

La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano*

Neófito López Ramos**

*Que la administración actúe, pero que obedezca
la ley, que actúe, pero que pague el perjuicio.
Hauriou*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Su naturaleza.* III. *Nueva normativa constitucional.* IV. *Responsabilidad extracontractual. Origen y regulación en el Código Civil Federal.* V. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Elementos básicos de la responsabilidad extracontractual.* VI. *La carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual del Estado.* VII. *Derecho de repetir del Estado en contra del funcionario.* VIII. *Del seguro de responsabilidad.* IX. *Elementos para determinar la existencia y monto de la responsabilidad extracontractual.* X. *A manera de epílogo*

I. INTRODUCCIÓN

La presente exposición tendrá dos vertientes: una de *lege data*, que proviene del análisis del texto de la ley, tal cual es, y su incidencia en el

* Notas de apoyo para la conferencia sobre responsabilidad extracontractual del Estado en México, dictada el 29 de marzo de 2005 en el Seminario sobre “La nueva Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, organizado por el Instituto de la Judicatura Federal.

** Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

derecho positivo sobre la reparabilidad de los daños causados por los entes públicos y, otro, que expone las diversas inconsistencias jurídicas y prácticas que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado propicia, mismas que se indican en cada apartado específico.

En primer lugar, debe decirse que contrariamente a lo que se puede pensar, la responsabilidad del Estado no es un tema ajeno a nuestra tradición jurídica, sino que está ligada a los eventos históricos más trascendentes de su constitución, que inicia desde las reclamaciones internacionales al Estado mexicano por daños ocurridos en bienes de extranjeros en las guerras internas a partir del siglo XIX, continúa en la fase de la Revolución mexicana¹ y se institucionaliza después tanto en la responsabilidad por culpa sancionada en el Código Civil como en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal;² esa experiencia, además, no

¹ V. Luis Miguel Díaz, *México y las comisiones internacionales de reclamación*. Tomo I. México, UNAM, 1983. 1062 pp. El autor sostiene, con sinceridad, que: "...otra reflexión consiste en afirmar que el derecho aplicado por la comisiones internacionales de reclamaciones, es un derecho del demandante y verdugo del demandado. Cuando compiten normas jurídicas, aquellas que resguardan los bienes del reclamante generalmente predominan. Éstas a su vez, son esgrimidas por el Estado fuerte. Éste siempre exige, el acusado se defiende y para ello tiene que ajustarse a las modalidades que impone el titular del reclamo." p. 10.

² V. José Luis Evaristo Villegas, *Responsabilidad económica extracontractual de la Administración Pública. Revisión historiográfica sobre la responsabilidad económica extracontractual de la administración pública en México. 1900-1990*. Tesina para obtener el título de licenciado en Derecho. Universidad Autónoma Metropolitana, 1992. A decir de Gabriel Ortiz Reyes, esta ley es la única en el orden nacional que regula la responsabilidad patrimonial directa, aunque aplicada en un número reducido de casos. El artículo 10 de la misma disponía que "cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho da origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos". En opinión del autor citado, la expresión "culpa" en el funcionamiento de los servicios públicos debe referirse, en todo caso, a la entidad que los presta en cuanto tal. *Cfr.* con el texto *El control y la disciplina en la Administración Pública Federal*. México, FCE-SCGF, 1988, principalmente "Responsabilidad civil del Estado federal. Un enfoque del control de la administración pública federal y/o sus servidores", así como la "Introducción".

es ajena a cierta tradición jurídica, desde los aportes de Ricardo J. Zevada,³ Quintanilla Coffin,⁴ Gabino Fraga, Antonio Carrillo Flores,⁵ Dolores Heduán,⁶ Manuel Bartlett⁷ y otros destacados juristas, hasta la doctrina judicial que sobre el tema de la responsabilidad del Estado se ha sentado en diversos precedentes del poder judicial federal.

Lo anterior es fundamental ya que ello permite establecer que existe una tradición jurídica dominante sobre el tema, que asume principalmente, con excepción de lo previsto en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941, la responsabilidad del Estado desde la óptica de la culpa y que ha sido objeto de decisiones relevantes por el poder judicial mexicano, lo cual tiene una trascendencia específica, porque, como se verá, la influencia doctrinal que intentó trascender a la redacción del artículo 113 de la Constitución Federal y a la ley reglamentaria que será materia de análisis en este trabajo, intenta superar el camino andado en la experiencia mexicana y tomar como guía una tradición hispánica que, en la actualidad,⁸ no solamente no

³ *Apuntes de derecho administrativo*, autorizados por el licenciado Ricardo J. Zevada. 1933. UNAM. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

⁴ Pedro Quintanilla Coffin. *La responsabilidad civil del Estado*. México, 1940. Tesis de licenciatura, UNAM.

⁵ *La defensa jurídica del particular frente a la administración pública en México*. México, 1939.

⁶ Dolores Heduán Virúes, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*. México, Continental, 1961.

⁷ Manuel Bartlett Díaz, *La obligación del Estado de reparar todos los daños que cause*. México, UNAM, 1959. Tesis de licenciatura. Interesa destacar que éste es el primer autor que introduce que el artículo 1928 del Código Civil Federal fue derogado en razón de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, que más adelante se analizará.

⁸ Alfredo Gallego Anabitarte ha sostenido que estima que debe superarse una visión histórica dominante en España sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, la cual considera equivocada, que sintetiza de esta manera: "...se suele decir y repetir que hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, arts. 120 y siguientes, el ciudadano español estaba desprovisto de garantías patrimoniales frente a una actuación lesiva para sus intereses y derechos por parte de la Administración; una peculiar interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 (antiguo párrafo 5: 'el Estado es responsable...cuando obra por mediación de un agente especial') del Código Civil permitía que la Administración, es decir, la actuación de los

logra ponerse de acuerdo⁹ sobre la conveniencia de una noción absoluta de responsabilidad objetiva y directa del Estado,¹⁰ sino que hay una corriente crítica que pone de manifiesto las inconveniencias de no limitar y distinguir la actividad estatal a la cual sí puede atribuírsele la obligación de reparar el daño causado.

funcionarios, resultase inmune a las reclamaciones de los particulares por sentirse lesionados patrimonialmente por actuaciones u omisiones administrativas. Se concluye que se llega a una situación de irresponsabilidad absoluta. - Dejando de lado la notable legislación que reconoció indemnizaciones por guerras o cambios constitucionales (desaparición de regidores perpetuos por concejales electos, etc.), que he tratado en otro lugar, un estudio sistemático de legislación y de jurisprudencia podría dar lugar a obtener una imagen diferente. La visión dominante parece más bien producto del deseo de protagonismo de los actores en escena, en este caso los autores o colaboradores de determinadas leyes, que quieren inaugurar una nueva era jurídica... Como hipótesis, que formulé ya hace años, se puede plantear que socialmente lo contencioso administrativo era utilizado por muy pocos españoles, y muchos de los que realmente estaban lesionados tenían otros caminos para resarcirse. Este retraso del derecho administrativo español podría estar relacionado con la peculiar formación durante la época contemporánea del Estado y la sociedad en España, que no se configuró, a diferencia de otros países, como un enfrentamiento entre un poderoso Estado tradicional y una pujante sociedad civil, empresarial y comercial; en la España del xix desgraciadamente ni hubo un verdadero Estado ni una pujante sociedad, sino bandería política de uno y otro lado, y al final, oligarquía y caciquismo." En prólogo, pp. 11-15, Francisco Javier Jiménez Lechuga, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*. Madrid, Marcial Pons, 1999.

⁹ Juan Carlos Marín Rodríguez, *Responsabilidad patrimonial del Estado en México*. México, Porrúa, 2004. (Colección Breviarios Jurídicos, 17), pp. 10-11. Sobre este aspecto vale la pena tomar en cuenta lo sostenido por Eduardo García de Enterría en el prólogo al texto de Oscar Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, en el que recapitula sobre la noción de la responsabilidad objetiva de la administración como cláusula abierta y establece que la misma debe ser acotada para no incurrir en excesos. Parte de ese razonamiento se contiene al final de este trabajo.

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez en su *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 8ª edición, Madrid, Civitas, 2002, p. 373, sostiene que "cuando en 1977 se inicia el proceso constituyente la cláusula general de responsabilidad introducida por el artículo 121 LEF y ratificada por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 había entrado ya plenamente en las costumbres, sin reservas ni reticencias de ninguna clase, por lo que el artículo 106.2 de la Norma Fundamental pudo limitarse a ratificarla pura y

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU NATURALEZA

La idea de la responsabilidad como el llamamiento a responder de una obligación por el acto u omisión del hombre, de quienes están a su cuidado y vigilancia o por los daños que causen las cosas de su propiedad, hunde sus raíces en los tiempos más antiguos; ya en el Código de Hammurabi, las Leyes de Manú, y el derecho hebraico de los libros de Génesis y Éxodo, así como en la *Lex Aquilia*, hallamos una clara previsión de las consecuencias que debía afrontar quien causaba un daño a otro, esto es, se constituía responsable por infraccionar un precepto u obligación preexistente. En cambio, vincular al Estado para que responda del daño que puede ocasionar con su actuación, es una idea moderna, que surge primero, por necesidad, de distinguir e identificar la conducta ilícita de la persona-funcionario que lleva a cabo la acción u omisión en la esfera de sus atribuciones que tiene encomendada respecto de una actividad de servicio o función pública estatal. Actualmente la responsabilidad patrimonial del Estado es considerada como una institución de derecho público necesaria para configurar el Estado de Derecho, en la medida en que no solamente tiene una esencial

simplemente (los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos). - - Este expreso refrendo constitucional ha dado pie, sin embargo, a algunos excesos en la jurisprudencia más reciente, especialmente, en el ámbito de la responsabilidad por actos médicos, que ha exagerado, deformándolo, el exacto alcance de la cláusula general de responsabilidad y ha dado lugar a la aparición de alguna crítica frontal del sistema (F. Pantaleón, O. Mir) así como a la formulación de matizaciones y ajustes de diverso signo (M. Beladiez y la doctrina más reciente del Consejo de Estado). - - Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantada hace casi medio siglo por la LEF podría ser suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido últimamente la jurisprudencia, excesos que no alcanzan a nublar las virtualidades intrínsecas de aquél, ni llevan a desconocer el progreso que supone el principio básico en que se apoya.”

finalidad de reparación del daño causado, sino en que marcaría los límites de la actuación administrativa estatal, que no debe dañar injustamente al gobernado, supuesto que las instituciones jurídicas y políticas que integran al Estado deberán tener como centro de atención y por fin último el bienestar, seguridad, justicia y paz para el hombre que viva en sociedad. Por tanto, su estructura, alcance y efectos radican, fundamentalmente, en la raigambre democrática que la soporta, pues mientras en el Estado autoritario ese aspecto no sólo no se aborda sino que se niega bajo la idea de la infabilidad del gobernante y el deber del gobernado de soportar los costos que los actos de gobierno generan, se convierte en un ingrediente esencial en todo Estado de Derecho.

Don Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez han señalado que el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial del Estado constituyen el soporte estructural del derecho administrativo.¹¹ Sin embargo, como se ha sostenido en México por otro doctrinario, los principios de legalidad y de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no han tenido el mismo avance ni han llegado a igual grado de perfeccionamiento en relación con los fines de la institución.¹²

Interesa, en nuestro caso, determinar la naturaleza de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho privado y dentro de éste, la extracontractual;¹³ para ello es menester destacar que la idea de la

¹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 358.

¹² Gabriel Ortíz Reyes, *El control y la disciplina...*

¹³ Frente a la responsabilidad contractual, que deriva de la lesión de un bien obligacional específico. Sobre este tema resulta ampliamente ilustrativa la tesis de la Tercera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 1695 del tomo LXVIII del *Semanario Judicial de la Federación*, cuya voz y contenido, se cita a continuación: “RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, DIFERENCIA ENTRE AMBAS. Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Éstos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos y en los

responsabilidad estatal parte del supuesto de que, conforme al principio de legalidad que rige a la actividad administrativa, el Estado siempre actúa dentro de sus atribuciones, conforme a la competencia legal de que dispone, y que su actuación tiene como finalidad el interés social y garantizar el orden público. Esa presunción de legalidad supone que es inherente a la actividad regular y que, en principio, requiere de impugnación para desvirtuarla, cuando se trata de su actividad jurídica. En cuanto a su actividad material, en el rubro de prestación de servicios públicos, no puede quedar desligada de la posibilidad de que la persona que la encarna pueda incurrir en culpa y ocasionar un daño del cual deba responder el Estado, con abstracción del sujeto directo que incurrió con dolo o culpa en la acción u omisión; esto es, que haya una falta en la ejecución del servicio público que ocasione un daño, tanto a bienes del propio Estado como a terceros, o sea al gobernado. Importa entonces conocer e identificar esa actividad jurídica y material del Estado, así como los límites de sus atribuciones, ya que el Estado democrático y de Derecho supone que la actividad estatal, por regla general, no puede considerarse ilícita y, por tanto, dar lugar a responsabilidades patrimoniales, cuando menos respecto de actos ejecutados dentro de las atribuciones legales de los órganos del Estado, de modo que el resultado dañoso se asume como excepcional, y bajo esa tesis debe analizarse la figura jurídica de mérito.

Han existido diversas corrientes que plantean la forma de conocer y resolver el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado, de entre ellos y para los fines de este trabajo deben destacarse:

El *criterio de la culpa*, para explicar la responsabilidad patrimonial extracontractual en que puede incurrir el Estado, se afirma sobre la base de que *no hay responsabilidad sin culpa*, cuyo correlato se encuentra

precisos momentos en que esta realización tiene lugar. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.”

en los actos ilícitos, asumidos éstos en su forma genérica como aquellos que son contrarios a las normas de orden público o las buenas costumbres; lo que implica el incumplimiento a una obligación preexistente donde la norma jurídica impone un deber de abstención o de hacer, sea con intención (dolo) o por culpa al no preverse lo previsible o habiéndose previsto (con representación) no poner los medios a su alcance para evitar la causación del daño. De ese modo, existe la necesidad de que se identifique al autor material del daño y su culpabilidad; si no se determina específicamente la persona física que cometió el hecho que tuvo un resultado dañoso, no puede estimarse acreditada la responsabilidad que deriva del mismo.

Como se ve, esa posición sólo reconoce en los hechos la responsabilidad del agente y no del Estado, y tiene el escollo de identificar al sujeto activo.

Frente a esa posición, se avanzó sobre la *teoría del riesgo creado* o *responsabilidad objetiva*, que en realidad constituyó una excepción a la teoría de la culpa y fue reflejo de una determinada situación histórico concreta: el desarrollo de la sociedad industrial; de ese modo, tal corriente adaptada al obrar administrativo, como acción estadual, se estableció al Estado como sujeto pasivo directo de la responsabilidad en cuanto a su actividad riesgosa en sí misma (uso de explosivos, armas de fuego).

La teoría de la falta del servicio. Este criterio, que surge en el derecho francés a partir de fallos del Consejo de Estado, plantea la distinción entre falta de servicio y falta personal para el efecto de que la responsabilidad del Estado proviniera del criterio rector que se refiere al funcionamiento normal o anormal de la administración, fundiendo la noción de culpa y de servicio público. En realidad, la falta del servicio representa un caso de responsabilidad por hecho propio del Estado, pero la determinación de la falta del servicio no debe prestarse a equívocos, pues siempre se trata de un hecho culpable de uno o más funcionarios, pero por disposición de la norma, se hace abstracción del sujeto para atender al dato objetivo del hecho o la omisión (falta de servicio que causó el daño) que debe ser reparado por el Estado.

El propósito de esa distinción radica en la mayor extensión del concepto de falta sobre el de culpa, pues esta última requiere su identificación con el individuo causante y, en cambio, la de “falta del servicio”

sólo atañe al defectuoso o anormal funcionamiento de la administración, o bien, como también se consideró por la legislación y doctrina extranjera, aun en ausencia de toda falta que produjese un resultado dañoso, sea sobre la base de la teoría del riesgo creado o con apoyo en el principio de igualdad de los gobernados en el soporte de las cargas públicas, que en conjunto justifican la necesidad de atribuir al Estado la obligación de reparación.

Criterio de la lesión antijurídica. El criterio “superador” de la teoría de la falta del servicio corrió a cargo de la teoría de la lesión antijurídica, según la cual, cualquiera que en ejercicio de una actividad o empresa causara un daño a otro, como consecuencia mediata o inmediata de esa actividad, debía resarcir el daño, sin que obstara a ello si hubo o no negligencia o imprudencia y aunque el resultado proviniese de caso fortuito o fuerza mayor (Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità diretta dello Stato, y Principii*, 1893). Esta teoría fue reformulada en la Ley de Expropiación Forzosa española que, bajo la influencia de Eduardo García de Enterría, propone entender la lesión como un perjuicio antijurídico no tanto referido a la antijuridicidad o ilicitud del daño o perjuicio producido sino al perjuicio antijurídico que posee una connotación objetiva, que se refleja en la situación de que el particular dañado no tiene obligación de soportar ese hecho¹⁴ porque no lo dispone así el ordenamiento.

Lo anterior no resulta sino una proyección de una garantía fundamental: la de seguridad e integridad del patrimonio de los gobernados, que ya está prevista en nuestra Constitución.

¹⁴ Álvaro Castro Estrada, en *Responsabilidad patrimonial del Estado. Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado. Propuesta legislativa en México*. México, Porrúa, 1997, p. 276, sostiene: “...la idea central es ésta: la nota de antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde la situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del daño causado.”

III. NUEVA NORMATIVA CONSTITUCIONAL.

El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Federal, dispone:

...

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.¹⁵

El estudio, discusión y análisis de la adición al artículo 113 (segundo párrafo) de la Constitución Federal es de la mayor importancia a fin de entender el contenido y alcance del tema relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado federal.

La iniciativa de reforma al artículo 113 de la Constitución Federal tuvo dos fuentes precisas, una planteada por legisladores del PRI y otra por legisladores del PAN, siendo esta última la más reciente. En relación con la segunda, que refleja la influencia doctrinal que trató de trascender al texto positivo y que fue acotada por la visión de los legisladores, la exposición de motivos de la iniciativa fue del tenor siguiente:

CÁMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

México, D.F., a 16 de junio de 1999

INICIATIVA DE DIPUTADOS (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN)

H. Comisión Permanente del Congreso de la Unión

Los suscritos diputados a la LVII Legislatura, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, con fundamento en el artículo 71-II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 55-II, 56 y 62 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso de la Unión, sometemos

¹⁵ Reforma publicada el 14 de junio de 2002 en el *Diario Oficial de la Federación*.

mos a la consideración de esa H. Cámara de Diputados, la presente Inicial para adicionar un duodécimo párrafo al artículo 16, un segundo párrafo al artículo 113, una fracción VIII al artículo 116, y un segundo párrafo a la Base Quinta Apartado C del artículo 122, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así como para modificar la denominación del Título Cuarto de la citada Ley Fundamental.

Según Gabino Fraga, “El principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que sólo excepcionalmente, y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado”.

Que entre los casos de excepción, afirma, están únicamente: el de expropiación por causa de utilidad pública; el de los daños causados por la Revolución, y el de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso previsto por el artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal.

Que de acuerdo con este precepto, “El Estado no asume una obligación directa de indemnizar los daños causados por sus funcionarios, sino que debe exigirse previamente a éstos, en lo personal, la reparación procedente... Además, esa responsabilidad subsidiaria parece no estar establecida más que para el caso de que exista culpa de parte del funcionario, puesto que el precepto de que venimos hablando se encuentra dentro del capítulo del Código Civil relativo a ‘las obligaciones que nacen de los actos ilícitos’”.

Lo anterior, “hace pensar fundadamente que la legislación mexicana se ha mantenido en una situación de atraso tal que bien puede decirse que no se ha logrado en nuestro país un verdadero Estado de Derecho...”.

Sin embargo, considera que se dio un paso hacia adelante con la Ley de Depuración de Créditos de 1941, al establecer ésta la responsabilidad directa, no subsidiaria, del Estado; pero exige que haya culpa de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones; y que esto “coloca al Derecho público en una situación de atraso respecto del Derecho civil que reconoce la responsabilidad por riesgo creado”.

Por su parte Antonio Carrillo Flores, ve la necesidad de regular adecuadamente la responsabilidad del Estado, existiendo obstáculos reales muy grandes para su adopción. Concluye: “Me parece una utopía pensar, por ejemplo, que llegue a aceptarse en un futuro cercano la responsabilidad objetiva”.

Las opiniones de los citados juristas, fueron vertidas antes de las reformas a los artículos 1927, 1928 del Código Civil Federal, y 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que aportaron avances, pero no en forma substancial, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, a partir de la citada reforma de 1994 (*Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero del citado año), la norma jurídica que estaba contenida en el artículo 1928, ahora se encuentra en el artículo 1927, cuyo texto vigente, dice: “El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”.

Por su parte, el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, reformada en enero de 1994, establece:

“Cuando el procedimiento administrativo disciplinario que haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra”.

“El Estado podrá repetir a los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares”.

“Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial”.

“Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pago respectiva”.

Como bien afirma el jurista mexicano Álvaro Castro Estrada, “de las reflexiones aludidas podemos concluir que las modificaciones al anterior artículo 1928 no introducen cambio substancial al régimen existente desde 1928 —año de la expedición del Código Civil vigente—, que nos invite a claudicar de nuestra pretensión de coadyuvar al convencimiento general sobre la necesidad de contar con un sistema moderno y ponderado, de responsabilidad patrimonial del Estado, sustentado en principios más propios a su naturaleza, como son los de carácter administrativo. En realidad se advierte que la *ratio legis* de la reforma es de carácter penal y no se pretendió establecer un régimen de responsabilidad directa del Estado por la actuación de sus agentes públicos...”

Por lo que respecta al artículo 77 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el autor últimamente citado opina:

“1.- El sistema únicamente se refiere a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos; excluyendo tácitamente los daños y perjuicios que los mismos puedan ocasionar con su actuación normal o lícita. Para estos últimos casos, la Ley no prevé reparación alguna en favor de los particulares lesionados”.

“2.- Es indispensable que para estar en posibilidades de obtener reparación del Estado, los particulares lesionados hayan iniciado el procedimiento administrativo disciplinario establecido en los artículos 64 y siguientes de la Ley”.

“3.- Es requisito también que la autoridad competente haya determinado la responsabilidad individual del servidor público; por lo que el sistema no reconoce la llamada ‘falta anónima’, que es aquella que se presenta cuando no es posible individualizar la falta personal de uno o varios servidores públicos, pero que sin embargo, se pueden acreditar los daños y perjuicios efectivamente acaecidos en contra de la persona o el patrimonio de los particulares. Frente a una situación de esta índole, no habría posibilidad de reparación alguna”.

“4.- El precepto tiene el mérito de que, en vía administrativa, se pueda reconocer la responsabilidad de indemnizar y ordenar el pago correspondiente, sin tener la necesidad de acudir a la instancia judicial o a cualquier otra. En este último supuesto —cualquier otra— el legislador muy probablemente haya pensado en los tribunales contencioso-administrativos, como el Tribunal Fiscal de la Federación, que como sabemos, tuvo competencia

para conocer de la responsabilidad del Estado. Al respecto habría que agregar que el precepto en comentario, no excluye la posibilidad de dirimir una controversia de determinación de responsabilidad e indemnización ante instancias jurisdiccionales, sólo apunta que éstas no son indispensables para que los particulares puedan obtener la indemnización que soliciten; cumplidos, evidentemente, los demás requisitos”.

“5.- El segundo párrafo del artículo 77 bis, reitera una disposición establecida en el ahora artículo 1928 del Código de Procedimientos Civiles Civil, el cual señala que: ‘El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados y funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado’. Lo que no lo hacía, por tanto, indispensable”.

“6.- En reiteración de lo dicho en el punto número 3, se deja a salvo a favor de los particulares el derecho de acudir, a su elección, a la vía administrativa o judicial, en los supuestos de que el Estado niegue la indemnización solicitada o si está en desacuerdo con el monto indemnizatorio, por considerar que no satisface la cuantificación de los daños y perjuicios resentidos en su persona o patrimonio”.

“7.- El cuarto párrafo establece una hipótesis singular, toda vez que prevé la manera de resolver la cuantificación y pago de los daños y perjuicios que se deriven de una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos, que haya sido aceptada por el órgano del Estado a quien se haya formulado la recomendación respectiva. Esta nueva situación permite apreciar la amplitud del alcance que progresivamente va teniendo en nuestro orden legal la Comisión de Derechos Humanos. Nosotros pensamos que la ‘intromisión’ de la Comisión en este ámbito de la responsabilidad patrimonial, es consecuencia de no haber previsto con mayor cuidado los derechos y procedimientos propios de esta institución; y que por ende, la Comisión está supliendo o colmando un espacio que nuestra realidad cotidiana exigía cubrir de manera justa y equitativa”.

“8.- El nuevo sistema tiene el mérito de superar el viejo problema relativo a la ‘insolvencia’ de los funcionarios y empleados de la Administración Pública, habida cuenta de que se establece ahora que los particulares pueden ‘acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo) para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar’, aun cuando como hemos dicho, deba

substanciarse previamente el procedimiento administrativo disciplinario y, desde luego, que en éste se resuelva la responsabilidad personal del servidor o servidores públicos involucrados. Es esto último, es decir, la necesidad de seguir el procedimiento disciplinario previo, lo que no nos autoriza a hablar de un régimen de responsabilidad directa en México, a partir de la reforma legislativa que comentamos”.

“En efecto, en el ámbito de la doctrina sobre el tema de la responsabilidad del Estado, un sistema de responsabilidad directa y objetiva es aquel que, sin necesidad de procedimiento administrativo o juicio previo, el Estado reconoce su responsabilidad directa e indemniza cuando se le haya acreditado la realidad de los daños resentidos en el patrimonio de los particulares que no tengan el deber jurídico de soportarlos, independientemente de la falta o culpabilidad de sus agentes; de aquí su calificación de responsabilidad objetiva. Lo anterior, sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra los servidores públicos que —ahora sí—, sean hallados responsables —por faltas graves como comentaremos más adelante—, de acuerdo a los procedimientos y estándares de los servicios que presten”.

“9.- Otro de los asuntos que no queda suficientemente resuelto, es el relativo a la doble legislación que regula la responsabilidad del Estado: la civil (responsabilidad subsidiaria y solidaria) y la administrativa (responsabilidad indirecta y subjetiva). Esta situación no sólo nos pone frente al problema de la ‘competencia’ —al cual haremos mayor referencia en otro momento—, sino a su contradicción teórica; principalmente en lo que hace a la arcaica responsabilidad subsidiaria del Estado que supone —como cualquier otro patrón—, la obligación de reparar los daños de los funcionarios y empleados —no la propia—, en los casos en que los servidores públicos no puedan hacer frente a su obligación reparadora por razones económicas. En otro intento anterior para resolver esta problemática, se optó por derogar el dispositivo civil en materia de responsabilidad del Estado —como se comentará más adelante cuando nos refiramos a las propuestas de Antonio Carrillo Flores, dentro del inciso d. Esta vez no hace referencia expresa alguna, aun cuando podría interpretarse que las disposiciones civiles que se opongan al nuevo sistema se encuentran implícitamente derogadas por ser anteriores, lo cual conllevaría otra serie de dificultades. Sin embargo, tal interpretación tampoco es procedente, en razón de que —sorprendente, más que complementariamente— ambas

reformas se efectuaron en el mismo decreto reformativo, expedido y publicado en igual tiempo. Nosotros estamos a favor de un único procedimiento que facilite al lesionado la obtención de la reparación indemnizatoria a la que por justicia y equidad tiene derecho.”

“10.- De estos comentarios se desprende que a partir de 1994 se confirma el hecho de que —aunque de manera distinta a la precedente— contamos en México con un sistema de responsabilidad patrimonial de carácter indirecto—. No ya en el sentido que deba declararse la insolencia del agente del Estado para que éste responda subsidiariamente de acuerdo a lo que establece el Código Civil, sino en cuanto a que se exige un procedimiento previo que responsabilice a los autores de los daños acaecidos, para poderle exigir al Estado la reparación correspondiente”.

“11.- Faltaríamos al sentido de la objetividad si no dijéramos y ratificáramos aquí, que la adición legislativa que venimos comentando en estos once puntos, es de suma importancia; mas faltaríamos a la verdad también si aceptáramos que fue suficiente lo anterior para incorporar un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con la objetividad y amplitud deseable que el Derecho Administrativo y la experiencia de la doctrina extranjera nos proporciona como guía para consolidar el nuestro. Además, pensamos que es mucho más lo que se puede lograr para perfeccionar diversos aspectos regulatorios de la responsabilidad patrimonial del Estado, tales como las excepciones de responsabilidad, requisitos del daño, relación de causalidad entre el daño sufrido y su imputación a un órgano del Estado, características de la indemnización, etc., que estudiaremos en los capítulos posteriores de la presente investigación”.

Desde el punto de vista técnico jurídico, en la actualidad contamos con una dualidad de sistemas de responsabilidad del Estado: uno de naturaleza civil y otro de naturaleza administrativa. El primero, de carácter subjetivo e indirecto, generalmente subsidiario y excepcionalmente solidario. El segundo, también de carácter subjetivo e indirecto, mas no subsidiario o solidario.

Por nuestra parte estimamos que otro caso, además del contemplado en la reforma de 1994 al artículo 1927 del Código Civil, en que el Estado debe responder directamente de los daños que se ocasionen, es tratándose de la responsabilidad objetiva por riesgo creado en que pudiera incurrir, por el uso de instrumentos, mecanismos, aparatos o substancias

peligrosas, en los términos de los artículos 1913 y 1915 del Código Civil Federal, con la salvedad de que en la responsabilidad objetiva por riesgo creado, no hay obligación de pagar el daño moral, según criterio de la Suprema Corte de Justicia, ya que la reparación del daño sólo procede cuando se trata de hecho ilícito, siendo ésta otra insuficiencia legal que debe resolverse.

Debemos descartar por completo la tesis que considera que cuando el funcionario público ejerce abusivamente su función, no es el Estado el que actúa sino el servidor público y, por lo tanto, el Estado no debe responder de los daños causados por aquél, ya que el citado precepto sólo obliga al Estado, sostienen los defensores de dicha tesis, a responder de los daños causados por sus funcionarios “en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas”, y si el funcionario actúa ilícitamente ya no estaría ejerciendo sus funciones, ya que el Estado “sólo puede actuar dentro de los límites legales”. Nada más falso. De aceptarse esta tesis, sólo se podría exigir al Estado el resarcimiento de los daños cuando los funcionarios actuasen lícitamente y conforme a las facultades que la ley les concede y es que el ejercicio de la función puede ser apegado a la ley o contravenirla. Véase que el precepto habla del ejercicio de las atribuciones y no de cumplimiento. Por tanto, las atribuciones del Estado pueden ejercerse con apego a la normatividad jurídica o violentando el orden legal.

De pensar que cuando el funcionario actúa sin apegar a derecho, es él quien personalmente está obrando por cuenta propia, y no el Estado, se rompería con todo el sistema de defensa que la ley otorga a los particulares, por los actos ilícitos de los titulares de los órganos, porque entonces los actos de autoridad que fuesen violatorios de las garantías individuales, no sería el Estado quien estaría transgrediendo tales derechos, sino el funcionario en lo personal, siendo en consecuencia improcedente el amparo, ya que tal medio de defensa no procede contra actos de particulares. Lo mismo sucedería con los demás medios de defensa que concede el orden jurídico a los individuos.

De lo expuesto se llega a las siguientes conclusiones:

1. El artículo 1927 del Código Civil establece un sistema de responsabilidad obsoleto, en cuanto que no contempla la responsabilidad directa del Estado por los daños que ocasionen los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, además exige que haya culpa en los actos y

omisiones de los funcionarios, pues se encuentra comprendido en el capítulo denominado “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”. A partir de la reforma de 1994, hubo un avance aunque no substancial, al establecer la responsabilidad solidaria del Estado cuando sus servidores públicos incurran en actos ilícitos dolosos y causen daños y perjuicios. Subsistiendo el régimen de responsabilidad subsidiaria del Estado en todos los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva dicha responsabilidad una vez que se haya demostrado la insolvencia del servidor público causante de los daños y perjuicios.

2. En cambio, cuando el Estado incurra en responsabilidad objetiva por riesgo creado, debe responder directamente de los daños y perjuicios que ocasione. Esta responsabilidad tiene fundamento en el artículo 1913 del Código Civil Federal, en la que los servidores no ejercen ninguna función pública, por lo que no es aplicable el artículo 1927 que prevé como presupuesto esencial que los daños se causen en el desempeño de la función pública que tienen encomendada.

3. El Estado responde directamente por los daños que ocasionen sus funcionarios siempre que haya culpa en los actos u omisiones en que incurran, conforme a lo establecido por el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos de 1941. Pero esta ley ya fue abrogada (D.O.F. 14 de enero de 1988), en cuyo artículo 10, párrafo segundo establecía: “Cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos”.

4. Tanto el artículo 1927 del Código Civil, como el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se sustentan en la teoría de la culpa, la cual debe ser ya desplazada de los textos legales para dar cabida a la teoría del perjuicio o del daño objetivo, la que ya no toma en cuenta la conducta subjetiva del agente. *Por tanto, el Estado debe responder de los daños que cause al patrimonio de las personas aún cuando sus funcionarios, en el ejercicio del poder público, incurran en actos u omisiones sin culpa alguna, en virtud de que el Estado moderno ha invadido todos los campos de la vida social, creando con su actuación una multiplicidad de riesgos.*

Además de que la persona no tiene el deber jurídico de soportar un quebranto en su patrimonio, aunque el funcionario obre lícitamente. De lo contrario se rompería el principio de igualdad de los individuos frente a las cargas públicas.

5.- La teoría de la culpa no debe ser el fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado, sino la lesión antijurídica en sí misma, con independencia de cualquier elemento subjetivo. *Lo que importa para dar fundamento a la responsabilidad del Estado es el daño en sí mismo, por ser antijurídico, pues quebranta los principios de equidad, de igualdad y el bien común, por no tener el particular la obligación de soportar los daños que se le ocasionan en sus bienes.* De no ser así, sería contrario a la justicia y a la igualdad el que los particulares tuvieran que soportar los daños que se les ocasionaran en su patrimonio, quedando en situación de injusta desventaja respecto de los demás miembros de la sociedad.

Por todo ello no se justifica el régimen de responsabilidad subsidiaria que aún subsiste en el artículo 1927 del Código Civil Federal, ni tampoco el régimen contemplado por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos por ser un sistema de responsabilidad subjetiva e indirecta.

6.- Sea cual fuere la conducta del servidor público, normal o anormal, con culpa o sin culpa, lícita o ilícita, el Estado debe responder por los daños que ocasionen sus agentes, pues sólo debe tomarse en cuenta para ello el daño objetivo que lesione los derechos de los particulares, con motivo de la actividad del Estado. *La responsabilidad estatal debe ser directa, no subsidiaria, superando así el sistema en vigor que obliga a los particulares a demandar primeramente a los funcionarios públicos, de los daños que les ocasionen con su actuación, y hasta que acrediten su insolvencia, pueden los afectados demandar al Estado el pago de esos daños.* Esta responsabilidad subsidiaria no se justifica ya. Y si bien se dio un avance importante con la reforma de 1994 al artículo 1927 del Código Civil Federal, al establecer la responsabilidad solidaria del Estado y sus servidores públicos, pero sólo tratándose de actos ilícitos dolosos, subsistiendo la responsabilidad subsidiaria del Estado en todos los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado, cuando el servidor público directamente responsable, no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios que ocasionen.

También se presentó una propuesta del PRI para modificar la denominación del Título Cuarto y adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esas iniciativas fueron refundidas en un nuevo texto.

El 29 de abril de 2000, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó el dictamen correspondiente a la iniciativa de reforma con 369 votos a favor, cuatro abstenciones y ninguno en contra. El 8 de noviembre de 2001, el pleno de la Cámara de Senadores la aprobó también por unanimidad con 90 votos a favor.

Reforma y nuevos problemas de la interpretación constitucional

El análisis de la reforma citada implica formularse necesariamente diversas preguntas:

Tomando en consideración la situación de la materia en la doctrina jurídica sobre la cuestión atinente a la responsabilidad objetiva y la responsabilidad de la administración, ¿existe contradicción terminológica en el precepto constitucional antes transcrito?

¿Se trata de una nueva garantía individual o simplemente de un instrumento o medio para tutelar el patrimonio del gobernado ya consagrado en el artículo 14 de la Constitución Federal?

Esta última pregunta puede responderse desde dos ángulos:

Primero, debe señalarse que el “poder constituyente permanente” refleja cuál es su intención contenida en la norma a través de un lenguaje histórico concreto, que se nutre no sólo de las demandas sociales sino de los avances que la ciencia jurídica aporta para encauzar y resolver aquellas cuestiones;¹⁶ el trabajo del constituyente permanente se asume, por regla general, como un todo cohesionado, coherente y completo. De ahí que, tomando en cuenta ese presupuesto, se estime que no

¹⁶ Manuel Aragón en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985 p. 67, señala que la función de la reforma constitucional opera en diversas facetas: “En primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía”.

existe la contradicción en la norma constitucional, pero, si dirigimos la mirada a la realidad concreta, ¿podremos sostener que *siempre* es así?

La respuesta nos la puede conceder el recorrido de la reforma constitucional al artículo 113 de la Constitución Mexicana. Así, cuando se indica en este último precepto 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”, la Cámara de Diputados, como órgano del poder constituyente, consideró a la actividad irregular del Estado, causante de daños al patrimonio de los particulares, como conducta irregular de los servidores públicos que lo produjeron.¹⁷

¹⁷ El proceso de reforma constitucional y sus eventualidades se puede revisar en el texto de Álvaro Castro Estrada, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. Prol. de Héctor Fix-Zamudio. México, Porrúa, 2002; además, en su ensayo “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del estado a la constitución mexicana”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 8, enero-junio de 2003, en que sostiene: “En un primer momento, es decir, en el dictamen preliminar aprobatorio de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos, Primera, de la H. Cámara de Senadores, al que afortunadamente tuve acceso, contenía unas líneas que abiertamente contradecían el principio de la responsabilidad objetiva al señalar lo siguiente: ‘La actividad desplegada por el Estado como hecho imputable deberá tener el carácter de “irregular”, entendiendo por ello un funcionamiento fuera de lo normal, donde existan conductas ilegales o sujetas a imputación de culpabilidad, ya sea de funcionarios o de manera impersonal’. Al advertir esta situación que, no obstante ajustarse en cierta medida al dictamen de la H. Cámara de Diputados, ratificaría y ahondaría la contradicción antes apuntada —responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva—, con los previsibles problemas interpretativos y por tanto de aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial en el país, fundada y respetuosamente solicité —el mismo miércoles 31 de octubre de 2001, fecha en que las mencionadas Comisiones Unidas discutirían y, en su caso, aprobarían el dictamen respectivo— la eliminación de dicha redacción, para sustituir dicho párrafo por el siguiente texto, con la satisfacción de que fue aceptada: No pasa inadvertido a esta Comisión el hecho de que en el dictamen elaborado por la Cámara de Diputados se haya precisado que ‘El alcance de la responsabilidad del Estado se circunscribe a la lesividad de su actividad administrativa irregular’. Dicha precisión es relevante, pues de esta manera se logra conjugar en forma por demás atinada la noción de ‘daños’ y el concepto de ‘responsabilidad objetiva y directa’”.

Empero, la Cámara de Senadores, también como órgano del poder constituyente, estimó que debía entenderse: “por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar. Los daños serán indemnizables, salvo que se acredite que el daño no se causó como consecuencia de la actividad del propio Estado en el ámbito administrativo.” El matiz introducido por la Cámara de Senadores, a decir de Álvaro Castro Estrada, era necesario para no contradecir el carácter de responsabilidad objetiva que el propio texto indicaba y era perfectamente aceptable en tanto que no se podía hablar con propiedad de una actividad irregular del Estado, como si dicha actividad fuera la natural o propia de la Administración pública, ya que, en dado caso, serían *actos administrativos irregulares* los que excepcionalmente se producirían en el funcionamiento administrativo del Estado.

Es decir, lo que estaba en tela de discusión en ese momento era si se asimilaba la actividad irregular del Estado a la cuestión de un *hacer ilícito* que tuviera como base el elemento subjetivo de la culpa o bien, si se contextualizaba tal denominación en la corriente del derecho administrativo —de autoría española, según se reconoce por uno de los autores intelectuales de la iniciativa de reforma constitucional— y se englobaba la noción de actividad administrativa irregular a aquella situación en que se causara un daño al particular, mismo que no tenía obligación de soportarlo, dejando la nota de la ilicitud en el daño producido más que en la conducta del agente que la cometió (por culpa o dolo).

Como quiera que fuese, la Cámara de Diputados aprobó una iniciativa de reforma con una idea de ilicitud de la acción administrativa que daba lugar a la responsabilidad objetiva y directa, y la Cámara de Senadores trató de enmendar esa contradicción con la precisión antes apuntada.

Álvaro Castro Estrada sostiene al respecto que:

...de acuerdo con lo anterior, lo mejor hubiese sido que la versión de la adición al segundo párrafo del artículo 113 constitucional que se aprobó por el constituyente permanente —o poder revisor de la Constitución, como se ha dicho en el inciso anterior, no hiciese referencia expresa a la *actividad administrativa irregular*, como único supuesto de la responsabi-

alidad del Estado por daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares. Sin embargo, debe considerarse también que la adición constitucional aprobada se refiere expresamente a que la responsabilidad del Estado será “objetiva y directa”. Esta calificación que hace la reforma constitucional aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* es total y lleva a una *obligada interpretación consistente en considerar a la actividad administrativa irregular como inherente al concepto de patrimonio dañado —dato objetivo— y no a la conducta ilícita, irregular o ilegítima que produce el daño*, ya que de asociar la irregularidad al concepto de conducta y no al de daño, llevaría inexorablemente a una responsabilidad de carácter subjetiva, en lugar de objetiva, como reza la reforma constitucional respectiva.¹⁸

Ahora bien, ¿puede estimarse que se aprobó un solo texto con un solo sentido y que éste además es unitario y no contradictorio? Estimo que para darle eficacia a la norma no debe estarse al sentido literal de la denominación de responsabilidad objetiva, como institución civil, sino que como institución aplicable a la actividad administrativa del Estado, denota un concepto que comprende la complejidad de la actividad estatal que pueda causar un daño, con la noción de falta de servicio, lesión antijurídica y a la vez el supuesto de la actividad riesgosa en sí misma considerada; puesto que el texto contiene vocablos de la ciencia jurídica, la interpretación que se haga debe responder a ese sentido totalmente técnico, que requiere de gran ponderación para su definición y debida aplicación y que se irá decantando en cada caso concreto.

Afirmo lo anterior porque de hacer caso al matiz introducido por la Cámara de Senadores, se dejaría de lado el sentido dado por la Cámara de Diputados, órgano de similar jerarquía dentro del proceso de reforma constitucional, y si se privilegiara la última voluntad expresada respecto de la norma a reformar, debería tomarse en cuenta, de existir, algún matiz introducido por alguna de las legislaturas de los estados, también órgano de jerarquía similar, para lo cual ha de atenderse al texto aprobado en relación con la deliberación o discusión que sí haya trascendido al texto de la norma y procurar su funcionalidad.

¹⁸ “Análisis jurídico de la reforma constitucional...”, p. 223.

En otro ángulo, si la asunción de la actividad irregular del Estado se asimila a lo ilícito, en forma absoluta, con el elemento culpa, es evidente que no puede considerarse que el daño que se produce deba ser reparado en virtud de existir una responsabilidad objetiva del Estado. Ello es así, porque la nota de lo “objetivo”, como institución estrictamente civil, atañe a lo innecesario de establecer si el daño se causa por culpa o dolo, pues lo que importa es el daño en sí producido inclusive por una actividad lícita, donde no se exonera por caso fortuito ni por causa de fuerza mayor.

La interpretación que se hizo en el dictamen de la Cámara de Senadores, intentó conciliar dos categorías jurídicas aparentemente contrapuestas en un solo enunciado;¹⁹ en efecto, por un lado, se intenta establecer la noción de actividad administrativa irregular con una connotación de hecho u omisión ilícita y, por otro, como la que produce un daño al particular que no tiene la obligación legal de soportar, y fija la nota de la responsabilidad objetiva en que sólo debe responderse respecto de los daños de esa actividad irregular.²⁰

Sin embargo, cuestiono, ¿si lo relevante de la responsabilidad objetiva es que se responde por el daño con independencia de la regularidad o irregularidad de la acción del Estado, para qué lo acotó el constituyente permanente a la actividad irregular?; de asumirse lo anterior, nuestro sistema de responsabilidad del Estado no es absolutamente subjetivo, porque no atiende a la culpa o dolo del servidor público en la comisión del daño, esto es, se supera ese estadio jurídico, pero tampoco es absolutamente objetivo porque lo reduce al acto irregular y elimina de la reparación el daño causado por la actividad regular o lícita del Estado.

¹⁹ Juan Carlos Marín González señala al respecto en *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. XV, “...nada importa, hay una fe ciega en que la nueva regulación será la solución a las dificultades que México presenta en esta materia, aunque nadie pueda ahora decir qué se va a entender por actividad administrativa irregular y por responsabilidad objetiva, de la mano, así juntitas y sin que nadie chiste”.

²⁰ *Cfr.* José Roldán Xopa, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México: Hacia una interpretación constitucional alternativa”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2004. p. 174.

Marín González²¹ ha señalado que la categoría de responsabilidad objetiva del Estado ha causado “dolores de cabeza” a la doctrina y jurisprudencia españolas, fuente de inspiración de nuestra reforma constitucional. En México, el “dolor de cabeza” también es importado, pero la acotación de actividad administrativa irregular es un remedio adecuado, porque se complementa con el concepto “falta de servicio” que se recoge en el texto constitucional al establecer la responsabilidad objetiva y directa con la que se hace abstracción de la carga de probar la ilicitud y culpa del funcionario, y que ya no obliga a demandar primero al servidor público y demostrar el elemento culpa.

Precisemos. La noción de perjuicio antijurídico que constituye la base del sistema de responsabilidad administrativa español, no se asienta sobre la conducta que produce el daño, sino sobre el daño mismo, que el particular no tiene la obligación de soportar. Un sector de la doctrina española ha afirmado que esa idea proviene en alguna medida del concepto de que la presunción de legalidad no reside en el acto administrativo sino en la demanda del particular dañado. ¿Es eso posible en nuestro sistema jurídico mexicano? Estimo que no, de afirmar lo contrario llegaríamos al absurdo de crear la presunción de que la actividad administrativa no observa la ley, que cuando la aplica lo hace distorsionándola, que subyace un inconsciente dentro del espíritu de las instituciones públicas que tiene algo de patológico y que lo que hagan los funcionarios que las integran es irrelevante en este aspecto.

La tarea de armonizar el precepto constitucional, al momento de interpretarlo, será ardua para los juzgadores en cada caso concreto; sobre todo cuando la tradición de la responsabilidad objetiva del Estado no puede corresponder a la institución civil, ya que no solamente abarcaría la actividad de riesgo por sí misma considerada, sino como un concepto que denota la lesión antijurídica que, tal y como se planteó en la parte doctrinal que informó a la iniciativa de reforma, tiene raíces en la tradición jurídica española.

Conforme a las premisas establecidas, estimo que en el texto constitucional no hay contradicción si la responsabilidad civil se ve como instituto que se adopta al derecho administrativo, pero aquélla se

²¹ *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 18.

actualiza si se le ve estrictamente como instituto civil (abstracción del sujeto activo y cualquier causa); de acuerdo con la primera hipótesis, la responsabilidad objetiva debe entenderse con abstracción del sujeto, o naturaleza de la omisión o acción llevada a cabo imputable al Estado; se califica esa responsabilidad en razón de la falta del servicio (categoría implícita en la ley)²² o la actividad riesgosa.

Además, si asumimos que la cuestión de la irregularidad de la actividad administrativa estatal se puede analizar desde la óptica de la falta del servicio, existe una tradición no ajena a lo que ha acontecido en la historia reciente del país, como se ve y desprende del texto de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941, que debe ser examinada dentro de nuestro transcurrir histórico y la práctica judicial.²³

Finalmente, ¿puede predicarse que la figura de la responsabilidad estatal contemplada en el artículo 113 de la Constitución Federal es una nueva garantía para el particular? No, en la medida en que si lo que se tutela es la esfera jurídica del particular a fin de que no sea afectado por una carga no prevista en la ley, *id est*, que no tenga la obligación de soportar, se encuentra protegida en el artículo 14 de la Constitución Federal, de modo que el segundo párrafo del artículo 113 citado, sólo puede venir a constituir, con las salvedades indicadas, un instrumento concreto para su salvaguarda, que es una proyección de la garantía de audiencia previa.

Como consecuencia de lo antes dicho, se plantea el problema manifiesto de la *constitucionalidad de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE)*. En efecto, ¿se puede establecer la

²² Esta interpretación tiene una experiencia histórico-concreta de la cual puede obtener apoyos sustanciales para su interpretación, como lo es el caso francés; también debe advertirse nuestra tradición legislativa y los análisis que sobre tal aspecto se han hecho en México, como lo advertí en el inicio de este texto; de modo que antes de iniciar una aplicación de la norma que se analiza y los preceptos secundarios que de ella derivan, interesa establecer lo que nuestra doctrina nacional ha establecido al respecto y concluir si existe una tendencia dominante o marginal que pueda orientar esos esfuerzos; sobre tales aspectos me ocuparé en trabajos posteriores.

²³ Sobre este aspecto me encuentro preparando un trabajo relativo a la experiencia de la responsabilidad del Estado mexicano desde la óptica legislativa y judicial, que en breve presentaré.

constitucionalidad de la ley que se apoya sobre un concepto de actividad administrativa irregular que no precisó el constituyente permanente?, esto es, ¿la LFRPE respeta el principio de supremacía constitucional al utilizar una noción sobre la actividad administrativa irregular que no fue materia de precisión, debate y acuerdo en la reforma al artículo 113 de la Constitución Federal? El problema es complejo y presenta diversas facetas, ya que, *prima facie*, lo establecido en la Constitución es una norma de mandato o encargo que tiene el alcance de un principio rector y queda al legislador ordinario extender la forma de aplicar los principios establecidos en la norma máxima; sin embargo, si el principio regulado en la Carta Magna fue aclarado expresamente en la ley porque aquella presentó contradicciones terminológicas, debe admitirse que hubo un exceso, aunque se explique y detalle que fue para hacer funcional la reforma constitucional y el contenido de la ley ordinaria.²⁴

²⁴ La constitucionalidad de una ley por cuestiones terminológicas no es un tema nuevo en nuestro Derecho. Mario de la Cueva en *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 10ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 137, señala: "...Antes de la aprobación de la iniciativa presidencial por el Congreso de la Unión, se suscitó una polémica, que mostró una vez más el propósito de obstaculizar el progreso de la justicia social: ¿puede una ley ordinaria modificar la terminología constitucional? ¿Puede adoptar una doctrina de la responsabilidad diferente a la que tuvo a la vista la Declaración de derechos sociales de 1917? O por lo menos, ¿puede ampliar el campo de aplicación de las normas contenidas en el artículo 123? En lo que concierne a la primera cuestión respondió la Comisión, ante todo, que la terminología constitucional no contiene el vocablo riesgos profesionales, pues la fr. XIV habla únicamente de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo que se explica porque la doctrina de la segunda década de nuestro siglo, según dice en la Exposición de motivos, ya había superado la idea primera que amparaba todo accidente, cualquiera que fuese la actividad en la que sobreviniera; y en cuanto al término enfermedades profesionales, sobre las que aún no se legisaba en Francia, debe decirse que esos padecimientos presuponen una causa permanente que los produzca, esto es, solamente se dan al través de la permanencia en una actividad determinada. En torno a las dos últimas cuestiones se hizo notar que la Declaración, de un lado, comprende solamente los derechos mínimos de los trabajadores, y, por otra parte, que es una fuerza viva que impone su superación constante por medio de la ley, de los convenios de la OIT y de los contratos colectivos, entre otros procedimientos".

IV. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ORIGEN Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

El Código Civil de 1870 tenía en su Libro Tercero denominado “De los contratos”, capítulo IV, denominado “De la responsabilidad civil”, del Título Tercero, denominado “De la ejecución de los contratos”, un capítulo que señalaba como causas de la misma: el incumplimiento de contrato, y los actos y omisiones que están sujetos expresamente a ella por ley; se define lo que se entiende por daños y perjuicios (efectos de la responsabilidad), su necesaria vinculación con el incumplimiento de la obligación “ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse” (artículo 1582); se determina también la naturaleza jurídica de la indemnización; asimismo se contempla la responsabilidad civil por riesgo creado (artículo 1595),²⁵ figurando como causas del mismo, el peso y movimiento de máquinas de establecimientos industriales, exhalaciones deletéreas, aglomeración de materias o animales nocivos a la salud o por cualquier otra causa. La única parte en donde puede señalarse una vinculación entre la responsabilidad civil y la actuación estatal se encuentra en el artículo 1591, que conviene citar en su integridad:

Art. 1591. Si para salvar una población se causa un daño a uno o varios individuos o se ocupa una propiedad, la indemnización se hará en los términos que establezca la ley orgánica del artículo 27 de la Constitución.²⁶

²⁵ Véase: José Luis Evaristo Villegas, *Responsabilidad económica extracontractual...*, pp. 8 y ss. El contenido de ese precepto se recogerá en los artículos 1479 y 1487 del Código Civil de 1884. Esos preceptos son del tenor siguiente: “Artículo 1479.- También habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas; ó por la aglomeración de materias ó animales nocivos á la salud ó por cualquiera otra causa que realmente perjudique á los vecinos. Esta materia queda sujeta á los reglamentos de policía. — Artículo 1487.- En la materia contenida en este capítulo se observarán también los reglamentos administrativos en todo aquello que no fueren contrarios á las disposiciones anteriores.”

²⁶ Véase: Manuel Mateos Alarcón. *Lecciones de Derecho Civil. Estudios sobre el Código civil del Distrito Federal. Promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*. Tomo III. Tratado de obligaciones y contratos. Ed. Facsimilar. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 217 y ss. Este precepto se reproduce en el numeral 1475 del Código Civil del

La responsabilidad extracontractual en nuestro Código Civil de 1928, estuvo regulada por el artículo 1928 (en el año de 1994 pasó a ser el artículo 1927), que disponía originalmente:²⁷

Artículo 1928. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

Evidentemente ese precepto no puede entenderse si no se relaciona con el artículo 1910 del mismo Código que dispone que: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

Tales preceptos se encontraban en el capítulo V, denominado “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, dentro del título primero, denominado “Fuente de las obligaciones”, del Libro Cuarto, denominado “De las Obligaciones”, del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior, para que pudiese existir responsabilidad del Estado, debía demostrarse que el funcionario en el cumplimiento de sus atribuciones obró intencionalmente, por negligencia o imprudencia, de modo que la culpa se constituye en la base fundamental del sistema de responsabilidad; además, la responsabilidad del Estado es subsidiaria, que implica el reconocimiento de que es el funcionario el primer obligado al pago del daño causado por ser el autor del mismo, esto es, la voluntad que produjo el ilícito civil, de modo que si no tiene

Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, el cual rezaba: “Artículo 1475.- Si para salvar una población se causa daño á uno ó varios individuos, ó se ocupa su propiedad, la indemnización se hará en los términos que establezca la ley orgánica del artículo 27 de la Constitución”.

²⁷ Véase la exposición de motivos del Código Civil de 1928 que sobre ese precepto señalaba: “...por lo que atañe a los empleados públicos, se impuso al Estado la obligación subsidiaria de responder por el pago de daños y perjuicios”.

bienes o sean insuficientes, sea el Estado el que deba responder por tal insuficiencia.

Sobre este aspecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo:

Quinta Época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XCIX

Página: 1679

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

DAÑOS CAUSADOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE RESPONDER DE LOS. Para que exista, conforme al artículo 1928 del Código Civil, la responsabilidad subsidiaria del Estado, por actos de sus funcionarios, se requiere: a) que un funcionario cause daño; b) que este daño se origine en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas; c) el carácter subsidiario de esta responsabilidad sólo podrá hacerse efectiva, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado, lo que quiere decir que este tercer requisito que señala el precepto que se comenta, solamente se cumple, cuando el que resulte lesionado en sus intereses, ejercita la acción principal, frente al causante de los daños, y que, no habiendo obtenido satisfacción o habiéndola logrado sólo en parte por insuficiencia de los bienes del responsable principal, obtiene por este hecho la mejor demostración de la insolvencia del funcionario responsable, y por tanto, la prueba jurídica suficiente y eficaz para demandar subsidiariamente al Estado; en otros términos: el Estado no puede ser demandado subsidiariamente por los daños causados por sus funcionarios, en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, sino cuando el lesionado en sus intereses haya ejercitado la acción principal sin haber obtenido íntegra reparación o la que ha obtenido es insuficiente, y si está justificado en autos, que el actor hubiese ejercitado la acción principal contra el obligado en primer término, se impone la conclusión jurídica de que no tiene derecho de demandar subsidiariamente al Estado.

Precedentes: Juicio sumario 3/43. Salceda Illanes Enrique. 7 de marzo de 1949. Mayoría de catorce votos. Disidente: Emilio Pardo Aspe. La publicación no menciona el nombre del ponente.

El sistema del Código Civil Federal se amplió con una nueva disposición: la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941, misma que sostiene en su artículo 10, párrafo segundo, que: “cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos”.

Lo anterior debe entenderse en términos de lo señalado por el artículo 1º de esa ley, que autorizaba al ejecutivo para que a través del Tribunal Fiscal de la Federación, depurara y reconociera las obligaciones —créditos— no prescritas a cargo del gobierno federal, nacidas o derivadas de hechos jurídicos acontecidos entre el 1 de enero de 1929 al 31 de diciembre de 1941; las obligaciones sólo podían ser reclamadas a partir de la vigencia de la ley y hasta el 30 de junio de 1942 (artículo 13) so pena de quedar definitiva e irrevocablemente prescritas a favor de la Nación (artículo 4).

Manuel Bartlett Díaz, en su tesis profesional “La obligación del Estado de reparar todos los daños que cause”, es el primer autor que introduce que el artículo 1928 del Código Civil Federal fue derogado en razón de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal. En efecto, sostiene que el artículo antes citado modifica todo el sistema existente, pues da facultad al Tribunal Fiscal para decidir sobre la existencia de un daño y la obligación estatal de repararlo, es decir, tiene la facultad de juzgar, de modo que encontrar responsabilidad no es depurar, sino juzgar, lo que permite establecer que se deroga el artículo 1928 del Código Civil, ya que ese artículo otorga competencia a los tribunales comunes distinta a la otorgada al Tribunal Fiscal de la Federación, de ahí que se deroga la figura de la responsabilidad subsidiaria.²⁸

²⁸ Véase: José Luis Evaristo Villegas, *Responsabilidad económica extracontractual...*, p. 62.

La figura regulada por el Código Civil, fue objeto de reforma, la que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de enero de 1994, para quedar como sigue:

Artículo 1927.- El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios, causados por sus servidores públicos.

Como datos diferentes importantes entre el texto original y el contenido de la reforma se desprende la incorporación de la noción de daños y perjuicios; la voz de “servidores públicos” (para hacerla acorde con la denominación constitucional, artículo 108), se sustituye la noción de funciones por la de “atribuciones” e incorpora como noción efectiva la de obligación solidaria, cuando existan daños que hayan sido producto de actos ilícitos dolosos, de modo que sólo en este supuesto podía exigirse del Estado o del funcionario, indistintamente, el pago de los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad extracontractual; en los demás casos, sigue la idea de subsidiariedad.²⁹

Del nuevo texto del precepto citado se desprende que los elementos de la acción de responsabilidad civil, fundada en el artículo 1927 del Código referido, eran los siguientes:

- Un servidor público;
- Que ese servidor público cause daño;
- Que ese daño lo cause con motivo del ejercicio de las funciones que le están encomendadas.

²⁹ No debe perderse de vista que la reforma a diversos preceptos del Código Civil no vino sola, sino acompañada de otras habidas al Código Penal Federal y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en que se reconoce el derecho de repetir del Estado en contra de sus funcionarios por el pago de la indemnización satisfecha a los particulares dañados en sus bienes o personas.

Siguiendo el precedente de la Suprema Corte de Justicia, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha considerado como elemento legal aleatorio el relativo a que el carácter subsidiario de esta responsabilidad sólo podrá hacerse efectiva, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.³⁰

De lo anterior se desprende que el funcionario público directamente responde de las faltas u omisiones cometidas durante su ejercicio que es el caso de la responsabilidad civil cuando con su actuación ilícita se causen daños patrimoniales.

De ese modo, se desprende que no necesariamente se debe demandar al órgano de la administración pública —como ente del Estado—, ya que a él no está dirigida la acción principal, pues, siguiendo la teleología del precepto enunciado, el servidor público es directamente responsable de las faltas cometidas en la administración pública, a quien, en su caso, deberá demandarse la responsabilidad civil, con independencia de que pueda ser sujeto de otras sanciones.

Por otro lado, para obligar al Estado al resarcimiento del daño debía probarse en la acción de referencia que el funcionario causó el daño, la cuantía de éste y su insolvencia, por lo que una demanda de esta naturaleza debe dirigirse, en principio, contra el propio servidor público, y solamente en caso de que el actor no habiendo obtenido satisfacción o habiéndola logrado sólo en parte por insuficiencia de los bienes del responsable principal, tendrá derecho y será prueba jurídica suficiente y eficaz, para demandar ahora subsidiariamente al Estado.

Dicho de otro modo, el Estado no podía ser demandado directa y exclusivamente por los daños causados por sus funcionarios, en el ejercicio de las atribuciones que les están encomendadas, sino sólo cuando el funcionario responsable resultaba insolvente.

La Tercera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta Época, en las tesis consultables en las páginas 1211 y 1212 del *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXX, señala:

³⁰ Ver juicio de amparo directo D.C. 6643/2001. Sesión de 13 de septiembre de 2001.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA NACIÓN POR ACTOS DE FUNCIONARIOS. Una demanda que debe apoyarse en el artículo 1928 del Código Civil, debe dirigirse desde luego contra el propio funcionario, y una vez obtenida sentencia condenatoria, puede ejercitarse la acción contra el Estado, si aquél resulta insolvente.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA NACIÓN POR ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS. Del texto del artículo 1928 del Código Civil se desprende que, en primer lugar, debe probarse que el funcionario causó el daño y la cuantía de éste y, en segundo lugar, su insolvencia, por lo que una demanda de esta naturaleza debe dirigirse desde luego contra el propio funcionario, ya que una sentencia condenatoria previa es requisito indispensable para entablar acción contra el Estado. Por consiguiente, si el particular exige del Estado, directamente y sin acreditar la insolvencia del funcionario, el pago proveniente de perjuicios causados por un acto de éste, no demuestra tener derecho ni legitimación para obrar judicialmente. Asimismo, el Estado puede defenderse de la acción ejercida directamente en contra suya simplemente negando que el actor le asista un derecho, puesto que no se acreditan ni éste ni la insolvencia del funcionario.

Por consiguiente, para demandar la responsabilidad civil prevista en el artículo 1927 del Código Civil Federal debía dirigirse, en principio, contra el funcionario en su calidad de servidor público y no contra el Estado, ya que este último interviene sólo en el supuesto de que la condena no pueda ser satisfecha con el patrimonio del directamente responsable, pues la acción que nace en este precepto tiene como fundamento la responsabilidad del servidor encargado de la función administrativa que, por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado o, impericia, provoca un daño a una persona que, desde luego, tiene que ser reparado por el propio funcionario, según la teleología de los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, y sólo en el supuesto de que no haya obtenido íntegra reparación o la que haya obtenido resulte insuficiente, era procedente que el Estado respondiera de la condena.

Sobre el particular, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha emitido dos tesis, cuyos rubros y textos son del tenor siguiente:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

XV, Enero de 2002

Página: 1345

Tesis: I.3o.C.276 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EN PRINCIPIO, LA DEMANDA RESPECTIVA DEBE ENTABLARSE CONTRA ELLOS. La acción de responsabilidad civil prevista en el artículo 1927 del *Código Civil Federal* debe enderezarse, en principio, contra el funcionario en su calidad de servidor público y no contra el Estado, ya que este último interviene sólo en el supuesto de que la condena no pueda ser satisfecha con el patrimonio del directamente responsable, pues la acción que nace en este precepto tiene como fundamento la responsabilidad del servidor encargado de la función administrativa que, por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia, provoca un daño a una persona que, desde luego, tiene que ser reparado por el propio funcionario, según la teleología de los artículos 108 al 114 de la *Constitución Federal*, y sólo en el supuesto de que no haya obtenido íntegra reparación o la que haya obtenido resulte insuficiente, será procedente que el Estado responda de la condena de manera subsidiaria.

Precedentes: Amparo directo 6643/2001. Ayuntamiento del Municipio de Cajeme, Estado de Sonora. 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

XV, Febrero de 2002

Tesis: I.3o.C.275 C

Página: 924

Tesis aislada

Materia(s): Civil

RESPONSABILIDAD CIVIL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1927 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL. LOS ACTOS QUE LE DAN ORIGEN SON INDEPENDIENTES DEL VÍNCULO EXISTENTE ENTRE EL SERVIDOR PÚBLICO Y LA VÍCTIMA, POR LO QUE TIENE UNA CONNOTACIÓN EXTRA CONTRACTUAL. Tratándose de responsabilidad civil de los servidores públicos o del Estado (forma subsidiaria), prevista en el artículo 1927 del Código Civil Federal, que deriva de un acto ilícito, dolo o culpa, no tiene como fundamento el incumplimiento de un contrato, porque esos actos trascienden al contenido y alcance de cualquier convención, es decir, el servidor público encargado de la función administrativa que, por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado o impericia o que intencionalmente causa un daño a una persona, es responsable de esos actos independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual, pues los actos que dan origen a este tipo de responsabilidades colocan al causante en la condición de un tercero extraño; por ende, la responsabilidad civil prevista en el artículo 1927 antes señalado, tiene una connotación extracontractual.

Amparo directo 6643/2001. Ayuntamiento del Municipio de Cajeme, Estado de Sonora. 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

Por virtud del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2004, se derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal;³¹ lo anterior tiene como consecuencia práctica que se elimine no sólo el sistema de responsabilidad solidaria y subsidiaria del Estado previsto en la norma, en relación con los daños causados por los funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones, sino que según lo dis-

³¹ El contenido del artículo tercero del decreto que expide la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, señala “Artículo Tercero.-Se deroga el artículo 1927 del Código Civil Federal, para quedar como sigue: Artículo 1927.- (se deroga)”.

puesto por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se “supere” ese régimen permitiendo que la responsabilidad del Estado se entienda bajo los parámetros de objetiva y directa, con una nueva connotación a esos términos, lo cual se analizará más adelante.

Pero esa derogación normativa eliminó la posibilidad de enjuiciar el error judicial y el error legislativo de los órganos federales del Estado por culpa de los servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones, que se entendían implícitamente comprendidos en el artículo 1927 del Código Civil Federal, y se sanciona única y exclusivamente la acción administrativa irregular de los órganos del Estado Federal conforme a la ley que se analiza.³²

V. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

ELEMENTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. *Daños personales y morales*

Tal y como lo dispone el artículo 4º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, los daños y perjuicios que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán

³² En el mismo sentido Juan Carlos Marín González, *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 26, cuando señala en relación con la propuesta del proyecto de LFRPE de derogar el artículo 1927 del Código Civil Federal que: “...esta disposición debe permanecer vigente precisamente para cubrir todas aquellas áreas que no quedarán bajo el manto de la nueva normativa, algunas de las cuales hemos mencionado someramente en los párrafos anteriores. Si se deroga el art. 1927 del CCF como lo dispone el proyecto federal, ¿qué ley y qué responsabilidad van a regir respecto de todas aquellas actividades que desarrolle el Estado que no sean administrativas y que provoquen un daño a los particulares? No se olvide que a falta de una regulación expresa se vuelve al Derecho común”. Álvaro Castro Estrada, a quien debe ligarse, para cualquier efecto, la autoría de la tendencia a reformar el artículo 113 de la Constitución Federal, expresó en “Análisis jurídico de la reforma...”, p. 214 que: “...cabe apuntar adicionalmente que la derogación del artículo 1927 del Código Civil federal, contribuiría en mucho a resolver la problemática mencionada, toda vez de que cerraría el paso a las demandas por daños y perjuicios al Estado, por la vía ordinaria civil”. Estimo que no se analizaron detenidamente las implicaciones de la derogación planteada.

de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

2. *Sujetos pasivos de la responsabilidad extracontractual*

En términos de lo previsto por el artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, cualquier “particular” que sufra un daño en cualquiera de sus bienes o derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, tendrá la calidad de sujeto activo de esa relación, por el hecho mismo de reclamar la reparación en sede judicial.

En cambio, es sujeto pasivo de la acción de responsabilidad extracontractual, todo ente público federal que lleve a cabo una actividad materialmente administrativa; de modo que es una acción en la vía ordinaria jurisdiccional ante un tribunal que originalmente era de mera anulabilidad y que ahora adquiere plena jurisdicción para condenar y que tiene competencia para conocer de controversias sobre los actos administrativos de los entes señalados en el artículo 2º de la Ley citada: los entes públicos federales, entendiéndose por éstos a:

- El poder judicial federal,
- El poder legislativo,
- El poder ejecutivo federal,
- Órganos constitucionales autónomos,
- Dependencias y entidades de la Administración Pública Federal,
- La Procuraduría General de la República,
- Los Tribunales Federales Administrativos y *cualquier ente público federal*.

No obstante esa enunciación, debe establecerse que se trata de actuaciones materialmente administrativas por lo que no son enjuiciables en sus actividades formal y materialmente jurisdiccionales y legislativas. Por otra parte, el objeto de la ley fue que el sujeto pasivo de la responsabilidad extracontractual sea el Estado, en forma directa, con abstracción de sus funcionarios; lo que debe conciliarse con el hecho de que el

Estado no debe asimilarse con cada uno de sus órganos, máxime que algunos de esos sujetos pasivos tienen personalidad y patrimonio propio; lo que supone el problema de la representación en el proceso y la titularidad del Estado o de sus órganos, y se matiza con el hecho de que sea cada dependencia pública federal (artículo 11 de la Ley) la que deba pagar el monto de la indemnización respectiva.

3. *Casos de excepción a la responsabilidad extracontractual del Estado*

El artículo 3º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece con claridad los casos de excepción a la obligación de indemnizar a cargo del Estado:

A. *Caso fortuito* y B. *Fuerza mayor*

Si bien es cierto que existe una posición de la doctrina mexicana que asimila caso fortuito y causa de fuerza mayor, o sea que los emplea como términos sinónimos, en la medida en que "...cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito y fuerza mayor sus efectos jurídicos son los mismos, y, en consecuencia, no hay interés en hacer distinción entre ellas..."³³, también no debe dejar de estimarse su diferente connotación, por sus características, dado que el caso fortuito debe su origen al acontecimiento de la naturaleza y la fuerza mayor al hecho del hombre (véase al respecto la tesis de Planiol), lo cual puede ser un aspecto sustancial al momento de resolver un caso concreto, lo

³³ Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, 4ª ed., México, Porrúa, 1964, pp. 109-110. Ernesto Gutiérrez y González en su *Derecho de las obligaciones*, México, Porrúa, 1995, p. 601, afirma que: "...se puede afirmar sin entrar en polémica que en Derecho mexicano son palabras sinónimas 'caso fortuito' y 'fuerza mayor'. En apoyo de este criterio, se tiene que el Código emplea indistintamente una u otra, y por lo que hace a los efectos se puede afirmar que son iguales. En Francia, el criterio a este respecto no es unitario, y así hay autores que sostienen que el caso fortuito se refiere a los acontecimientos de la naturaleza, en tanto que fuerza mayor, son hechos del hombre; otros dicen que el caso fortuito se debe considerar cuando se quiere designar el origen externo del obstáculo, y lo de fuerza mayor para denotar la naturaleza insuperable del propio obstáculo".

cual se sostiene a falta de alguna explicación concreta del legislador para enunciar “el caso fortuito y la fuerza mayor”.

En adición a lo anterior, debe estimarse e insistirse que el caso fortuito debe ser entendido como el acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que si lo hubiera sido, no habría podido evitarse, y debe analizarse a partir de sus rasgos generales: imprevisibilidad e inevitabilidad.

La imprevisibilidad se da cuando el hecho es imposible de prever, lo cual debe ser apreciado objetivamente en relación con un deber establecido; la inevitabilidad implica que no hay manera de resistir el resultado de una conducta no obstante la atención, cuidado y esfuerzo normal respecto del hecho de que se trata.

En cambio, el hecho ajeno que, por exclusión, es nota característica de esta figura, atañe a que el hecho no debe imputársele al supuesto responsable, pues de proceder tal imputación, el hecho dejaría de ser fortuito.

La fuerza mayor debe entenderse como el acontecimiento ajeno a la conducta del sujeto obligado y producido al margen de la misma con fuerza incontrastable,³⁴ aun en el caso de que pudiera ser prevista, y provenir de la naturaleza o de la autoridad (aquí sería de la ley o misión del servicio público que debía ser cumplido).

C. *Los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado.*

En este caso, debe apreciarse que si la actividad administrativa “irregular” no tiene el rango de *causa eficiente o verdadera* del daño, no puede estimarse que existe responsabilidad estatal.

Se trata de desvirtuar el nexo causal, ya que los daños que se producen en la realidad distan mucho de ser generados por una sola causa y son más bien el resultado de un conjunto complejo de causas, entre las que están la propia voluntad participante del dañado, la coautoría en la comisión del daño, que puede o no provenir únicamente de un ente público federal, sino también de la actividad en que participen en forma concurrente otras autoridades de carácter federal o local y como estas últimas no quedan sujetas al imperio de la Ley Federal de Res-

³⁴ Rafael de Pina. *Diccionario de Derecho*. México, Porrúa, p. 224.

ponsabilidad Patrimonial del Estado, falta un parámetro de análisis que no lo prevé la ley; o la participación de un tercero.

La determinación de esa relación causal es un elemento que debe estudiarse oficiosamente y es una obligación para el propio juzgador, quien debe evaluar cuál o cuáles de esas causas deben ser tomadas como las necesarias o eficientes en la producción del daño y si la participación del dañado en la misma no guarda una relación trascendente que permita aplicar la excepción de mérito, o bien si tomada en cuenta tal participación del reclamante debe determinarse cuantitativamente y deducirse del monto de la indemnización total, como lo prevé el artículo 28 de la LFRPE.

Ello se desprende de lo previsto por el artículo 21 de la LFRPE, que indica:

Artículo 21.- El daño que se cause al patrimonio de los particulares por la actividad administrativa irregular, deberá acreditarse tomando en consideración los siguientes criterios:

A) En los casos en que la causa o causas productoras del daño sean identificables, la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa irregular imputable al Estado, deberá probarse fehacientemente, y

B) En su defecto, la causalidad única o concurrencia de hechos y condiciones causales, así como la participación de otros agentes en la generación de la lesión reclamada, deberá probarse a través de la identificación precisa de los hechos que produjeron el resultado final, examinando rigurosamente las condiciones o circunstancias originales o sobrevenidas que hayan podido atenuar o agravar la lesión patrimonial reclamada.

El artículo 29 de la LFRPE establece que si el reclamo proviene de daños producidos como consecuencia de una concesión de servicio público por parte de la Administración pública federal, y que la lesión tiene como causa directa una determinación del concesionario que es de ineludible cumplimiento por estar así establecido, la responsabilidad del Estado es directa.

Resta señalar que otro supuesto de excepción de la responsabilidad del Estado consiste en que *la causa eficiente del daño provenga de hecho de*

tercero, esto es, que con base en el material aportado al proceso, se demuestre que el daño fue producido por un sujeto distinto al dañado o al Estado, y que proceda una sentencia absolutoria, porque si demuestra tal circunstancia, quedará interrumpido el nexo causal, a menos que el Estado haya tenido la obligación de impedir la causación del daño.

Queda, también, plantear el problema relativo al supuesto en que se demuestra que la actividad administrativa irregular y un tercero ajeno al proceso son los causantes, en diversas proporciones, del daño: ¿debe existir una condena en la parte que corresponde en contra del Estado cuando sea evidente que está involucrado un servidor público o un particular que realizaron el hecho o la omisión, sin que se integre un litisconsorcio pasivo necesario, esto es, se puede prescindir de llamar al servidor público, cuando el Estado después de pagar la condena puede repetir en su contra?, ¿la sentencia que reconozca tal hecho constituirá título eficiente para reclamar al tercero en un juicio diverso o bien, basta que el reclamante presuma su participación para llamarlo al proceso a fin de que le pare perjuicio la sentencia o sea condenado conjuntamente con el Estado?, de ser así, ¿cómo debe explicarse el principio de continencia de la causa y aplicarse las figuras del litisconsorcio pasivo necesario y del tercero llamado a juicio, cuando la acción, la vía y la competencia son de carácter materialmente civil, pero que se plantea ante una autoridad jurisdiccional en materia administrativa?

D. Aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o técnica existentes en el momento de su acaecimiento.

Una primera lectura de esta causa de excepción permite establecer que cuando el Estado, a través de alguno de sus entes públicos, provoca un daño, debe reparar salvo que se demuestre que conforme al estado de los conocimientos de la ciencia o técnica no podía ser previsto o evitado, es decir, plantea la procedencia de la excepción a través del examen de parámetros subjetivos y no objetivos.

Este supuesto, tal y como se ha planteado en la doctrina española, que ejerció influencia directa en nuestra legislación en estudio, revela una de las inconsistencias más importantes del principio de la

responsabilidad objetiva y directa del Estado contenido en la ley en análisis.

El presupuesto fundamental de la doctrina que trató de trascender a la ley radica en determinar que la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa irregular, es objetiva y directa, esto es, que no importa si el sujeto o agente del Estado actuó con culpa o dolo, sino que existe un daño causado, que es ilícito en la medida en que el “particular” no tiene la “obligación de soportarlo”.

Luego, si se reconoce en el texto legal como causa de excepción de esa responsabilidad descrita que no existe tal cuando el daño se derive de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o técnica existentes en el momento de su acaecimiento, es evidente que se está enjuiciando el aspecto subjetivo de la actividad administrativa “irregular”, porque ahora interesa establecer si los sujetos que desplegaron la actividad eran conocedores o debían conocer del daño que podía causarse al particular dado el avance o estado de la ciencia o la técnica cuando desplegaron esa actividad, lo cual en caso de ser una respuesta negativa, arroja la irresponsabilidad estatal.

Así las cosas, el hecho de analizar si se podía establecer la producción del daño a partir del grado de avance de la ciencia o de la técnica, ¿no es ya un indicio de la responsabilidad por culpa?, si se considera que no, ¿de qué otro modo debería llamarse al hecho de producir un daño que conforme al avance de la ciencia era previsible y no se evita?

Otra cuestión técnica que deberá establecerse es:

¿Quién debe determinar el grado de avance de los conocimientos científicos o técnicos en un momento dado?, ¿existen peritos en cada ramo de la ciencia que puedan establecerlo con precisión?, ¿cómo se prueba que en un determinado momento —causación del daño— el conocimiento científico o técnico era uno y no otro?, ¿en relación a qué país o institución debe hacerse la referencia?

Lo anterior viene a colación, porque si Kuhn, en su texto sobre *La estructura de las revoluciones científicas*,³⁵ ya ha establecido que los

³⁵Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*. México, FCE, 1999. En relación con los paradigmas señala: “...considero a éstos como realizaciones

conocimientos científicos y las revoluciones que se dan en un área determinada se rigen a partir de la noción de paradigma, entendido éste como el núcleo de conocimientos que unifica los problemas de la ciencia en un momento dado y da respuesta coherente a los mismos, nos plantea un problema irresoluble, inclusive de tintes filosóficos pero con enorme trascendencia jurídica, que es la de que según una determinada corriente de la ciencia, un problema no puede tener solución, pero sí responde satisfactoriamente a otros de la misma especie o magnitud y por ello tiene un grupo de seguidores; en cambio, para otra corriente de la ciencia, que puede ser marginal, el problema irresuelto por una comunidad de científicos sí tiene solución en su caso, pero es impráctico cuando se trata de otro u otros problemas sí resueltos por una comunidad científica distinta. Así visto, puede darse el caso de que el estado de la ciencia debe medirse según cada comunidad científica (local, regional, nacional, internacional, de industria, etcétera).³⁶ De modo que aun en este caso, ¿podría plantearse con seriedad que una comunidad científica tenga la culpa de no advertir lo que otra sí hizo o resolvió?, es decir, ¿puede estimarse que esa ignorancia que produce la división o la competencia entre comunidades científicas sea el parámetro para medir su responsabilidad o irresponsabilidad en la causación de un daño?

Ello tiene una importante trascendencia práctica porque un importante sector de la actividad científica en el país se realiza en instituciones públicas, consideradas organismos autónomos y otros descentralizados de la Administración pública (UNAM, IPN, Instituto Mexicano del Petróleo, IMSS, ISSSTE, etc.) y su actuación se sujeta a la ley que ahora se

científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” p. 13.

³⁶ Nuestra legislación no dice qué órbita es en la que debe descansar esa categoría del avance de la ciencia o técnica. Juan Carlos Marín González estima que se refiere a la órbita nacional: México. *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, pp. 37-38. Es-timo que es incorrecta su apreciación por no tener fundamento jurídico. La Ley no señala que se trata del estado de la ciencia o técnica “mexicana”, de modo que no es válido ese adjetivo, en cambio, creo que dada la interrelación entre las comunidades científicas facilitadas por las nuevas tecnologías, sería adecuado analizarla en un contexto global que no riñe con lo previsto en la LFRPE y sí se adecua a las expectativas contemporáneas en que la norma debe ser interpretada.

analiza, de modo que lo que un sector científico, en la resolución de un problema concreto, no previó, pero sí fue advertido por otra comunidad científica del mismo ramo, puede plantearle una responsabilidad al Estado, ya que podía ser evitado o previsto, no obstante que exista duda o incertidumbre científica.

Planteemos el caso de la cuestión médica, que en nuestro país ha tenido un notable desarrollo en materia científica. La realización de determinada intervención quirúrgica de punta puede no prever un determinado daño, pues conforme al desarrollo de la ciencia, se trata de un aspecto que va definiéndose en el quehacer científico y no es algo dado de antemano; esa intervención quirúrgica se realiza; el daño se produce; ¿puede cuestionarse la actividad desplegada desde fuera de la comunidad científica que la realizó? o ¿debe analizarse solamente el estado de conocimientos de esa comunidad científica concreta o estaban obligados a “saber” todo aun de lo propuesto por comunidades académicas disidentes o contrarias al método empleado?³⁷

¿No es acaso este aspecto una cuestión más atinente a la categoría de culpa que a la de la responsabilidad objetiva?

Dicho de otro modo, ¿puede estimarse que todo este debate sintetizado en esta reflexión tenga algo que ver con la responsabilidad objetiva y directa del Estado o es, sencillamente, el reconocimiento concreto de que la figura de la culpa también es un parámetro eficiente para determinar en ciertas actividades la (ir)responsabilidad de los entes públicos en que se hallan y laboran esas comunidades científicas?

De ahí que la metáfora de Juan Carlos Marín González en relación con el anteproyecto de la LFRPE, relativa a que “la odiosa culpa civil expulsada por la puerta terminó finalmente entrando por la ventana”,³⁸ puede ser ampliada para decir que la “odiosa culpa civil” que se creyó

³⁷ Lo más efectivo para la comunidad científica, pero lo más negativo para el país, sería que no hiciera nada hasta que el conocimiento se haya consolidado y los daños fueren previsibles, pero, ¿la investigación?, ¿la novedad y el desarrollo científicos se tendrían que parar a fin de no ser objeto de enjuiciamiento?

³⁸ *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 32.

expulsar, nunca se salió y derribó la misma puerta para entrar y salir a complacencia cuando se invoque la excepción antes analizada.

E. Aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

Como se ve, la concurrencia de múltiples causas no da lugar directamente a la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que será el juzgador, basado en el cúmulo de pruebas que se aporten, quien pueda determinar si la posición del reclamante en sí misma generaría el daño causado, con independencia de la actividad administrativa irregular, pues en tal supuesto, procederá declarar actualizado ese caso de excepción. Tal evento es acorde incluso con la obligación de indemnizar por daño proveniente de responsabilidad objetiva, donde conforme al artículo 1913 del Código Civil Federal, si se demuestra la culpa inexcusable de la víctima, debe exonerarse de la obligación; de lo contrario, se trataría con mayor rigor a la Administración pública que a los particulares.

Queda por resaltar que en el artículo 3º de la LFRPE no se establece como caso de excepción de responsabilidad el *hecho o participación de terceros*, que sí está previsto como materia de prueba a cargo del Estado, según lo dispone el artículo 22 de la ley en comento, y que desde luego que debe ser un caso de excepción, ya que si prueba que es la actividad del tercero la causa determinante del daño, no habría nexo causal.

Aquí cabría plantear un problema importante. Si el acto administrativo “irregular” es susceptible de ser combatido a través de un medio de defensa ordinario y sus efectos dañosos están en condiciones de ser suspendidos a través de los instrumentos que ese acto proporciona —suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo—, ¿el particular está obligado a agotarlo o debe estimarse que ese medio de defensa es intrascendente en relación con el daño que puede producirse aunque sea factible su suspensión?

¿Podrá estimarse que si el particular está en condiciones de ejercer un medio de defensa que suspenda la posibilidad de causación de un daño por la actividad anotada, la efectiva actualización del daño se atribuya al ente público o debe tomarse en cuenta la pasividad contenciosa del particular?

Sobre el particular, el artículo 18 de la ley en análisis establece que si, iniciado el procedimiento de responsabilidad, estuviese pendiente un procedimiento instado por el particular mediante el cual impugnó el acto que se reputa dañoso, el procedimiento debe suspenderse hasta en tanto la autoridad competente no haya dictado resolución que cause estado, pero nada indica en relación con el empleo necesario de esos medios de defensa para evitar un daño cierto derivado de la acción administrativa “irregular”. Empero, es claro que obligar al particular a agotar esa instancia pugnaría con el principio establecido en el artículo 20 de la LFRPE ya que la nulidad o anulabilidad no presupone derecho a la indemnización, y su autónoma enjuiciabilidad permitiría establecer una jurisdicción concreta que declare el derecho a ser indemnizado por el daño provocado por la actividad administrativa irregular, por un lado y, por otro, asegurar implícitamente que no existirá una doble enjuiciabilidad del acto sobre el tema del daño causado al particular que no tiene obligación de soportarlo, pues el juicio de referencia no se pronunciará sobre su nulidad o anulabilidad sino sobre una cuestión de jurisdicción plena que tenga una correspondencia directa con el derecho a la indemnización exigido por el particular.

Interesa advertir, por último, en relación con este tema, la contradicción “aparente” que se advierte de la lectura del artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que establece que las resoluciones del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante podrán impugnarse directamente por vía jurisdiccional ante el tribunal referido.

La literalidad del precepto implica aceptar que las resoluciones del tribunal que nieguen la indemnización o por su monto no satisfagan al reclamante, ¿podrán ser impugnadas ante el mismo tribunal! Es decir, el propio tribunal será juez y parte en relación con un mismo objeto de controversia (contradicción que se hace patente cuando de su literalidad se desprende la existencia primero, de una reclamación —artículo 18— y, después, de una demanda). Así, ¿esa reclamación —con una referencia legal directa con el sistema del derecho de seguros— y la resolución que se dicte podrá ser objeto de un juicio de nulidad ante el propio tribunal?

Como lo anticipé, esa contradicción es aparente, ya que si atendemos a la iniciativa de ley se comprendía la existencia de una reclamación que el particular podría formular ante la propia autoridad administrativa y, su resolución, podría ser objeto de demanda ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. La iniciativa aprobada en la Cámara de Diputados modificó ese aspecto de donde resultó el artículo 18 citado.

De esa manera, la norma por sí misma resulta contradictoria, pero el juzgador que se enfrente a ese problema debe apelar a una interpretación funcional de la ley, partiendo de que su significado no se agota en sí mismo ni sus referentes pueden comprender sólo las prescripciones que contiene, sino que analizando el contexto en que se produjo, pueda advertir la intención del legislador y la utilidad que debe reportar al particular administrado, de modo que se entienda que ese precepto establece la posibilidad exclusiva del conocimiento del juicio “ordinario administrativo” del que debe conocer la autoridad jurisdiccional con plena jurisdicción, y que agotada la función jurisdiccional con el dictado de la sentencia, ya no puede a la vez someter al análisis la legalidad de esa resolución, en esa misma vía ordinaria ante el propio tribunal en la misma instancia, por lo que en su caso, quien resienta el perjuicio tendrá que impugnarla en amparo directo, sea el particular o el Estado que vería afectado su patrimonio con la condena, en términos del artículo 9 de la Ley de Amparo.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1. *Consideraciones generales*

Existe, frente al principio tradicional de la fatiga o carga probatoria relativo a que quien afirma debe probar, una excepción que rige dentro del campo de la responsabilidad objetiva, que distinguidos procesalistas entienden como una exoneración probatoria y no una inversión de carga de la prueba en sentido estricto.

Empero, dada la naturaleza del procedimiento ordinario en vía jurisdiccional de reclamación patrimonial que establece el sistema proce-

sal vigente (la ley en comento establece que la legislación procesal aplicable es el Código Fiscal de la Federación), es preferible emplear la expresión “inversión de la carga de la prueba”, por ser la que nuestro medio ha utilizado por largo tiempo.

Fernando Gómez Pomar ya ha señalado con claridad que: “La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del Derecho de daños”.³⁹ En efecto, si realmente fuese una responsabilidad objetiva, una controversia referente a este tema decide la responsabilidad del demandado sin tomar en cuenta el deber de cuidado que se exige del mismo, y se ha correspondido con lo que la ley, los reglamentos, las circulares o cualquier otra disposición gubernativa disponen sobre la actividad respecto de cuyo resultado se hace derivar el daño, pues según la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, basta que se demuestre que no se tiene el deber jurídico de soportarlo.

Tal situación, aparentemente, no sólo reduce la carga de la prueba de las partes y acelera la resolución de los conflictos, sino que en realidad permite que los gastos y costas del procedimiento sean más bajas que en el sistema tradicional. Esta nota de orden estrictamente económico también tiene una correspondencia con el índice de casos que pueden ser resueltos vía transacción (convenio) entre las partes, pues si basta que se demuestre la actividad administrativa irregular de la entidad demandada o que ésta la pueda confesar por ser un hecho público y notorio, propiciará que el sujeto demandado pueda avenirse conforme a los parámetros que establece la ley.

Sin embargo, aunque esto en principio parece plausible, es claro que tendrá una relación directa con el aumento de litigios en contra del Estado y que los costos del proceso que facilita el sistema de la carga de la prueba establecida, se multipliquen en relación con el número total de litigios.

La regla sobre carga de la prueba comprende, como se ha dicho, que cada parte aporte al juzgador, dentro del proceso, las pruebas idóneas

³⁹ Fernando Gómez Pomar. “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva” en *Indret*, 1/2001.

para demostrar su pretensión, de modo que si no lo cumplen, deberán soportar el riesgo de una decisión adversa.

2. ¿Qué debe probarse?

A. El primer aspecto que debe probarse por quien acude a solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial, es que se ha causado un daño en sus bienes o derechos que, tal y como lo establece la ley, no tiene obligación jurídica de soportar. El artículo 22 de la LFRPE señala categóricamente: "...la responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo..."⁴⁰

En el caso de la expropiación, si el Estado mexicano puede expropiar por causa de utilidad pública, correlativo de esa facultad está el deber del gobernado de soportar la expropiación, sólo que también tiene el derecho a ser indemnizado.

Por eso es que el fundamento de la reparación consistente en que no tenga la obligación jurídica de soportar la acción, supone que el derecho del particular puede ceder a la actividad estatal si es que la ley no le reconoce un derecho a indemnización o bien que si la actuación del Estado se ajusta a la ley, es suficiente para que el gobernado soporte el daño.

⁴⁰ La idea de la antijuridicidad objetiva o la no existencia de obligación jurídica de soportar un daño por el particular, cuya mejor interpretación se debe, según la doctrina española, a don Eduardo García de Enterría, ha sido punto de desacuerdo por F. Garrido Falla, quien en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1989, sostiene: "...la tesis de García de Enterría se resume, pues, en lo siguiente: desplazar el punto de vista de la conducta del sujeto reprochable (existencia de culpa) al de los efectos que el hecho produce en un patrimonio. Así, la responsabilidad se da siempre que alguien soporta un daño que no está jurídicamente obligado a sufrir. A nuestro juicio, empero, ¿se trata de las dos caras de la misma moneda; acaso el expropiado —que dispone, obviamente, del derecho a ser indemnizado— no tiene el deber jurídico de soportar la expropiación? En cierto sentido este cambio de perspectiva significa substituir el principio de responsabilidad con causa que, como título de pedir, justifica tantas reclamaciones indemnizatorias por el que me atrevería a denominar 'principio de responsabilidad sin causa'." En Jiménez Lechuga, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, pp. 240-241.

Evidentemente, corresponde al actor —enjuiciante— acreditar el daño producido por ser quien está en condiciones de hacerlo pues, son su persona, bienes o derechos los que actualizan y reportan la cuestión gravosa; ello se dispone así en términos del artículo 22 de la ley que dispone:

ARTÍCULO 22.- La responsabilidad del Estado *deberá probarla el reclamante* que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento, o bien, la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

B. También, debe demostrarse que ello fue con motivo de una actividad administrativa irregular; esto es, debe probarse que se trata de una relación de causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa irregular.

Dicho en otras palabras, debe acreditarse no sólo la existencia del daño y su imputación al autor del mismo, sino que hay un nexo necesario y, además, directo; esto es, de no probarse que entre la actividad administrativa irregular y el daño existe un vínculo de causalidad, no hay responsabilidad; la cuestión tocante a que el nexo sea directo alude claramente a que de no haber mediado la actividad administrativa irregular el daño no se habría producido o que aun sin la presencia de esa actividad, el daño se hubiere producido. Además, según el artículo 27 de la LFRPE es obligación del juzgador la determinación de la existencia de esa relación de causalidad según la concurrencia de causantes de la “lesión patrimonial”, por lo que se trata de un elemento de la acción que debe analizarse oficiosamente.

El término “actividad administrativa irregular” no se encuentra definido en la ley, empero, en la exposición de motivos de la Cámara de Senadores de 22 de septiembre de 2002, se invoca un anterior criterio

contenido en un dictamen que data del 8 de noviembre de 2001, el cual precisa:

... lo anterior supone que siempre que la actividad del Estado cause un daño a los particulares, se estará en presencia de una actividad administrativa irregular; porque lo irregular en materia de responsabilidad objetiva es el daño en sí mismo. En este sentido, no puede calificarse como regular una actividad administrativa que, como tal, cause daños a los particulares o gobernados...

Con base en lo anterior, el dictamen citado en primer término estima que para los efectos del artículo 1º de la Ley se entienda por actividad administrativa irregular “aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tenga la obligación de soportar”. Juan Carlos Marín González estima que ese enunciado “debe entenderse precisamente en sus términos”, es decir, “que los daños que la actividad administrativa irregular del Estado cause a los particulares son los que ellos no tienen obligación jurídica de soportar, porque respecto de estos quebrantos no existe ningún fundamento legal o alguna causa jurídica de justificación que así lo disponga”.⁴¹

Debe decirse, además, que la noción de actividad administrativa “irregular” en relación con el funcionario público específico que la desplegó, viene a ser un concepto jurídico acotado en su enunciación y bifrontal en su alcance.

Lo primero, en tanto que en relación con el particular sólo genera una responsabilidad objetiva y directa, esto es, se actualiza con independencia de la culpa o dolo del funcionario que cometió el acto dañoso.

Lo segundo, en la medida en que el daño causado por ese funcionamiento irregular, que tiene concreción en la actividad de un agente o funcionario público específico, se ve condicionado cuando el Estado ejerce su derecho de repetir contra el mismo, ya que sólo lo puede hacer cuando la falta administrativa sea grave, la que se calificará de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 32 de la Ley, de entre los que se encuen-

⁴¹ *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 33.

tran, los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.⁴²

También la noción de actividad administrativa “irregular” es un concepto circular en sí mismo:

- a) El legislador no lo definió claramente, porque lo irregular de la actividad administrativa es que se cause un daño que el particular no tiene obligación de soportar, y no se tiene obligación de soportar un daño cuando la actividad de la administración no es regular, pero que no sea regular no es sinónimo de que sea ilegal, ya que la sola anulabilidad del acto por sí no es causa eficiente de la responsabilidad, sino que es preciso que sea irregular, o sea, que haya dolo o culpa en la falta de servicio; porque si fuera irregular por el sólo hecho de que no se ajusta a la ley, bastaría que el acto jurídico fuese anulado para que la sentencia firme que así lo declarara, fuese el título idóneo para que procediera la acción y no es así, por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, lo que da la nota de irregularidad de la acción administrativa, en el sentido técnico de falta de —ejecución— del servicio público o que la actividad estatal sea riesgosa en sí misma.
- b) El legislador estableció un solo parámetro para hacerlo: que el daño causado proveniente de esa actividad administrativa irregular, sea de aquellos que el particular *no tiene la obligación jurídica de soportar*, en razón de no existir un fundamento legal (presente o futuro) o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate, todo lo cual plantea la posibilidad de que sea el desempeño judicial el que determine en cada caso cuándo se está ante la “irregularidad” citada, lo que permitirá que esa categoría jurídica sea un concepto en “construcción”, nunca acabado.

El problema de la imputación. Si bien es cierto que para que proceda la obligación de reparar a cargo del Estado, debe acreditarse que existe

⁴² V. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez. *Curso de derecho administrativo*, tomo II. Madrid, Civitas, 2002. p. 400.

una relación de causalidad entre el daño producido y su autor, implica establecer, de entrada, que existe una disociación entre imputación y causalidad.

En efecto, ya Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez han señalado⁴³ que cuando se trata de responsabilidad que atañe a las personas jurídicas, que siempre actúan a través de personas físicas, “la imputación no puede realizarse en base a la mera causación del daño, sino que tiene que apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra”.

Así, cuando se trata de un daño originado por una actividad administrativa irregular, bastará con identificar la titularidad administrativa de la actividad o servicio para establecer la imputación, si el daño ocurre sin autor cierto, sino por la naturaleza genérica de la actividad desarrollada; por otro lado, cuando el daño se produce con el conocimiento de la persona física que lo provocó, deberá demostrarse que la misma se encuentra en la organización de la entidad administrativa correspondiente; lo anterior es útil para los efectos de diferenciar los actos que terceros pueden realizar y que den lugar a daños que deben resentir los particulares, tales como los contratistas de obra pública, pues tales personas no se encuentran en la hipótesis prevista en el artículo 2º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, con la salvedad de que cuando el daño que se imputa tenga como fuente el cumplimiento de una obligación contractual, se excluye la responsabilidad extracontractual.

Sobre este mismo tema, debe advertirse que si bien es cierto la responsabilidad del Estado es objetiva, según lo establece el artículo 1º de la Ley que se analiza, y que aparentemente los atributos de culpa o dolo no son notas relevantes o significativas en el tema que se trata, debe establecerse que el daño que se produzca debe provenir o ser atribuible al desempeño de una actividad o función administrativa

⁴³ *Ibidem*, tomo II. Madrid, Civitas, 2002, p. 386.

irregular, de modo que cuando el agente o funcionario de una entidad administrativa o ente público, causa un daño, pero ello lo hace al margen de sus funciones o sin relación con ellas, no existe esa imputación al ente público.

En el artículo 30 de la LFRPE se prevé la responsabilidad estatal por el hecho u omisión del concesionario, siempre que éste actúe en cumplimiento a una obligación expresa e “ineludible” que regule la concesión; lo que se justifica porque se trata de una actuación donde el Estado impuso esa conducta y subordinó en su realización al concesionario.

En cambio, respecto de los actos que realiza un Notario Público o Corredor Público, el Estado no debe responder porque no hay un vínculo de subordinación entre ambos, puesto que el Estado no impone directrices concretas en cuanto a la elaboración de los actos jurídicos que ellos pueden realizar, ni hay una relación de dependencia laboral; asimismo, no se trata de actos de carácter general, sino que solamente se vinculan los particulares que intervienen en los actos jurídicos pasados ante su fe.

No obsta que el Estado sí intervenga en la designación de notarios y corredores y que incluso puede haber una actividad de supervisión formal y administrativa de los protocolos, porque el notario y el corredor llevan a cabo su actividad al aplicar la ley que rige su actuación y no están vinculados a directrices u órdenes específicas de algún órgano estatal, por lo que si no hay tal vinculación ni dependencia económica entre el Estado y los notarios y corredores públicos, deja de actualizarse la responsabilidad por hechos propios del Estado, porque el notario y el corredor públicos no forman parte de alguno de sus órganos, ni por hecho ajeno o de tercero, porque no hay esa vigilancia, dependencia o subordinación económica que exige este último supuesto.

C. Finalmente, en el caso de la entidad demandada, con la finalidad de excluir la indemnización reclamada por el justiciable, aquélla debe demostrar —carga de la prueba— que el daño causado no fue consecuencia de su actividad en el ámbito administrativo, y puede destruir o interrumpir el nexo de causalidad en cuatro casos específicos:

- Que no se trate de una actividad administrativa irregular, porque la víctima tenía obligación o incurrió en una conducta que pro-

- vocó la actividad lícita o represiva del Estado (por ejemplo que en la persecución de un sospechoso, la policía le causó daños);
- La participación de terceros o del propio reclamante, por su culpa inexcusable, en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo;
 - Que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado;
 - Que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento;
 - O bien, la existencia de la fuerza mayor o del caso fortuito que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

Estas “excluyentes” de responsabilidad aluden concretamente a principios generales del Derecho, que no son propios ni exclusivos de la doctrina administrativa sino que abrevan de lo “vivido” en el campo del derecho civil, en la aplicación de principios del Derecho basados en la justicia, la equidad y la razón, y que se reconocen implícitamente por el legislador como causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial extracontractual, ya que no sería equitativo que el Estado repare el daño producido cuando quien lo sufrió ha intervenido y dado lugar a su daño o bien cuando se trate de hecho provocado por caso fortuito o fuerza mayor.

VII. DERECHO DE REPETIR DEL ESTADO EN CONTRA DEL FUNCIONARIO

La acción de repetir citada se regula en los artículos 31 a 34 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

El artículo 31 de la ley citada dispone:

El Estado *podrá* repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el ca-

rácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Además, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: Los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

Por principio debe decirse que esa acción de repetir aparentemente es facultativa para el Estado, cuando pudo fijarse como un deber legal, pues se trata de la efectividad de un decremento en el erario público que no puede estar sujeto a la acción graciosa de los titulares de las dependencias públicas, cuando ese derecho es necesario que se ejerza siempre, porque se restringe única y exclusivamente a los actos que causando un daño al particular presuponen una infracción administrativa grave del funcionario público.⁴⁴

El ejercicio de la acción de repetir presupone, por tanto:

⁴⁴ En el mismo sentido Juan Carlos Marín González, *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 54. Este autor señala también que en España, en cuyo modelo se inspira la LFRPE mexicana, la acción de repetir es oficiosa. En relación con este aspecto estimo que el artículo 26 de la LFRPE acusa un problema de inconstitucionalidad en la medida en que lesiona el principio de legalidad e igualdad tutelados por la Constitución Federal. Lo anterior, en tanto que se permite que el Estado pueda “convenir” con los particulares, para concluir la controversia, el pago de una indemnización que ambas partes acuerden, de modo que un mismo hecho puede dar lugar a que haya diferentes indemnizaciones, dependiendo de la habilidad de los litigantes, que permita establecer montos de indemnizaciones mayores o menores según ceda la autoridad estatal, sin que obste a ello la aprobación de la contraloría interna o del órgano de vigilancia correspondiente; como ejemplo, véase la crítica que se hace a los fiscales americanos que pueden negociar o pactar penas para los acusados, y que vulneran un principio de legalidad al no aplicarse para cada caso concreto la penalidad correspondiente; ello se agrava si la materia del convenio refleja una culpa grave de un funcionario público y la sentencia que eleve a calidad de sentencia ejecutoria, se pretende constituir en título o causa justa para repetir en contra del funcionario.

- a) La existencia de un procedimiento en el que se habrá establecido la obligación del Estado de indemnizar al perjudicado por los daños causados;
- b) La cuantificación del importe a indemnizar con motivo del daño causado; y,
- c) El pago de la indemnización al particular afectado.

Lo anterior supone que existe una disminución del erario público debido a la condena indemnizatoria decretada por la autoridad judicial, que constituye el título de la pretensión del Estado para exigir de sus funcionarios la compensación respectiva.

La acción de repetir contra el servidor público se debe ejercer en sede administrativa, a través de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, y que debe iniciarse en el plazo establecido en el artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

En efecto, ese precepto establece que:

Artículo 34. Las facultades de la Secretaría, del contralor interno o del titular del área de responsabilidades, para imponer las sanciones que la Ley prevé prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al en que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado, si fueren de carácter continuo.

En tratándose de infracciones graves el plazo de prescripción será de cinco años, que se contará en los términos del párrafo anterior.

La prescripción se interrumpirá al iniciarse los procedimientos previstos por la Ley. Si se dejare de actuar en ellos, la prescripción empezará a correr nuevamente desde el día siguiente al en que se hubiere practicado el último acto procedimental o realizado la última promoción.

Conforme a ese precepto, la facultad del órgano administrativo facultado para imponer sanciones prescribe en tres años a partir de que se hubiera cometido la infracción o de que hubieren cesado si fueren de carácter continuo, pero si se trata de infracciones graves será de cinco años. Luego la acción de repetir debe iniciarse dentro de ese plazo, tal y como lo dispone el último párrafo del artículo 33 de ese ordenamiento (“...el Esta-

do podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares...”).

Para que proceda la acción de repetir deben cumplirse los siguientes supuestos:

- a) Determinar la responsabilidad del funcionario.
- b) Determinar que la falta administrativa que produjo un resultado dañoso al particular haya tenido el carácter de infracción o culpa grave.
- c) Que el Estado ya esté vencido por sentencia firme que lo condene al pago de la reparación del daño por una actividad administrativa irregular.

En esa tesitura, existirá responsabilidad cuando el funcionario se encuentre en la inobservancia de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 8 fracciones VIII, X a XIV, XVI, XIX, XXII y XXIII (consideradas infracciones graves)⁴⁵ de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Nuestra Ley de la materia matiza que, además, deben tomarse en cuenta:

⁴⁵ VIII. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el periodo para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida;

X. Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XI. Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XII. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante

- a) Estándares promedio de la actividad administrativa.
- b) Perturbación de la actividad administrativa.
- c) Existencia o no de intencionalidad.
- d) Responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a las que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la ley;

XIII. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las prestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XIV. Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XVI. Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la Secretaría, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme a la competencia de éstos;

XIX. Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos;

XXII.- Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI;

XXIII.- Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como resultado de la realización de obras o inversiones públicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. Esta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

El servidor público puede impugnar a través del recurso de revocación correspondiente, en términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la resolución que le perjudica al condenarlo a resarcir daños y perjuicios que el Estado haya tenido la obligación de cubrir.

En segundo lugar, la prosecución de la acción de repetir puede ventilarse en sede judicial si el servidor público decide impugnar la resolución que le perjudica al condenarlo a resarcir daños y perjuicios que el Estado haya tenido la obligación de cubrir,⁴⁶ ya sea la que en primer término lo decretó así, o bien la que decida la improcedencia del recurso de revocación planteado. En todo caso, de la controversia conocerá el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en vía de juicio de nulidad.

En contra de la resolución recaída en el juicio de nulidad, que afecte al particular, procederá el juicio de amparo directo por tratarse de una resolución que decide el fondo de la controversia o si es la resolución que pone fin al juicio si el interesado es el funcionario público, pero si se trata de la autoridad demandada, la que resiente el perjuicio, procederá el recurso de revisión fiscal en tanto que se afectan intereses de carácter patrimonial, y el acto deriva del procedimiento contencioso de anulación. En cambio, la sentencia que condene al Estado a la reparación del daño causado por su actividad administrativa irregular, será materia de amparo directo, ya que es dentro del procedimiento ordinario creado por la ley federal de responsabilidad patrimonial, que le otorga al tribunal facultades de condena y deja de ser contencioso administrativo de anulación y adquiere plena jurisdicción en una materia sustantiva patrimonial del Estado.

Estimo que la LFRPE debió establecer la posibilidad del litisconsorcio pasivo necesario cuando se demanda al Estado y éste, por la índole de la conducta que produjo el daño, pueda ejercer su derecho de repetir en contra del funcionario, o al menos debe llamarlo como tercero

⁴⁶ En el artículo 33 de la Ley, se dice que los servidores públicos pueden impugnar las resoluciones administrativas que les imponga la obligación de "...resarcir los daños y perjuicios que el Estado haya pagado con motivo de los reclamos indemnizatorios respectivos".

interesado; de modo que debe llamársele al mismo juicio para que le pare perjuicio la sentencia y no, como se previene en la ley, que sea un acto que constituye cosa juzgada como base del procedimiento disciplinario en que se le reclame el pago de la indemnización habida.⁴⁷

VIII. DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD

De acuerdo con el artículo 15 de la ley referida, las indemnizaciones que tenga que cubrir el Estado pueden provenir del seguro que contrate ante la eventual producción de daños y perjuicios que sean consecuencia de la actividad administrativa irregular, de modo que en aquellos casos en los que el Estado tuviere celebrado un contrato de seguro y la compañía aseguradora haya indemnizado al tercero, no cabrá la acción de referencia, salvo que el monto asegurado sea insuficiente para cubrir el monto de la reparación, en cuyo caso, por esa diferencia, existiría subsidiariedad por parte del Estado quien después del pago tendría un título concreto para fundar la acción de repetición en contra del funcionario o de alguno de los sujetos contemplados en el artículo 32 de la Ley.

Debe precisarse que dada la naturaleza del seguro, tampoco cabría que fuera la compañía aseguradora la que, en lugar del Estado, fuera quien ejerciera la acción de repetición, pues ese derecho se confiere única y exclusivamente al Estado, de modo que la única acción posible por el Estado será la de tipo disciplinario, si a ello hubiere lugar.

Por lo que respecta a la utilización del seguro como mecanismo para cubrir la responsabilidad civil directa por actos de los funcionarios del Estado, también existen obstáculos.

⁴⁷ De igual manera, ello debió observarse cuando se trata de hechos que dieron lugar al daño en que participan entidades federales y locales, pues respecto de estas últimas, se deja a la legislación local resolver lo relativo a la responsabilidad de la autoridad local, lo cual produce que se divida la contienda de la causa y se cause un perjuicio notable al reclamante. En España —nuestro referente próximo— corresponde al Estado, por oposición a las comunidades autónomas, legislar sobre el tema, y nuestro constituyente permanente no salvo ese aspecto y no habilitó al poder constituido legislar coherentemente sobre ese tema, en aras de respetar soberanías locales, pero produjo desventaja para el particular en la efectividad de su reclamo.

Así es, la responsabilidad por actos dolosos no es asegurable, según lo dispone nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro en su artículo 77, al disponer que:

En ningún caso quedará obligada la empresa, si probase que el siniestro se causó por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes.

Sobre este tema, debe resaltarse que conforme al artículo 78 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, la empresa aseguradora puede responder si el siniestro se causa por culpa del asegurado —cabría decir aquí en el caso del Estado, de sus servidores públicos— y puede admitirse, inclusive si así se pacta, la culpa grave.

Como se ve, si el Estado —léase órganos del Estado federal— contrata un seguro que cubra su responsabilidad civil, está protegiendo sus intereses económicos, esto es, los intereses públicos, que para efectos de la ley de la materia, se denomina interés asegurable, pero cuando el seguro cubra la responsabilidad civil del funcionario frente a terceros por daños causados por su actuación, incluso gravemente culposa, si bien no es una nota destacada si se trata de una responsabilidad objetiva y directa, como la prevista en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial que se analiza, debe advertirse que, al final del camino, es un seguro que sólo protege los intereses del funcionario, no los intereses públicos, y que ha de ser tratado como una forma de garantía que la Administración otorga al funcionario, no como un contrato que tutele los intereses del Estado.⁴⁸

Lo anterior también tiene una trascendencia en el ámbito de la competencia judicial. En efecto, las cuestiones litigiosas relativas a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato de seguro es en principio de materia civil, pero cuando el seguro cubre el riesgo de la actividad administrativa, donde previamente debe determinarse la existencia del daño provocado por esa actividad; queda por dilucidar si la vía judicial

⁴⁸ V. Sobre ese tema “El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas”, Alejandro Huergo, en *Indret* 3/2003.

ordinaria administrativa es la que debe proceder para hacer efectivo el seguro; o si es el juez civil quien debe conocer, aunque forma parte de los contratos una entidad del Estado, pero donde la aseguradora no es sujeto pasivo de la ley en análisis que sólo otorga la jurisdicción ordinaria de condena al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para cuando los sujetos pasivos son las entidades del Estado Federal y no un particular, como es la aseguradora. Asimismo, destaca que el régimen que se establece por la ley en comento es contrario a lo dispuesto por el artículo 147 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, que dispone que: “El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización *directamente*⁴⁹ al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro”.

De acuerdo con el anterior precepto, si el Estado contrató un seguro para cubrir el riesgo derivado de su actividad, cómo puede el tercero afectado ocurrir a reclamar su pago, y aquí es donde se plantean diversos problemas:

a) El tercero dañado debe acudir primero ante la compañía aseguradora a presentar su reclamación para que se le cubra el daño sufrido o necesariamente debe acudir a presentar su demanda ante la autoridad jurisdiccional administrativa que prevé el artículo 18 de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado (véase Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) para que se condene al Estado y pueda hacer efectivo en su beneficio el pago del seguro, por la actualización del riesgo o bien, puede optar por acudir a un tribunal del fuero común o federal en materia civil, en la vía correspondiente.

b) Si el tercero que sufrió un daño por la prestación de un servicio público, reclama directamente el seguro, y ante la falta de pago por parte

⁴⁹ En Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, Vol. 8, México, Oxford, 1999, p. 1076, se lee: “(...) antiguamente el seguro de responsabilidad no concedía acción directa contra el asegurador en provecho de la víctima; se consideraba que quien asegura obra en un pensamiento egoísta y no administra el negocio ajeno; pero la Ley del 28 de mayo de 1913 creó en provecho de la víctima un privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador. Primeramente se había dudado de que la creación del privilegio debiese provocar el reconocimiento de la acción directa; pero la corte de casación decidió expresamente que la víctima de un accidente puede recurrir directamente contra el asegurador del autor responsable”.

de la compañía de seguros acude a un tribunal del fuero común o federal en materia civil, ¿este último debe declinar su competencia a favor del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, conocer de la controversia e indirectamente del fondo de la misma?

c) Hay una responsabilidad subsidiaria del Estado en relación con el seguro, cuando éste no cubre la totalidad de la reparación del daño.

IX. ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA Y MONTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. *Daños y perjuicios materiales*

Respecto de los daños y perjuicios materiales, éstos podrán calcularse de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley de Expropiación, el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Bienes Nacionales y demás disposiciones aplicables, debiéndose tomar en consideración los valores comerciales o de mercado, según lo dispone el artículo 13 de la Ley Federal sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado.

2. *Daños personales*

El cálculo del monto de la indemnización, cuando se trate de daños personales, tiene fijados, según el artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE), ciertos parámetros y criterios de definición:

- La indemnización se fijará con base en los dictámenes médicos correspondientes, según lo dispuesto para riesgos de trabajo en la Ley Federal del Trabajo (LFT). Sobre el particular, Juan Carlos Marín González ha estimado que en realidad se trata de “mitigar el pago” a los dañados, pues la LFT fija las reparaciones conforme a una tabla de indemnización que en cuanto a su monto son irrisorias para esta época.⁵⁰

⁵⁰ *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, p. 51.

- Además, deberán cubrirse los gastos médicos que se erogaren, conforme a la misma Ley Federal del Trabajo.

Estos preceptos establecen el modo de acreditar la existencia del daño personal: el dictamen médico correspondiente y su monto se determina conforme lo previsto por la LFT.

El artículo 500 de la LFT dispone que cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá dos meses de salario por concepto de gastos funerarios y el pago de la cantidad que fija el artículo 502. Este último precepto establece que en caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario.

3. *Daño moral*

¿Qué entendemos por daño moral? El artículo 1916 del Código Civil Federal, aplicable por remisión expresa de la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, entiende por daño moral la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito.

Ese aspecto se expone con claridad en la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyos datos de identificación, texto y rubro son del tenor siguiente:

Novena Época

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: XIV, Septiembre de 2001

Tesis: I.3o.C.243 C

Página: 1305

DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CON-

FIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO. El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales. En México, la finalidad del legislador, al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso a quien ejerce su derecho de expresión a través de un medio de información masivo, afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Amparo directo 8633/99. Marco Antonio Rascón Córdova. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.

La forma de determinar la existencia de daño moral, según la LFRPE, debe acreditarse conforme a los criterios establecidos en el Código Civil, que en el caso, según la tesis de referencia, son la existencia de la

afectación en la persona de cualquiera de los bienes tutelados en el artículo 1916 del Código Civil, que sea consecuencia de un hecho ilícito (*lo cual se contrapone con el espíritu de la doctrina que trató de influir en el texto de la LFRPE que establece la responsabilidad del Estado en forma objetiva*), y que haya una relación de causa a efecto entre ambos acontecimientos.

El daño moral en todo caso deberá calcularse, señala la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, conforme a los criterios establecidos en el Código Civil Federal, tomándose en cuenta los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante; empero, el monto de la indemnización nunca excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado⁵¹. Ello implica que la víctima del daño debe ofrecer en el juicio la prueba pericial correspondiente para acreditar el monto del daño, y que nunca podrá ser cubierto en una suma mayor al límite legal señalado.

En el caso de muerte, la indemnización *por daño moral* se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 1915 del Código Civil Federal, que a su vez remite a la LFT, que en su artículo 500 regula el monto equivalente a dos años, 730 días de salario.

Ahora bien, la indemnización debe pagarse cumpliendo los siguientes requisitos:

- a) Debe ser cubierta en moneda nacional, *como regla general*, y excepcionalmente,
- b) Puede convenirse su pago en especie, lo que se matizaría al establecer que así procederá cuando ello resulte adecuado y conveniga al interés público.
- c) Se calculará de acuerdo a la fecha en que la lesión efectivamente se produjo o la fecha en que haya cesado, si tiene carácter continuo.
- d) Deberá actualizarse la cantidad a indemnizar al tiempo en que haya de efectuarse el cumplimiento de la resolución por la que se resuelve y ordena el pago de la indemnización.

⁵¹ Aproximadamente \$960,000.00/100 moneda nacional, de tomar como salario mínimo diario la cantidad de \$48.00/100 moneda nacional.

- e) Si existe retraso en el cumplimiento de la indemnización, procederá su actualización conforme lo previene el Código Fiscal de la Federación.

Además, “los entes públicos federales” podrán cubrir esa indemnización mediante parcialidades en ejercicios fiscales subsecuentes, realizando una proyección de pagos:

- Los compromisos programados en ejercicios fiscales anteriores y los que se presentarán posiblemente en el ejercicio de que se trate.
- El monto de los recursos presupuestados y asignados en el rubro correspondiente a ese tipo de obligaciones en los ejercicios fiscales subsecuentes y el comportamiento ingreso-gasto.
- Los recursos que previsiblemente serán aprobados y asignados en el rubro correspondiente a este tipo de obligaciones.

Con esas prevenciones, en la ejecución de las sentencias, que deben registrarse ante cada entidad federal estatal y pagarse en orden cronológico, atendiendo a la fecha de la emisión, se vuelve a un punto análogo a la Ley de Depuración de Créditos de 1941, porque se requiere que las cantidades materia de la condena por concepto de reparación se incluyan en el presupuesto.

X. A MANERA DE EPÍLOGO

El juzgador, que es la óptica que interesa en este trabajo, se verá enfrentado a diversos problemas de los cuales algunos aquí han quedado bosquejados y que en la realidad podrán tener variantes, que tendrá que resolver, por lo que será el Juez quien venga a definir esta institución que elevada a rango constitucional debe contribuir a hacer más eficaz y eficiente la actividad estatal y por ende, reposicionar como fin último del Estado, el bienestar del individuo, sin menoscabo del interés social y del orden público; todo lo cual estará presente en cada caso concreto. Por tanto, el reto principal lo constituye ir definiendo en el campo de los operadores jurídicos y/o aplicadores del Derecho, lo que debe entenderse por responsabilidad objetiva y directa y actividad administrativa irregular; por ello mismo es pertinente citar la reflexión que don

Eduardo García de Enterría hace de la institución antes referida en el prólogo a un texto de Oriol Mir Puigpelat,⁵² en la que advierte los peligros y excesos en que se puede caer de no advertir lo que la institución de la responsabilidad regula y las fuentes en que se apoya:

Como quiera que yo mismo he jugado algún papel en la instauración, primero, en trabajos prelegislativos, y en el desarrollo ulterior (aquí ya como mero expositor e intérprete del sistema legal) del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestra patria, me creo obligado a dar una justificación de ese juicio positivo a favor de una rectificación del sistema (que este libro pretende). Fui miembro, en efecto, de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa, que pasó a ser la Ley de 16 de diciembre de 1954, que es el lugar donde esa responsabilidad patrimonial de la Administración tuvo entrada por vez primera en nuestro Derecho (en el número 156 de Revista de Administración Pública, diciembre de 2001, publicado con el título “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, una referencia al trabajo de esa Comisión).

Debo decir, por de pronto, que en el ánimo de quienes redactamos el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como en el de quienes, en general, después hemos expuesto el régimen vigente, hoy regulado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde hace no mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino del legislador mismo, representante de la voluntad general. Es un hecho, en definitiva, que la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración en términos que, por de pronto, resultan singulares respecto de todos los países occidentales, y que encuentran, además, dificultad de explicación dogmática en bas-

⁵² *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Prólogo de E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 2002, 374 pp.

tantes casos y, finalmente, que comienzan a pesar ya de manera seria sobre las finanzas públicas.

Si consultamos la exposición inicial que yo mismo hice al año siguiente de la Ley de Expropiación (en el libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, reimpresión en 1984 y posteriormente; pero esta obra recoge casi íntegra la versión que ya había hecho antes en *Anuario de Derecho Civil*, VIII, 1955, pp. 1023 y ss. Con el título de Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa), será fácil ver que, al menos según mi versión, no se pretendió tal cosa, en modo alguno. Se habla allí expresamente de que la causa de la responsabilidad ha de ser siempre un "perjuicio antijurídico", sólo que intentando desplazar la nota de la antijuridicidad desde la conducta del agente (que es la construcción característica de la tradicional doctrina de la culpa) a la perspectiva del patrimonio dañado. De esta tesis que se repite en el *Curso de Derecho Administrativo* del que somos autores Tomás Ramón Fernández Rodríguez y yo mismo (tomo II, 7ª ed., pp. 373 y ss. cuando se habían producido las críticas que el sistema había merecido del civilista Fernando Pantaleón y aun de administrativistas como Luis Martín Rebollo, que se mencionan expresamente) se dice que, bien interpretada, puede contribuir a despejar "equívocos, excesos y malentendidos que han venido a proyectar una cierta sombra sobre el sistema legal en estos últimos años"; reconocemos sin escrúpulos, sin embargo, en el mismo lugar, que acaso "a esos equívocos y malentendidos hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos en ediciones anteriores de esta obra."

Esa nota de la antijuridicidad del daño ha intentado explicarse con el concepto (propuesto ya en *Los Principios*, cit., pp. 176 y ss.) de perjuicio que el dañado "no tiene el deber jurídico de soportar", concepto que terminó pasando, ya tardíamente, a la Ley 30/1992, artículo 141.1. En este concepto (que, por lo demás, es bastante común en la doctrina italiana, donde parece estar viviendo, sobre la base del art. 2.043 del Codice Civile —*danno ingiusto*— sin dificultades apreciables), es quizás, en el que ha tropezado más a menudo la jurisprudencia, que, a veces, (por ejemplo, en más de una de las sentencias que han dado lugar a la insólita extensión de la responsabilidad por hecho del legislador) interpreta

libremente desde criterios de equidad, o de (en el caso de los daños de los servicios sanitarios, por ejemplo) se ha referido a veces a una situación socialmente deseable desde criterios morales o desiderativos de protección social. La idea de cargas generales, o la determinación de sobre quién debe recaer el riesgo de la insuficiencia o de la novedad de ciertas técnicas, cuya rápida inclusión en los servicios sanitarios no se hace en beneficio de la Administración (por lo cual no podría invocarse la causa de la imputación del riesgo creado en beneficio propio), sino de los enfermos mismos, habrían debido bastar para depurar la mayoría de las disfuncionalidades apreciadas en la aplicación global.

Pero hay una segunda precisión que estamos manteniendo desde la explicación inicial de 1955-56 hasta las versiones últimas del citado Curso II, y que tampoco fue recogida, ni aún tardíamente, por las formulaciones legales: es inexcusable la concurrencia de alguna “causa de imputación” que “no pueden reducirse a un canon unitario, y es aquí donde se inserta la rica casuística que alimenta todo régimen de responsabilidad” (*Los principios*, p. 204; destacamos esa alusión a la necesaria casuística, que excluye cualquier aplicación lineal y absoluta). En concreto, en esos dos lugares tipificamos tres causas específicas de imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la Administración cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas (y aquí se citan: daños derivados de la construcción de obras públicas y por la represión de desórdenes o calamidades públicas, en los dos supuestos sin que se haya producido ninguna falta de la Administración, así como por actos no fiscalizables en vía contencioso-administrativa, como recogió más tarde la Ley Jurisdiccional de 1956, arto. 2.b). Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente (cuya culpa asume la Administración como organización responsable *ad extra*): es el supuesto típico del “funcionamiento anormal de los servicios”. Y, finalmente, en tercer lugar, los casos de “riesgo creado por la Administración”, que implicaría la imputación al caso fortuito derivado de ese riesgo a que la administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Sólo en este último supuesto podría hablarse de una responsabilidad objetiva, pero estrictamente limitada a ese supuesto específico de “riesgo creado por la administración”, no, pues,

a cualquier riesgo imaginable, criticándose expresamente la supuesta “responsabilidad por riesgo generalizado” o “socialización del riesgo” propuesta por Duguit, que sería la fórmula máxima; se citan como ejemplos los daños por ejercicios militares; accidentes de trabajo de los servidores públicos (como desde hace más de un siglo lo tienen los trabajadores privados), explosión de polvorines o de barcos y accidentes de vehículos públicos. Se añadía aún una cuarta causa, la del enriquecimiento sin causa, pero se han objetado a ella razones dogmáticas para no incluir el supuesto en la técnica de la responsabilidad, razones que es posible que deban ser atendidas; en cualquier caso, el supuesto sigue siendo específico y no indeterminado y en modo alguno legitima responsabilidades “objetivas”. Podrán formularse, sin duda, objeciones a esos cuatro supuestos de imputación, pero no creo que de ellos pueda inferirse una generalización de la técnica de la responsabilidad hacia resultados de una objetivización general de ésta.

Ahora bien, es un hecho que, aunque en la gran mayoría de los casos, como el autor de este libro bien subraya, el manejo del sistema se ha hecho sobre el supuesto característico del funcionamiento anormal del servicio, la formulación legal, seguramente demasiado abstrusa, puede dar lugar, como la experiencia ha demostrado, a resultados excesivos, desde los cuales resulta razonable, incluso, necesaria, la propuesta de este libro, que postula abiertamente un cambio de la misma. Las precisiones con que intentamos dar una significación técnica a la inespecífica fórmula legal son, en definitiva, precisiones doctrinales, que ni la Ley ni los Reglamentos y ni siquiera la jurisprudencia en su amplitud hizo suyos. La verdad es que lo abstracto y poco preciso de la fórmula legal se hizo por la Comisión redactora de la Ley de 1954 para hacer pasar más fácilmente la verdaderamente original novedad de incluir en una Ley de Expropiación Forzosa una ruptura abierta a la regla de la irresponsabilidad por daños de que venía injustamente beneficiándose la Administración en nuestro derecho. Hubo que adoptar para ello una fórmula compendiosa y concentrada, en lugar de una seguramente más saludable enumeración de supuestos, y ello para no llamar demasiado la atención y dar la impresión de que se trataba de algo casi obvio, como así se aceptó, por lo demás (pues nadie la criticó entonces y más bien fue unánimemente celebrada). El mantenimiento de esa fórmula abstracta tuvo, quizás, ya menos razones

de repetirse en su recepción ulterior en otras Leyes más específicas (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992). Lo que ha seguido no es sino la actuación de los riesgos bien conocidos de toda “huida a la cláusula general” para decirlo en los términos establecidos por el famoso y agudo librito de Hedemann, que calificaba esta forma de legislar como “un peligro para el Derecho y el Estado”, peligro que es un hecho que aquí se ha actualizado. Debe recordarse, no obstante, que en otros Derechos, comenzando por el francés, que es el primero introduce una regla general en la materia, el funcionamiento de la institución sobre simples principios generales ha funcionado con toda corrección.

Podría proponerse para mejorar el sistema esa fórmula general, pero adicionándola con algunas puntualizaciones. Habrá que reflexionar sobre si es más práctica esta fórmula o la más categórica que propone esta obra, de reducir, por de pronto, el principio de responsabilidad como regla sólo a los daños causados por el “funcionamiento anormal de los servicios públicos” y remitir otros posibles supuestos a determinaciones legales expresas. El autor menciona concretamente entre éstas los daños causados por la actividad legítima (por obras públicas, por defensa del orden público, etc.; todos los que en Alemania entran a la categoría de *Enteignungsgleicher Eingriffe*, ataques similares a la expropiación o sacrificios). Pero tampoco creo que fue razonable excluir sistemáticamente el deber de reparación de la administración de riesgos creados por ella misma, de los que algunos hemos hecho ya mención, y que suelen admitirse ya en el Derecho civil sin grandes problemas de conciencia...

Así las cosas, ante la complejidad de la actividad estatal, que comprende la realización de actos jurídicos y la actividad material que se traduce en la prestación directa (o concesionada) de servicios públicos, no es posible que la atribución o imputabilidad de responsabilidad con la obligación de reparar el daño causado, pueda ser explicada y justificada desde uno solo de los ángulos que contemplan las teorías de la culpa; de la falta del servicio; la del riesgo creado y de la lesión antijurídica; de la igualdad o equidad ante las cargas públicas o de la solidaridad social, sino que cada una de ellas contribuye a dejar de manifiesto la casuística necesaria que deriva de la realidad presentada en la práctica judicial, y que obligará al

Juez a identificar en cada caso concreto cuál ha sido la naturaleza específica de la actividad estatal que ha sido causante del daño y la justificación racional o jurídica que permite atribuir al Estado la obligación de reparación.

De cualquier modo, hay elementos que no pueden desconocerse, a fin de configurar la institución de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado:

a) La situación del gobernado frente al Estado. Derivado de los derechos del hombre frente a la autoridad y de la finalidad de las instituciones, se debe tener como centro de atención a la persona, porque ninguna institución debe ser ajena al hecho de que una finalidad del Estado de Derecho es garantizar que el hombre viviendo en sociedad pueda desarrollarse plenamente en un entorno adecuado para su salud y bienestar, esto es, con garantías de justicia, seguridad, igualdad y paz social y con un modelo de desarrollo sustentable. De modo que el gobernado, como garantía de seguridad jurídica y legalidad que emana de los artículos 14 y 16 constitucionales tiene derecho a que el Estado (en su actividad jurídica administrativa en específico) se ajuste al principio de legalidad, o sea que en la emisión de actos administrativos actúe conforme a sus atribuciones y con la finalidad de realizar el interés social y garantizar el orden público, sin desvíos ni excesos de poder de parte de las personas que tienen encomendada esa función, por lo que el Estado debe elegir y tener procedimientos de selección adecuados para contratar a los servidores públicos y vigilar su actuación así como crear medidas de prevención y corrección para evitar en lo posible los casos de culpa grave.

b) La falta (de ejecución eficiente) del servicio público. Correlativamente a la obligación del ciudadano de contribuir a las cargas públicas (en la forma proporcional y equitativa que establezca la ley según el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal) tiene derecho a que la prestación de los servicios públicos se lleve a cabo regularmente en forma adecuada y eficiente, conforme a estándares propios de la naturaleza específica del servicio de que se trate.

c) El riesgo creado por la prestación de servicios públicos o por la explotación de los recursos propiedad de la Nación sobre los cuales ejerce el dominio directo e incluso por hechos de tercero cuando haya concesionado. La actividad estatal regularmente no es riesgosa por sí

misma ni redundante de manera directa en un provecho económico como sí ocurre con actividades lucrativas que puede desarrollar el gobernado. Pero por esa misma naturaleza peligrosa de la actividad estatal al prestar un servicio público (servicio de policía) o aprovechar los recursos naturales que son del dominio directo y exclusivo de la Nación, como son los hidrocarburos (petróleo y gas), o por el control que ejerce en actividades prioritarias y áreas estratégicas, es evidente que debe responder del daño que cause por esa actividad riesgosa, siempre que no haya culpa inexcusable de la víctima.

d) La división de poderes y la necesaria colaboración en el ejercicio del poder público, para garantizar el interés social y el orden público. Al ponderar el daño que sufre la víctima frente a la actividad administrativa, debe tenerse en cuenta que con la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado no se pretende que un órgano jurisdiccional se substituya en la toma de decisiones de gobierno o en la elaboración de las directrices de la función pública puesto que no debe substituirse plenamente al órgano administrativo, ni éste debe quedar subyugado, sino que existe un parámetro inherente a los fines del Estado que generan cargas públicas donde el individuo al vivir en sociedad tiene que ceder al interés del grupo y al orden público, siempre que no se le imponga un daño injusto e inequitativo.

De ahí que no puede obstaculizarse la debida prestación de algunas actividades como es la de seguridad pública donde la fuerza del Estado está justificada, por lo que no debe haber intromisión judicial, salvo una evidente y manifiesta negligencia del servidor público a cargo de ese servicio, y cuya omisión o inactividad cause un daño a personas inocentes y que, por ende, no están vinculados a esa actividad represiva del Estado, o sea, que no tengan obligación jurídica de soportar el daño causado.

e) La vinculación funcional entre servidor público y órgano del Estado. Como persona jurídica reconocida por la ley, el Estado se manifiesta tanto en órganos de poder como en diversas entidades que prestan servicios públicos o llevan a cabo funciones de administración de gobierno y actúa necesariamente a través de personas físicas. Algunas acceden al poder por la vía democrática mediante la elección popular, otros por designación o por contrato y de esta manera se convierten en los emisores de la voluntad estatal, utilizando los medios que derivan de la

competencia que les confiere el cargo público en la esfera de sus atribuciones; lo que incluso da lugar a que en la mayoría de los casos el Estado adquiere la calidad del patrón en relación con los servidores públicos. De modo que hay una relación de subordinación y de dependencia laboral y económica, por lo que quien lleva a cabo el ejercicio de las atribuciones que derivan de la norma jurídica que crea al órgano estatal correspondiente, debe emitir, por regla general, actos administrativos y desarrollar actividades de servicio público que tiendan a satisfacer los fines de orden público que justifican al Estado y sus instituciones. Pero, por la naturaleza humana, el servidor público puede incurrir en dolo o culpa en el ejercicio de esas atribuciones, y causar un daño injusto al gobernado, por lo que con independencia de la responsabilidad política, administrativa, penal y civil en que pueda incurrir ese servidor público, el Estado debe responder directamente de ese daño sin que la víctima tenga que demostrar e identificar al sujeto activo del daño.

Por tanto, una causa de imputabilidad para el Estado, es la culpa del servidor público, que implica que si se demuestra plenamente que hubo dolo o culpa grave en el agente que prestó el servicio o dejó de prestar el servicio público que se le encomendó de acuerdo con sus atribuciones reguladas en la ley o reglamento o que son inherentes a esa norma que debe regir su actuación, el Estado debe responder como un garante, en forma directa, solidariamente del daño causado, con la obligación de reparar, y puede y debe repetir contra el servidor público.