

Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*

Jean Claude Tron Petit **

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Generalidades de la interpretación*. III. *Marco constitucional de la responsabilidad del Estado: artículo 113, párrafo segundo*. IV. *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado artículos 1 y 17 al 24*. V. *Conclusiones. Referencias. Abreviaturas*.

I. PLANTEAMIENTO

El objetivo de este trabajo es considerar, esencialmente, el contenido de los artículos 1 y 23 de la LFRPE que presentan problemas interesantes de interpretación, funcionalidad y pueden implicar serios problemas de antinomias, difíciles, imposibles de resolver mediante una mera y simple interpretación literal que nos lleva a una aporía.

Una comprensión a cabalidad de la problemática de fondo, obliga a mencionar el precedente de la Ley, que es la adición del párrafo segundo del artículo 113 constitucional.

* Especial agradecimiento a los licenciados Alfredo Martínez Jiménez y Sandra Ibarra Valdez.

** Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Sin embargo, antes de abordar la temática de contenido descrita, es pertinente dejar plasmados y acreditados ciertos aspectos metodológicos y conceptuales de la interpretación como guía instrumental indispensable del análisis y conclusiones pretendidas.

II. GENERALIDADES DE LA INTERPRETACIÓN

Por interpretación se puede entender el proceso o actividad para descubrir¹ o atribuir significado² y sentido a un texto legal al ser aplicado en casos concretos; o bien, al resultado de ese proceso, lo que de suyo implica ya una ambigüedad en el concepto.

1. *Intenciones y comunicación*

Lo más importante es, más que concentrarnos en interpretar el enunciado normativo, considerar la problemática social que lo produjo. En este sentido lleva razón Guastini cuando afirma:

... no se distingue entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano que produce ese texto. Una cosa es preguntarse por el significado de las palabras; otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. (2002: 2).

Por tanto, es imprescindible para la cabal interpretación del texto, recurrir a la metáfora del “iceberg”. El texto de una ley es la parte visible de un complejo proceso y, a semejanza de un iceberg, esa parte visible no es la única sino apenas es la más pequeña del objeto en su conjunto que merece y debe ser conocido y entendido.

En ese contexto, tenemos que, principalmente, el enunciado normativo³ tiene su génesis en: (i) variados presupuestos que informan y determinan un problema social, (ii) que el legislador debe afrontar, (iii) sobre

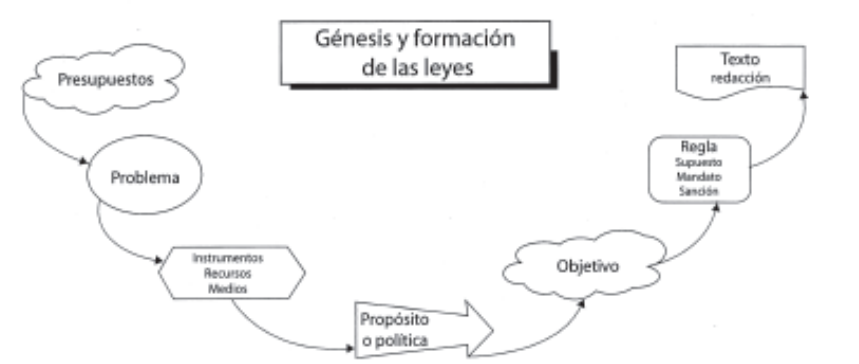
¹ Casos fáciles o evidentes, claros.

² Casos difíciles, de ambigüedad o problemáticos (aporías y dilemas).

³ Especialmente en el caso de leyes sustantivas o primarias —que establecen comportamientos y obligaciones.

la base de ciertos instrumentos, recursos y medios que el orden jurídico le provee. A partir de ello, define: (i) propósitos o políticas para enfrentar ese problema con (ii) las herramientas disponibles y plantea, como hipótesis, (iii) objetivos que alcanzar para la solución —contexto de consecuencias que la aplicación o vigencia produzca o deje de producir— y, es así, que elabora (iv) reglas de comportamiento —integradas por un supuesto de hecho, un mandato y consecuencias o sanciones— que puedan ser documentados en el enunciado normativo a través de (v) un texto.

Como se aprecia, el texto es apenas el producto terminal y una pretensión de transmitir o comunicar un mandato que debe ser obedecido. Estas ideas —del *iter legis*— se aprecian en el siguiente esquema:



También se aprecian y representan en el siguiente cuadro:

Presupuesto	Problema	Propósito o política ⁴	Objetivo	Regla	Redacción
Condiciones prevalecientes, contexto, escenario y entorno	Social, político, económico, etc.	Nuevo régimen que se pretende <i>Lege ferenda</i> Intención normativa	Nuevo escenario Valores o principios que tutelar	Supuesto Mandato Sanción	Concordancia de signifi- cante con signifi- cado Sentido lingüístico

⁴ Políticas o directrices políticas o sociológicas.

2. *Problemas del lenguaje*

El lenguaje natural que utilizamos en las leyes y sentencias presenta graves problemas de ambigüedad e imprecisión desde el nivel semántico —qué decir del nivel sintáctico y pragmático donde se agudiza, aún más, la falta de precisión—. El lenguaje se compone de signos con que connotamos o pretendemos describir las ideas, realidades y conceptos.

En ese sentido, es necesario que las posibles ambigüedades u obscuridad de los textos normativos deban ser interpretados por los juzgadores.

3. *¿Qué se interpreta? ¡Hechos o normas!*

La interpretación normativa —como proceso y resultado— consiste en decidir —averiguar o descubrir— el significado de un texto oscuro en una situación evidente (fácil) o dudosa, incierta o discutible (difícil), o bien, en clarificar el contenido o campo de aplicación de una formulación normativa —especialmente casos de normas de textura abierta o conceptos indeterminados.

Atienza dice que el Derecho se explica con una metáfora, considerándolo semejante a un edificio. El enfoque estructural son las normas, y el enfoque que determina la funcionalidad son los hechos, la realidad social, entendida como comportamiento humano.⁵

En ese contexto, el supuesto de hecho o hipótesis normativa no puede verse divorciado o desligado de la realidad social para y en virtud de la cual, fue diseñado, como un medio de inducción o corrección de conductas sociales y alcance de objetivos necesarios o plausibles para la sociedad. En efecto, contexto social y normativo no son compartimentos estancos sino vasos comunicantes que se retroalimentan y activan, uno al otro y viceversa, en una relación de sinergia y complementariedad.

Es así que el proceso interpretativo queda explicado en el esquema siguiente:

⁵ Concluye la idea diciendo que el enfoque axiológico son los valores y el instrumental los argumentos (2003b: 251 y 252).

Hechos y normas Proceso interpretativo

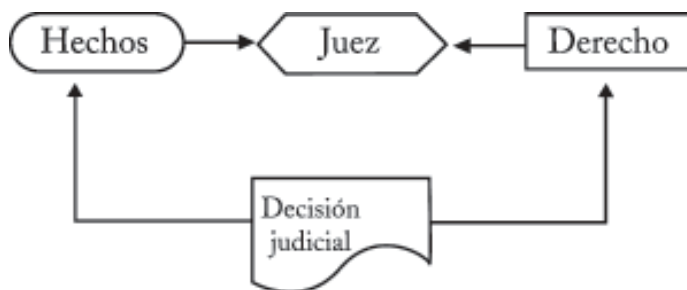


Sobre el tema, Vernengo comenta:

En Derecho, tenemos también la idea de que se interpretan textos legales y situaciones de hecho, para actualizar —esto es: poner en vigencia— normas jurídicas, para motivar conductas no espontáneas y producir así nuevos estados de cosas. Un magistrado interpreta la situación social en que interviene, o en que se le hace participar, para atribuirle un sentido objetivo claro, una explicación suficiente, mediante la aplicación de ciertas normas que también, se sostiene, interpreta [...] se interpreta un texto legal, por ejemplo, a la luz del sentido que se atribuye a ciertas circunstancias de hecho —los hechos de un caso—, para introducir una nueva disposición normativa, que constituirá la interpretación legal del caso: la interpretación jurídica de los hechos y de las normas en juego... (2000: 240).

Un ejemplo cotidiano es la decisión de todo juez de Distrito que, al decidir la suspensión de un acto reclamado en el juicio de amparo, debe calificar y resolver si una determinada situación de hecho y sus consecuencias afectan o no el interés social. Esta práctica conlleva evaluar tanto las circunstancias de hecho y sus consecuencias, como el concepto jurídico indeterminado (CJI) respectivo. Este típico proceder se ha

conceptuado como un modelo cibernético de la actividad jurisdiccional, donde inciden como *input* los hechos y el Derecho, las decisiones son el *output* que retroalimentan como *feedback* a los presupuestos de entrada, tal como se aprecia en el siguiente esquema:⁶



III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: ARTÍCULO 113, PÁRRAFO SEGUNDO

1. *Cronología. Proyecto original y enmiendas durante proceso legislativo*

La reforma constitucional del artículo 113, párrafo segundo, surge de un proceso de creación accidentado y atropellado, caracterizado por la negociación y “concerta-ciones” entre grupos involucrados que trascendieron en varios “remiendos” al texto de las originales iniciativas.

La propuesta original de reforma del artículo 113, concretamente la adición del párrafo segundo, fue en los términos siguientes:

Todo aquel que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en formas proporcional y equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados den-

⁶ Así lo expone Chaim Perelman (citado en Atienza, 1998: 307-308).

tro del ámbito de sus respectivas competencias. Las controversias derivadas de la aplicación de las leyes correspondientes, serán conocidas por los tribunales contencioso-administrativos, cuando éstas se originen por la actividad administrativa del Estado. (Castro, 2002: 34).

Como se advierte, la condición u objeto de la responsabilidad era la actividad del Estado y el monto de la indemnización se habría de calcular de una manera proporcional y equitativa.

Este planteamiento subsiste hasta que la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal llama la atención respecto a la inconveniencia de tener como objeto de la responsabilidad a la actividad administrativa regular y propone que sólo cuando haya exceso o defecto dé pauta a indemnización (*ibídem*: 204).

El doctor Castro Estrada, invitado a participar como consejero del legislativo, propone que no se atienda la recomendación anterior, sugiriendo otra opción; moción que consiste en que opere la responsabilidad cuando los particulares “no tengan la obligación jurídica de soportar” los daños causados (*ibídem*: 215).

Ésta y otras propuestas no merecen la aceptación y aprobación de las Comisiones Unidas del Congreso de la Unión y se opta por elegir y decidir como la opción más adecuada, por lo menos, por un tiempo, la pertinencia de restringir que el objeto de responsabilidad se limite a la actividad administrativa que resulte ser “irregular”(*ibídem*: 218).

2. Principales actos durante el proceso

Los acontecimientos relevantes en el proceso de formación legislativa se dieron de la manera⁷ y en las fechas que se indican en el cuadro siguiente:

⁷ Con especial referencia al modo o clase de actividad administrativa, idónea y susceptible, de producir responsabilidad indemnizatoria para el Estado.

Iniciativa PRI	Actividad Estado	22/4/1999
Iniciativa PAN	Actividad Estado ⁸	21/6/1999
Aprobación Cámaras		
Consejería Jurídica	Actividad con exceso o defecto ⁹	14/4/2000
Dr. Álvaro Castro Estrada	No obligación jurídica de soportar	18/4/2000
Comisiones	Actividad administrativa irregular ¹⁰	
Texto publicado	Actividad administrativa irregular	14/6/2002

⁸ Muy semejante la redacción de esta propuesta con la anterior citada.

⁹ Introduce la propuesta de la Consejería que la responsabilidad será “objetiva y directa”. Genera duda de si por objetiva debe entenderse la exclusión de culpa subjetiva o ilicitud de la conducta de los agentes del Estado o un significado semejante al que existe en la materia civil donde una actividad o medios empleados, por el riesgo que generan, es el único factor a considerar para generar responsabilidad.

¹⁰ Voto razonado en el dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados: “Por otra parte, los miembros de estas Comisiones, después de haber deliberado sobre la pertinencia de establecer un régimen amplio y general de responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, incluir como susceptible la responsabilidad del Estado y, por ende, de las indemnizaciones respectivas, a toda actividad lesiva de la Administración Pública que fuese consecuencia del funcionamiento ya sea regular o irregular de la actividad administrativa del Estado, se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias para aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irroga a los particulares, en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de su actividad administrativa regular o normal”.

“En tal virtud, estas Comisiones han estimado que por el alcance nacional de esta iniciativa es prudente evaluar, transcurrido algún tiempo, la operatividad del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos que más adelante se indican, para posteriormente reexaminar la posibilidad de ampliar la cobertura de la responsabilidad del Estado a su actividad lesiva de carácter regular, cuando se generen lesiones patrimoniales que los particulares no tuvieran la obligación jurídica de soportar y que, honrando el principio de solidaridad social, pudiesen también ser motivo de indemnización”. (Castro, 2002: 218).

3. *Constitución texto*

Como respuesta a la actividad administrativa irregular y para el caso de que produzca daños y perjuicios que, sólo en ese contexto resultan ser injustificados y sin la obligación de soportar, se establece la responsabilidad indemnizatoria de la Administración, como tutela al particular, en los siguientes términos:

Función administrativa irregular + Cause daño + No identificable responsable =
--

Responsabilidad del Estado

El fundamento es el texto del numeral aprobado en los siguientes términos:

Art. 113 (párrafo segundo)

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.

4. *Contenido*

El artículo 113 constitucional debe verse en su integridad y contexto sistemático.

Consigna un derecho fundamental de carácter orgánico o relativo a la acción del Estado,¹¹ con el fin de privilegiar, promover y asegurar la función pública regular de la Administración y, a partir de ahí, se deriva como tutela a los administrados para el caso de irregularidad o patología de la actividad si es que se asocia a un resultado dañoso, la responsabilidad disciplinaria imputable a los servidores públicos —subjetiva por

¹¹ Que debe ser eficiente, suficiente y satisfaciente.

culpa— y el sistema de responsabilidad patrimonial —objetiva por deficiencia en el servicio o acción del poder público— del Estado.

La exposición de motivos de la LFRPE establece al respecto:

Una nueva garantía que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad administrativa del Estado y establece el deber del Estado de reparar las lesiones antijurídicas que con su actividad cause en el patrimonio de todo individuo.

5. *Nueva garantía*

La correcta interpretación y comprensión de la *Nueva Garantía* implica considerar sus presupuestos, fin y contenido. En relación con los derechos, obligaciones y medios de garantía deben ponderarse los:

- Valores y justificación externa.- Entender y armonizar con la realidad, los sujetos, y el orden jurídico en conjunto;
- Intereses.- Los de la sociedad, de los particulares afectados por la actividad estatal —conductas de acción o de omisión—, de los servidores públicos y del propio Estado, en cuanto a la función pública que se le asigna, destacando, por el momento, la actividad de la Administración; y las
- Consecuencias.- Las leyes son creadas con objetivos y propósitos específicos y puntuales, atento lo cual, su comprensión y funcionalidad no puede desvincularse o escindirse de las razones determinantes para su creación, por lo que alcanzar, de la mejor manera, las consecuencias pretendidas y que resulten, en cada momento, las mejores e idóneas para la sociedad, que es la razón fundamental de ser del Estado.

6. *Interpretación constitucional*

La Constitución es un ordenamiento *sui géneris*, ya que además de ser el supremo en lo jurídico, regula intereses del pueblo de muy diversa naturaleza. Es así que el contenido no jurídico de la Constitución incluye aspectos tales como:

- Documento, ideario y programa político;
- Techo ideológico;
- Fundamentación axiológica del Estado;
- Organización normativa-institucional;
- Base socioeconómica; y,
- Enfoque normativo o político de los anteriores conceptos según la lectura que de la Constitución se haga.

La naturaleza *sui generis* de la Constitución implica que tiene como finalidades:

- Limitar el “poder” público y modelar relaciones sociales;
- Intuir, comprender e integrar valores al orden jurídico; y,
- Definir *grosso modo* los derechos fundamentales, parámetro para interpretar el ordenamiento, y consensuar el contenido, válido, de las leyes.

En este evidente orden de ideas, viene al caso citar el siguiente criterio jurisprudencial:

INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se

ha convertido en una fuente del Derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho. [TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, No. Registro: 228,583, Tesis aislada, Materia: Administrativa, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, p. 419].

La *ratio essendi* de la responsabilidad de los servidores públicos y del Estado es obtener que la actividad administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad (legal, moral y funcional de eficiencia). Y es en este contexto, que suscita debate calificar y comprender el significado y contenido del concepto “lesiones antijurídicas que la actividad pueda causar”. Para algunos, como el constituyente, la indemnización por daños debe provenir, necesariamente, de una actividad administrativa irregular; en tanto que, para otros, la actividad debe ser tachada de irregular por los daños susceptibles de producir, exposición de motivos de la LFRPE, Cámara de Senadores.

Retomando las ideas anteriores se tiene que el numeral de referencia, concretamente, se refiere a un sistema que incluye y delimita a la:

- Actividad administrativa,¹² en cuanto establece los valores, pautas o prescripciones que deben caracterizar a la adecuada actuación de la Administración, contemplando:

¹² Se entienden incluidos los actos de imperio y los de gestión.

- Medios de control, preventivos y de represión, además que, como garantía a los particulares, establece las responsabilidades por:
- Falta personal; y,
- Falla en el servicio.

En ese contexto se tiene:

- Actividad y gestión administrativa regular debe ser: legal y eficiente, además: honrada, leal e imparcial.
- Al particular se confieren determinados derechos y, simétricamente, a la Administración se estatuyen obligaciones (lo definen los artículos 109 y 113 constitucionales) expresa e implícitamente prescritos.
- En razón de estos presupuestos, no hay razones válidas para especular que se tenga derecho a más por los gobernados ni una obligación mayor para la Administración, de las que, expresa o implícita pero certeramente, se deduzcan de la Constitución, leyes y demás disposiciones regulatorias. Todo lo previsto viene a ser la definición del tamaño, alcance y contenido del límite interno del derecho subjetivo patrimonial que el orden constitucional reconoce a los particulares y las propias limitantes y restricciones. Ahora bien, para el caso de que tales derechos y obligaciones no se precisen, de manera que impidan la eficacia del sistema, estaremos ante lo que Ferrajoli denomina lagunas.
- Se debe tener un derecho definido y una obligación determinada para estar en posibilidad de exigir cualquiera de las consecuencias o garantías de la responsabilidad —sea subjetiva por falta personal u objetiva por falla en el servicio—. No es razonable ir más allá de lo concedido en las normas relativas. Sin embargo, es el caso que este nuevo derecho fundamental tiene sus cimientos en CJI, por lo que el alcance y cobertura lo debe ponderar y demarcar la actividad que realice el TFJFA, a manera de un derecho pretoriano.
- La protección de la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos, sólo se da en relación con los daños derivados de la actividad irregular del Estado.

En una primera aproximación podemos decir que “actividad administrativa irregular” implica que el particular no obtenga aquello a lo que tiene derecho y la Administración quede corta en proveer a lo que está obligada, atento lo dispuesto en el artículo 113 y Título IV de la Constitución, lo que implica hacer una interpretación sistemática y equilibrada.

Problema difícil que además deberá ser casuístico —y por ahora sin mucha experiencia evaluatoria ni marcos referenciales— el definir con claridad:

- El alcance del derecho —partiendo de los límites internos del bien jurídico protegido y núcleo esencial irrestringible—;¹³ así como,
- La restricción, en la medida que razones de orden público (lesión a otros derechos y sujetos), y proporcionalidad de prerrogativas y sacrificios, se pueden ver afectadas y resulten determinantes. En el caso concreto del régimen indemnizatorio por el desvío de recursos, que puede ser excesivo y desproporcional para afrontar estos gastos en razón del *déficit* que provoque para financiar otros gastos que a la sociedad o grupos específicos interesen, prioritariamente.

7. Consecuencias de la función pública irregular

El constituyente es enfático al aprobar la reforma cuando en la explicación relativa dice:

No se considera prudente, por el momento, incluir la actividad normal o regular de la administración, dado que ese criterio no ha cobrado gran aceptación en nuestro derecho...

¹³ Es obvio que no hay catálogos de los estándares y particularidades de todos los actos que implican la actividad administrativa, incluyendo de servicios públicos, gestión en general y actos de imperio, la prueba es la gran cantidad de procedimientos disciplinarios en contra de servidores públicos donde la problemática es la falta de definición de todo aquello a lo que está obligado el funcionario y, por ende, la Administración como institución.

Esto implica un candado o limitante absoluta, al modo o cualidad de la única actividad administrativa susceptible de generar el derecho a la indemnización: “la irregular”, entendida como la patológica; y excluyendo a la natural que es la debida o “regular”.

Para el caso de una indebida gestión pública de la Administración se establece:

Responsabilidad subjetiva cuando haya daño por culpa del servidor público

Constitución y LFRASP

Responsabilidad objetiva y directa cuando la actividad administrativa sea irregular y dañosa

Constitución y LFRPE

La responsabilidad objetiva y directa¹⁴ debe ser considerada a partir de varios elementos entre los que se tiene a:

- Sujetos (acreedor, deudor y servidor público responsable);
- Objeto que en el caso es la actividad administrativa ya cualificada como irregular (es un CJI que deberá ser acotado casuística y empíricamente);
- Daño o perjuicio real y directo;
- Nexo causal;
- Razones diversas excluyentes de responsabilidad (artículos 3 y 22 LFRPE, básicamente); y,
- Obligación estatal de indemnizar, con las limitantes y restricciones legales.

Los presupuestos y condiciones para que surja el derecho a ser indemnizado son:

¹⁴ En tanto que el Estado es el único e inmediato obligado a cubrir la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho que tenga de repetir en contra del funcionario o funcionarios responsables.

Derecho a indemnización¹⁵

Actividad administrativa irregular
Daño o perjuicio causado (real y directo)
Nexo causal
No concurren eximentes¹⁶

8. *Antinomias posibles*

Para algunos¹⁷ existe una antinomia o contradicción en el párrafo que se comenta a partir de dos supuestos que ahí se prevén y pueden resultar con sentidos distintos, tales como son la:

- Actividad administrativa irregular; y la,
- Responsabilidad objetiva.

Las opiniones relativas se apoyan, en imponer como conclusión, que si la responsabilidad es objetiva, atento el significado que tiene en Derecho civil, es innecesaria la culpa o ilegalidad del agente causante del daño e, incluso, de la irregularidad en el servicio.

Esta opinión se considera excesiva e inexacta ya que la connotación, peculiar del Derecho civil, es un caso de excepción a la regla general de la responsabilidad basada, no en la ilegalidad sino sólo en el resultado.

La *ratio* de la responsabilidad objetiva es que hay sujetos que: a) realizan actividades riesgosas, b) utilizan mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos, o c) emplean a personas cuya conducta pueda resultar dolosa, imprudente o negligente. Por tanto, este régimen legal pretende conseguir un reparto de cargas y riesgos más justo, propio de ese *status*, entre los particulares que se encuentren en relaciones jurídicas de coordinación e igualdad y en función de un principio de justicia y seguridad —indispensable para el tráfico de relaciones ju-

¹⁵ Por responsabilidad objetiva del Estado, no requiere probar la culpa del servidor público pero sí las condiciones que aparecen en el cuadro.

¹⁶ Artículos 3 y 22 LFRPE.

¹⁷ Incluyendo a la propia Cámara de Senadores, según se advierte de la exposición de motivos a la LFRPE del 24 de septiembre de 2002.

rídicas y comerciales ágiles—sea idóneo para no dejar indemnes los daños causados (De la Peza, 1997: 58).

En efecto, el valor subyacente considera que nadie tiene el derecho de causar daños y cuando éstos ocurren¹⁸ sin que sea criticable¹⁹ la conducta que la produjo —o difícil la evaluación casuística—, en un afán de distribuir y repartir los costes sociales, y no obstante ser una actividad lícita —pero de contenido o contexto riesgoso o difícil de probar la negligencia del agente— se le asigna, sólo y en razón del resultado, la obligación de indemnizar, sin prejuzgar sobre la culpa o negligencia que pueden estar presentes o ausentes.

Es así que presupone, por razones meta-jurídicas, equiparar a una conducta o actividad lícita²⁰ con una de carácter ilícito, sólo por las consecuencias o resultado, a fin de proveer un sistema que distribuya costes. Es una Norma de Mandato que establece —sin más— el deber de pagar pero entendida como una excepción y anormalidad del régimen de la responsabilidad (Larrañaga, 2004: 202 y 203).

Por estas consideraciones, especiales y peculiares, propias de la responsabilidad objetiva, fundada en valores y principios *sui géneris*, su aplicabilidad debe limitarse a casos donde exista la razón que la justifica, esto es, a las relaciones entre particulares. Luego entonces, no es conveniente, forzoso ni obligado que rijan en el contexto del derecho público donde se dan intereses muy distintos. Prueba de ello es que, en el mundo, no existe un sistema como el que se propone, salvo el caso de España donde ha producido interferencias y supuestos de injusticia e incongruencia, precisamente, porque no resulta idónea para regular las relaciones que se dan entre el Estado y los particulares.

Es así que el artículo 113, párrafo segundo, constitucional, no es una disposición legal secundaria ni una simple regla jurídica de carácter coactivo que deba interpretarse a la luz y desde el contexto de los principios

¹⁸ Siempre que deriven de las causas de riesgo aludidas y previstas en ley limitativamente.

¹⁹ En tanto que no merecen una valoración negativa ni tampoco se pretenden inhibir por el sistema jurídico.

²⁰ Lo que merece una enumeración *numerus clausus* por la limitación a derechos que produce.

del Derecho civil. En cambio, estamos frente a una disposición constitucional que establece valores, directrices y principios *per se*, de carácter *sui géneris*, con un alto significado social y sin necesidad de tener que someterse a lo previsto en ordenamientos que, aunque legales, resultan ser secundarios y siempre subordinados a lo que la Constitución²¹ establece, preferentemente.

Con base en esta reflexión, el sentido y alcance de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, no puede circunscribirse a una interpretación deductiva de principios, cláusulas o instituciones de mero rango legal —que siempre están subordinados a lo que disponga de manera puntual la Constitución y los propios principios que de ésta se deriven— ni ir más allá de lo que las Comisiones Unidas decidieron.²² Asimismo, tampoco la ley reglamentaria puede ni debe superar, en un contexto estático y de subordinación a la Carta Magna, sino que la norma inferior debe adecuar o restringir su contenido al que resulte de la superior, especialmente en un supuesto donde la comunidad puede ver afectados sus intereses.²³

Sucede con el caso de la responsabilidad, algo semejante a lo que ocurre con las nociones de acto administrativo y nulidad de éstos, que surgen y heredan las peculiaridades de sus antecedentes del Derecho

²¹ Entendida como un ordenamiento mucho más que de contenido sólo jurídico, coherente y consistente con principios y valores, morales, económicos y sociológicos que no puede desatender ni ignorar. Al no darse las mismas razones, carece de lógica pretender se apliquen iguales disposiciones y consecuencias.

²² Entendido a este órgano constituyente titular de la voluntad para establecer de manera unilateral, imperativa y coactiva reglas que son reflejo de la voluntad político-legislativa de la mayor entidad, dispuso categóricamente que: “se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias para aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irroga a los particulares, en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de su actividad administrativa regular o normal”.

²³ Con el mayor de los respetos considero que es un albazo pretender, en la exposición de motivos de la Cámara de Senadores, esquivar el mandato preciso y categórico del constituyente, todos debemos RESPETAR con RESPONSABILIDAD la Carta Magna, pues si no ¿Dónde queda el Estado de Derecho?

civil, tal como el acto jurídico y sus nulidades; sólo que al ingresar a la órbita del derecho público sufren una transformación esencial por los fines, valores y consecuencias que, atendiendo a los intereses de la comunidad, convienen y corresponden. Luego entonces, el hecho de que la Constitución haga referencia a una responsabilidad objetiva no implica ni exige que esta noción corresponda necesariamente con la civilista sino que debe ser adecuada y transformada de manera que, legítimamente, satisfaga los intereses y aspiraciones de la sociedad.

Pero además de ser perfectamente elocuente la declaración categórica del legislador constituyente, puntualizando que el objeto de la responsabilidad patrimonial es la actividad administrativa irregular, esta conclusión es perfectamente válida y adecuada a partir de aplicar las principales reglas que existen para resolver los problemas de antinomias. En este sentido son aplicables los conceptos siguientes:

- *Ley última deroga a las anteriores.*— En este caso, es la ulterior declaración del constituyente permanente la que debe regir y ser preferente a cualquier otra anterior y a las posibles alternativas de interpretación que, eventualmente y sobre el tema, puedan suscitarse.
- *Interpretación auténtica del legislador.*— Cuando es posible discernir la voluntad y alcance del mandato que impone, es el que debe prevalecer, —máxime en el caso que se trata del supremo órgano legislativo— que, concreta y puntualmente, se ha pronunciado sobre el tema y problema en análisis.
- *Declaración de la voluntad del legislador* debe regir plenamente el alcance y sentido de la reforma.
- *Funcionalidad del sistema.*— La regla jurídica general es que sólo las actividades ilícitas o irregulares²⁴ merecen la sanción de verse vinculadas con la obligación de indemnizar, ya que, en términos generales, cuando alguien actúa de conformidad y dentro del orden jurídico, no merece ser sancionado, pues ejerce sus derechos y actúa dentro del ámbito de legalidad y permisibilidad,

²⁴ Que el sistema jurídico valora negativamente con la pretensión de inhibir y sancionar.

por lo que, sería un contrasentido, que lo legal o regular se conceptuara como ilegal o irregular. En el caso, las consecuencias que se pretenden deducir de una tutela indemnizatoria global, extra-lógica y con muy probables efectos perniciosos, parecen claramente previstos por el constituyente y que ha querido evitar, tal como pudiera ser el abuso de las acciones indemnizatorias resultantes de la responsabilidad.²⁵

- Lo importante del derecho y garantía previstos en el artículo 113, no es que se paguen indemnizaciones, sino que sea un medio con la función y cometido de fomentar, e incluso, forzar que se presten mejores servicios administrativos. Lo que exige inducir y provocar la funcionalidad de la Administración en favor de la comunidad, objetivo que es probable y factible mediante la creación de “Premios y Recompensas” para estimular el mejor desempeño de la actividad administrativa.²⁶
- *La Ley no debe estorbar ni provocar entornos o ambientes de frustración sino alentar la competitividad.* – Crear visiones y un ambiente con ideas mejores y más adecuadas soluciones. Por tanto, sería miope y retrógrada la idea de pagar indemnizaciones sin ton ni son de la evaluación de la actividad, esto es, en todos los casos que se causaran daños.
- *Naturaleza o sustancia de las cosas reguladas.* – Si la función pública o actividad administrativa se ejerce dentro del orden de legalidad, no es razonable atribuirle consecuencias propias o inherentes de la irregularidad. Es así que en la mayor parte del mundo donde se reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado, el derecho a la indemnización depende de la irregularidad

²⁵ En este sentido debe procurar la institución de la responsabilidad patrimonial objetiva, la eficacia y mejoría constante de la función pública y el menor costo para la sociedad, especialmente a los más desvalidos.

²⁶ Si la única alternativa y finalidad es pagar indemnizaciones, faltan motivaciones para destapar un cambio a la mediocridad de la función pública, fomentando y alentando que cada servidor público procure evitar que su actuación determine pago de indemnizaciones, para lo cual, es menester diferenciar y privilegiar la actividad administrativa regular y lícita.

- o ilegalidad de la actividad, tales son los casos de países de la Comunidad Europea²⁷ y los Estados Unidos de Norteamérica.
- *Falta de coherencia lógica y jurídico-formal.*— Las actividades legales o permitidas *in genere* no deben ser objeto de sanción ni represión.²⁸ En ese contexto si la actividad administrativa es deseable e incluso socialmente necesaria, resulta absurdo e incongruente sujetarla —sin un previo y adecuado juicio de ponderación o razonabilidad—,²⁹ a una calificativa de ilegalidad, esto en la medida que se somete a los efectos y consecuencias punitivos de la responsabilidad, conductas que *per se* son legítimas. Esta forma de razonar pugna con el principio lógico y ontológico fundamental de no contradicción, en tanto que lo legal no puede ser al mismo tiempo ilegal, parece un contrasentido ese enunciado.
 - Las consecuencias son desafortunadas ya que se violan principios de solidaridad, proporcionalidad e igualdad en la distribución de las cargas públicas. Quienes resienten los mayores daños son las clases económicamente más fuertes y productivas; sin embargo, concurrirán a sufragar tales indemnizaciones —vía gasto público— las clases más numerosas que son las económicamente más desfavorecidas o débiles; planteamiento que, a todas luces, resulta notablemente injusto e ilegítimo. Puede resultar en un sistema de solidaridad social regresivo donde los que menos tienen y beneficios obtienen, son los que más aportan. El efecto y finalidad parecen claros, no cargar a la sociedad (vía finan-

²⁷ Excepción hecha del caso español que más adelante se comentará.

²⁸ La responsabilidad en todos los órdenes sea: civil, penal, administrativo, laboral, etc., es la respuesta del orden jurídico a las ilegalidades, es la razón que justifica imponer la sanción. Pretende desestimular lo ilícito.

²⁹ Como pudiera ser la responsabilidad objetiva en el derecho civil y en razón de la sola concurrencia de intereses privados así como un justo y adecuado reparto de riesgos y ganancias; provecho o lucro; que para nada concurren ni se dan en el ámbito del derecho constitucional y administrativo, por lo que parece extra-lógica y carente de razón la pretendida analogía cuando las razones que aconsejan e intereses en cada caso son tan distintas. Prueba de esa irrazonabilidad es el modelo español, cuestionable ahora hasta por quienes lo idearon.

ciamiento del gasto público) con una responsabilidad que no merece ni se justifica financie, pues ninguna culpa tiene y no hay razón para extrapolar un gravamen de ese tipo.³⁰

- Colofón necesario es que en la medida que el párrafo segundo del artículo 113 constitucional —y una de sus leyes reglamentarias LFRPE— establece una garantía a los particulares afectados por daños, paralelamente y en la misma proporción, establece una carga a la Administración y, muy especial y significativamente, a todos los que contribuimos a financiar el gasto público. La suma de todos esos intereses en conflicto no deben ser pasados por alto ni comprometidos en una aventurera y ligera reflexión y ponderación de la responsabilidad patrimonial que debe ser usada para crear y construir no para destruir y generar cargas ¿hasta esclavizantes?

Sólo para concluir este apartado, baste mencionar que la experiencia judicial y el análisis y solución proporcional y simétrica de los casos concretos y en particular, generarán decisiones y soluciones para esclarezcer supuestos específicos de ponderación y evaluación de lo regular *versus* lo irregular, para delimitar la actividad administrativa irregular.³¹

³⁰ Nueva versión del Fobaproa: que los pobres financien los riesgos y fracasos de los ricos. Es como personalizar a Hood Robin, personaje mítico que roba a los pobres para darlo a los ricos ¡Se vale! En España Oriol Mir lo considera como un incongruente e indebido subsidio a las compañías aseguradoras privadas.

³¹ Como ejemplo pudiera pensarse: En una vía pública si una alcantarilla quedara sin la tapa correspondiente con el riesgo inminente de producir daños, ¿cuál sería el tiempo razonable para que las autoridades procedieran a su reparación?, pero todavía más ¿cuál el tiempo y condiciones para que fuera exigible para que las autoridades respondan y procedan preventiva y precautoriamente a la señalización del riesgo creado, para así evitar accidentes y daños, a partir de esa irregularidad? Todo esto incluye proveer a establecer estándares de servicio y prestaciones necesarios que den pautas para la evaluación razonada en ciertas reglas o parámetros objetivos y concretos, pero sobre todo a imbuir una cultura de la responsabilidad, el respeto y la dignidad de los ciudadanos a la que los servidores públicos deben aplicarse. Por lo pronto, las autoridades y especialmente los tribunales tendremos que aplicar un régimen de tolerancia basado en una transición, pero eso sí, impregnados de una gran “prudencia”.

IV. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO ARTÍCULOS 1 Y 17 AL 24

La exposición de motivos que proviene del Senado de la República, insiste en la postura del doctor Álvaro Castro Estrada.³² Cabe aclarar que tal planteamiento fue desestimado por las comisiones y la concertación con que concluyó la reforma constitucional.

La razón esencial de tal proposición parte de una petición de principio: que toda actividad de la Administración, por el mero hecho de producir daños, es irregular; y es a partir de tal premisa que construye una serie de argumentos con la pretensión de ser deductivamente racionales, irrefutables e inmaculados.

1. *Texto*

El debate sobre el contenido y alcance de la responsabilidad extracontractual de la Administración se da a partir de la interpretación de su artículo 1 que dice:

Artículo 1.- La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

³² Afirmación del exponente en su obra (Castro, 2002: 215).

Antes de seguir adelante conviene puntualizar que las disposiciones legales, *in genere*, deben interpretarse “desde” y “conforme” a la Constitución. Por tanto, definir la naturaleza, alcance y cobertura de la conducta idónea para generar el deber de indemnizar no puede ni debe ir más allá de lo que se estima riesgoso o irregular en el contexto constitucional, nada más allá de lo garantizado, todo esto conforme a un sistema nomoestático, donde prevalece la ley superior sobre la inferior sin más discusión.

Por tanto, si el párrafo segundo del artículo 113 constitucional³³ limita y determina como indemnizables, *sólo* los daños derivados de una actividad administrativa irregular, no es válido ni lógicamente justificable sostener que la actividad administrativa sea irregular en la medida que pueda producir un daño; argumento que peca de circular, dogmático y arbitrario³⁴ no obstante el mandato del constituyente.

Parece un caso evidente de lo que Larenz denomina corrección constitucional del texto legal:

Entonces ya no se trata sólo de una simple interpretación (“conforme a la Constitución”), sino de una corrección de la ley orientada por las normas constitucionales y por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen. (Larenz, 1980: 341).

Para ilustrar lo anterior se transcriben algunas afirmaciones contenidas en la exposición de motivos de la LFRPE:

³³ Argumento de autoridad indiscutible que no es válido jurídicamente desconocer o evadir.

³⁴ Al sostener como conclusión lo que se da por válido en la premisa sin que se haga el esfuerzo de razonarlo, parece más bien ser un argumento “*ad populum*” todo lo dañino es malo e ilegal, hay que exterminarlo. Conforme a las reglas tradicionales de la responsabilidad (jurídicas, axiológicas y sociológicas) lo indebido o jurídicamente valorado como negativo es sancionable, por tanto debe buscarse la razón de irregular antes de adjudicarle la consecuencia de sancionable, algo que ocurre incluso en la responsabilidad objetiva civil donde lo criticable es generar un estado de desigualdad e injusticia que debe ser compensado, el resultado dañoso incluye ya el juicio de reproche social en un *status* de igualdad entre particulares.

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”.

Lo anterior supone que siempre que la actividad del Estado cause daño a los particulares, se estará en presencia de una actividad administrativa irregular; porque lo irregular en materia de responsabilidad objetiva, es la producción del 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.

En consecuencia, se propone en el artículo 1º que para los efectos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se entienda por “actividad administrativa irregular” aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tenga la obligación jurídica de soportar. Este requisito de procedencia es el que en sede doctrinal se denomina “antijuridicidad objetiva”, mismo que, a diferencia de la llamada “antijuridicidad subjetiva” que se relaciona con la conducta —contraria a Derecho— causante del daño, se predica del perjuicio económico que el particular debe tolerar, en tanto existan causas de justificación que legitimen tales afectaciones en el patrimonio de los particulares.

Así, de no existir tales causas de justificación del daño, el perjuicio económico resentido en el patrimonio de los particulares se transformará en lesión indemnizable por parte del Estado. Como ejemplos de causas de justificación que obligan a los particulares a soportar los daños ocasionados se encuentra el cumplimiento de una obligación impuesta por alguna ley o las provenientes de ejecuciones administrativas o judiciales, en cuyo caso, el daño o perjuicio causado sería jurídicamente válido y, por lo tanto, no susceptible de indemnización por parte del Estado.

Por otra parte, los daños serían indemnizables, salvo que se acredite que el daño no se causó como consecuencia de la actividad del propio Estado en el ámbito administrativo. Esta interpretación es congruente con el postulado de responsabilidad objetiva y directa a que hace referencia expresa el texto constitucional.

Como puede advertir el lector de esta transcripción, hay una clara confrontación en el entendimiento del problema, en relación con lo expuesto por el constituyente y las razones que he dado al comentar sobre la interpretación que merece el artículo 113, párrafo segundo, constitucional.

Como referente importante para especular sobre una evaluación estructural y funcional de la ley en comento, viene al caso citar ideas de Manuel Atienza, al analizar la argumentación parlamentaria, para lo cual, propone un *test* al que puede someterse cualquier ley basado en las siguientes preguntas:

Pues bien, la argumentación legislativa puede considerarse como una actividad dirigida a dar respuesta a las dudas que surgen en relación con esos diferentes niveles de racionalidad, y de ahí que, en definitiva, pueda elaborarse una tipología de argumentos legislativos a partir de las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Tiene la ley en cuestión una forma lingüísticamente adecuada, esto es, está asegurada su comunicabilidad?;
- 2) ¿Es sistemática, o sea, no crea lagunas ni contradicciones?;
- 3) ¿Es eficaz, en el sentido de que cabe prever su cumplimiento por los destinatarios?;
- 4) ¿Es efectiva, esto es, se lograrán los objetivos planteados?;
- 5) ¿Es axiológicamente adecuada (de acuerdo con los principios constitucionales y otros criterios morales que vengan al caso)?;
- 6) ¿Es eficiente, esto es, logra los anteriores objetivos con un coste satisfactorio?

Me parece que por lo menos una gran cantidad de los argumentos que tienen lugar en el contexto de una discusión legislativa pueden reconducirse a esas seis cuestiones; esto es, son argumentos sobre la adecuación lingüística, sobre la sistematicidad, sobre la eficacia, sobre la efectividad social, sobre la justicia o sobre la eficiencia de la ley (o de tal aspecto de la ley). (Atienza, s/f).

2. Estructura

Un esquema fundamental de la LFRPE, en lo sustantivo, incluye considerar:

- Sujetos;
- Objeto;
- Relación causal; y,
- Excluyentes de la responsabilidad, tales como:
- Fuerza mayor y caso fortuito; y,
- Hecho de un tercero.

3. Función y gestión pública

El objetivo de la actividad administrativa es atender las necesidades de la comunidad de la mejor manera, a partir de los lineamientos dados por el legislador, titular originario de la política estatal. El contenido del concepto y sus patologías aparecen en el siguiente cuadro:

Acto administrativo	Acto de autoridad	Imperio	Ilegal
	Servicio público	Gestión	Deficiente Anormal Irregular
	Meros actos administrativos y de particulares		

Un objetivo esencial, pero que en todo el mundo cuesta trabajo obtener, es el justo medio y ponderación entre lo que empíricamente ha sido un divorcio entre:

- Legalidad; y,
- Eficiencia, que, en varios casos y sobre todo en la función prestacional, involucra e incluye conseguir los objetivos y bondades de un buen *management* y *marketing* de la función pública.

En este sentido son elocuentes las ideas de Alejandro Nieto:

Nuestro Derecho administrativo es una lucha constante entre la Administración, que a través de la discrecionalidad se busca un espacio de actuación eficaz, y los ciudadanos, que consideran tal autonomía como una agresión a la legalidad. Los autores suelen inclinarse por la legalidad a ultranza. Los tribunales, muchos más ponderados, tienden a aceptar ese ámbito y se limitan a controlar los abusos que dentro de él puedan realizarse. En resúmenes cuentas, el mecanismo que se ha montado peca de superseguridad.

La Administración Pública ha estado siempre dominada por los juristas. Al construir una carretera no se piensa tanto en el fin perseguido de facilitar las comunicaciones sino en el procedimiento de su construcción: hay que contar con una ley previa, con un plan, con un proyecto, con unos mecanismos de contratación y de presupuestación. Todo esto es necesario, ciertamente; pero resulta inadmisibles que lo que debiera ser secundario se convierta en fundamental y que todo sean trabas, hasta el punto que el costo se multiplica y el tiempo se alarga. Entre nosotros se trabaja con papeles que dirigen los abogados y el interés finalista pasa a un último plano. La presencia de los tribunales es una amenaza que termina paralizando los expedientes. Ante el peligro de incurrir en un error legal la Administración se retrasa, cuando no se inmoviliza. La acción del Estado se ha descarriado en el Derecho. Respetándose el Derecho, todo parece lícito: el costo, el retraso, la ineficacia, la paralización. Este es un Estado de abogados que viven del papel y no de la acción. La administración pública es un gigantesco pleito (Nieto, Alejandro, citado en Hierro, 1998: 74 y 75).

Y es en este sentido que el artículo 113 debe verse en una relación de funcionalidad sistemática y contextual con la LFRASP y la LFRPE como una directriz, política o *lege ferenda* para la consecución de ambos objetivos (legalidad y eficiencia).³⁵

³⁵ Debe entenderse que es un complemento que actúa en sinergia con la LFRASP no son compartimentos estancos, la responsabilidad subjetiva interactuando conjuntamente con la objetiva.

De suyo, el concepto de actividad administrativa es ambiguo y polifacético tomando en cuenta que, actualmente, tiene variados significados y cumple múltiples funciones y objetivos tales como:

Acción de la Administración activa	{	Policía Prestacional, Servicios públicos Regulatoria Fomento actividad privada Cuasi judicial (sancionadora y arbitral) ³⁶
---------------------------------------	---	---

Y es en este amplio contexto de funciones, valores, principios, directrices, reglas, potestades, actividades y gestiones, en lo general, que debe ser calificado, caso por caso, el concepto indeterminado de actividad administrativa que incluso es imputable a los poderes legislativo y judicial, tal como lo prevé la LFRPE en su artículo 2.

4. *Actividad administrativa regular. Concepto jurídico indeterminado*

Esta descripción, ambigua y multi-facética obliga, previamente, a discernir que debe entenderse:

Bergel da una idea muy clara de la razón de ser y necesidad de los conceptos indeterminados con las siguientes palabras, de suyo, expresivas:

Ciertos conceptos jurídicos son intencionalmente abandonados en la vaguedad porque la “indeterminación intrínseca” de su contenido es un “factor de adaptación” del Derecho. Ellos “tienen por vocación natural ser indeterminados, resultando así todo el tiempo determinables y redeterminables” conforme a las circunstancias y las épocas. Son nociones evolutivas que constituyen, como uno podría decir, “los órganos flexibles

³⁶ No es pacífica la admisión de una función cuasi-jurisdiccional de la Administración Pública. “Cuando la Administración interviene en una controversia lo que persigue es evitar que se produzca una situación que vulnere un interés público tutelado por el ordenamiento jurídico, busca impedir que la actuación de un particular frente a otro origine una situación anti-jurídica que resquebraje el bienestar público, la paz colectiva”. (Grisanti, 1993).

o blandos del sistema jurídico”, “su carne”, por oposición a las nociones determinadas que son “la osamenta”.

El Derecho tiene, en efecto, necesidad de un cierto número de nociones flexibles o elásticas, de contenido variable, como la falta, la negligencia, la imprudencia, el interés general, la equidad, la urgencia, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público... Hablamos de su propósito y oportunidad de “conceptos flexibles o elásticos”, “párrafos de caucho”, de “nociones con contenido variable”, borrosos, opacos o de penumbra, indeterminados (Tron y Ortiz, 2005: 28 y 29).

El autor referido cita palabras de Carbonnier, en el sentido que:

El Derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta, Sinuoso, caprichoso, incierto, tal que parece ser [...]

Para completar estas citas vale tomar en cuenta a Rolla, que dice:

Cláusulas que, proponiéndose limitar las tensiones que se producen de forma natural entre la realidad jurídica y la social a través de la subsunción de elementos propios de otras disciplinas dentro del fenómeno jurídico, no pueden ser interpretadas con definiciones jurídicas sino recurriendo a conceptos y fórmulas metajurídicas.

Para completar y aclarar la idea, conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser:

- Conceptos de experiencia, consisten en apreciar hechos, la competencia del juez es ilimitada; y los,
- Conceptos de valor, donde además de apreciar los hechos, implican juicios de valor que pueden ser técnicos “impacto ambiental” o políticos “interés público”, “utilidad pública”.

Como se advierte, ello exige un proceso argumentativo en el que entren en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social, pues solo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente (*ibídem*: 29).

La adecuada interpretación de los CJI requiere una ponderación de los valores, directrices, programas de gobierno y principios involucrados que, en cada caso, debe demostrarse con argumentos de razonabilidad.

En cuanto a la aplicación de los CJI, Tom Campell dice que, irremediablemente, conduce a que los tribunales pronuncien la última pa-

labra —bien sea soberana o autoritaria, según los valores involucrados en la interpretación-creación del Derecho—. En este sentido las siguientes palabras:

La confianza jurídica en métodos kantianos de universalización, o en técnicas rawlsianas de toma de decisión imparcial, o en la exhortación dworkiniana a interpretar una tradición jurídica como “la mejor posible”, contribuye escasamente a tranquilizar al positivismo ético respecto de que no hay necesidad de mucha más precisión en la declaración de derechos, antes de que sean dejados en manos de la incierta jurisprudencia de los tribunales, cuyas determinaciones son jurídicamente soberanas en el caso de declaraciones de derechos constitucionalmente atrincheradas. Estos ejemplos de las implicaciones prácticas del positivismo ético pueden ser ampliados en relación con materias tales como la resolución alternativa de disputas, las leyes anti-discriminación y el control jurídico de la acción de la administración.

Parece excesiva la discrecionalidad judicial, resultante de la indeterminación de conceptos y la consecuente amplitud que lleguen a tener, según el criterio de los jueces, pudiendo rayar en un relevantísimo papel y protagonismo judicial poco certero,³⁷ frente a los requisitos tan indefinidos y límites casi inexistentes —dada la falta de información y precisión desde directrices hasta reglas sustantivas y operativas, en leyes, reglamentos, normas oficiales, manuales de organización y funcionamiento de las dependencias, entidades y servicios que deben prestar, etc.—; por lo que el margen interpretativo y creativo es enorme, a grado tal que la responsabilidad de la Administración queda en sus manos (Mir, 2002: 288).

Para Oriol Mir Puigpelat (*ibídem*: 355), el sistema genérico e indeterminado que opera en España es inadmisibile porque deja en las manos

³⁷ Favor de entender que lo criticable no es el posible protagonismo o activismo judicial resultante. Por el contrario, es la respuesta “responsable” de los jueces ante la omisión de planeación y previsión de políticos y administradores que, en sus más altos niveles, preferentemente, deben poner diligencia y atención para esmerarse en producir reglas conducentes a dar certeza a la actividad administrativa, conscientes que si no lo hacen bien, en cuanto a respeto de los derechos fundamentales y de la sociedad, pierdan cuidado que los tribunales ejercerán el control y las correcciones pertinentes en razón de los reclamos que los particulares propongan.

del juez el entero instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración con grave peligro para los principios democrático, de seguridad jurídica y de igualdad. En comparación resulta que en nuestro país, comparativamente, tenemos aún un menor señalamiento de los papeles, actividades, funciones o directrices concretas de lo que es calidad y cantidad de la actividad del servidor público y Administración y, por ende, la indeterminación e inexistencia del derecho del administrado; la ambigüedad y omisión puede dar pautas ya sea para evadir la responsabilidad estatal o llevarla a grados exagerados a partir de apreciaciones subjetivas, causales y hasta oportunistas.

Funda su aserto en que el juez carece del tiempo, la información y la formación necesarios para elaborar un sistema completo y coherente. Por tanto, la ley y reglamentos deben efectuar una regulación completa, detallada y precisa para impedir que sea el juez quién, con total libertad, la configure. Por tanto, la normativa debe concretar aspectos esenciales de los requisitos de la responsabilidad, no limitándose a enunciarlos; y concluye que el Derecho de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas debe dejar de ser un derecho pretoriano.

Lo anterior implicará para el TFJFA, ejercer una interpretación conforme para tutelar el equilibrio, supremacía y armonía constitucional, depurando, ponderando y prescribiendo lo salvable y funcional de la institución.

La actividad administrativa irregular —acción u omisión— como CJI que es, en su aplicación, merece los siguientes comentarios:

- ¿Conforme a qué, en relación con qué, cómo se evalúa para calificar de irregular? Manuales internos de organización, NOM's (normas oficiales mexicanas), leyes que regulen servicios públicos, su prestación; cuando es el caso que no se ha elaborado el marco contextual de referencia. Parece ser que por lo pronto estas calificativas deberán ser construcciones jurisprudenciales, pretorianas.
- ¿En donde y con qué parámetros vamos a medir la ineficiencia o irregularidad en cada aspecto de la gestión pública?
- El TFJFA tendrá que aplicar CJI y ponderar los principios y valores implícitos en ellos, tendrá que integrar lo que legisladores y la Administración han omitido: ¡Qué reto!

- Esta exigencia, en su aspecto material, opera también respecto a otros poderes (legislativo y judicial), quienes pueden incurrir también en supuestos de responsabilidad patrimonial.
- Las decisiones que el TFJFA pronuncie, deberán ser conscientes y ponderar respecto de omisiones o absurdos legislativos que afecten la gestión administrativa, sobre todo cuando surjan conflictos entre exigencias de legalidad formal y eficiencia de la gestión.
- Un tema que la LFRPE no contempla es la responsabilidad patrimonial por los errores judiciales; sin embargo, ello no obsta para que puedan ser materia de reclamaciones conforme lo dispone el Pacto de San José. Y cabe preguntar: En la realidad jurídico-sociológica mexicana: ¿Qué pasa con ellos?
- Si falta contexto o entorno, respecto a la organización institucional para la eficiencia y la legalidad de la actividad administrativa, cabe preguntar: ¿De quién es la culpa?
- Incluso, ¿la omisión legislativa es susceptible de ser calificada de irresponsable?

Son todas, preguntas y dudas que surgen, a las que el TFJFA deberá dar respuesta, como dijo un senador: Es una época muy interesante y apasionante la que vivirá el Tribunal. ¿Qué opinan sus magistrados?

5. Responsabilidad del Estado. Generalidades

La responsabilidad es un concepto jurídico multívoco y polifacético que, además, no está terminado sino —como el universo— está en crecimiento y el orden jurídico lo retroalimenta como un fenómeno autopoietico. Sobre el tema vale traer a colación la siguiente referencia:

La “evolución” de la responsabilidad como fenómeno cultural puede verse, en términos generales, como la coincidencia de dos procesos interdependientes: uno, la desintegración de una noción unitaria de responsabilidad y, otro, la formación de distintos conceptos parciales. Ambos procesos, como parece obvio, han acompañado la progresiva composición de sistemas normativos particulares que, pese a ser parcialmente coin-

cidentes en su contenido, de algún modo se han individualizado, regulando las distintas áreas de la conducta humana [...] una noción unitaria de responsabilidad que respondía a un principio universal de equilibrio, en el que comprendía tanto a los hechos naturales como a las conductas humanas [...] Las relaciones causa-efecto que daban lugar a la responsabilidad no suponían una relación física entre los eventos sino que tenían una dimensión espiritual que sustentaba al juicio. (Larrañaga, 2004: 18).

Sólo por poner un referente puede hablarse de responsabilidad:

- Civil o penal;
- Objetiva y subjetiva;
- Directa e indirecta;
- Contractual y extracontractual;
- Civil y patrimonial del Estado o administrativa —dentro de ésta, la variante de global o la que atiende al funcionamiento anormal o la indebida función.

La regla general es que siempre ha sido una respuesta a lo ilícito o indebido, por lo que el orden jurídico sanciona e impone para las conductas socialmente indeseables: el castigo y la obligación de restitución o compensación.

6. *Sistemas*

A. Responsabilidad del Estado (definición, contenido y finalidad)

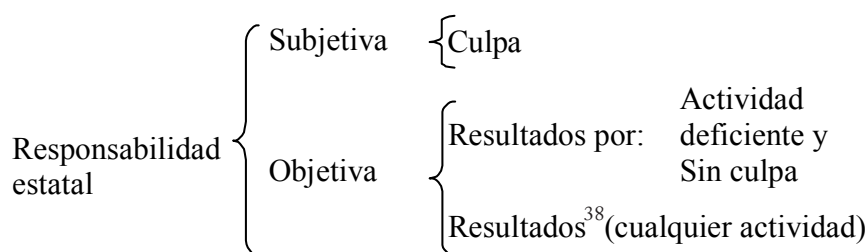
Dice Comadira que:

La causa final del Estado es el bien común [...] la idea que concibe a este conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. Si esto es así, en un Estado de derecho democrático y republicano la sumisión de éste a la juridicidad es una condición indispensable para la gestión justa de aquel bien. (2003: 357).

Y agrega que:

La antijuridicidad es un presupuesto básico de la responsabilidad, aun cuando ésta se base en factores objetivos de atribución. La antijuridicidad es, por lo demás, el resultado de una relación de contradicción entre el acto o hecho y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático [...] la disconformidad como génesis de la antijuridicidad no es sólo medible en relación con la ley formal, sino con todo el sistema normativo, como un plexo normativo. (*Ibidem*, 359 y 360).

La responsabilidad patrimonial del Estado puede ser:



No obstante que en España rige el criterio de actividad administrativa regular como objeto de la responsabilidad patrimonial, uno de los más acérrimos defensores de tal postura opina, pasados los años de experiencia, que:

el manejo del sistema se ha hecho sobre el supuesto característico del funcionamiento anormal del servicio, la fórmula legal, seguramente demasiado abtrusa, puede dar lugar, como la experiencia ha demostrado, a resultados excesivos, desde los cuales resulta razonable, incluso necesaria, [...] un cambio de la misma. (García en Mir, 2002: 23 y 24).

B. Sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado

La tradición y regla había sido:

³⁸ Peculiar sólo en España, muy criticada.

King can not do wrong o, en francés, *le Royine peut mal faire*.³⁹

De ahí la absoluta irresponsabilidad que históricamente regía y resabios de ello teníamos en México antes de la reforma al artículo 113, párrafo segundo, constitucional. No obstante, ahora se propone un giro y revolución del criterio que implica una hiperresponsabilidad. Parece que no tiene mucho sentido, máxime cuando la experiencia, prudencia y la decisión del constituyente plantean una solución menos radical.

La responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse de manera sistemática dentro del orden jurídico. Oriol Mir comenta de sus finalidades:

Las funciones de la responsabilidad administrativa son principalmente cuatro: /compensación de daños, /prevención de daños y accidentes, / control del buen funcionamiento de la acción administrativa y / demarcación de las conductas administrativas libres de responsabilidad civil. Resulta equivocado, pues, creer que la única función de la institución es la compensación de las víctimas. La responsabilidad de la Administración debe ser configurada de tal modo que cumpla adecuadamente todas y cada una de las funciones indicadas.(Mir, 2002: 353).⁴⁰

Con el sistema de responsabilidad global o genérica, por resultados, no se atienden ni alcanzan los objetivos ni la *ratio* de la institución, consistente en mejorar y procurar una excelencia en la función pública, estableciéndose como controles y mecanismos de sanción, conducentes a ello, la responsabilidad subjetiva y objetiva, no vistas como un fin, *per se*, sino como un medio en el contexto.

La gran disyuntiva que se presenta en España es que los tribunales buscan conciliar y poner coto a los excesos y absurdos que se dan en afrontar:

³⁹ El rey no se equivoca.

⁴⁰ Las separaciones con diagonales son nuestras.

Sistema de responsabilidad objetiva	Global ⁴¹
	Funcionamiento anormal o culpa objetiva ⁴²

Responsabilidad objetiva, no existe cuando haya deber jurídico de soportar. Sólo opera porque haya infracción a estándares o condición.⁴³ LFRPE

Responsabilidad global, amplia y absoluta, con supuestos ilimitados (caso España)⁴⁴

Oriol propone que la responsabilidad objetiva por resultados generales, se limite a casos típicamente previstos (*numerus clausus*) —tal como sucede en materia civil donde el riesgo creado o peligro, la ley casuísticamente lo prevé— debiendo pasar a “pivotar” como regla general a la anormalidad del servicio y no tener el deber de indemnizar la Administración cuando cumpla con el modelo de conducta que la colectividad haya fijado. De no ser así, resulta que:

⁴¹ En España donde rige este criterio, la responsabilidad extracontractual incluye: a) Acciones u omisiones de los agentes de la Administración, b) Riesgos creados (excluyendo el caso fortuito), c) Enriquecimiento sin causa, y d) Autoimputación del legislador (como es el caso de actuación de bandas armadas o terroristas) aun cuando no exista causalidad entre la lesión y los servicios públicos. (Parejo, 1998: 692-693).

⁴² Tendencia que ha impuesto la jurisprudencia por prudencia y evitar consecuencias absurdas ante la “locura inicial” del legislador de cambiar, pero sin medir las consecuencias, el objetivo era cambiar por cambiar y ya.

⁴³ Y sea posible imputarlo a la acción irregular de la Administración. Causas de exención o excepción a responsabilidad del Estado.

Artículo 3 Caso fortuito/ Fuerza mayor/ No consecuencia actividad administrativa/ Imprevisible o inevitable/ solicitante sea causante.

Artículo 22 Participación de terceros/ No consecuencia actividad administrativa/ Imprevisible o inevitable/ Fuerza mayor.

⁴⁴ Supuesto que, al parecer, es compartido por el Senado mexicano, según la exposición de motivos de la LFRPE.

Creo que lo expuesto es totalmente exacto y debido, ya que no hay título —ni lógico ni jurídico— que faculte sancionar con indemnización, se requiere daño por culpa, sea en: a) deberes personales o b) calidad del servicio o actividad administrativa.⁴⁵

La propuesta para España, parece ser, es que el objeto de la responsabilidad sea la conducta (falta subjetiva) o el servicio deficiente (falla objetiva). El daño debe ser entendido como una manifestación o expresión de lo patológico, porque no se atendió lo debido.

Por ahora, ante la falta de referentes, estándares o roles tanto de los servidores públicos como de la Administración, lo que deberá hacer el TFJFA es, cuando sea evidente la irregularidad y atendiendo a la gravedad, a la costumbre, al sentido común y a lo que debe ser; proceder a sancionar e indemnizar el daño causado.

7. Falta personal

La regulan los artículos 8 y 21 de la LFRASP. Son conceptos jurídicos indeterminados donde subsiste la necesidad de la conciliación muy delicada pero ineludible, a fin de lograr la ponderación y obtención, en proporción, de una razonable eficacia tanto de legalidad como de eficiencia en la función pública.

⁴⁵ Las instituciones novedosas y progresistas no siempre pueden aplicarse satisfactoriamente en México, un ejemplo es la teoría finalista del Derecho penal —de origen alemán— elevada a rango constitucional y que debió ser derogada. No estaban dados en México los presupuestos y condiciones para su funcionalidad. Evitemos que este gran derecho aborte o se vuelva inútil o injusto por un uso desproporcional que, por ahora, sólo la prudente interpretación y aplicación jurisprudencial puede lograr enmendar a la imprevisión normativa.

Se apoya en la culpa reflejada en la conducta del servidor público y es significativa en la medida que trasciende en un defecto en el servicio o actividad que la Administración tiene la obligación de atender.

Rigen los supuestos del Derecho penal en tanto se requiere una conducta que viole objetivamente la norma de cuidado y la intención o negligencia subjetiva en razón de la capacidad del sujeto concreto, determinante de su imputabilidad (Mir, 2002: 256 y 257).

Las causas no están actualmente controladas ni reguladas en cuanto a su prevención o solución, atendiendo a las siguientes razones y circunstancias:

- Ineficiencia de las instituciones (legitimidad y eficiencia). Ésta es una responsabilidad que sólo pueden afrontar los legisladores y servidores públicos de alto nivel, creando las macro-soluciones respectivas. Luego entonces parecería irrazonable que un servidor público cualquiera estuviera en posibilidad de revertir incapacidades, ineficiencias o casos de “artritis” institucionales.⁴⁶
- Ineficiencia de SEFUPU. Prueba de ello es la reducida cantidad de indemnizaciones que recupera y, en cambio, la gran cantidad de juicios contencioso administrativos que todos los días pierde ante los tribunales.
- No hay programas ni proyectos de capacitación y formación de servidores públicos que efectivamente eleven la calidad y eficiencia de la actividad administrativa.
- Faltan controles preventivos, correctivos y represivos funcionales que efectivamente y en la realidad mejoren la actividad administrativa. Sin estas herramientas de primer nivel, la ley que estrenamos tardará años en rendir frutos y eficiencia.
- Carecemos de información y contexto para una planeación. Éste es un serio problema nacional que es preciso y urgente enfrentar

⁴⁶ Sólo para ejemplificar, piénsese en el caso de un agente del Ministerio Público que desea hacer su trabajo de manera eficiente pero existe sobre él una carga de trabajo excesiva, capacitación deficiente para enfrentar retos de una delincuencia que sí está organizada y actualizada, apoyos institucionales de otras áreas que, por falta o aprovechamiento deficiente de recursos, no le asisten, ausencia de mística de servicio de sus colaboradores y compañeros; sólo por poner unos ejemplos, si ese servidor público brinda un servicio ineficiente: ¿Se considera justo responsabilizarlo?

si queremos mejorar en calidad y servicio, sin información no hay evaluación.

- No hay estándares de funcionamiento, completos y precisos; por tanto, la evaluación es deficiente o imposible.
- Omisiones y retrasos legislativos que son enormes.

8. *Falla del servicio*

Algunas de sus notas características son:

- La responsabilidad deriva de una conducta antijurídica o indebida;⁴⁷
- Es anónima la falta o muy difícil de probar;
- Surge de un conjunto complejo de acciones u omisiones;
- Culpa objetiva no subjetiva por defectuoso funcionamiento de los servicios públicos. No requiere falta personal o culpa, sólo la irregularidad de la prestación. Su antecedente es la responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando* de la Administración, que dio lugar a la responsabilidad subjetiva solidaria para devenir luego como fundamento la deficiencia en el funcionamiento de los servicios públicos, anormalidad que de producir un daño, es claro que el afectado no está obligado a soportar; y
- Responsabilidad objetiva: derecho que establece como ficción o presunción que ciertas actividades riesgosas equivalen y merecen igual trato que las ilegales culpables o irregulares.

Un ejemplo de las incongruencias, que el sistema global o amplio ha provocado en España, es que la responsabilidad de los hospitales públicos alcanza niveles e hipótesis de riesgo e indemnizabilidad, mucho más gravoso que la responsabilidad más exigente aplicable a clínicas privadas, lo que resulta inconcebible si hablamos de una gestión regular (Marín: 5).

La situación que se avizora para México es más crítica, dada la falta o menor nivel de normatividad o estándares de eficiencia, calidad y

⁴⁷ No satisface los estándares o controles de calidad pertinentes.

desempeño de la función pública y, concretamente, de la gestión administrativa. Regresando al caso español se tiene que:

Tres son sus principales defectos: peca de un excesivo alcance, de una excesiva generalidad e indeterminación y de una excesiva uniformidad (Mir, 2002: 352).

En un referente conceptual, se tiene que la responsabilidad objetiva del Estado es que lo:

$$\text{Irregular (reside en)} \left\{ \begin{array}{l} \text{Actividad (sistema mexicano)}^{48} \\ \text{Lesión (sistema español) amplio}^{49} \end{array} \right.$$

Por tanto, un entendimiento de la LFRPE en armonía con la Constitución, lleva a considerar que:

Objetiva (responsabilidad)



Falla de servicio

Condición o vínculo

Contenido de lo riesgoso



Irregular (actividad)



Indemnización

9. *No tengan la obligación jurídica de soportar*

Condición y estipulación legal

Dice el artículo 1, párrafo segundo, de la LFRPE:

⁴⁸ Con el candado condicionado de la actividad irregular.

⁴⁹ Incluye a cualquier actividad administrativa, sea regular o irregular.

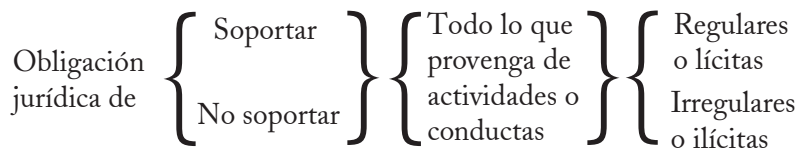
Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

La pregunta que surge es: ¿Debe regir la regla que se deduce de la interpretación de la Constitución que antes se precisó, en el sentido que la irregularidad es la clave y razón de la indemnización? o, lo que algunos pretenden, en una imitación extralógica del sistema español, que: ¿El daño, *per se*, globalmente, hace irregular cualquier actividad?

La diferencia de una u otra postura es diametral en cuanto a las consecuencias, puesto que la segunda opción es un fraude al designio del constituyente, categórico, en el sentido que es menester la irregularidad de la actividad para que exista responsabilidad objetiva.

Pretender una responsabilidad objetiva global, parece claro que no es lo recomendable, por el momento en el país y, guste o no, resulta que es la decisión válida y vinculante.

La regularidad de la actividad administrativa entendida como una vertiente de licitud⁵⁰ es determinante para derivar de ahí la razonabilidad o irrazonabilidad de aplicar una sanción, como puede ser, entre tantas, la obligación de indemnizar.



Como tesis se sostiene que sí hay la obligación jurídica de soportar todas las consecuencias que deriven de la actividad administrativa regular —en tanto es lícita— y, sólo será la conducta irregular, la única

⁵⁰ *Lato sensu* en la medida que la Constitución incluye en un conjunto la legalidad y eficiencia, debiendo comprender por la primera ajustarse a todas las normativas pertinentes y referentes al acto de imperio o de gestión.

razón susceptible de engendrar el título de indemnizabilidad de los daños que pueda causar.

También puede decirse que la obligación de no soportar, aunque basada en factores objetivos, debe ser una actividad antijurídica en la medida que resulte abusiva, inconveniente, desproporcionada o viole normas de tolerancia social. Estos aspectos podrán estar previstos en el ordenamiento en el nivel de reglas aunque por el momento el TFJFA deberá construir sus argumentos de irregularidad o antijuridicidad a partir de confrontar actividades con principios y valores, dada la obligación ineludible de resolver los conflictos que se deducen de los artículos 17, párrafo segundo, y 14, *in fine*, de la Constitución.

Al sostener la pretendida interpretación de que el daño, *per se*, hace irregular la actividad, de manera categórica, resulta desarticulado, incoherente, ilógico, absurdo e inconsecuente tener, al propio tiempo, como limitante del derecho a la indemnización, el caso fortuito, fuerza mayor, el daño imprevisible o inevitable y la culpa de la víctima; supuestos previstos en los artículos 3 y 22 de la LFRPE.

Una justificación y razón que se aduce en favor de esta cláusula, en España, es el reparto razonable y proporcional de cargas o riesgos a la comunidad que, en casos particulares, debe observarse y calcularse de manera casuista; tiene un punto de conexión con el interés legítimo (García en Mir, 2002: 23; Xopa, 2004: 178 y 179).

Un ejemplo que ilustra, es la construcción de una obra pública que afecte a los vecinos, pero beneficie a un sector mucho más amplio de la comunidad. En ese caso, parece razonable y conveniente y es proporcional y simétrico que todos los beneficiados concurren y participen en la financiación del costo de los daños o perjuicios y no, que sólo los absorban los vecinos.⁵¹

Lo obvio es el fracaso de la institución incondicional y global en España, en el sentido que cualquier actividad —sea regular o irregular—

⁵¹ Otro caso que el sentido común y un claro criterio de solidaridad social recomienda y aconseja es el de una propiedad que resulte afecta a modalidades de uso o explotación por favorecer a la colectividad, parece desproporcional y asimétrico que sólo el propietario resienta el costo de la afectación y no la comunidad que se ve beneficiada con la declaratoria limitativa.

es suficiente para generar el derecho a la indemnización, lo que ha provocado abusos y absurdos.

La lección parece ser: no caigamos en el mismo agujero, entender las bondades y las debilidades, para compensar, en beneficio de la sociedad. No que el rico sea más rico y el pobre más pobre, creo que el pueblo de México ya está cansado de esas soluciones.

Sobre los excesos y desproporciones que un sistema de responsabilidad objetiva ilimitado, en cuanto considere a la actividad administrativa regular como causa de indemnización en España Fernando Pantaleón ha dicho:

Porque insensato me parece que hayamos de pagar con nuestros impuestos un carísimo “Ferrari” a quien lo pierde a consecuencia de un fortuito inevitable en el servicio público de carreteras; y mucho más, cuando el propietario de un pequeño “Seat” en las mismas circunstancias le pagaríamos sólo un pequeño “Seat”. Lo que me parece sensato es que uno y otro aseguren su automóvil contra daños (ya se verá a quien cobra más la aseguradora); y por supuesto, que la compañía de seguros no pueda pretender luego, en caso de siniestro, que “la indemnizamos” con nuestros impuestos. (Pantaleón, 1992: 237-238, citado por Marín, 2004: 10).

El concepto en estudio es otro CJJ que no aparece definido en su alcance y sentido. Por tanto, será la interpretación creativa del TFJFA que deba elaborarlo, ponderando razones, consecuencias, circunstancias o realidades que adecuada y razonablemente puedan ser satisfechas a través de esta hipótesis normativa. Aquí vale la pena considerar: hasta

También puede ilustrar como ejemplo la afectación de un inmueble como área de desarrollo controlado en favor de una comunidad pero que, para el propietario, represente un acto de privación, en la medida que la explotación o especulación de su predio se vea limitada o reducida. Este tema, como algunos semejantes, probablemente deban analizarse en una relación de justicia, analogía y simetría entre lo que dispone la Constitución, la Ley de Expropiación y la LFRPE. Parece que, en este caso, el particular no tendría el deber jurídico de soportar un daño evidente, que resultaría proporcional al beneficio colectivo. Es entonces donde puede ser razonable plantear que los beneficiados colaboren en la financiación de la indemnización respectiva, como un acto de justicia y, más aún, de equidad.

dónde se extenderá el sentido y significado de irregular de la actuación de la Administración, sobre todo en casos muy evidentes de falta de simetría entre supuestos de enriquecimiento desproporcional o riesgos creados muy peculiares y evidentes, donde se imponga un más justo reparto y distribución de costos y riesgo.

10. *Límites o excepciones a la responsabilidad*

De seguirse el criterio de interpretación que propone la exposición de motivos de la LFRPE, el propio ordenamiento resulta contradictorio en cuanto propone como criterio que inspira a todo el ordenamiento que cualquier conducta dañosa es irregular y, en seguida, en los artículos 3 y 22 establece claras limitantes y excepciones que no se entienden en el contexto de globalidad e incondicionalidad, como se ilustra en el esquema siguiente:

Artículo 3	Artículo 22
	Participación de terceros
Caso fortuito	
Fuerza mayor	Fuerza mayor
No consecuencia de actividad administrativa	No consecuencia de actividad administrativa
Imprevisible o inevitable	Imprevisible o inevitable
Solicitante sea causante	

Retomando las ideas expuestas, parece obvio y razonable que sería absurdo considerar indiscriminadamente a los resultados como causa única y eficiente de indemnización; el hecho es que no es totalmente exacto que el resultado siempre dé lugar al pago, debe haber una cierta culpa, intención o negligencia; de no ser así, sería ilógico considerar los supuestos de Caso fortuito/Fuerza mayor/Actividad imprevisible o inevitable/Solicitante sea causante como causas de exoneración. Parece que por muy objetiva y basada en resultados que sea la responsabilidad, es imprescindible ubicar y definir condiciones o cualidades criticables y sancionables a la actividad administrativa.

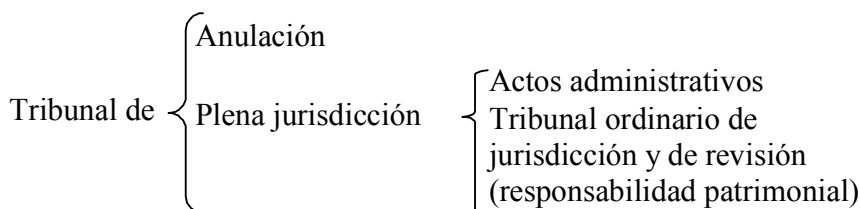
11. *Reclamación y juicio contencioso administrativo asequible a la Administración*

El proyecto original de la LFRPE era una copia del modelo español, en tanto que el procedimiento iniciaba con una reclamación ante la dependencia o entidad, presuntamente responsable, o la SEFUPU (artículo 21), con la posibilidad de un posterior recurso de revisión o juicio contencioso administrativo ante el TFJFA (artículo 28). Este procedimiento fue modificado por la Cámara de Diputados para encomendar las dos instancias —reclamación y juicio— al TFJFA.

12. *Jurisdicción actual del TFJFA*

Durante años, el TFJFA se caracterizó como un tribunal de mera anulación concretamente para conocer asuntos fiscales que afectaran a los contribuyentes —donde previamente existe el acto o resolución que es impugnado, sea como resolución expresa o presunta—. Con el devenir, su competencia ha incrementado para conocer de asuntos administrativos, en general, y convertirse en un tribunal de plena jurisdicción —que debe declarar la existencia y, en su caso, violación de derechos subjetivos, derivados de casi cualquier acto administrativo—. Actualmente, es el órgano jurisdiccional que resuelve todas las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, como puntualmente establece el artículo 73, fracción XXIX-H, constitucional.

Con la LFRPE se abunda en esta competencia, de modo tal que agrega a sus facultades, una dual función para conocer tanto de: i) la reclamación conducente a obtener el pago de indemnización por daños; y, ii) un posterior juicio contencioso administrativo, a modo de segunda instancia, si es que los intereses del reclamante no han sido íntegramente satisfechos. Estas facultades se ilustran en el siguiente cuadro:



El TFJA, como gestor de este derecho fundamental, debe ponerse ahora muy puntualmente los anteojos tanto del constitucionalista como del civilista, conjuntamente, a fin de ver, los casos que se le presenten, bajo la perspectiva de la Constitución, ya que será el encargado de tutelar que esta garantía de seguridad jurídica a través de la indemnización sea efectiva —real pero no abusiva— además de verificar la causalidad entre la actividad y el daño y la correcta determinación del monto de la indemnización, que es algo propio del Derecho civil.

Además de juez de instancia lo será también de decisión tal como ocurre en otras latitudes con la Audiencia Nacional española o el *administrative law judge* norteamericano que revisa lo que las agencias han decidido.

13. Reclamación

Conforme a una interpretación letrista y desarticulada de la LFRPE, no sistemática, el procedimiento sería de la siguiente manera.

Se establece que al juicio contencioso administrativo sólo tendrá acceso el particular lo que es incongruente si se toma en cuenta que la Administración está deduciendo intereses patrimoniales y debe tener igual oportunidad de acceso. De otra forma tendría que acudir al juicio de amparo con la inevitable división de la continenencia de la causa y que una misma controversia fuera del conocimiento de la potestad común y la constitucional, lo cual se antoja desde cualquier enfoque y apreciación como absurdo, así como las consecuencias que se desencadenarían.

En efecto, si entendemos que la Administración como persona moral defenderá sus intereses económicos parece claro que por la vía del juicio de amparo puede impugnar las estipulaciones o condiciones que excedan al límite constitucional del derecho y la obligación. De no ser así, si se le considera como autoridad, aunque sea en el aspecto material, puede y estaría legitimada para intentar una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional.

Procedimiento para pago de indemnizaciones: LFRPE

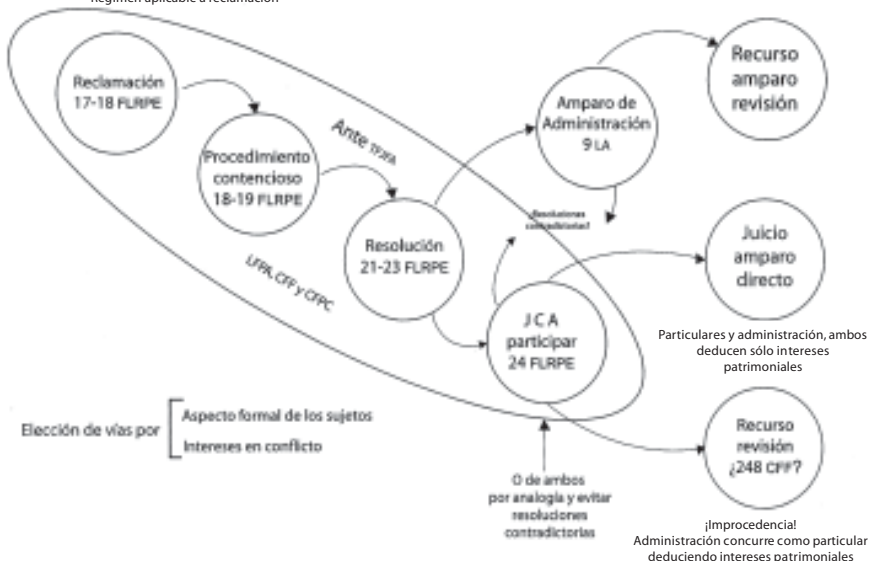
¿Quiénes deben participar?

¿Servidores públicos afectables también?

¿Cómo integrar relación procesal?

Artículos 18 y 31

Régimen aplicable a reclamación



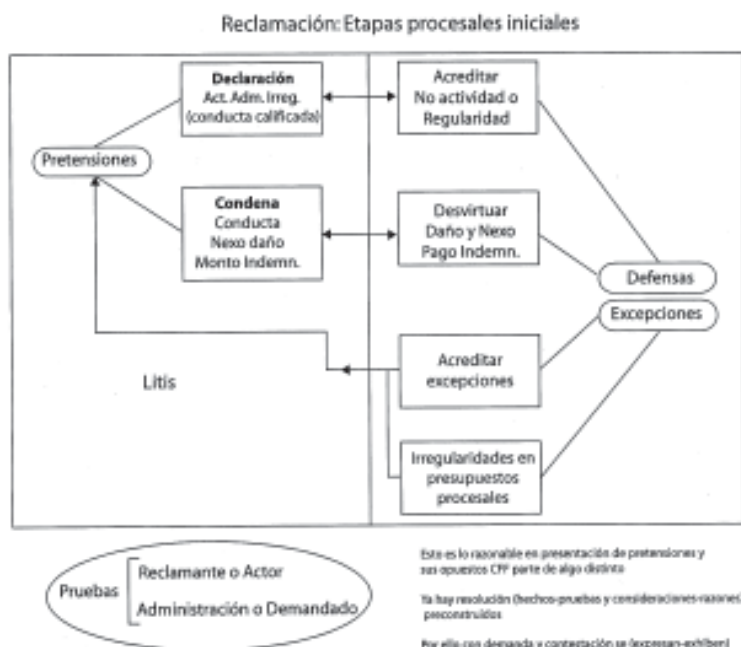
Este procedimiento previo, en realidad es un juicio contradictorio y contencioso en que el afectado debe acreditar plenamente su derecho subjetivo a la indemnización, lo que requiere satisfacer, plenamente, dos pretensiones y pronunciamientos:

- Declarativo del título.- Considerando que el objeto de la responsabilidad es la actividad administrativa irregular, debe quedar fehacientemente probado ese *status*.
- Condena de la prestación.- Implica acreditar el nexo causal entre la conducta imputable a la Administración y la lesión producida, lo que involucra determinar el monto del daño o perjuicio. En este sentido el artículo 23 de la LFRPE que dice:

ARTÍCULO 23.- Las resoluciones que dicte el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con motivo de las reclamaciones que prevé

la presente Ley, deberán contener como elementos mínimos los siguientes: El relativo a la existencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida y la valoración del daño o perjuicio causado, así como el monto en dinero o en especie de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cuantificación. Igualmente en los casos de concurrencia previstos en el Capítulo IV de esta Ley, en dicha resolución se deberán razonar los criterios de imputación y la graduación correspondiente para su aplicación a cada caso en particular.

Para estar en posibilidad de acoger estas pretensiones mínimas y concurrentes, es menester que la reclamación se tramite como un juicio ordinario civil en que se tenga la oportunidad real de que las partes conozcan las pretensiones deducidas, puedan ofrecer y conseguir el desahogo de pruebas —respecto de la irregularidad de la actividad, la real y efectiva causación del daño o perjuicio y del nexo causal entre la conducta y la afectación—. Lo anterior se describe en el siguiente esquema:



La integración de la relación jurídico procesal depende, necesariamente, del conflicto subyacente que determinará la existencia de tres sujetos con pretensiones o defensas distintas y, en cierto modo, opuestas en razón de los varios intereses que cada sujeto sostenga.

Una descripción de cómo se integra la relación jurídico procesal aparece en el siguiente esquema:



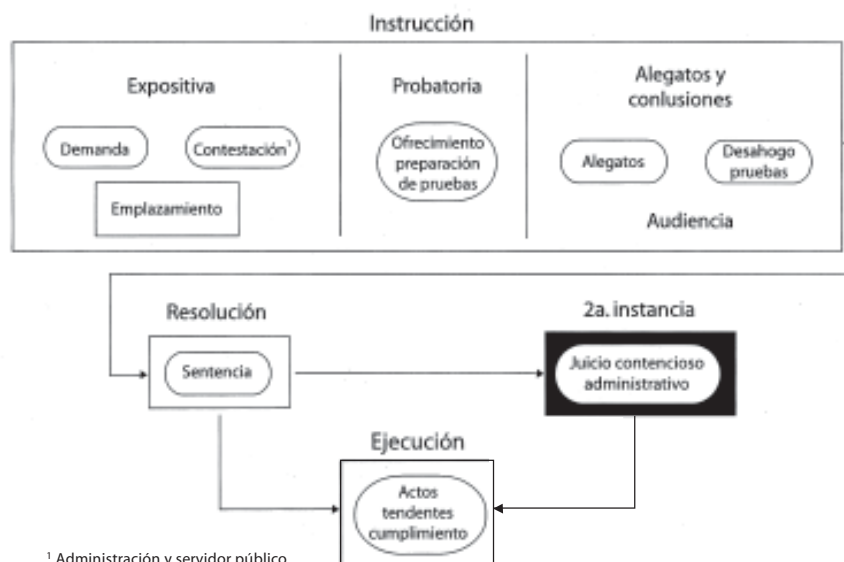
Del esquema se desprende que el reclamante —que debe ser un particular o un ente público actuando como tal— deducirá como interés la indemnización por los daños y perjuicios que se le pudieran haber causado y su pretensión debe abarcar una decisión tanto declarativa de una actividad administrativa irregular como de condena, por acreditar la existencia del daño o perjuicio y el nexo causal imprescindible con la actividad administrativa tildada de irregular.

Por su parte, la Administración podrá tener el interés contrario si es que: a) la actividad administrativa no existió o fue regular, b) si el daño o perjuicio no se causó, c) no es evidente el nexo causal entre la conducta y la afectación, o d) se está frente a un supuesto que limita o exceptúa de responsabilidad a la Administración —supuestos previstos en los artículos 3 y 22 de la LFRPE— para lo cual deberá estar en posibilidad para deducir las defensas respectivas.

Bajo este esquema, resulta que la temática de la reclamación y participación de partes involucradas, impone que la reclamación tenga la estructura procesal impugnativa y defensiva que sólo da el CFPC, tratándose del juicio ordinario, ya que la LFPA es insuficiente para posibilitar el eficaz ejercicio de acciones y defensas que la condena al pago de la indemnización requiere.

Por tanto, es claro que la estructura procesal de la reclamación y su ulterior impugnación mediante juicio contencioso administrativo debe ser conforme al modelo de un proceso contencioso de condena o prestación —que incluya al declarativo— como se describe en el esquema siguiente:

Etapas procesales: Reclamación y Juicio contencioso administrativo



Para el caso de que sean identificables el o los servidores públicos responsables de la actividad administrativa y la falta pueda ser considerada como grave, estarán expuestos a que se repita en su contra el pago de

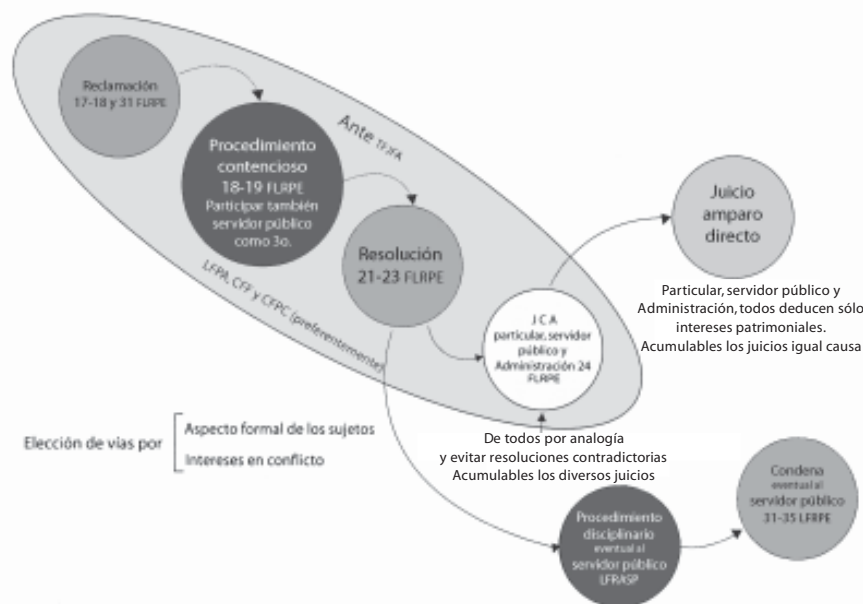
la indemnización que el Estado cubra a los particulares, atento lo cual, deben poder participar en el proceso de reclamación para deducir, oportunamente, las defensas que pudieran justificar su conducta o poner en evidencia la improcedencia de la pretensión deducida. De no permitirse la participación del o de los servidores públicos responsables de la actividad administrativa desde este momento procesal, pueden constituirse situaciones que les perjudiquen y de las cuales no hayan podido defenderse adecuada y oportunamente ni proponer lo que a su derecho pudiera convenir, todo lo cual, resultaría violatorio del debido proceso legal tutelado en el artículo 14 constitucional. Es un caso de *litis consorcio* pasivo necesario donde el servidor público debe participar y si, además, concurren administraciones locales, concesionarios o algún otro particular relacionado con el nexo causal y que, por ende, puedan resultar obligadas a indemnizar, deben también participar en las instancias a partir de la reclamación.

En efecto, una perspectiva general de los procesos y recursos que se pueden dar y enlazar —sin pasar por alto que de resultar grave la falta del o de los servidores públicos involucrados en la falla del servicio o la irregular actividad administrativa, el Estado podrá repetir en contra de ellos el pago de la indemnización cubierta a los particulares, artículo 30 de la LFRPE— debe incluir la participación de los agentes involucrados como terceros para integrar la relación jurídico procesal en:

- a) La reclamación; con el carácter de parte;
- b) El posterior juicio contencioso administrativo, pues de ahí les puede surgir una responsabilidad y la obligación de pago, especialmente si se atiende a lo previsto en el artículo 33 que faculta a los servidores públicos para impugnar las resoluciones que les impongan la obligación de resarcir; y, finalmente en,
- c) El juicio de amparo directo a través del cual se cuestionara la legalidad de la sentencia dictada en el juicio contencioso administrativo.

Por tanto, el esquema debe verse completado de la siguiente manera:

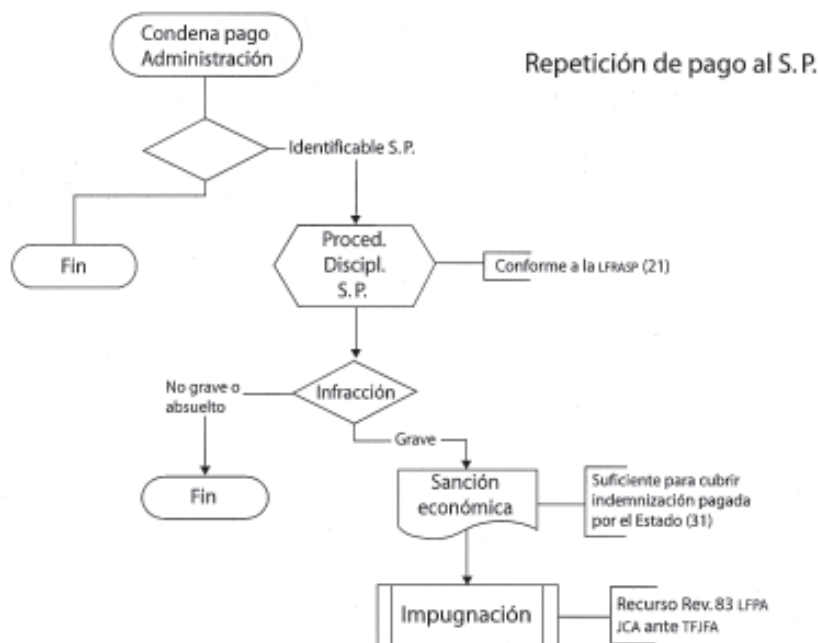
Propuesta: Procedimiento para pago de indemnizaciones: LFRPE



En el caso que la reclamación sea procedente y fundada, y la falta en que haya incurrido el o los servidores públicos tenga el carácter de infracción grave, el Estado podrá repetir a éste el pago de la indemnización, tal como se prevé en el artículo 31 de la LFRPE.

En íntima relación con este último artículo citado, el artículo 32 de la misma ley dispone que el Estado podrá seguir un procedimiento a los servidores públicos por él nombrados, designados o contratados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal que ocasione daños o perjuicios.

En este mismo contexto, el artículo 33 dispone que los servidores públicos podrán impugnar las resoluciones que les impongan resarcir daños y perjuicios, como se ilustra en el esquema siguiente:



En resumen, es claro que respecto a la resolución que se dicte en la reclamación, pueden concurrir variados intereses en juego —del particular afectado, del Estado, de la Administración, de los servidores públicos con eventual responsabilidad y otras personas que causen daños— en la medida que es el presupuesto y fundamento para que el Estado repita el cobro de la indemnización a la que resulte condenada.

Por tanto, una exigente previsión para no dejar inauditos ni defraudado el derecho de defensa del o de los servidores públicos responsables de la actividad administrativa y la falta pueda ser considerada como grave, se puede recomendar que, a partir de la reclamación, se les tome en cuenta como terceros a los que puede deparar perjuicio lo decidido por el TFJFA. De no ser así, podrían aducir al ser condenados que de haber participado en la reclamación habrían tenido la oportunidad de alegar y probar la improcedencia de un reclamo inatendible. Por tanto, deberá considerarse la mejor manera y opciones de brindar oportunidades y equidad entre las partes afectables.

En consecuencia, el trámite y decisión de la reclamación y su ulterior impugnación mediante juicio contencioso administrativo corresponde al TFJFA, por más que salga de los esquemas y paradigmas de lo que para ellos es natural —referente al juicio de anulación—, pero que para salvaguardar los principios constitucionales de acceso a la justicia, defensa y acatamiento de las formalidades esenciales del procedimiento que el debido proceso legal determina, deberá instruirse la reclamación de la manera que mejor respete los principios antes apuntados.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. La LFRPE presenta graves problemas de ambigüedad e imprecisión que requieren ser interpretados por los juzgadores, quienes deberán delimitar su significado de conformidad con el texto constitucional, a fin de que la responsabilidad del Estado sea entendida de forma limitada, esto es, únicamente por la actividad administrativa irregular que cause daños a los particulares, ya que de lo contrario, si se considera que se debe indemnizar a éstos cuando resientan daños por las actividades administrativas regulares, la ley podría considerarse inconstitucional, pues iría más allá del texto constitucional.

SEGUNDA. La no obligación jurídica de soportar surge cuando la actividad del Estado es irregular y, por el contrario, cuando la actividad sea regular, consecuentemente, está obligado a soportar el daño.

TERCERA. Es imprescindible que se definan los supuestos que deben considerarse como actividad administrativa y que, en la medida de lo posible, se creen estándares objetivos para poder definir y evaluar lo que se debe entender por actividad regular, los cuales, deberán adecuarse al tipo de actividad concreta y específica que realice el Estado.

CUARTA. Si bien es cierto que la ley contempla a la responsabilidad como objetiva, también lo es que la propia ley, así como la Constitución Federal, toman en cuenta aspectos antijurídicos y otros subjetivos representativos del concepto de culpa *lato sensu*, prueba de ello son las limitantes como el caso fortuito, la fuerza mayor, el estado de la ciencia, o bien, la imprevisibilidad o inevitabilidad. Por consiguiente, debe concluirse que la objetividad de la responsabilidad pertinente y necesaria para la procedencia de las indemnizaciones, deberá considerar diversos

aspectos de carácter tanto objetivo como subjetivo, es decir, componentes y elementos mixtos.

QUINTA. Consecuentemente, resulta objetivo el daño causado al particular, pero la existencia de una actividad administrativa irregular por parte del Estado no está definida ni hay directrices para dimensionarla, por lo que se deja en amplias facultades al juzgador para hacerlo y, consecuentemente, en inseguridad jurídica a las partes. Existen múltiples causas y elementos *sine qua non* que son de carácter subjetivo.

SEXTA. Si bien una de las finalidades de la ley —tal como se advierte de la exposición de motivos— es mejorar la función pública, en los términos que se creó el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, no favorece de forma concreta a dicho objetivo mediante incentivos o mecanismos específicos, lo que era necesario para eficientar de forma real a la Administración.

SÉPTIMA. Cuando exista responsabilidad concurrente entre: a) varios órganos del Estado, b) tenga intervención un concesionario o c) sea identificable el servidor público que provocó el daño; todos deberán participar desde el procedimiento de reclamación para que sean oídos y vencidos en juicio, aduzcan sus derechos y puedan controvertir las pretensiones del reclamante, ya que si únicamente se les llama a juicio en el procedimiento de repetición, se les dejaría en estado de indefensión, porque no tendrían la posibilidad de defenderse y demostrar que no se acreditan los supuestos de procedencia para la indemnización.

REFERENCIAS

- Atienza, Manuel (1998): *Introducción al Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontamara.
- (2003a): *Las razones del Derecho*, México, I.I.J.-UNAM.
- (2003b): *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Argumentación y Legislación* (Borrador), Universidad de Alicante.
- Campbell, Tom (2002): “El sentido del positivismo jurídico”, Australian National University, (Trad. de Ángeles Ródenas) *Doxa*, núm. 25.
- Castro Estrada, Álvaro (2002): *Nueva Garantía Constitucional*, México, Editorial Porrúa.

- Comadira, Julio R. (2003): *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis.
- De la Peza, José Luis (1997): *De las obligaciones*, México, McGraw-Hill.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (1994): "Argumentos interpretativos y postulado del legislador nacional", *Isonomía*, México, ITAM Fontamara, No. 1, octubre.
- Ferrajoli, Luigi (1999), *Derechos y Garantías*, Madrid, Editorial Trotta.
- García de Enterría, Eduardo (1995): *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Editorial Civitas.
- (2002): Prólogo al libro de Mir Puigpelat Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid.
- García Máynez, Eduardo (2004): *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa.
- González Ruiz, Samuel (2004): *Código semiótico y teorías del Derecho*, México, Fontamara.
- Grisanti Blandria, Rosibel (1993): *Inexistencia de los actos cuasi jurisdiccionales*, Valencia Venezuela, Vadell Hnos. Editores.
- Guastini, Riccardo (2002): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Editorial Porrúa.
- Hierro, Liborio (1998): *Estado de Derecho*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política 69, México, Distribuciones Fontamara.
- Larenz, Karl (1980): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Larrañaga, Pablo (2004): *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara.
- Marín González, Juan Carlos, *Responsabilidad patrimonial del Estado en México*, Breviarios jurídicos, México, Porrúa.
- Mir Puigpelat, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, Civitas.
- Pallares, Eduardo (1973): *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, voz: Orden Público. México, Editorial Porrúa.
- Pantaleón, Fernando, "Los anteojos del civilista: Hacia una nueva revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas." *Documentación Administrativa* 237-238, enero junio 1994.
- Parejo, Alfonso Luciano (1998): Barcelona, Ariel.
- Platas Pacheco, María del Carmen (2004): *Filosofía del Derecho, Lógica Jurídica*, México, Editorial Porrúa.
- Ribeiro Toral, Gerardo (2003): *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, León, Plaza y Valdés editores.

- Schmill Ordoñez, Ulises (1997): *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*, México, Editorial Themis.
- Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel (2005): *La nulidad de los actos administrativos*, México, Porrúa.
- Vernengo, Roberto J. (2000): "Interpretación del Derecho" en *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta.
- Vigo, Rodolfo Luis (1993): *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

ABREVIATURAS

- CFF Código Fiscal de la Federación.
- CFPC Código Federal de Procedimientos Civiles.
- CJI concepto jurídico indeterminado.
- COFEMER Comisión Federal de Mejora Regulatoria.
- JCA Juicio contencioso administrativo.
- LFPA Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
- LFRASP Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores.
- LFRPE Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.
- NOM Norma oficial mexicana.
- SEFUPU Secretaría de la Función Pública.
- SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SP Servidor público.
- TFJFA Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.