ha establecido, de modo explícito, un caso de responsabilidad por omisión legislativa, y de responsabilidad que tiene uno de sus presupuestos en la violación de una *higher law*, que es como el derecho comunitario se presenta respecto del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea, según la famosa jurisprudencia del mismo Tribunal, sustancialmente compartida por la jurisprudencia de los tribunales estatales).

El principio de la *primauté* del derecho comunitario sobre el derecho interno ha sido confirmado, en lo que se refiere al derecho italiano, por el nuevo texto del artículo 117, primer párrafo de la Constitución, introducido con el artículo 3 de la ley constitucional 3, del 18 de octubre del 2001, donde se subordina el ejercicio de la potestad legislativa del Estado y de las Regiones «a los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las

enero del 2003, *Cordova v. Cossiga* (inérita). En el origen de estos inconvenientes se halla la jurisprudencia de la Corte Costituzionale, la cual, contra la opinión de la doctrina imperante, ha considerado no sujetos a control los reglamentos parlamentarios y los actos parlamentarios no-legislativos en general.

¹³ El hecho de que a menudo la obtención del resarcimiento no constituya el objetivo principal que el recurrente persigue con su acción ante el Tribunal (la cual, no raras veces, considera que la determinación de la violación sea una satisfacción suficiente de la pretensión expuesta ante ella) no significa que este tipo de recurso no abra un importante capítulo de la problemática de la responsabilidad civil del Estado. En sentido contrario, tampoco es válido aducir el carácter marcadamente discrecional que, generalmente, asume en estos casos la liquidación del daño. Por otro lado, en el sentido de que la responsabilidad por actos legislativos tiene carácter objetivo, véase también MODERNE, *op. cit.*, p. 961, con referencia al derecho francés.

¹⁴ Tribunal de Justicia, fallo del 19 de noviembre de 1999, causas acumuladas C-6/90 y C-9/90, *Francovich*, en *Il Foro italiano*, 1992, IV, col. 145; *cf.* también Tribunal de Justicia, fallo del 5 de marzo de 1996, causas acumuladas C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, en *Il Foro italiano*, 1996, IV, col. 185.

obligaciones internacionales». Sin embargo, y en lo que se refiere al derecho comunitario, dicha modificación no hace más que volver explícita una regla ya establecida por el ordenamiento de la Unión Europea, y por lo tanto, ya operante en el ordenamiento italiano, en el campo del derecho internacional, en relación con el cual, el artículo 10, primer párrafo, de la Constitución ya establecía el vínculo del ordenamiento interno, pero limitadamente a las «normas del derecho internacional que la generalidad reconoce», es decir, a las costumbres; en cambio, la discusión sobre las consecuencias de la modificación constitucional se mantiene abierta: así, hay quienes sostienen que ella no ha cambiado en nada la situación preexistente, mientras que otros afirman que ella ha comportado la introducción de un vínculo, que no existía precedentemente, incluso frente al derecho internacional resultante de los tratados.¹⁵ Si se afirma la segunda interpretación, deriva una ulterior hipótesis de posible responsabilidad del Estado, por las eventuales violaciones de las normas de los tratados, que es similar a la que se plantea en el derecho francés, sobre la base del artículo 55 de la Constitución de 1958, en el cual, además —y distintamente de lo que ocurre en Italia—, dicha responsabilidad está condicionada a la reciprocidad.¹⁶

2. El principio de legalidad ha venido desarrollándose a lo largo de los siglos (si bien con mayor rapidez e intensidad en la edad moderna y contemporánea), en el sentido de comportar la potencial sujeción al derecho de toda actividad de quienes operan en el ámbito de los ordenamientos jurídicos (progresivamente enlazados entre sí, como efecto del desarrollo del ordenamiento internacional y de las demás formas de vinculación que se han creado entre ellos). Para expresar dicho principio se han empleado diferentes fórmulas, y parcialmente distintos, igualmente, han sido los caminos recorridos en las diversas áreas culturales (entre las más importantes de estas fórmulas deben citarse la alemana, *Rechtstaat*, y la inglesa, *Rule of Law*), pero la capacidad del principio mismo para afirmarse como una regla de alcance general parece hoy por hoy cierta, y las eventuales limitaciones

¹⁵ Esta perspectiva parece confirmada por el Proyecto de ley 1545-B/Senado/XIV Legislatura, que contiene disposiciones para la adecuación del ordenamiento de la República a la Ley constitucional 3 del 18 de octubre del 2001, y que hasta hoy se encuentra en discusión; en el artículo 1 de dicho documento se dispone que «constituyen vínculos a la potestad legislativa del Estado y de las Regiones, en el sentido del artículo 117, 1er. párrafo, de la Constitución, aquellos que derivan de las normas de derecho internacional reconocidas por la generalidad, a las que se refiere el artículo 10 de la Constitución, o de acuerdos de recíproca limitación de la soberanía, a los que se refiere el artículo 11 de la Constitución, o del ordenamiento comunitario o de los tratados internacionales».

¹⁶ MODERNE, *op. cit.*, pp. 958 y ss., quien recuerda la sentencia del Conseil d'Etat, del 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, en *Recueil Lebon*, 257.

que a veces encuentra en nuestros días constituyen excepciones que pueden considerarse legítimas solo en tanto se pueda dar una adecuada justificación de estas, atendiendo a un ámbito determinado y sobre la base de otros principios de igual valor con los cuales el primero tenga que ser equilibrado.

De todos modos, cierto es que no puede considerarse como un límite general, capaz de justificar semejantes excepciones, el principio de soberanía estatal, según era entendido tiempo atrás.¹⁷ Dicha concepción se ha alterado progresivamente; en un primer momento, a través de la sujeción a controles de legalidad de la actividad del Estado, configurado en su aspecto de Administración pública, y posteriormente, a través de la concepción de controles de legitimidad (las más de las veces, de legitimidad «constitucional») de los actos legislativos o de otros que en el pasado se calificaban como «políticos». Los controles de legalidad ejercidos sobre los actos (omisivos, inclusive) de los particulares o de los poderes públicos, dan lugar a pronunciamientos que determinan su eventual contrariedad al derecho, así como las consecuencias respectivas de ello.

En lo que concierne a los comportamientos de los particulares, aquellas consecuencias pueden consistir, principalmente, en la declaración de invalidez de un acto potencialmente productivo de efectos jurídicos cumplido por estos (que puede dar lugar, según el caso, a la anulación del acto mismo, o a la simple determinación de su nulidad o de su inexistencia jurídica), o bien en la aplicación de sanciones (o de resoluciones de ambos tipos).

Cuando la contrariedad al derecho de un acto o comportamiento determina la aplicación de sanciones, se habla de «responsabilidad» del autor del comportamiento, con una expresión genérica que comporta, sin embargo, dos posibles tipos de efectos, bastante diversos entre sí, aun cuando vinculados en ciertos aspectos. Un primer tipo de efectos es el que consiste en la aplicación de medidas represivas, como las «sanciones» penales, disciplinarias y similares; un segundo tipo de efecto es el que consiste, en cambio, en la determinación del deber de resarcimiento del daño que se hubiere producido por el comportamiento contrario al derecho.

Tales reglas también son válidas, con carácter general, para los sujetos colectivos, con las particularidades que derivan de su específica estructura, la cual comporta la necesidad de distinguir entre la responsabilidad del sujeto colectivo y la responsabilidad de las personas físicas que operan en nombre y por cuenta de aquel; a menudo, hay normas específicas que precisan la relación que media entre la responsabilidad del ente y la de aquellos que operan en su nombre y por su cuenta.

¹⁷ MODERNE, *op. cit.*, pp. 956 y ss.; BIFULCO, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

En lo que se refiere específicamente a la responsabilidad civil, es de destacar que el artículo 2043 del Código Civil italiano,^{NT} que dicta aquí la regla —sobre la base de una tradición que tiene una de sus etapas fundamentales en el artículo 1382 del *Code Napoléon*— demanda al intérprete la determinación de la injusticia del daño que constituye uno de sus factores esenciales, junto con la existencia del daño mismo, del nexo de causalidad entre la acción y el daño, y del carácter doloso o culposo de la acción (si es requerido). Tal «injusticia» puede resultar no solo del hecho de que la acción u omisión que causa el daño haya concretizado una específica violación de la ley: la verdad es que en los casos de responsabilidad derivada de hechos culposos, la «injusticia» puede provenir de simple imprudencia o impericia o de violación de normas reglamentarias (artículo 43 del Código Penal); como se sabe, incluso es posible que la ley prevea una responsabilidad «por actos legítimos», destinada a indemnizar un comportamiento que ella misma autoriza y regula.

La responsabilidad por actos legítimos —cuyo ejemplo italiano más frecuentemente recordado resulta del artículo 46 de la ley 2359 del 25 de junio de 1865, en materia de expropiación por utilidad pública— pretende evitar que las consecuencias patrimoniales de la lesión de un derecho, autorizada por la ley (mediante la protección del responsable de ello frente a la acción de resarcimiento que, de otro modo, podría plantearse en su contra), recaigan sobre el titular del derecho mismo, y no sobre aquel que obtiene una ventaja por dicho medio; en ciertos casos, este último sujeto es identificado en la comunidad en su conjunto (con la consiguiente fiscalización de las respectivas cargas), tal cual ocurre en el clásico ejemplo representado por las pensiones de guerra y por los daños de guerra. Aun cuando es probable que las aplicaciones del principio que impone este tipo de medidas estén muy lejos de realizar una aplicación plenamente satisfactoria de ellas, el camino para este tipo de tutela se encuentra libre en la actualidad, al menos teóricamente; en las leyes que omiten satisfacer las exigencias correspondientes, bien puede identificarse una violación del principio constitucional de igualdad.¹⁸

Por lo tanto, es probable que la distinción entre este tipo de responsabilidad y aquella que deriva de actos calificables, según el mismo parámetro, como ilegítimos, sea engañosa, porque también la responsabilidad por actos legítimos presupone la violación de un parámetro ulterior, representado

^{NT} Código Civil italiano (1942): «Art. 2043. *Resarcimiento por hecho ilícito.*- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño».

¹⁸ MODERNE, *op. cit.*, p. 962.

por el principio constitucional de igualdad, o por una norma especificadora de este, la cual se evita, justamente, mediante la inserción en el ordenamiento de una norma legal ordinaria que atribuye el derecho al resarcimiento (empero, bajo un régimen de Constitución rígida, garantizada por un control de constitucionalidad a posteriori, se podría arribar a este resultado incluso en ausencia de dicha norma legislativa, por medio de una declaración de inconstitucionalidad de la omisión correspondiente).¹⁹ Así, pues, la responsabilidad por actos legítimos sí es concebible por imposición de la razón, aun sin una norma legislativa que la prevea de modo explícito y, obviamente, sin necesidad de que el acto productivo de responsabilidad sea declarado ilegítimo, anulado o ineficaz.²⁰

En lo relativo a los comportamientos de los poderes públicos, la aplicación de aquellos principios frente al Estado o a sus funcionarios ha encontrado fuertes obstáculos en el pasado, debido a que los poderes del soberano (otrora representado por un monarca «absoluto» y por sus «delegados») comprendían también poderes de tipo legislativo (teóricamente limitados, por otro lado, por principios de derecho natural o de derecho jurisprudencial o de derecho consuetudinario) u otros poderes, cuyo ejercicio era concebido como no sujeto a control. La afirmación del principio democrático y del principio de legalidad ha hecho caer progresivamente tales obstáculos, pero la transferencia al pueblo, en aplicación del principio democrático, de poderes no menos «absolutos», los ha vuelto a imponer, en una nueva versión (capaz de comportar una resistencia que es más fuerte, en ciertos aspectos, frente al principio de legalidad).²¹

Con todo, la difusión de la técnica que consiste en atribuir carácter de «rigidez» a las Constituciones, y en garantizarlas mediante controles de tipo jurisdiccional, ha permitido un avance ulterior del principio de legalidad, incluso frente a los comportamientos de los poderes públicos organizados sobre la base del principio democrático, a pesar de que el ejercicio de los controles sobre los actos administrativos ha sido separado, a menudo, del ejercicio de los controles sobre los actos de derecho privado (y de que, posteriormente, se haya separado de ambos la actividad de control de los

¹⁹ Véase Coste Costituzionale, sentencias 307 del 22 de junio de 1990, en *Il Foro italiano*, 1990, I, col. 2694; y 118 del 18 de abril de 1996, en la misma revista, 1996, I, col. 2326.

²⁰ En sentido contrario, sin embargo, véase Corte di Cassazione, sentencia 4538 del 27 de marzo del 2003, en *Il Foro italiano*, 2003, I, col. 2073; Consiglio di Stato, Sezione IV, resolución 3338 del 18 de junio del 2002, en la misma revista, 2003, III, col. 311; ad. plen. n. 4, del 26 de marzo del 2003, en la misma revista, 2003, III, col. 433. Al respecto, y recientemente, NAPOLITANO, G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milán, 2003, pp. 119 y ss.

²¹ Véase GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998.

actos legislativos o políticos),²² y de que, por consiguiente, se hayan separado sus respectivas regulaciones procesales.

La óptima organización de los ordenamientos así estructurados deriva, en efecto, de un equilibrado balance entre el alcance del principio democrático y el alcance del principio de legalidad, pero ella no es incompatible, como es obvio, con la presencia de muchas variedades identificables en las regulaciones concretas adoptadas en los distintos países, derivadas, por lo general, de las tradiciones específicamente propias de cada uno de ellos.

3. Para definir el alcance de las reglas institutivas de la responsabilidad civil que tienen vigor en el derecho italiano, es necesario recordar, así mismo, el complejo episodio que ha llevado a afirmar la posibilidad de reconocer dicha responsabilidad incluso en el supuesto de actos de la Administración pública que comporten violación, no de «derechos subjetivos», sino de meros «intereses legítimos».²³

En el transcurso de la evolución del sistema italiano de justicia administrativa, aquella controvertida distinción había sido utilizada, por décadas, como criterio de separación entre las competencias del juez ordinario y del juez administrativo: la tutela de los derechos subjetivos podía realizarse incluso mediante el resarcimiento del daño que un acto administrativo indebidamente lesivo de aquellos hubiere provocado (y que solo podía ser concedido por el juez ordinario), mientras que la tutela de los intereses legítimos podía determinar únicamente la eventual anulación, por parte del juez administrativo, del acto lesivo de tales derechos.²⁴

Dicha orientación, que hasta hace poco tiempo prevalecía en la evolución del ordenamiento italiano de la jurisprudencia administrativa —fundado, en gran medida, en reglas fijadas por la jurisprudencia— ha experimentado, recientemente, importantes modificaciones, en virtud de algunas

²² No obstante el importante papel que continúan desempeñando, incluso en Europa, formas de control difuso (piénsese, en particular, en el control de «convencionalidad» del derecho estatal respecto del derecho europeo). En relación con la situación francesa, véase, recientemente, DE BECHILLON, D. «Elargir la saisine du Conseil constitutionnel?». *Pouvoirs*, n.º 105/2003, pp. 103 y ss.

²³ Con la expresión 'interés legítimo' se indica una situación jurídica subjetiva que el ordenamiento jurídico protege, no de modo directo, como ocurre con los «derechos subjetivos», sino solamente de modo indirecto, como reflejo de la tutela que él mismo concede al interés público.

²⁴ La misma Constitución italiana utiliza la expresión 'interessi legittimi' para indicar un tipo de situaciones jurídicas subjetivas distintas de los «derechos subjetivos» en el artículo 24, primer párrafo, y 113, primer párrafo, pero debe considerarse que dichas disposiciones *presuponen* dicha distinción, tal cual esta resultaba de la legislación ordinaria y del derecho jurisprudencial vigente en la época de su redacción, sin dar lugar, por otro lado, a una regla constitucional dotada de fuerza vinculante correspondiente.

reformas legislativas y de una revolución fundamental vivida en la jurisprudencia de la Corte di Cassazione.

Las reformas legislativas en mención son, ante todo, aquellas que conducen a la adopción de un criterio de repartición de la competencia jurisdiccional entre juez ordinario y juez administrativo, basada en la asignación a uno y a otro de bloques de materias, sin tener ya en cuenta el tipo de situaciones jurídicas lesionadas por el acto administrativo²⁵, y que han reconocido que el juez administrativo también tiene el poder de disponer «incluso a través de la reintegración en forma específica, el resarcimiento del daño injusto».²⁶ El cambio que ha ocurrido en la jurisprudencia resulta, a su vez, de la sentencia de las Sezioni Unite, n. 500/SU, del 22 de julio de 1999,²⁷ con la cual se ha abandonado la tesis de que la lesión de los intereses legítimos no determina un «daño injusto», resarcible en cuanto tal (tesis que desde hacía mucho tiempo había sido rechazada por la doctrina, pero que seguía siendo defendida por la jurisprudencia hasta aquel momento), y se ha pasado a considerar que dicho daño puede derivar, más bien, de todo acto de la Administración pública que resulte lesivo de un interés que el ordenamiento jurídico, sin importar en qué modo, considere merecedor de tutela.²⁸

Como consecuencia de dichos cambios legislativos y jurisprudenciales, todo el problema de la responsabilidad civil ha cobrado una nueva ordenación, bastante conforme a las posiciones progresivamente adoptadas en el marco de un debate desarrollado, durante cuatro décadas, en la doctrina,²⁹

²⁵ Artículos 33 y 34 del decreto legislativo 80 del 31 de marzo de 1998, modificados por el artículo 7 de la ley 205, del 21 de julio del 2000.

²⁶ Artículo 35 del decreto legislativo 80 del 31 de marzo de 1998 modificado por el artículo 7 de la Ley 205, del 21 de julio del 2000.

²⁷ Publicado en *Il Foro italiano*, 1999, I, col. 2487.

²⁸ En la fundamentación de la sentencia citada se lee que el juez, además de determinar la existencia de un evento dañoso ligado a una conducta positiva u omisiva de la Administración pública, de un adecuado nexo causal y —si es el caso— de un apropiado elemento psicológico (configurable, inclusive, como «violación de las reglas de imparcialidad, rectitud y de buena administración en las que debe inspirarse el ejercicio de la función administrativa, y que el juez ordinario puede evaluar, en tanto y en cuanto se plantean como límites externos a la discrecionalidad»), deberá establecer «si el daño determinado es calificable como daño injusto, en relación con su incidencia en un interés relevante para el ordenamiento, que puede ser, indiferentemente, un interés tutelado bajo la forma del derecho subjetivo (absoluto o relativo), o bajo la forma del interés legítimo (es decir, cuando este resulte funcional para la protección de un determinado bien de la vida, porque es la lesión del bien lo que importa para efectos de este examen), u otro interés (no elevado a objeto de tutela inmediata, pero) jurídicamente relevante (en tanto tomado en consideración por el ordenamiento para fines diversos de los fines resarcitorios, y por lo tanto, no asimilable a un mero interés de hecho)».

²⁹ A partir de MIELE, G. «Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione» (1963), ahora incluido en sus *Scritti giuridici*, Milán, 1987, pp. 955 y ss.

en el cual tuvieron influencia, igualmente, los progresos de la jurisprudencia comunitaria antes recordada. Sobre estas bases, en los casos en que el ejercicio de un poder administrativo se interpone entre el hecho constitutivo de la responsabilidad civil y la deducción de esta, la determinación de la eventual ilegitimidad del acto administrativo ya no representa una condición de dicha determinación, y el vínculo entre el hecho constitutivo de la ilicitud y sus consecuencias jurídicas puede ser establecido sin que ello dependa ya de la declaración de ilegitimidad o de la anulación del acto.

Por lo tanto, la situación jurídica subjetiva que se invoca en juicio, por medio de una acción de responsabilidad civil, no tiene origen en la norma atributiva de un específico derecho subjetivo o interés legítimo, sino que se funda directamente en el artículo 2043 del Código Civil, es decir, en la norma general institutiva de la responsabilidad civil.³⁰

La regla consagrada en el artículo 2043 del Código Civil italiano³¹ resulta, pues, correspondientemente valorizada, en modo de considerarla estructuralmente encaminada a la tutela de todo tipo de situaciones jurídicas subjetivas que el ordenamiento jurídico proteja, comenzando por los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, y siempre que se trate de derechos susceptibles de valoración patrimonial o de resarcimiento en forma específica. No parecería incongruente, por lo tanto, un esfuerzo interpretativo que apuntara a concebir la regla citada como expresión de un principio constitucional no escrito, implícito en toda una serie de disposiciones de rango constitucional, desde aquellas que tutelan explícitamente derechos de todo tipo, hasta aquellas que brindan remedios jurisdiccionales contra las violaciones de estos. Por lo demás, dicha concepción podría encontrar fundamentos igualmente válidos en el derecho comunitario y en la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Sobre tales bases, no parece imposible elaborar una doctrina de la responsabilidad civil derivada de actos legislativos que ocasionen un daño injusto, aunque no se cuente con una declaración de inconstitucionalidad de

³⁰ FRACCHIA, F. «Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi». *Il Foro italiano*, 1999, I, col. 3212, especialmente, col. 3213.

³¹ Sobre el artículo 2043 del Código Civil italiano, véase SACCO, R. «L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.». *Il Foro padano*, 1960, I, col. 1420; SCHLESINGER, P. «L'ingiustizia del danno nell'illecito civile». *Jus*, 1960, p. 336; TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961; BUSNELLI, F. *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milán, 1964; RODOTÀ, S. *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964; TRIMARCHI, P. *Causalità e danno*, Milán, 1967; SALVI, C. *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Nápoles, 1985; ALPA, G. y M. BESSONE. «I fatti illeciti». En *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, Turín, 1982; FRANZONI, M. «I fatti illeciti». En F. Galgano (ed.). *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bolonia y Roma, 1993, sub art. 2043-2059.

la disposición legislativa productiva del daño en sí mismo; declaración que, en ciertos países, es difícil de postular. Las modernas doctrinas sobre la Constitución comportan la existencia de amplias materias en relación con las cuales el legislador resulta obligado al respeto de reglas constitucionales, y que comportan, así mismo, vínculos a ser observados en el ejercicio de la discrecionalidad legislativa, como por ejemplo, en lo tocante al respeto del principio de igualdad, entendido como canon general de «razonabilidad».³² Aquí, por lo tanto, se presenta una analogía de situaciones respecto de la hipótesis, antes señalada, de la intervención del acto administrativo como diafragma entre el hecho constitutivo de responsabilidad y el daño injusto ocasionado.

De todos modos, hay que admitir que la expansión de la noción de «daño injusto» que resulta de la referencia al artículo 2043 del Código Civil italiano no elimina sino simplemente traslada, el problema de la identificación de los límites dentro de los cuales la responsabilidad civil por acto legislativo puede ser configurada, y es probable que la referencia al carácter «especial» del daño mismo, que se presenta en la jurisprudencia francesa que citábamos, tienda, justamente, a resolver tal problema. Sin embargo, las aplicaciones de este criterio son, por ahora, demasiado raras como para expresar una opinión en torno de su idoneidad para cumplir una función de dicho tipo.

4. Es imprescindible partir de los datos anteriores para evaluar en qué medida son concebibles casos de responsabilidad civil por actos legislativos (o por otros actos, que alguna vez solían calificarse como «políticos»,³³ que cuenten con un régimen análogo) en el ámbito de un ordenamiento como el italiano, que se presenta como un ordenamiento de Constitución rígida, garantizada por la atribución a una «Corte Costituzionale» de varias competencias que permiten el ejercicio de controles sobre actos pertenecientes a dichos tipos, mientras que los controles sobre los actos administrativos son ejercidos por la jurisdicción ordinaria y por la jurisdicción administrativa. Ello sobre la base de una repartición que ya no se funda en la distinción de las situaciones jurídicas subjetivas denunciadas como violadas, sino en criterios de materia, sobre cuya base, en muchos casos, corresponde a la jurisdicción administrativa también la decisión sobre las acciones de responsa-

³² Sobre el debate relativo a este aspecto del problema, véase, recientemente, las actas del Congreso celebrado en Catanzaro el 1 de diciembre del 2000, en LA TORRE, M. y A. SPADARO (coords.). *La ragionevolezza del diritto*, Turín, 2002.

³³ Esta noción era empleada en el artículo 31 del Texto único de las leyes sobre el Consiglio di Stato, aprobado mediante Regio decreto 1054 del 26 de junio de 1924.

bilidad civil conexas con los recursos interpuestos contra los actos administrativos.³⁴ Además, el ordenamiento italiano, como efecto de la participación de Italia en la Unión Europea, se presenta, en su conjunto, como subordinado respecto del derecho comunitario, en el sentido de que las eventuales antinomias verificables entre normas italianas y normas comunitarias comportan la obligación de no aplicar las primeras, por parte de todo juez y, por lo tanto, por parte de todo ciudadano.³⁵ Como consecuencia de la adhesión de Italia a la Convención Europea de los Derechos Humanos, en fin, el Estado italiano es responsable por las violaciones de la Convención misma que fueren realizadas mediante actos normativos. Hay que considerar que este tipo de responsabilidad puede derivar incluso de la omisión del cumplimiento de actos que deberían haberse cumplido en aplicación de normas supraordenadas, atendiendo a la jerarquía de las fuentes internas y de las fuentes comunitarias.

Sin embargo, es evidente que la responsabilidad civil del Estado no se determina en todos los casos en que se presente una violación de la ley (o de normas constitucionales o de normas comunitarias) u otro vicio que determine la nulidad, anulabilidad o no-aplicación de normas que constituyan objeto de un control de legitimidad, o de legitimidad constitucional, o de legitimidad comunitaria o de legitimidad convencional. Es obvio, en efecto, que para que proceda dicha responsabilidad es necesario que exista un «daño», vinculado con aquella violación o vicio por un nexo de causalidad, y que dicho daño resulte «injusto».³⁶

En otras palabras, en la determinación de la injusticia del daño, la existencia de una violación de ley, o de ley constitucional, o de ley comunitaria o de la Convención Europea de los Derechos Humanos representa, ciertamente, un elemento de evaluación, pero no es un elemento exclusivo, ya que la regla que se debe observar es siempre la contenida en el artículo 2043 del Código Civil, que remite esencialmente al juez la tarea de determinar en los distintos casos la existencia o no del daño injusto, y en caso afirmativo, la de cuantificar su dimensión. Pero, naturalmente, entre la regla del Código y las aplicaciones judiciales se ha venido insertando una compleja red de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que han vuelto más dúctil la regulación legislativa.³⁷

³⁴ Artículos 6 a 8 de la ley 205 del 21 de julio del 2000.

³⁵ Corte Costituzionale, sentencia 170 del 8 de junio de 1984, en *Il Foro italiano*, 1984, I, col. 2062.

³⁶ En el sentido de que «cuando se determine el nexo de causalidad [...] la declaración de no-conformidad a la Constitución equivale al implícito reconocimiento de la injusticia del daño», BIFULCO, *op. cit.*, p. 117.

³⁷ Sobre una reciente iniciativa legislativa tendiente a regular la responsabilidad del legis-

Estos breves apuntes no pretenden, en modo alguno, agotar el problema de la responsabilidad del legislador, pero permiten identificar, en la presencia de un control incidental de constitucionalidad, la principal diferencia que ha orientado los debates acerca de las perspectivas de desarrollo del derecho vigente en Italia, distinguiéndolos de aquellos que han tenido lugar, paralelamente, en Francia. Es probable que, sobre todo en el período posterior a la entrada en funciones de la Corte Costituzionale italiana, y hasta llegar a los desarrollos relativamente recientes del «control de convencionalidad», las perspectivas que se han manifestado en Italia hayan superado (aunque sin traducirse en resultados concretos de particular consistencia) a los más importantes logros alcanzados en Francia, por la jurisprudencia del Conseil d'Etat, y ahora confirmados por el Conseil Constitutionnel. Sin embargo, los desarrollos del control de convencionalidad que han tenido lugar en estos últimos años, y principalmente aquellos que se anuncian para los años subsiguientes —siempre que las sentencias que se emitan haciendo referencia al papel de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dada en Niza, así como a los contenidos normativos del documento constitucional que la Convención europea está preparando, aporten una contribución en este sentido— quizá habrán de atenuar esta diferencia, permitiendo al control de convencionalidad realizar aquel tipo de control concreto que el sistema puede realizar a priori solo en casos excepcionales. Por el contrario, también en Italia el desarrollo del control de convencionalidad, hasta ahora ejercido en casos muy limitados, podrá integrar oportunamente, y acaso superar, el control ejercido por una Corte Costituzionale, cuyo papel podría correr cierto riesgo si las reformas constitucionales a las que hemos hecho alusión llegaran a buen puerto.³⁸

lador, en el derecho portugués, véase AMARAL, M. L. «Responsabilidade do Estado-Legislador: reflexões em torno de uma reforma». *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 32/2002, pp. 5 y ss. Sobre el problema, véase así mismo, MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*, IV, Coimbra editora, 2000, pp. 294 y ss.

³⁸ Véase DI MANNO, Th. «La métamorphose de la Cour constitutionnelle». En M. Baudrez (ed.). *La réforme constitutionnelle en Italie*, Paris-Aix en Provence, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp. 219 y ss.