



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN



RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA
DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN MÉXICO.
HACIA UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL,
SOCIAL Y DEMOCRÁTICA.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

KARLOS ALBERTO SOTO GARCÍA

ASESOR: DR. JOSÉ FRANCISCO PEDRO PÉREZ HERNÁNDEZ

NAUCALPAN DE JUÁREZ, EDO. DE MÉXICO.

ABRIL, 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Para ti Jenny, la más hermosa alegría que Dios puede dar a un hombre cada día, cuya fortaleza y energía por luchar, me da esperanza en mi vida.

Para mi familia, por ser mis aliados permanentes e infranqueables en el devenir de los años, cuyo calor y amor sincero permite que abra los ojos hacia la belleza de la vida que Tú, me has otorgado.

Justicia, compañeros y amigos que en ella laboran, quienes creen –como yo–, que en nosotros está dar a cada momento un aporte honesto y eficaz para que la función jurisdiccional redima su camino y brinde la protección real que todo gobernado pretende ante al arbitrario, en aras de que la justicia sea ciega pero jamás inhumana.

ÍNDICE

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1.

PÁGINA

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

1.1. Generalidades.	1
1.1.1. Orígenes y Evolución.	3
1.1.2. Concepto.	17
1.1.3. Objeto.	19
1.1.4. Clasificación	20
1.1.5. Teleología de la responsabilidad patrimonial estatal	23
1.2. Teoría de la responsabilidad patrimonial.	27
1.2.1. Teorías civilistas.	27
1.2.1.1. Culpa in vigilando.	28
1.2.1.2. Responsabilidad objetiva o riesgo creado.	30
1.2.2. Teorías administrativas.	32
1.2.2.1. Falta del servicio.	33
1.2.2.2. Igualdad ante las cargas públicas.	42
1.2.3. Hacia una Teoría constitucional.	46
1.3. Una responsabilidad estatal de principios.	54

CAPÍTULO 2.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DEMOCRACIA.

2.1. Estado democrático-social y constitucional.	66
2.1.1. Estado de derecho y democracia.	87
2.1.2. Elementos básicos.	93
2.1.3. Derechos fundamentales.	101
2.1.4. Sistema garante.	102
2.2. Configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial.	106
2.2.1. ¿Garantía individual o nuevo derecho fundamental?	111
2.2.2. Democracia y neoconstitucionalismo. Delimitadores de la responsabilidad patrimonial.	113

2.2.3. Aspectos neoconstitucionales.	119
2.2.3.1. Paradigma del Estado Constitucional.	121
2.2.3.2. Ponderación de principios constitucionales.	124
2.2.4. La responsabilidad patrimonial que exige el Neoconstitucionalismo.	131
2.2.4.1. Democracia, igualdad, proporcionalidad y justicia.	132

CAPÍTULO 3.

3. LINEAMIENTOS DE UNA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL-JURISDICCIONAL MEXICANA.

3.1. Fundamento.	146
3.1.1. Función jurisdiccional.	161
3.1.1.1. Concepto.	162
3.1.1.2. Función, naturaleza y teleología.	163
3.2. Derecho a la tutela judicial efectiva.	174
3.3. El acceso efectivo a la justicia en México, artículo 17 Constitucional.	177
3.4. Perspectiva democrática de valores constitucionales en la función jurisdiccional.	181
3.5. Tribunal constitucional.	183
3.5.1. Idoneidad sistémica y constitucional para juzgar responsabilidad patrimonial.	183
3.5.2. Mecanismo procesal.	187
3.5.3. Declaratoria y efectos.	188

4. CONCLUSIONES.

4.1. GENERALES.	191
4.2. ESPECÍFICAS.	196

5. BIBLIOGRAFÍA 203

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

Figura 1	5
Figura 2	9
Figura 3	14
Figura 4	16
Figura 5	32
Figura 6	73
Figura 7	74
Figura 8	78
Figura 9	80
Figura 10	95
Figura 11	97
Figura 12	107
Figura 13	115
Figura 14	151
Figura 15	171
Figura 16	172
Figura 17	173
Figura 18	174
Figura 19	176
Tabla 1	20
Tabla 2	28
Tabla 3	68
Tabla 4	76
Tabla 5	120
Tabla 6	153

INTRODUCCIÓN

La premisa de que la justicia no puede ser considerada como tal si no se otorga bien, a tiempo, completa, imparcial y gratuita, está sufriendo una transformación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ya que bajo el desarrollo de los nuevos modelos estatales producto de la democracia moderna así como de la configuración constitucional garantista como fenómeno político del siglo XX como en gran medida de inicios del siglo XXI, se está estructurando la justificación de un derecho al *ejercicio responsable* de la función jurisdiccional y por ende, la posibilidad de resarcir bajo diversos modelos teóricos los daños originados con motivo del funcionamiento anormal de la justicia, destacando el error judicial (inexcusable) como uno de los primeros elementos que motivan el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, en el ámbito criminal, el cual se ha extendido a otras latitudes de la jurisdicción como consecuencia natural de la evolución del principio de legalidad al cual debe estar sujeto el ejercicio del poder público en cualquiera de sus esferas competenciales.

A pesar de la relevancia de la cuestión, lo cierto es que en México ha sido escasamente desarrollada tal perspectiva de responsabilidad patrimonial jurisdiccional, ya que el tema central que ocupa a la comunidad jurídica nacional ha sido la responsabilidad patrimonial en el ámbito de los actos administrativos (materiales en contraposición a formales) con motivo de la reforma al artículo 113 Constitucional.¹ En efecto, aún cuando la responsabilidad del Estado en forma general no es un tema ajeno a nuestra tradición jurídica, ya que está ligada a los eventos históricos trascendentales como fueron las reclamaciones internacionales al Estado mexicano por daños ocurridos en bienes extranjeros en las guerras internas a partir del siglo XIX², que continúa en la fase de la Revolución mexicana y se institucionaliza después tanto en la responsabilidad por culpa sancionada en el Código Civil como en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno

¹ Reforma publicada el 14 de junio de 2002 en el Diario Oficial de la Federación.

² Vid. Díaz, Luis Miguel. *México y las comisiones internacionales de reclamación*. Tomo I, México, UNAM, 1983, 1062 pp. Así como Evaristo Villegas, José Luis. *Responsabilidad Económica extracontractual de la Administración Pública. Revisión historiográfica sobre la responsabilidad económica extracontractual de la administración pública en México. 1900-1990*. Tesina para obtener título de licenciado en derecho. Universidad Autónoma Metropolitana, 1992.

Federal, lo cierto es que el esquema de análisis de autores como Quintanilla Coffin,³ Antonio Carrillo Flores,⁴ Manuel Barlett⁵ y Alvaro Castro Estrada⁶, entre otros destacados juristas, ha sido eminentemente desde una perspectiva del derecho administrativo y las limitantes del derecho civil para justificar la obligación indemnizatoria del poder público-administrador, sin advertir un planteamiento conceptual directo de corte democrático-social-constitucional que permita establecer dicha obligación con motivo de la función jurisdiccional del Estado, propio del neoconstitucionalismo vigente.

De hecho, una de las cuestiones más interesantes que plantea la vulneración de derechos fundamentales como el acceso efectivo a la justicia –sin dilaciones indebidas ni errores inexcusables que atenten contra los principios básicos del sistema–, es la posibilidad de su reparación económica integral al gobernado afectado, así como determinar las bases de su fundamentación desde una nueva perspectiva teórica de la razón de ser de tal responsabilidad que permita delimitar qué tipo de responsabilidad patrimonial-jurisdiccional exige la sociedad moderna, cuáles habrán de ser los principios y valores que deberán alimentar tal sistema, mismos que permitirán discernir: *¿Hasta dónde deberá responder la caja pública del Estado por un deficiente sistema de justicia?*

En efecto, si bien como indica López De Belva, "si alguien tiene una deuda con los derechos humanos, es el Poder Judicial"⁷, de modo que la finalidad de este trabajo es analizar esa responsabilidad de los magistrados; pero, para que sea una herramienta constitucionalmente funcional, nos parece insoslayable tratar el tema dentro del estudio de la responsabilidad en general bajo una perspectiva diversa a la que comúnmente se ha abordado, para no quedarnos en lo histórico y tener un enfoque que sirva para la tarea cotidiana.

³ Quintanilla Coffin, Pedro. *La responsabilidad civil del Estado*. México, 1940. Tesis de licenciatura, UNAM.

⁴ Carrillo Flores, Antonio. *La defensa jurídica del particular frente a la administración pública en México*. Ed. Porrúa, México, 1939.

⁵ Díaz Barlett, Manuel. *La obligación del Estado de reparar todos los daños que cause*. México, UNAM. 1959. Tesis de licenciatura.

⁶ Vid. Castro Estrada, Álvaro. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. Ed. Porrúa. México, 2002, p. XII. Así como *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa. México, 1997, pp. 133-251.

⁷ López De Belva, Carlos Alberto. *La Responsabilidad de los Jueces, la Democracia y la Impunidad*, en Abogarte.com.arg. Casos y Cosas, Los abogados y la actualidad. Archivo electrónico consultable en: http://www.abogarte.com.ar/pagina_anterior/pensamientos.htm

De esta forma, se podrá percibir que la primera sorpresa con que va a tropezar quien quiera abordar el tema de la responsabilidad de los jueces, es el criterio restrictivo que existe en México y varios países de Latinoamérica y por otra parte, a los planteamientos de índole civil o en su defecto, administrativo, con que frecuentemente se ha pretendido desarrollar este tema. De manera que, en principio existe una resistencia a indemnizar por los daños cometidos por el poder público en perjuicio de los gobernados, pero además, no parece que la garantía de acceso a la jurisdicción idónea, imparcial e independiente se satisfaga cuando jueces juzgan a jueces. Esto parece un juego de palabras, pero es una realidad diaria que el ejercicio de la función jurisdiccional ocasiona daños en el patrimonio, latu sensu, de los gobernados y que en pocas ocasiones se obtiene una reparación de tal daño por el poder público, empero, el problema medular que ocupa nuestra atención es delimitar el parámetro de tal responsabilidad patrimonial bajo un esquema constitucional, social y democrático.

De manera que si son los jueces, en última instancia, los funcionarios del Estado responsables de que esos derechos y garantías se respeten y están obligados a imponer su autoridad para los casos de violaciones por parte de particulares o del Estado del que forman parte, resulta inadmisibles que una incorrecta protección jurisdiccional de los derechos humanos y garantías individuales como es el patrimonio de los particulares por parte del poder que tiene encargada dicha protección, no pueda ser sancionada con efectos indemnizatorios, empero, la reparación patrimonial que narra, tampoco puede incurrir en excesos, que centre la atención medular del desarrollo de esta institución en el simple patrimonio particular, dado que es requisito analizar las relaciones del poder público vinculado y de los fines que este trata de lograr con su ejercicio, con el objeto de que para el futuro los jueces que hayan incurrido en acciones u omisiones que deriven en menoscabos patrimoniales que atenten contra los postulados fundamentales de la función jurisdiccional, sean no solamente sancionados en vía conducente, sino además, permitan hacer valer la reclamación de indemnización frente al poder público mismo, bajo una controversia del orden constitucional que plantee una adecuada ponderación de los principios concurrentes para la resolución del asunto, donde se atiende tanto al interés particular como al público, de modo que sean aquellos supuestos de ejercicio de la función jurisdiccional notoriamente contradictorios con la Norma Fundamental, que atenten contra presupuestos básicos de la garantía de

impartición de justicia, en forma desproporcionada y inequitativa, los que permitan genera responsabilidad.

De esta forma, el estudio conceptual de la institución⁸, si bien, parte del postulado de que <<todos>> tienen un derecho fundamental de tutela judicial efectiva, correlativo a una obligación de los poderes públicos de prestar el servicio de la justicia de una manera que garantice su eficacia en el tiempo, también es verdad que, la ponderación de dicho derecho como legitimador fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez debe encontrar un correcto equilibrio con los principios que inspiran el Estado democrático-social-constitucional moderno, así como las características básicas de la función jurisdiccional, de su objeto y funcionalidad en el sistema jurídico, para poder responder un planteamiento general: ¿Qué pretendemos con la implementación de la responsabilidad patrimonial derivada de la función jurisdiccional del Estado? y, en función de ello, otros de carácter específico: ¿Cómo estructurar el mecanismo para su exigibilidad?, ¿Cómo delimitar sus contenidos y supuestos de imputación? y ¿Quién habrá de conocer de tales reclamaciones?.

Luego, la responsabilidad patrimonial como institución, entendido éste como “un sistema público de reglas que definen derechos y obligaciones, poderes e inmunidades, etc., que especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas en comento, debe ponderar cuidadosamente la naturaleza prestacional de la función jurisdiccional, lo cual supone que los tribunales deben cumplir su función de garantizar la libertad, la justicia y la igualdad con la rapidez que

⁸ Entre las muchas acepciones del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, retenemos las siguientes de la palabra institución: “organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente”; “cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad” “órganos constitucionales del poder soberano en la nación”; “tener en una ciudad, empresa, tertulia o cualquier otra agrupación humana el prestigio debido a la antigüedad o a poseer todos los caracteres representativos de aquella”. De todas estas acepciones las que más se ajustan al título de nuestra investigación es la segunda, aunque no debemos perder de vista las otras. En realidad, para captar mejor el concepto de institución hemos de señalar que procede del verbo latino *instituire*, que significa instituir o establecer, fundar, dejar sentado ..etc, por lo que se puede entender que la institución es “una forma establecida de actividad humana”, de aquí que algunos autores entienden la institución como el lugar de un principio de conducta, acción o comportamiento regularizado o cristalizado que gobierna un área crucial de la vida social y que perdura en el tiempo. Mientras que para otros, no existen diferencias entre instituciones y procedimientos, dado que las instituciones son conjuntos de procedimientos. Vid. Bogdanor, Vernon (Ed.). *Enciclopedia de las instituciones políticas*. Madrid: Alianza Editorial, 1991. p. 394-397.

permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten tal principio, procurando en todo momento la gratuidad, imparcialidad y plenitud del servicio público –carente de errores inexcusables y notorios–, así como estableciendo un mecanismo eficaz hacia los gobernados para exigir el ejercicio responsable de tal función, de modo que ello no solamente sea reducido a la posibilidad de impugnar determinaciones jurisdiccionales contrarias a derecho mediante los medios ordinarios de defensa conducentes sino también la facultad de obtener una indemnización equitativa, proporcional y justa por los daños derivado de un funcionamiento anormal de la potestad jurisdiccional, que atentan contra los postulados básicos del Estado constitucional de corte social y demócrata.

De esta forma, se propone al lector un análisis constitucional, social y democrático de la responsabilidad patrimonial del Estado y la correspondiente aplicación en tratándose del poder jurisdiccional, bajo un esquema diverso al que la mayoría de la doctrina vigente ha abordado el tema, dado que la institución que nos ocupa se reflexiona a partir de los postulados del Neconstitucionalismo en la medida que el principio de responsabilidad de los poderes públicos ha sido adoptado como prerrogativa fundamental en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de cada país.

Para dar margen a dicho análisis conceptual, en el primer capítulo se formula en primer término una descripción general de la responsabilidad patrimonial del poder estatal, así como un estudio histórico de la institución con el objeto de delimitar su devenir en la sociedad como fenómeno político-jurídico, con el objeto de establecer un concepto que permita atender al objeto real de la institución, es decir, el ámbito de protección y la finalidad que históricamente ha centrado su desarrollo por la doctrina clásica, estableciendo las principales clasificaciones que se han integrado en cuanto a la responsabilidad estatal y teorías que han pretendido su justificación jurídica. Información histórica y doctrinal que permitirá sentar la necesidad de desarrollar una teoría constitucional de la responsabilidad patrimonial, ante la insuficiencia que presentan las diversas teorías civilistas y administrativas para justificar como garantía individual el derecho de los gobernados a ser indemnizados con motivo de la actividad estatal, que atienda a su naturaleza de principio.

Delimitado lo anterior, en el capítulo segundo se podrá advertir el marco conceptual que permite satisfacer la necesidad de una teoría constitucional en materia de responsabilidad patrimonial, partiendo de las implicaciones del Estado democrático-social y constitucional, que como fenómeno político se ha venido desarrollado en el mundo, en que se pondere las implicaciones del estado de derecho y democracia en materia de las delimitaciones del poder público y su funcionalidad. Elementos básicos de este modelo de Estado son los derechos fundamentales que conllevan a un sistema jurídico garantista, conforme al cual, las disposiciones jurídicas tanto en su proceso de formación, vigencia y aplicación, deben atender a los contenidos de los derechos fundamentales como uno de los marcos de validez. En función de ello, se podrá apreciar que la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial implica la necesidad de diferenciarla como garantía individual de cómo nuevo derecho fundamental, de tal forma que se pueda establecer las implicaciones sustantivas que conlleva el nuevo entendimiento de la responsabilidad patrimonial.

De esta forma, se pretende justificar que la democracia y neoconstitucionalismo, son los nuevos delimitadores de la responsabilidad patrimonial, en la medida que ya no se trata de una simple disposición jurídica del ordenamiento secundario sino de un mandato constitucional que tiene sustento en un principio, que exige entender el tipo de implicaciones jurídicas que guardan en los nuevos modelos de creación de la ley y del control del poder público, el constitucionalismo moderno.

En efecto, el cambio de paradigma en el tipo de Estado que se venía desarrollando (Estado de derecho versus Estado constitucional, social y democrático), exige atender al advenimiento de una nueva forma de percibir el constitucionalismo, a saber: Neconstitucionalismo, en su aspecto teórico, ideológico y metodológico, que van dando margen a aspectos centrales de una nueva forma de entender el grado de influencia que guardan los mandatos constitucionales en la forma de producir derecho dado que ya no se limitan a ser simples postulados programáticos, pero de igual manera, en la forma de delimitar su regulación y las instituciones jurídicas como la responsabilidad de los poderes públicos en cuanto los daños que originen con motivo de su actividad, que la haga congruente con los mecanismos de control constitucional y por ende, que su redeterminación en el

ámbito de la interpretación constitucional para de las peculiaridades que guarda esta forma de entender el derecho.

De ahí que, el paradigma del Estado constitucional, social y democrático, implica atender a una ponderación de principios propios de los derechos fundamentales, lo cual deba guardar un impacto significativo en la regulación de la responsabilidad patrimonial que exige el neoconstitucionalismo, dentro de los cuales es posible destacar: democracia, igualdad, proporcionalidad y justicia.

En el capítulo tercero, por su parte, se plantea la aplicación de dicho modelo teórico a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, esto es, se formula una serie de lineamientos de una responsabilidad patrimonial-jurisdiccional mexicana que atienda por una parte a la posibilidad de ser sustentada conforme al derecho de tutela judicial efectiva o acceso efectivo a la justicia, que se contempla como derecho humano en diversos tratados internacionales y cuya regulación en el texto constitucional se dispone en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otra parte, que atienda a la naturaleza y teleología de la función jurisdiccional.

Dicho de otra forma, el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva bajo su perspectiva humanística y constitucional, que no puede estar separada de una visión democrática de valores constitucionales que nutren a la función jurisdiccional del Estado, hacen menester la implementación de dicho régimen patrimonial a favor de los gobernados pero no en forma ilimitada y bajo un perfil totalmente liberal como el que ha mostrado la reforma constitucional del numeral 113 en México, por cuanto refiere al Estado-Administrador, conforme a teorías de índole civil o administrativo propiamente dicho, y en que pretenda estimar que toda actividad estatal lícita o ilícita, normal o anormal, que cause daños a los particulares, es susceptible de generar la obligación de indemnizarlos en la medida que éstos no tengan la obligación jurídica de soportar el daño.⁹

⁹ Vid. Farfán Osornio, Octavio, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado”, Nuevo consultorio Fiscal, septiembre, Núm. 361, México, 2004. Así como en la dirección electrónica siguiente: http://www.nuevoconsultoriofiscal.com.mx/articulos.php?id_sec=2&id_art=291

En efecto, si bien, del modelo de responsabilidad patrimonial que se implementó en México en el numeral 113 de la Constitución Federal ¹⁰, se puede estimar como adelanto el imputar en forma directa al Estado los daños que irroga la actividad de éste por conducto de sus funcionarios públicos, sin requerir, previamente el demandar a la persona física que detenta el cargo público del activo del daño, dando mayor flexibilidad y posibilidad de obtener una indemnización en forma pronta y garantizado conforme a los recursos públicos, lo cierto es que, la modalidad objetiva bajo la cual se planteó su formulación (carácter que aún se encuentra bajo discusión doctrinal, esto es, la clase de “objetividad” a que hizo mención el constituyente permanente al calificar la responsabilidad que pretendió incursionar, dada la discrepancias entre el dictamen de la Cámara de Diputados y la de Senadores, sobre el tipo de actividad dañina que permitiría generar la responsabilidad patrimonial), no atiende a los planteamientos básicos conforme a los cuales se desarrolla el Derecho Constitucional moderno y el grado de vinculación que este guarda para la conformación de los ordenamiento secundarios.

De manera que, el primer aspecto que se estima básico en un régimen patrimonial del Estado-juez, es que sea un Tribunal constitucional el órgano competente para conocer de las controversias en la materia, dado su idoneidad sistémica y constitucional para juzgar conflictos sobre violación a garantías individuales como es el derecho a ser indemnizado con motivo de un supuesto de responsabilidad patrimonial estatal, determinando un mecanismo procesal apto para dilucidar este tipo de conflictos, y delimitando la declaratoria y efectos de la sentencia que al efecto se emitiera en supuestos de violación a dicho derecho fundamental.

En ese sentido, resultan acertadas las palabras de Eduardo J. Couture, que en cierta medida nos guiarán: “El poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de

¹⁰ En cuanto al seguimiento de la citada reforma constitucional y sus principales implicaciones jurídicas de la responsabilidad objetiva y directa de la actividad estatal, así como la inconsistencia de la reforma constitucional en cuanto a la percepción de la objetividad de la responsabilidad patrimonial y lo que se debe entender por actividad administrativa irregular a que hace alusión el Constituyente, en el artículo 113, párrafo segundo, de la Constitución Federal Mexicana, se puede atender a los planteamientos del mayor impulsor de tal reforma, Dr. Álvaro Castro Estrada, en “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, Cuestiones Constitucionales, Número 8, Sección de Comentarios Legislativos, México, 2003. Así como “Responsabilidad patrimonial del Estado”, Jurídica. Anuario del Departamento de

un semejante, constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial, en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la *responsabilidad de los jueces*".¹¹

Así las cosas, la consagración de dicha institución tendrá tanto un aspecto direccional de la política de Estado en el área de la administración de justicia –la manera de organizar la jurisdicción en lo que respecta su eficacia y funcionamiento–, así como una aspiración del constituyente permanente de crear una auténtica obligación del poder jurisdiccional de resarcir aquellos daños que rompen con el esquema constitucional bajo el cual está estructurado todo el sistema de garantías, así como dotar a los ciudadanos de un control indirecto de los valores que nutren toda sociedad democrática.

Ello, por supuesto crea una disyuntiva interesante en el discurso institucional vigente, a saber: *Si la excelencia en la impartición de justicia es el género o más bien, un supuesto excepcional*, dado que la configuración resarcitoria con carácter obligacional cuando el constituyente la establece dentro del texto constitucional a cargo del Estado, parte de la convicción de que *se encuentra en condiciones de cumplirla* (en caso opuesto, sería una mera aspiración noble o retórica). De manera que, de formar parte de un sistema estatal integral de garantías individuales, implicaría la afirmación de que la justicia eficiente y de calidad es la premisa fundamental del Estado moderno y que su fracaso institucional la excepción, que de originar daños en los gobernados habrá de dar margen a la potestad de exigir la indemnización integral conducente.

Ello, implicará obviamente la necesidad de organizar el funcionamiento de nuestros tribunales con los medios personales, materiales y económicos que fueren precisos para lograr el fin propuesto: *proporcionar una justicia eficaz y a tiempo*. En caso contrario, permitir que la vulneración a dicho postulado motive un resarcimiento

Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 27, Sección de Previa, México, 1997. Su versión electrónica puede ser consultada en: www.bibliojuridica.org/revistas.

económico cualificado que atiende a los daños y perjuicios que se hubieren derivado; aspecto que tendrá una función económica equilibrante de la perturbación al sistema, meramente *simbólica*.

¹¹ Couture J. Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, T. I, p. 91.

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

«El hombre lucha, pues, por el derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce»

Ihering

En el presente capítulo se desarrolla el análisis conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo un marco general, ya que en primer término se formula una descripción básica de la responsabilidad para posteriormente efectuar el estudio histórico de la institución con el objeto de delimitar su devenir en cuanto al poder estatal, así como en la sociedad como fenómeno político-jurídico, así como el desarrollo doctrinal que fue dando paulatinamente justificación al principio de responsabilidad estatal, con el objeto de establecer un concepto que permita atender al objeto real de la institución, es decir, el ámbito de protección y la finalidad que históricamente ha centrado su desarrollo por la doctrina clásica, estableciendo las principales clasificaciones que se han integrado en cuanto a la responsabilidad estatal y teorías que han pretendido su justificación jurídica de índole civil y administrativa.

Información histórica y doctrinal que permitirá sentar la necesidad de desarrollar una teoría constitucional de la responsabilidad patrimonial, ante la insuficiencia que presentan las diversas teorías civilistas y administrativas para justificar como garantía individual el derecho de los gobernados a ser indemnizados con motivo de la actividad estatal, que atienda a su naturaleza de principio, habida cuenta que el reconocimiento del derecho en cuestión ha venido a formar parte del constitucionalismo moderno, lo cual exige, que su desarrollo no puede estar limitado bajo la perspectiva limitada del derecho civil o administrativo, máxime cuando tiene por objeto controlar el ejercicio de los poderes públicos frente a los gobernados.

1.1. Generalidades.

Etimológicamente la palabra responsabilidad (*responsum*), en un sentido restringido (responsable) significa el obligado a responder de algo o de alguien.

Cuando hay una agresión a cualquier ciudadano, existe la facultad de ir ante la autoridad y denunciar, a efecto de que, si se configura la comisión de un delito, el daño sea reparado y el responsable sancionado. Sin embargo, ¿Qué sucede cuando nos agrede una autoridad? ¿Cuándo los responsables de vigilar el orden público lo alteran? ¿Cuándo los responsables del cumplimiento de la ley atropellan los derechos fundamentales de la ciudadanía? En tales casos estamos en presencia de una violación a los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad: cuando los funcionarios o autoridades abusan del poder que tienen, cuando amenazan con negarlos. Y cuando el Estado no respeta ni garantiza los derechos fundamentales de sus ciudadanos o no sanciona a los responsables de violarlos, entonces se convierte en un estado sin estado de derecho porque éste consiste precisamente en que todos sus integrantes deben sujetarse a las disposiciones legales que lo rigen incluyendo a la persona jurídica denominada Estado.

Empero, ¿Cuál es el fundamento para atribuir al Estado la responsabilidad por los hechos de sus empleados? La imputación de responsabilidad al Estado originalmente encontró soporte en la idea de que quien contrata a su servicio a otra persona o delega en ella facultades para realizar determinadas funciones que le competen únicamente a la primera, debe atribuirse tanto los beneficios como los perjuicios derivados del actuar de su dependiente, empleado o funcionario, de lo cual derivó la responsabilidad del Estado como patrón o también conocida como responsabilidad aquiliana o culpa in vigilando (Ley Aquiliana), sin embargo, los criterios para imputar al Estado la obligación de indemnizar a los gobernados los daños irrogados por sus agentes o los servicios que presta, ha estado en una constante redeterminación, dado el propio proceso de cambio que ha afrontado el Estado tanto en su estructura como funcionamiento en el orbe social.

De manera que, nuestro propósito será establecer los matices de esos cambios en su justificación, para poder extraer una visión propia que permita entender cuál debe ser la concepción moderna sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial estatal, su naturaleza, características, finalidad y límites dentro de los nuevos regímenes democráticos constitucionales a que están allegando las sociedades contemporáneas.

En efecto, dentro de los instrumentos protectores para reparar los daños o perjuicios causados a los particulares como consecuencia de la actuación del poder público se encuentra la responsabilidad patrimonial estatal. Figura que tiene una connotación jurídica especial dado su evolución histórica y los principios que la nutren, mismos que le brindan una connotación singular dentro del derecho a partir de la cual podremos extraer un concepto integral y fundamentalmente, cuál es su teleología dentro del Estado constitucionalista de corte democrático imperante en el siglo actual y el tipo de responsabilidad a que debe aspirar el Poder Judicial; cuestiones que serán abordadas a continuación.

1.1.1. Orígenes y Evolución.

La premisa de la cual se debe partir es la irresponsabilidad histórica y absoluta del Estado frente a sus gobernados, que no pudo ser mitigada en la época antigua ni en tiempos de la República de Roma¹, ya fuere porque la función de los jurisconsultos era una función de *auctoritas*, o porque, cuando los Jueces llegaron a ser funcionarios, su poder emanaba directamente del Emperador soberano, que no estaba sujeto a discusión, o tal vez porque la aproximación del jurisprudente romano a la *quaestio iuris* era eminentemente tópica, y por tanto las soluciones a los casos les correspondía de antemano un cierto relativismo².

En similar forma ocurrió en la época feudal³. Durante la monarquía absoluta se estructuró una concepción teórica acerca de la irresponsabilidad que se ha resumido en la célebre frase inglesa *the King can do no wrong*⁴, también conocida en lengua

¹ En Roma si bien se reconocían ciertos derechos frente al Estado, como era el caso de las expropiaciones de la propiedad quiritaria, los individuos carecían de medios procesales concretos para hacer valer tales derechos que teóricamente, les eran reconocidos. *El principio medular era que todo abuso que generaba responsabilidad era imputable al funcionario en su persona, dado que constituía una extralimitación de su mandato.*

² Vid. Zileti, U. *La doctrina dell'errore nella storia del diritto romano*. Milán, Giuffré Editore, 1961. Winzel, L.C. *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*. En *Studia Amstelodamensia ad epigraphicam*. Holanda, Terra Publishing Co. Zutpehn, 1965.

³ En la época feudal solamente se concebía la responsabilidad –sobre todo por hechos de guerra–, entre los señores feudales, porque en principio éstos eran los únicos sujetos de derechos.

⁴ Similar a la máxima francesa de *le Roi ne peut mal faire*. (Rokham & Pratt, *Studies in French Administrative Law*, 1947, p. 69). La idea absolutista del príncipe en Francia se plasma también en la

francesa como: *le roy ne peut mal faire* –el Rey no se equivoca, el Rey no puede causar daños ó el Rey no puede realizar actos ilícitos –, en clara manifestación a la idea del origen divino del poder, que se erigieron como verdaderos postulados para su ejercicio, de modo que ninguna de las decisiones del monarca eran irreprochables. Cuestión que pretendió ser atemperada en Inglaterra con la posibilidad de acudir ante el parlamento que tenía facultades para indemnizar daños derivados de flagrantes inequidades, para el caso de resultar fundada la pretensión.⁵

Empero, lo cierto es que cuando la autoridad o el Estado se identificaban con la figura del príncipe o del soberano, “su irresponsabilidad por los hechos que produjera en perjuicio de sus súbditos era pacíficamente aceptada por éstos”⁶. Esto era así porque el derecho no era visto como un régimen de legalidad donde el ejercicio del poder debía estar apegado a norma alguna, sino por el contrario, ésta debía ajustarse al primero: *la voluntad del poderoso era lo que daba o no significado a las prerrogativas de los ciudadanos.*

Los “derechos” que les eran dados, eran concebidos como privilegios del príncipe y como tales no eran necesarios sino contingentes, de tal forma que las disposiciones generales que regulaban conducta alguna eran solamente instrumentos monárquicos producto de las circunstancias concretas, pero que no aspiraban a someter el ejercicio del poder, sino solamente a ser el medio de aquél. De ahí, que como bien expresan García de Enterría y Fernández⁷:

“...no aspiraban a la permanencia o a la inexorabilidad, ni eran sustantivables como instancias reguladoras del poder y mucho menos como presupuestos de la concreta actuación de éste. En cualquier caso, de las leyes políticas no podía entenderse que derivasen nunca derechos subjetivos para los súbditos, aun cuando éstos pudiesen exhibir derechos subjetivos de naturaleza patrimonial que, a través de la doctrina de los rescritos contra *ius naturale ae gentium*, que ya conocemos, podían eventualmente oponerse a la acción del Príncipe.”

concepción de Bodin en el sentido de que *or la souveraineté n'est limitée, ni en puissance ni en charge.*

⁵ Esta costumbre fue institucionalizada en 1855 con la creación del Court of Claims.

⁶ Liendo, *La responsabilidad del Estado nacional en el derecho positivo*, “L.L.”, 1989-B-951 y ss.

⁷ García de Enterría, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 411.

De esta manera, la idea predominante en un principio fue la irresponsabilidad absoluta del Estado, basada en el concepto de soberanía de aquellos tiempos como equivalente a la de poder omnímodo y absoluto delegado al monarca por Dios, lo cual dotaba de una infalibilidad toda actividad del soberano de corte divino y los súbditos estaban destinados simplemente a acatar, sin recurso alguno, de modo que, “todo el peso del daño recaía sobre las víctimas, sin que tuviesen ninguna acción para hacerse indemnizar ni contra el agente de quien emanaba más directamente el acto dañoso, ni menos aún contra el soberano”⁸. Ello permite externar que las justificaciones iniciales para no generar la responsabilidad patrimonial del poder público, fueron el concepto de soberanía que se tenía en la época en comento, así como la notoria bifurcación que se daba entre los diversos funcionarios del poder y el Estado, lo cual que se puede representar en la figura 1.

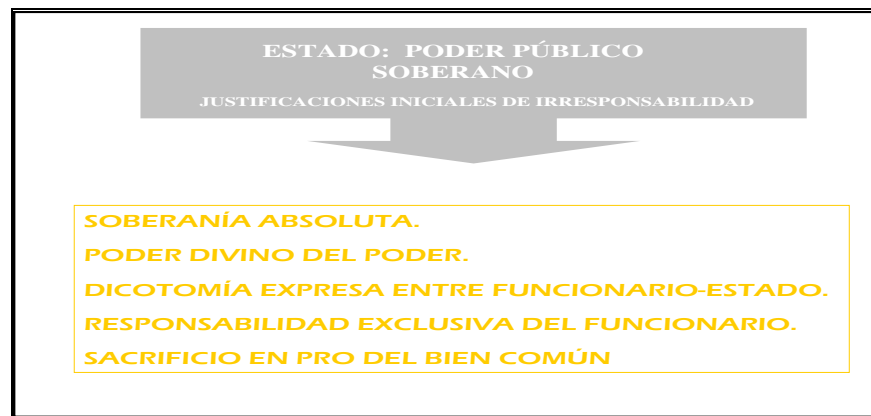


Figura 1.

En 1848 fue el año de las grandes revoluciones europeas, que forjaron un cambio en la mentalidad en las clases dominantes. Éstas comenzaron a hacerse a la idea de la imparable presencia de un liberalismo de corte francés. Estos despuntes revolucionarios convencieron de la necesidad de otorgar algunos cambios políticos que permitiesen contener una situación de amplio descontento entre la burguesía.

⁸ Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 1. Citado por Tawil Guido, Santiago en *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires, Depalma, 1993, p.20.

Los levantamientos populares exigían una democratización de la vida política, que se unía al constitucionalismo con cierto retraso ⁹.

Empero, pese a lo que pudiera esperarse, con el Estado surgido a partir de la Revolución Francesa, los postulados anteriores de irresponsabilidad estatal permanecen, pues no olvidemos que se transitó del Rey al Estado, el cual asumió sus derechos y, consiguientemente, sus nulas obligaciones, habida cuenta que el Estado sólo se subrogaba en el lugar antes ocupado por el príncipe, heredando los privilegios propios de éste. El poder siguió siendo irresponsable, cualquiera que fuera la forma de gobierno ¹⁰. El principal obstáculo seguía siendo el concepto de *soberanía*, transportado ahora a la figura del Estado, lo cual a mediados del siglo XIX, llevó a expresar a Laferrière ¹¹ que lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación (*Le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensations*), dado que en este período, al lado de la irresponsabilidad del Estado coexistió el reconocimiento o admisión de la responsabilidad personal del funcionario. El Estado debía actuar dentro de los precisos límites que la ley le fijaba, de tal forma que si se salía de tal marco ya no era el Estado el que actuaba sino el funcionario personalmente y sobre él debía recaer la responsabilidad ¹².

Desde esta perspectiva, el Estado no podía actuar ilícitamente dado que los actos que se desplegaban en el ámbito de lo no jurídico se reputaban como

⁹ Bonarparte se proclama Rey de Italia en 1805, lo que supone el paso de un férreo absolutismo a una forma de gobierno diferente bajo los auspicios napoleónicos hasta 1814. Napoleón, el 7 de marzo de 1805 proclama el Reino de Italia y le otorga cinco sucesivos estatutos entre 1805 y 1806. A pesar de que la voluntad del nuevo Emperador no conocía obstáculos, el ideario de la Revolución francesa ya había extendido su influencia en la península itálica, donde en nuevo discurso político introducía las ideas de soberanía nacional, los derechos del hombre y la representación política (SALVIOLI, op. cit., pág. 265). (Sobre la organización política del Reino de Italia bajo la invasión napoleónica puede consultarse LEICHT, P. S., Storia del Diritto italiano, t. II. Diritto Pubblico, Giuffrè, Milán, 1940, pp. 423 a 427). En 1820 tiene lugar la “revolución napolitana” y en 1821 en el Piamonte, lo que supone un mayor auge del movimiento liberal en Italia.

¹⁰ El Estado era la personificación de la nación, en principio, era irresponsable. Los gobiernos provisionales que se establecieron, por las circunstancias de la guerra, las exigencias de la salud pública, la defensa y persecución que le caracterizaron puso el acento en la defensa del Estado, en detrimento del individuo. Vid. al respecto Bréchon-Moulens, Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 19 y 21.

¹¹ Señalaba así este jurista (*Compendio del derecho público. Constitucional, administrativo y fiscal*, Tomo II, Buenos Aires, 1952, p. 171) que “el Estado como poder público es irresponsable, pues obra en virtud de su soberanía y, por consiguiente, no sujeto a responsabilidad alguna, salvo ley que expresamente imponga la obligación de indemnizar”.

¹² Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 19ª ed. Editorial Porrúa, México, 1994, p. 465.

personales y exclusivos del funcionario, de ninguna manera se reputaban a la persona moral, la cual era diferente de aquellos, concebida únicamente para la realización de actos conforme a derecho y no ilícitos ¹³.

En ese sentido, Hoyos Duque refiere que:

“Así entendidas las personas morales, y entre éstas el Estado, gozaban de una especie de privilegio en la medida en que solo recibían beneficios y ventajas de la actividad por ellas desarrollada, a la vez que permanecían inmunes frente a los efectos dañinos que con el despliegue de su acción pudieran ocasionar a las personas físicas de las que debían servirse para el cumplimiento de sus fines.” ¹⁴

El Estado liberal en su primera etapa cumplía un papel pasivo frente a los particulares, razón por la cual este período histórico se ha conocido del Estado gendarme, dado que a la manera de un guardián, vigilaba la conducta de sus asociados, absteniéndose de entrar a dirigirla, lo cual evidentemente llevó a que no fuera factible imputar una responsabilidad a quien se limitaba observar que el conglomerado social se mantuviera en orden y paz. Fue la época en que el postulado de la fisiocracia *laissez-faire, laissez-passere* (dejar hacer, dejar pasar), hizo mella en la forma de apreciar las relaciones del Estado con sus observados, habida cuenta que se le atribuía un papel raquíptico propio al de un mero árbitro en lugar del jugador de las relaciones de orden público.

Así las cosas, no era factible percibir la posibilidad de imputar una responsabilidad al Estado-observador por desplegar su acción fugaz y sensata, que intentaría impedir que los hombres se agraviaran entre sí, ya que les dejaba libres para organizar sus propias aspiraciones de trabajo y progreso.

¹³ Esta teoría gozó de gran aceptación en varios países de Latinoamérica como es el caso de Argentina, donde tuvo gran acogimiento las ideas de Bielsa (Vid. *El Estado como persona de derecho privado y como persona de derecho público*, pp. 64 a 169), misma que fue paulatinamente abandonada ante la aceptación de la posición esbozada en sentido contrario por autores como Mochoud (*La théorie de la personnalité morale*, Tomo I, París, 1906, p. 270) y Ferrara (*Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, p. 685), seguida por autores argentinos como Bullrich (*Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 127. Del mismo autor véase *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920).

¹⁴ Hoyos Duque, Ricardo, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 6.

De esta forma, las medidas para justificar la irresponsabilidad del ejercicio del poder fueron primordialmente:

- a) Inmunidad absoluta del mandatario dado su poder soberano.¹⁵
- b) Responsabilidad exclusiva del funcionario como persona física.¹⁶
- c) Desconocimiento de personalidad alguna del Estado como presupuesto de imputación.¹⁷
- d) Inexistencia de derechos de gobernados en materia de indemnización.¹⁸
- e) Inaplicabilidad de los principios de derecho privado en materia indemnizatoria al Estado.¹⁹
- f) Falta de competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer acerca de las demandas por responsabilidad.

¹⁵ Considerada por el Justice Frankfurter como “*un resabio anacrónico de un privilegio monárquico*”. Disidencia de Frankfurter en “*Kennecott Copper Corp. V. Tax Comisión*”, 327 US. 573, 580 (1946). En similar sentido el juez Wolfe –en su disidencia en “*Bingham v. Borrada Education*”, 233, P. 2d. 432, 438 (Utah 1950)– expresó: “el razonamiento que sustenta a la doctrina de la inmunidad soberana ...es tan falaz e injusto que colisiona con la inteligencia, así como con el sentido de justicia de aquellos que creen en el sistema de vida americano (american way life). En mi opinión, decisiones de esta clase resultan no sólo generadoras de un desprecio por la ley y los tribunales, pero pueden, asimismo, ser utilizadas como sustento para propaganda que puede afectar la estabilidad de nuestro gobierno”.

¹⁶ Vid. Tawil, Guido Santiago, *La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano*. “L.L.”1988-C-651 y ss. También, *La responsabilidad del Estado...*, 1993, p.13 y ss. Así como *Administración y justicia*, tesis doctoral, 3 vols., inédita, Buenos Aires, 1991. De igual manera un clásico de García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Revista de Administración Pública, núm. 38 (1962), reproducido por Cívitas, 3ª ed., Madrid, 1983.

¹⁷ En Inglaterra, por ejemplo, la Corona no era susceptible de ser llevada ante los tribunales judiciales, directamente, por los particulares, puesto que frente a esta se sostenía la doctrina de *non suitability* (*no demandable*).

¹⁸ Vid. Altamira, Gigena, *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 45 y ss.

¹⁹ Ello era parcialmente, ya que si bien se negaba la posibilidad de aplicar la responsabilidad aquiliana, se recurría frecuentemente a la figura del mandato para afirmar que los actos ilícitos cometidos por la persona física al servicio de la persona moral, que desbordaban las instrucciones dadas por ésta para el desarrollo del mandato, constituían una trasgresión del mismo ya que éste no había sido concebido para delinquir. Como lo anota Francisco Ferrara solamente un prejuicio permitió que dicha posición tuviera vigencia al indicar: “Ciertamente la persona jurídica no ha dado ese mandato, pero ha llamado a ciertas personas a obrar en nombre suyo, ha constituido para estas una esfera general de poder para realizar el fin. Pero el cumplimiento de tal fin lleva consigo la posibilidad de una aberración en los medios para conseguirlo, una desviación de poderes, porque es indudable que el que obra puede errar y servirse de medios ilícitos, que quien tiene el poder en sus manos puede abusar de éste.” Citado por César Gómez Estrada en *Responsabilidad directa de las personas jurídicas*. Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, año XXXVI, 2ª época, septiembre de 1975, vol. XXXVI, núm. 88, p. 478.

En síntesis, por la naturaleza ideal y abstracta de las personas morales, carentes de voluntad propia, si algún daño se llegaba a causar, entre éste y la persona moral –Estado–, se interponía el acto de la persona física realizado en cumplimiento de la finalidad de aquella; de ahí que fuera el funcionario quien tenía que responder.

Luego, la responsabilidad del Estado encontró un obstáculo difícil de superar en el concepto que sustentaba la generalidad de los juristas sobre la persona jurídica en general, es decir, a partir del principio de que ella era una *persona ficta* se concluía que era incapaz de actuar, y por tanto, sólo podía manifestarse exteriormente a través de la actividad de las personas físicas, quienes eran, en última instancia, las responsables (Véase la representación conceptual del presente razonamiento en figura 2).

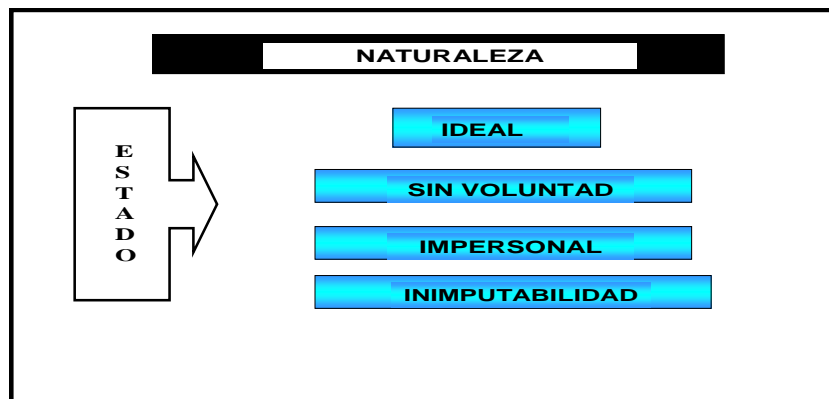


Figura 2.

Principio de legalidad y el Estado-responsable.

La concepción del Estado-responsable fue en gran medida un proceso de cambio de mentalidad de la sociedad, debido a que durante el surgimiento y desarrollo primario del Estado, no existían las condiciones conceptuales propicias para percibir que el poder que éste detentaba no era ilimitado sino restringido en función de ciertos valores fundamentales de toda organización política-jurídico-social que tuviera como propósito fomentar la dignidad humana. Esto es, la alienación la sociedad que generaba el autoritarismo impedía percibir la posibilidad de controlar la actividad estatal y por ende, nulificaba cualquier idea de exigir una reparación

económica por los daños ocasionados con motivo de tal actividad con independencia de si ello fuere justo.

En este mismo sentido Spota subraya que:

“...demandar al Estado era toda una aventura extraordinaria, porque el Estado no aparecía en los hechos como responsable razonablemente admitido y posible en la mentalidad media de aquellos tiempos. - - - Ello por cuanto los milenios anteriores pesaban sobre la conciencia de los hombres de derecho y de la ciudadanía en el sentido de que *resultaba inconcebible* que el soberano político fuera sujeto de ley y estuviera condicionado por ella. - - - Aquel soberano político estaba sobre la ley. Ésta era la realidad vivida por milenios y que confirmaba el trasfondo mental del hombre medio, como verdad no discutida ni debatible. El poder político jamás, en ninguna de sus formas o de sus consecuencias, en su accionar, podía ser sujeto de la norma jurídica. Esto era lo que gravitaba como producto de la historia en la *conciencia colectiva de la sociedad*.”²⁰

De esta manera, los milenios de legitimidad del poder político colocado sobre la norma jurídica pesaron como lápida en la mentalidad de una sociedad de derecho incipiente, cuya inclinación era ajustarse a los requerimientos del poder en turno en perjuicio de la dignidad humana, máxime que en las sociedades de lenta evolución democrática, como es nuestro caso, y en general en las semidemocracias del tercer mundo, se puede percibir aún dicha inclinación de no evidenciar o percibir los privilegios que cubren a los mandatarios así como a los funcionarios que materializan la actividad estatal, donde el accionar de éstos se aparta del criterios de responsabilidad razonable y que tiene en gran medida un fundamento: *Que el prestigio del poder público ciega en todo tiempo y en todas partes, así como que siempre encuentra justificativos y defensores.*

Esto es, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial tiene su génesis en una lucha por el control del poder y su sujeción al derecho, que difícilmente ha podido ser concretizada, dado que como bien refiere Tomás Ramón:

“...La lucha por el control del poder y por su sujeción al derecho es una lucha permanente y, permanentemente también, inacabada, porque, en cierto modo, es en sí misma una lucha imposible. La esencia del poder radica, precisamente, en su capacidad de

²⁰ Spota, Alberto Antonio, prólogo a la obra de Carlos E. Colautti, *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, año 1997, p. 7. Véase de igual forma, Spota, Alberto Antonio. *Responsabilidad del Estado por actos administrativos del Poder Judicial*, “L.L.”, pp. 51-612.

imponerse sin limitaciones. Por eso, justamente, se revuelve siempre cuando parece dominado y adopta nuevas formas que lo hacen, otra vez, inaprensible..."²¹

Muchísimo tiempo ha transcurrido para comprender que el Estado y concretamente el accionar de los funcionarios que representaban al mismo en cada acto que realizaban con motivo de su investidura y quehaceres –incluso en abuso de sus potestades–, podía ser sujeto a un juicio de responsabilidad cuyo objetivo sería declarar la obligación del poder público de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.²²

De esta forma, el sometimiento de la actividad estatal al derecho aparece como directriz que traza los lineamientos de la conducta estatal, al mismo tiempo que se constituye en el marco dentro del que ha de desarrollarse toda su actividad. Antes, con la doctrina del dominio eminente del Estado sobre el territorio (*dominium eminens*) se afirmaba que el ejercicio de este derecho llevaba consigo la obligación de indemnizar.

En este proceso, también fue fundamental la aparición del concepto de *igualdad ante la ley*, que implicaba la necesidad de la sujeción de los órganos del Estado a las mismas normas que los ciudadanos. Configurar un régimen de derecho implicaba establecer un sistema jurídico contrapuesto a la monarquía absoluta, donde todas las autoridades debían ser responsables, es decir, *responder al derecho y dar cuenta de sus actos y conductas*.

²¹ Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, en *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1988, p. 95.

²² En México esa conciencia ciudadana se materializó a inicios del siglo XX al prever una responsabilidad en un primer tiempo en forma legislativa, habilitando las demandas contra el Estado por leyes secundarias y otras especiales para el caso, con una ponderación de responsabilidad subjetiva e indirecta, y en un segundo término, su incorporación en el texto constitucional derivado de un proceso de reforma propio del fenómeno democrático que empezó a finales del mencionado siglo e inicios del presente, donde fue factible conceptualizar que la responsabilidad del Estado asumiera las numerosas variables y posibilidades que hoy resultan materia de estudio. Sin embargo, todavía hoy, el ámbito de la responsabilidad del Estado está enormemente acotado no sólo en la legislación y en la jurisprudencia sino, en la mentalidad media de muchos hombres de Derecho, será cuestión de dicha conciencia ciudadana siga desarrollándose para que en la misma proporción sea posible comprender las dimensiones de la institución de responsabilidad en comento.

De esta manera, la consolidación del Estado de derecho permitió la confirmación de esta tendencia transformadora, esencial para el surgimiento de la responsabilidad estatal, si se toma en cuenta que como señala Enterría y Fernández:

“el principio de legalidad... y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen... los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende justamente de su correcto juego.”²³

En efecto, hoy en día, uno de los postulados fundamentales del Estado de derecho radica en la sumisión total e irrestricta del Estado al derecho, de manera que no admite discusión la responsabilidad de aquél por los actos antijurídicos con que causa agravio o lesión a sus asociados, habida cuenta que el Estado no puede ubicarse por encima de la ley sin vulnerar su fin principal, cual es la *protección del orden jurídico*. El camino a recorrer fue arduo debido en gran parte a la actividad judicial, ya que el gobierno de los jueces, debió transitar largo tiempo jurisprudencialmente para arribar a la responsabilidad estatal en función de la culpa para posteriormente fincarla en razón de la desigualdad en el soporte de las cargas públicas así como en la falta de servicio; ello, animado por la idea de colocar a las potenciales víctimas frente a un deudor solvente, en aras de la seguridad y justicia.

Así las cosas, el Estado de derecho formal²⁴ como aquél que está constituido por la seguridad jurídica, por un lado, y la justicia, por el otro, que constituyen la estructura fundamental y determinación de sus objetivos, simultáneamente; es el que permitió que el poder público fuera sujeto de y para la norma jurídica, de modo que modificó en gran medida la situación institucional del Estado absolutista, dando cause a una estructura político-jurídica por virtud de la cual se erigió un control sobre

²³ García de Enterría y otro. *Curso...* Ob. cit. Tomo II, p. 321.

²⁴ El Estado de derecho formal o formalista destaca por los principios de sometimiento a la ley, división de poderes y protección jurídica de los gobernados vía judicial en tanto que el Estado de derecho sustancial o material es aquél que da lugar fundamental a los derechos fundamentales. La libertad, igualdad, dignidad y sus manifestaciones son los elementos esenciales del aspecto material, aunado al principio de proporcionalidad, según el cual toda medida del Estado debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, de manera que se reconoce a todo individuo su dignidad humana, sin exigir su sometimiento a la voluntad mayoritaria sino en la medida en que exista una ponderación de ambos intereses legítimos, dando margen a un equilibrio en su preservación en una medida razonable.

el ejercicio del poder, que anteriormente se concebía imposible de estar sujeto a normatividad alguna.

La seguridad jurídica existe en proporción directa y en relación inmediata esencial al desarrollo de la responsabilidad de gobernantes y funcionarios, así como del ente estatal frente a sus facultades y obligaciones, al momento de ejercer el poder público en cualquiera de sus formas, lo cual conlleva a poder medir el grado de responsabilidad del Estado en función de la seguridad jurídica imperante en el mismo, uno al otro se corresponden en la misma proporción, de tal forma que a mayor seguridad jurídica y conciencia de la misma, mayor responsabilidad estatal, porque ambas permiten la libertad individual y la justicia para la comunidad en cada uno de sus integrantes.

El sometimiento a la ley de la actividad estatal –principio de legalidad–²⁵, es desde la perspectiva constitucional el primer elemento que permitió el surgimiento de la posibilidad de imputar al Estado la obligación de resarcir los daños ocasionados con motivo de su funcionamiento, ya que si la autoridad no podía actuar desconociendo la ley –aún cuando en ciertos casos existe un mayor margen de acción en su aplicación–, ni tampoco afectar la esfera jurídica de los gobernados sino en los supuestos y bajo las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico; de ello derivaba dos consecuencias:

- a) Ningún órgano del Estado podía “apartarse” de la ley, y
- b) La necesidad de un control por medio de los tribunales ante tales alejamientos jurídicos de la actividad estatal.

²⁵ Remite a la vieja noción de soberanía popular, según la cual el derecho positivo obtiene su vigencia a través de la aprobación del pueblo y no por orden y gracia de una persona, grupo o partido, de tal forma que ninguna actuación de las autoridades debe contravenir la ley emanada del pueblo. Aspecto que también es correlacionado con la división de poderes históricamente enraizada en el Estado de derecho, cuya función es limitar, equilibrar y asignar el poder en diferentes sujetos o entes, como elemento irrenunciable del orden social libre, refiere entre otros aspectos Robbers, Gerhard. *El Estado de derecho y sus bases éticas*. En Thesing, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Compilación. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Fundación Honrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina, 1999. p 29.

Este control de la actividad estatal (acciones u omisiones) originó en primer término, la posibilidad de obtener la revocación, modificación o anulación de los actos estatales ilegales mediante la función jurisdiccional reservada al propio poder público, que podía implicar la obligación de restaurar el estado de cosas al que guardaban antes de la infracción del ordenamiento jurídico o en su defecto, compeler a realizar los actos omitidos indebidamente. Control que evidentemente implicaba una reparación parcial de la afectación en la esfera jurídica del gobernado y que motivó, gradualmente, extender dicha reparación a una de naturaleza económica por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la actividad estatal (reparación integral), que planteó la posibilidad de un control amplio de la actividad estatal.

Ello implica que, sin responsabilidad del Estado no hay ni puede haber Estado de Derecho, ya que ambos conceptos son recíprocos. Por ello, con justa razón se ha referido que “un sistema de responsabilidad de la administración es esencial a la existencia de un Estado de derecho”²⁶, como se expone en la figura 3.

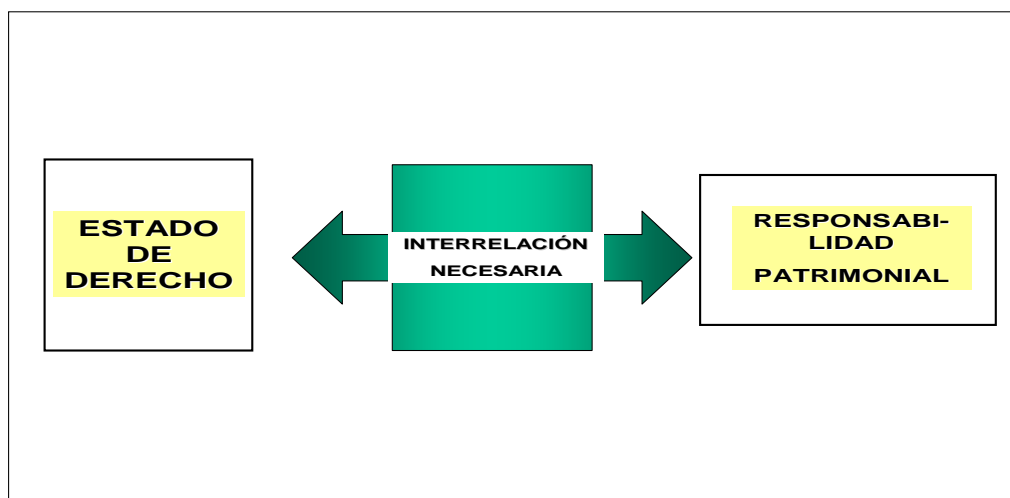


Figura 3.

De esta forma, la responsabilidad estatal es la contrapartida a los poderes de ejecutabilidad, por sí y ante sí, de los actos que considera necesarios para sus fines. Lo contrario sería una imposición arbitraria, síntoma de una ruptura de la legalidad.

²⁶ Legaz y Lacambra, citado por Gabino Fraga, quien llegó a sostener, mirando la situación de atraso del ordenamiento jurídico mexicano en esta materia, que aquí no existe verdadero Estado de derecho.

De esta manera, se llegó a la superación del criterio del Estado omnímodo, infalible y, por ende, también irresponsable ²⁷, por aquella concepción propia del Estado de derecho que ve en la organización estatal a quien debe actuar dentro del ordenamiento jurídico y responder plenamente por las lesiones que con su obrar u omisiones causa, se ha manifestado quizá en su mayor intensidad a partir de la aceptación de la responsabilidad estatal por su obrar legítimo.

Conforme a lo expuesto, la mayoría de los autores han apreciado *cuatro diferentes períodos* acerca de la responsabilidad extracontractual:

En el primero de ellos, el Estado apareció como soberano (e irreprochable) en el plano del derecho público, bajo las bases de que: a) El Estado es irresponsable cuando obra dentro del marco del derecho público; b) Como persona jurídica (ámbito privado) sólo es responsable contractualmente pero no extracontractualmente (delitos o cuasidelitos), porque las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes; y c) La responsabilidad se aceptaba cuando surgía expresamente de una ley.

Esta posición se adoptó partiendo de la base de la doble personalidad del Estado, situación que lo hacía inmune a los reclamos cuando ejercía sus actos de imperio (poder público soberano). Con este fundamento tampoco se admitía la responsabilidad generada por hechos ilícitos cometidos por culpa o negligencia, aún cuando los órganos o sus dependientes hubieran actuado en el ejercicio de su propia competencia.

Lo anterior dio margen a la segunda etapa, donde el perjudicado podía accionar contra los funcionarios como si los actos dañosos del poder se les atribuyeron personalmente, con independencia de si eran lícitos o ilícitos, en la medida que se tratara de actividades de riesgo o peligro.

²⁷ Ver al respecto Acuña Anzón, *La responsabilidad extracontractual del poder público*, L.L., pp. 24-459 y ss.

Luego de haberse derrumbado ese muro que excluía a todos los actos de imperium de juzgamiento, y que originariamente parecía infranqueable, nos encontramos ante la tercera etapa en que el Estado “comienza” a ser pasible de las acciones por responsabilidad extracontractual ocasionada por actos ilícitos (culpa o negligencia) que causaban daño, a razón del principio de legalidad. Esto es, solo en el supuesto de que en la actuación de los servicios públicos hubiese ocurrido, al menos negligencia culposa que no pudiera imputarse a sus propios funcionarios, estadio que coincidió con la aplicación de la responsabilidad aquiliana, pero se limitaba a ciertos casos y comprometía generalmente en forma indirecta al Estado.

La cuarta etapa implicó la superación del restringido criterio anterior de corte eminentemente civilista, y la instauración de un sistema de responsabilidad patrimonial que buscó en el derecho administrativo su justificación, ya fuere en el concepto de igualdad ante las cargas públicas en el cual tuvo gran acogimiento la responsabilidad objetiva y directa de la Administración (España) o acogiendo a la tesis de la falta del servicio sustentada por el Tribunal de Conflictos francés, el cual, desde su famoso *arrêt* Blanco, de 8 de febrero de 1873, buscó en los principios administrativos la justificación de la responsabilidad de mérito, dado que no eran los principios del derecho civil propios de las relaciones entre particulares con fines disímiles a los que busca la actividad estatal, donde se estimó que podía encontrar reglamentación la obligación indemnizatoria de la actividad estatal por los daños que llegare a causar (Véase figura 4).

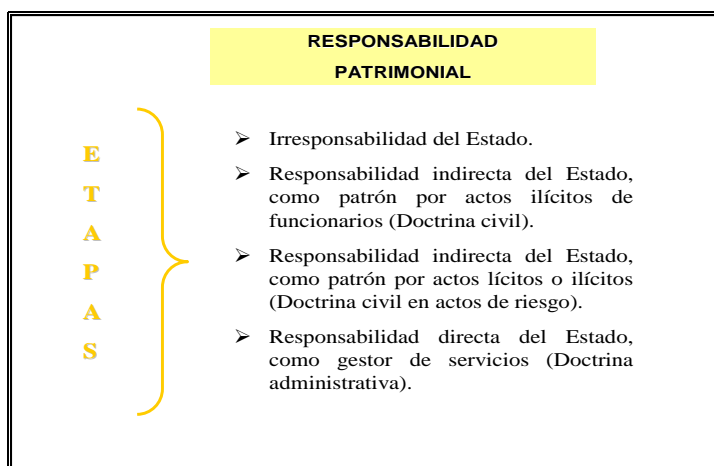


Figura 4.

Sin embargo, con el surgimiento del constitucionalismo, la ponderación de los derechos humanos y los regímenes democráticos se ha empezado a desarrollar una redeterminación de la responsabilidad patrimonial del Estado, que nos atrevemos a señalar como la quinta etapa, donde la justificación y alcances de tal figura ya no se encuentran en el derecho privado de índole civil, ni en simple invocación de los principios administrativos sino propiamente en el surgimiento de los derechos humanos de la cuarta generación y la ponderación de los principios constitucionales y democráticos que nutren a los nuevos entes públicos con corte social, que busca el acercamiento e interrelación entre el Estado y la sociedad, articulándose como un verdadero derecho público subjetivo al resarcimiento por los daños producidos a causa de la actividad estadual, de lo cual nos ocuparemos con posterioridad.

En suma, importa conocer e identificar qué actividad jurídica y material del Estado es la que ha de generar su responsabilidad patrimonial, buscar los límites de sus atribuciones, ya que el Estado democrático y de Derecho supone que la actividad estatal, por regla general, no puede considerarse ilícita en la medida que su fin es tutelar el orden y paz social, así como el bien común y, por tanto, la premisa que debe dar lugar a responsabilidades patrimoniales deberá ser ponderada en función de cual es el marco conceptual que de tal figura nos formemos como sociedad moderna, que si bien busca aminorar los campos de la arbitrariedad estatal tampoco puede caer en un radicalismo resarcitorio propio de un neoliberalismo que lejos de fomentar el adecuado ejercicio del poder público se traslape en una cadena o camisa de fuerza para el sano desarrollo de la actividad del Estado, de manera que se tendrá que establecer los cánones del resultado daños en los gobernados que exige reparación como instrumento que sirve para reestructurar el régimen de derecho democrático maduro al que se aspira a llegar.

1.1.2. Concepto.

Etimológicamente responsabilidad viene de *responsus*, participio del verbo *respondere* cuyo significado sería “constituirse en garante”, aunque debe recordarse su evidente relación con la fórmula sacramental de la *stipulatio*: (*¿spondesme?*,

spondeo) a través de la cual se le creaba una obligación al interpelado.²⁸ Según el diccionario de la Real Academia española, el término indica la "obligación de reparar y satisfacer un daño o perjuicio". Otra acepción, según la Academia, es el que se refiere a la responsabilidad como "la deuda u obligación que resulta de un posible yerro."

De esta forma, jurídicamente el término admite dos conceptos principales: capacidad de responder ciertos actos en abstracto, y necesidad de responder otros concretos e imputables a determinado sujeto. En el primer caso hablamos, por ejemplo, de la que tiene en la realización de determinados actos jurídicos un mayor de edad. El segundo caso, en cambio, se refiere a las consecuencias por actos realizados, es decir, se entiende por responsabilidad, la situación que atañe a un sujeto a quien la ley impone la reparación de un hecho dañoso, que afecta un interés protegido.

De esta forma, la responsabilidad es un concepto jurídico multívoco y polifacético que, además, no está determinado sino –como el universo– está en constante crecimiento y el orden jurídico como el contexto social y político lo retroalimenta como un fenómeno autopoyético, de tal manera que la doctrina ha sido discrepante al momento de señalar una definición al respecto.

Sin embargo, para objeto de nuestro estudio lo verdaderamente importante es que la responsabilidad, en cuanto obligación de reparar el daño causado, es uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico, dado que constituye una de las bases esenciales de toda forma de convivencia social en el mundo contemporáneo dado que no solamente brinda seguridad jurídica en cuanto a la estabilidad del patrimonio de los gobernados sino de igual forma implica un control de la actividad estatal que propicia su adecuado ejercicio, so pena de incurrir en una obligación de pago a cargo de la caja pública.

Así las cosas, la concebimos como una *institución de derecho público* necesaria para configurar el Estado de derecho por virtud de la cual se busca reparar

²⁸²⁸ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá, Editorial Temis, 1981, p. 20.

patrimonialmente el daño causado a un gobernado con motivo del ejercicio del poder del Estado, que se estima injusto y violatorio de los principios de proporcionalidad y equidad que caracteriza todo régimen democrático y por ende, que transgrede el bienestar, seguridad, justicia y paz social.

1.1.3. Objeto.

La adecuada actividad del Estado con motivo del ejercicio de cualquiera de los poderes que lo componen –Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por excelencia–, y la delimitación del derecho de los gobernados para obtener una reparación patrimonial por los daños originados con motivo del despliegue de tal ejercicio de poder, bajo determinadas circunstancias, es lo que compone el objeto de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por medio de tal institución se trata de justificar tanto un derecho de los gobernados como una obligación de los entes públicos, para estar en posibilidad de exigir cualquiera de las consecuencias o garantías que emanen del ejercicio irresponsable del poder público que incida de manera personal, actual y directa en la esfera patrimonial de los gobernados, en aras de desarrollar un adecuado equilibrio entre el interés público y el particular, en otras palabras, configurar una sana relación entre el ejercicio del poder y la integridad patrimonial de los individuos en un sentido lato, cuando el primero incide en la segunda.

Así, el papel de la responsabilidad como principio constitucional del Estado de derecho está referido a la efectividad de la necesaria sumisión del Poder al derecho. Tal sumisión comprende, de manera principal, el control de la legalidad de los actos de los órganos que ejercen el poder –interdicción de la arbitrariedad–, y por vía de consecuencia, pero no por ello menos importante, la obligación de resarcir los daños causados por la actividad ilegal.

Por tanto, el objeto de la institución no se limita a las indemnizaciones a que deban tener derecho los gobernados con motivo de la actividad del Estado, sino a diseñar un mecanismo razonable que pondere el peso de los principios concurrentes, en miras a delimitar el porqué, cómo y hasta dónde habrá de llegar la

responsabilidad patrimonial por parte del Estado, inspirada bajo los principios de eficiencia, imparcialidad, equidad, justicia y responsabilidad, en miras del bien común. Esto implica 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.

1.1.4. Clasificación

Existen diversas formas de concebir la responsabilidad patrimonial según la perspectiva desde la cual centremos nuestra atención en el tema, habida cuenta las diversas doctrinas civiles y administrativas que al respecto han desarrollado el tema, así como en función de las perspectivas de diversos autores, pero dado que no corresponde a nuestra investigación, por el momento, generar un estudio exhaustivo de los criterios de clasificación, nos limitamos a exponer de modo sucinto, la clasificación que se menciona en la tabla 1.

CLASIFICACIÓN BÁSICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL				
CARACTERÍSTICAS	TIPO	CRITERIO DE CLASIFICACIÓN	TIPO	CARACTERÍSTICAS
Deriva de un acto jurídico en que el sujeto imputado asumió la responsabilidad. ²⁹	CONTRACTUAL	Según exista acuerdo de voluntades o consentimiento.	EXTRACONTRACTUAL	No deriva de un acto consensual. ³⁰
Necesaria existencia de una conducta	SUBJETIVA	Atendiendo a la voluntad del	OBJETIVA	No requiera culpa en el agente se atiende

²⁹ Es contractual cuando deriva de un acuerdo de voluntades donde las propias partes acordantes fijan las bases y condiciones de resarcimiento por falta o daño y, es extracontractual en cualquier otro caso que no derive de un acto consensual.

³⁰ Señala así Gordillo que responsabilidad extracontractual es “aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída... sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado”. (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. Ediciones Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000. Tomo I, cap. XX, p. 5 (Ver también nota 1.1 –p . XIII-1–de la obra mencionada, en la cual cita a BIELSA y a MARIENHOFF).

culposa del agente.		sujeto (culpa).		al daño objetivamente causado. ³¹
La responsabilidad se imputa en primer orden al funcionario y después al Estado. ³²	INDIRECTA	Atendiendo a la inmediatez del vínculo de responsabilidad estatal.	DIRECTA	El Estado responde desde el principio del daño. ³³
Presupone una conducta positiva, de dar o hacer de la autoridad.	ACTIVA	Según el tipo de conducta que genera daño.	OMISIVA	Surge ante una conducta de no hacer que era exigible (abstención).
El Estado responde únicamente cuando no se pueda concretizar la obligación indemnizatoria en el funcionario. ³⁴	SUBSIDIARIA	Conforme al vínculo entre Estado y funcionario.	SOLIDARIA	Estado y funcionario responden por igual. ³⁵
Atiende a principios del Derecho privado (civil).	PRIVADA	Derecho en que encuentra justificación. ³⁶	PÚBLICA	Atiende a principios del Derecho público.

³¹ La responsabilidad es objetiva cuando la norma general o la cláusula contractual obliga a resarcir el daño causado con entera independencia del dolo, culpa o negligencia del agente que la causó, simplemente se produce la existencia misma del daño; y, es subjetiva cuando, existiendo un daño, material o moral, sólo habrá de condenarse a su resarcimiento si se demuestra la intención o voluntad de causar un daño.

³² La responsabilidad indirecta se exige a una persona física o moral, por hecho ajeno, tal es el caso del patrón por sus trabajadores o, de quienes ejercen la patria potestad por los menores que estén bajo su custodia.

³³ La responsabilidad patrimonial directa es aquella que se exige a una persona, física o moral, por un hecho propio. Para atribuir el hecho propio a las personas morales oficiales es necesario valerse de la teoría del órgano, por virtud de la cual, es el Estado mismo el que expresa su voluntad a través de las personas físicas que, como servidores públicos, obran en nombre de ellas, esto es, aunque la conducta sea realizada por el funcionario, se reputa propia del Estado. Respecto a las personas morales se prevé la misma situación con la culpa in vigilando al referir que son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones. Vid. Pérez, Benito. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Actos Administrativos Ilícitos*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo 117. p. 805.

³⁴ Es subsidiaria cuando el obligado total o parcialmente a resarcir el daño, no puede hacerlo ya sea porque carece de patrimonio o capacidad de ejercicio y por tanto, provoca que otro deba, por su vinculación causal, cubrir el monto respectivo.

³⁵ Deriva de las obligaciones solidarias donde se puede exigir el cumplimiento de la responsabilidad en su totalidad de cualquiera de los sujetos que se asume que deben resarcir el daño causa, en cambio, es mancomunada la que habrá de exigirse a estos mismos, sólo en la medida en que cada uno resultó causante del daño, siempre y cuando tal concurrencia y delimitación sea posible determinarla.

La responsabilidad presupone una actividad que desborda los presupuestos de legitimación del poder público.	ILEGÍTIMA	Atendiendo a la legitimidad de la actividad estatal. ³⁷	LEGÍTIMA	Tanto la actividad estatal que está fuera de los principios que sustentan el ejercicio del poder como la que se desarrolla dentro, genera responsabilidad
Mayor radio de supuestos que abarca la indemnización: daños y lucro cesante.	ABSOLUTA	Grado de cobertura de la responsabilidad	RELATIVA	Menor la amplitud de los supuestos en que se indemniza, generalmente abarca solamente los daños, más no así el lucro cesante.
Legislativa Ejecutiva (administrativa)	FORMAL	Atendiendo al tipo de actividad de los poderes de la	MATERIAL	Legislativa Ejecutiva (administrativa)

³⁶ La responsabilidad aquiliana, de extracción civilista, fue la primer forma en que se pretendió legitimar la responsabilidad patrimonial estatal. Algunos doctrinarios hablan de una recepción del modelo civilístico en el campo del derecho público, otros, la presentan directamente como perteneciente al derecho administrativo. (Cassagne, Juan Carlos, *La Responsabilidad Extracontractual del estado en la Jurisprudencia de Corte*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, pp. 114-215.) Sin embargo, para DROMI, en principio no son aplicables en materia de responsabilidad de Estado los postulados del derecho civil. Esto es así -dice-, en razón de la iniciativa jurisprudencial que ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla conforme al derecho público. Con meridiana claridad nos informa que a pesar de que todavía se habla responsabilidad civil del Estado, ello es en puridad de verdad un eufemismo porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco de esencia privativista en el sentido de que se maneje a través de las normas de dicho código. Por ello recomienda la elaboración de una normativa expresa que establezca un sistema integral de responsabilidad pública. (Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*. 8ª ed., Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000. p. 816.)

Compartimos el criterio del autor precitado, porque el hecho de que las reglas jurídicas en las cuales se basamente esta doctrina, estén incluidas dentro del ordenamiento civil, no significa que pertenezcan a esa rama del derecho, de modo que deberíamos aceptar que la responsabilidad aquiliana si bien fue útil en un momento dado para permitir la etapa responsable del Estado, también es cierto, que seguir buscando en el derecho privado la correcta dimensión de tan noble institución, limita nuestra perspectiva de las complejas relaciones entre el poder público y los gobernados, de igual manera que se debe superar la subordinación de la responsabilidad estatal al campo administrativo.

³⁷ Ver, al respecto, Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo IV., Buenos Aires, 1980, p. 690 y ss.

³⁸ Esta clasificación atiende a que tanto el Poder legislativo, ejecutivo como judicial, despliegan actos que corresponde formalmente al tipo de funciones constitucionalmente asignadas, pero de igual forma ejercen actos que materialmente abarcan las funciones de los otros poderes. Como bien lo señala Videla Escalada, la situación responsabilizadora puede originarse a raíz del funcionamiento de

Judicial		Unión. ³⁸		Judicial ³⁹
----------	--	----------------------	--	------------------------

Tabla 1.

1.1.5. Teleología de la responsabilidad patrimonial estatal.

Delimitar la finalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado precisa tener en cuenta los soportes que permitieron su advenimiento: el principio de legalidad, el respeto de la propiedad privada y el principio de responsabilidad del Estado.⁴⁰ Bien dice HAURIU que existen dos correctivos a las prerrogativas con que actúa la administración: *que el poder público haga pero que respete la ley o que indemnice*.⁴¹

En el mismo sentido, MARIENHOFF indica: “El Estado de derecho presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite frente a él un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables”.⁴² Empero, la cuestión es determinar si la finalidad de la responsabilidad patrimonial es solamente salvaguardar la esfera jurídica del gobernado o configurar

cualquiera de los poderes del Estado, sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial. (Videla Escalada, Federico, *La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos*. Ediciones Depalma, Tomo 116, p. 760). Así las cosas, basta indicar que el Poder judicial también ejerce funciones administrativas al nombrar, sancionar o remover funcionarios, así como materialmente legislativas al dictar acuerdos generales, estableciendo reglas internas como el registro de cédulas profesionales de los autorizados con carácter de Licenciado en derecho o equivalente.

³⁹ En el ámbito legislativo se ha obligado al Estado a reparar perjuicios ocasionados con motivo de una ley formal inconstitucional que causa lesión en el patrimonio de los administrados, de manera que el legislador tiene que ajustarse a lo dispuesto en la Constitución Nacional y, si se aparta, el Estado debe indemnizar por los daños resultantes (Marienhoff, Tratado... Ob. Cit. Tomo IV, p. 692). En cuanto al Poder Ejecutivo, las reclamaciones de particulares nacen de razones muy variadas: desde una decisión contra legem hasta una información errada de un funcionario que origina perjuicios. En lo atinente al Poder Judicial, existe un elemento que introduce un factor especial: el estado de cosa juzgada. Frente al error judicial demostrado, no puede sostenerse la intangibilidad de la decisión que, por ejemplo, recluyó durante años a una persona inocente y, en tal supuesto es innegable la procedencia de la indemnización que deberá afrontar el Estado, a pesar de obrar en el más pleno ejercicio del poder público. La cuestión relativa a la responsabilidad ocasionada por los actos u omisiones del Poder Judicial, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales será tratada y ampliada posteriormente.

⁴⁰ “Las dos principales teorías del derecho administrativo son las del recurso contencioso-administrativo contra las decisiones ejecutorias de la administración y las (sic) responsabilidades pecuniarias en que incurre la administración en el ejercicio de su actividad”. Citado por García de Enterría, en el prólogo a la obra de Jesús Leguina Villa, *Responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Editorial Tecnos,, 1973, p. 21. También, García de Enterría y otro, *Curso...* Ob cit. Tomo 2, p. 321.

⁴¹ Hariou, Maurice, *Précis de droit administrative et droit publique*, 10a ed. París, 1921.

⁴² Ob cit. p. Tomo IV, p. 690.

un control sobre la actividad estatal a desplegar por los diversos entes que detentan el poder público.

En efecto, la doctrina ha encontrado una difícil solución para el planteamiento de cuál es la finalidad de esta institución; pareciera que una gran mayoría se inclina por la protección de la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos, producto de la consabida historia de impunidad con que se desplegó el Estado soberano, empero, ello se traduciría en restringir su verdadero alcance a un interés particular o privado, al simple ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado del que habla Marienhoff. En cambio, otra corriente se orienta por determinar que la *ratio essendi* de la responsabilidad del Estado es obtener que la actividad que realiza sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad (legal, moral y funcional de eficiencia)⁴³. La primera percepción podría estimarse de enfoque liberal en tanto que presupone la subordinación del interés público al del particular, la segunda, podría concebirse como una visión de naturaleza administrativista, dado que brinda un énfasis a la eficiencia del Estado-gestor, sin embargo, nuestra consideración es que la teleología de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser apreciada desde una perspectiva *constitucional y democrática*, habida cuenta que, no por nada se le ha elevado al rango de las nuevas garantías individuales de los gobernados frente al poder público en las Cartas Magnas de diversos países, como en México (artículo 113), lo que ha llevado a dotarla de una naturaleza *sui generis*, que ya no corresponde en forma limitativa al derecho civil en que tuvo origen ni al ámbito administrativo en que posteriormente pretendió encontrar raigambre dicha figura, sino que actualmente define tanto la estructura como la funcionalidad del poder público y de igual forma sirve como control o limitador de la discrecionalidad y desmedida arbitrariedad con que anteriormente se desplegaba tal poder.

Así las cosas, la *ratio essendi* moderna de la responsabilidad patrimonial no corresponde a una simple subsunción automática del supuesto de hecho al texto legal (expresión positivizada del Derecho), ni tampoco queda encerrada a un

⁴³ En ese sentido, se inclina el magistrado Jean Claude Tron Petit, *Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 20, México, 2005, p. 190.

positivismo formalizado de índole administrativo, sino que corresponde a los valores supremos de justicia del Estado en función de los cuales se da margen a la elaboración del derecho. En la medida en que se configura en una norma constitucional (proceso al que cada vez evoluciona más), participa de una finalidad limitadora del poder público y modela las relaciones sociales imperantes en el territorio en que se despliega tal actividad, al tiempo en que de igual manera intuye, comprende e integra valores al orden jurídico y define *grosso modo* los derechos fundamentales de los gobernados, cuya jerarquía suprema le asigna el carácter de parámetro para interpretar el ordenamiento y consensuar el contenido válido de las leyes.

De esta forma, el contenido de la responsabilidad patrimonial participa del fenómeno social y político preexistente de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, y en la medida que requerirá de una interpretación propia de las normas constitucionales, exige que su intérprete magnifique los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, para convertir a la norma escrita en la 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.

Bajo esa perspectiva, el nuevo rango constitucional asignado a la responsabilidad del poder público, implica precisamente un medidor de su ejercicio responsable, dado que debe contribuir a hacer más eficaz y eficiente la actividad estatal, evitar los supuestos de arbitrariedad y nepotismo con que actúan los entes estatales, reposicionando como fin último del Estado, el bien de la sociedad, sin afectar de manera desproporcionada al individuo, de manera que el interés social y el orden público encuentren un justo medio con el grado de sacrificio que se pueda exigir de los gobernados al resentir un daño en su esfera con motivo de tal actividad estatal y, por ende, lograr configurar supuestos equilibrados y proporcionales de indemnización a favor de los ciudadanos.

Es claro, el concepto de ejercicio de poder responsable ha llegado no sólo para quedarse, sino para ir mejorando las relaciones de supra-subordinación imperantes que ya no solamente exigen una legalidad formal en los actos del ente público sino de igual modo un ejercicio de los mismos adecuado como preventivo que no de margen a daños injustificados en el patrimonio individual y que cuando así acontezca garantice su indemnización equitativa y proporcional en función de una correcta ponderación de principios en conflicto, que de igual manera asegure la funcionalidad del sistema reconociendo la complejidad⁴⁴ de sus relaciones y por ende, la posibilidad de aplicar la teoría que resulte más idónea para obtener ese *justo equilibrio*, de entre todas aquellas que componen el abanico de soluciones posibles, teniendo siempre presente los restantes principios que regulan en lo general y en lo particular a cada uno de los poderes públicos.

En las relaciones entre individuos puede darse la responsabilidad por falta, pues todos se hallan situados en igualdad de posiciones, su libre actividad se ejerce en los mismos límites y ningún deber de reparación puede surgir en tanto no produzcan una violación de la regla de derecho, pues es la falta que hace desaparecer la igualdad de situación. Pero no se puede construir la responsabilidad del Estado sino sobre la idea de seguridad social, que se liga a la *igualdad ante las cargas públicas*. La actividad del Estado se ejercita en beneficio de la colectividad y las cargas que ella entraña no deben pesar más gravemente sobre unos que sobre otros. Si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe repararlo, haya habido o no falta de los órganos públicos.⁴⁵

⁴⁴ En ese sentido, el magistrado Neófito López Ramos (*La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 20, México, 2005, pp. 152 y 153), señala que, "...ante la complejidad de la actividad estatal, que comprende la realización de actos jurídicos y la actividad material que se traduce en la prestación directa (o concesionada) de servicios públicos, no es posible que la atribución o imputabilidad de responsabilidad con la obligación de reparar el daño causado, pueda ser explicada y justificada desde uno solo de los ángulos que contemplan las teorías de la culpa; de la falta del servicio; la del riesgo creado y la de la lesión antijurídica; de la igualdad o equidad ante las cargas públicas o de la solidaridad social, sino que cada una de ellas contribuye a dejar de manifiesto la casuística necesaria que deriva de la realidad presentada en la práctica judicial, y que obligará al Juez a identificar en cada caso concreto cuál ha sido la naturaleza específica de la actividad estatal que ha sido causante del daño y la justificación racional o jurídica que permite atribuir al Estado la obligación de reparación."

De modo que la razón de ser de la responsabilidad patrimonial habrá de ser que el exceso del ejercicio del poder público que origine daños se pague al afectado, una vez justipreciado los principios concurrentes para que ello no implique la disfuncionalidad del sistema y en cambio, sí responda a garantizar el adecuado y razonable equilibrio entre el interés público y el privado.

1.2. Teorías de la responsabilidad patrimonial.

Las construcciones conceptuales que han permitido el desarrollo vigente de la responsabilidad patrimonial se pueden dividir en dos grandes rubros, de índole civil y administrativo, identificadas por ciertas corrientes como de derecho privado en contraste a los principios de derecho público, en el entendido que al interior de ese rubro existen diferencias conceptuales, de manera que a continuación se procederá hacer una mención básica de las principales implicaciones de las teorías que al interior de cada disciplina en comento se pueden apreciar durante el devenir de la institución.

1.2.1. Teorías civilistas.

En primer lugar surgió la teoría de la representación, basada en argumentos civilistas que partían de la idea de que los servidores públicos actuaban en representación del Estado, por lo tanto, si se causaban daños a los particulares, el representado (Estado) debía responder por los actos de sus representantes.

El criterio anterior fue criticado, ya que si bien es válido sobre la materia civil, resultaba inapropiado dentro de la Administración Pública, en donde más que una cuestión de representación, implicaba un aspecto de funcionamiento de los órganos estatales. Aspectos que se proceden abordar en forma subsecuente.

⁴⁵ Citado por Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 5ª ed. Impresora Galve, México, 1972, Tomo II, p. 1328.

1.2.1.1.1. Responsabilidad subjetiva (Culpa in vigilando).

Históricamente es la primera en desarrollar la imputabilidad del Estado en su carácter de patrón de los agentes o funcionarios que cometieron por culpa un daño en determinado individuo, recurriendo a la aplicación de los principios de equidad⁴⁶ y justicia derivado se la *Lex Aquilia* que rigen las relaciones de coordinación entre particulares que guardan cualitativamente el mismo plano en los intereses en conflicto. Así, se acudió al Derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos y patronos por hecho de sus criados y dependientes, de tal forma que se equiparó al Estado con estos.⁴⁷

Las dos consecuencias más importantes de la influencia de la normativa civil en la responsabilidad patrimonial se pueden apreciar en la tabla 2.

IMPLICACIONES DE LA DOCTRINA CIVIL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	
Culpa del amo o patrono.	El Estado asume el deber de escoger cuidadosa y adecuadamente a sus funcionarios, así como vigilarlos permanentemente, de manera que la negligencia de éstos implica una desatención en su elección o vigilancia como criados

⁴⁶ La base, fundamento o causa de la obligación de reparar en esta concepción civilista no es la existencia de una falta o culpa en sí misma, sino el desequilibrio producido en las relaciones de los hombres, desequilibrio injusto, *iniuria*, que implica una perturbación de una igualdad que es necesario proteger, y por ende, necesario reparar aquella, dado la alteración que trajo el daño. Ello, tiene sustento a la vez en la idea de justicia distributiva y correctiva aristotélica. Así, se parte de que nadie debe beneficiarse con los daños de otro, y como consecuencia, surge responsabilidad tanto de quien se adueña de la propiedad ajena como de quien le causa un perjuicio a un semejante, lo cual conlleva a la concepción de causa y falta: no se puede afirmar que una persona haya sido la causa del daño de la otra a menos que decida perjudicarla actuando culposa, negligente o intencionalmente basada filosóficamente en la noción de culpa personal. La justicia correctiva tiene su fundamento en la concepción aristotélica donde aparece la idea de que los seres humanos deben vivir de manera que sus potencias y capacidades se realicen plenamente, dado que en cuanto animal racional el hombre ejercita su particularidad humana para lograrlo y en cuanto animal social pasa su vida cooperando con los demás, de manera que para que cada persona pueda vivir como debiera, la sociedad debe *distribuir* los recursos existentes de manera *equitativa*. Habiéndolo hecho, debe mantener la distribución, de modo que cuando una persona se ve en grave estado de necesidad, no operan las reglas normales de la justicia correctiva y ella puede tomar de otra parte lo que cubra su necesidad. En ese mismo orden, puesto que la justicia correctiva preserva la distribución de los bienes, quien adquiere algo a expensas de otro debe compensarlo, lo cual redundará en sancionar el enriquecimiento injusto (a expensas de otro) y la responsabilidad extracontractual.

⁴⁷ Posición defendida por notables civilistas franceses como Aubry y Rau, Demolombe, Baudry-Lacantinèrie y Planiol.

	o dependientes del Estado (<i>culpa in eligendo o in vigilando</i>).
Genera la responsabilidad indirecta del Estado.	En la medida que al Estado, como persona jurídica, no le es dable obrar ilícitamente, y por ende, era la conducta de su criado (funcionario) la que valorada podía comprometer al amo.

Tabla 2.

En efecto, el *criterio de la culpa*, explicaba la responsabilidad patrimonial extracontractual del ente estatal conforme a la base de que no hay responsabilidad sin culpa, cuyo correlato se encuentra en los actos ilícitos, asumidos éstos en su forma genérica como aquellos que son contrarios a las normas de orden público o las buenas costumbres; lo que implica el incumplimiento de una obligación preexistente donde la norma jurídica impone el deber de abstención o de hacer, sea con intención (dolo) o por culpa al no preverse lo previsible o habiéndose previsto (con representación) no se puso los medios a su alcance para evitar la causación del daño.

Ello implica valorar la conducta del agente o funcionario infractor y por ende, lograr identificarlo dado que si no se determina la persona física que cometió el hecho que tuvo el resultado dañoso, no puede estimarse acreditada la responsabilidad que deriva del mismo y su correspondiente nexo al ente estatal.

Las principales críticas de esta teoría fueron:

- La falta de correspondencia entre el destinatario de la norma civil (individuos) con respecto al ente público.
- Presencia de una interpretación forzada.
- Concepción errónea de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el Estado y sus agentes, dado que la asimilaba a una relación de carácter laboral.
- Facilidad de exoneración del Estado al poder alegar prueba de la diligencia o cuidado en la elección y vigilancia de sus agentes.
- Dificultad para la víctima de identificar al agente infractor y probar la culpa, en supuestos de daños producidos en forma impersonal o por dificultades para su delimitación (Poner la prueba a cargo de la víctima equivalía a negarle cualquier reparación).

Por otra parte, los beneficios de esta teoría radicaron en:

- Permitir el surgimiento de la brecha de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- Iniciar el quebrantamiento de la impunidad de la actividad soberana que remitía exclusivamente a la responsabilidad personal del funcionario.
- Ampliar las garantías con relación al patrimonio de los administrados.
- Iniciar el compromiso de la hacienda pública en las condenas resarcitorias.
- Aplicar el principio de equidad o igualdad a las relaciones Estado-gobernado.
- Aplicar la teoría causalista para determinar la imputación del funcionario público.
- Prever el derecho a una reparación integral que cubriera daño y en algunos supuestos el lucro cesante.
- Funcionaba cuando los daños no fueron muchos y la identificación del causante no producía mayores tropiezos.

1.2.1.2. Responsabilidad objetiva o del riesgo creado.

Constituye propiamente una excepción a la teoría de la culpa y fue reflejo de una determinada situación histórica, el desarrollo de la sociedad industrial donde la complejidad de las relaciones y la generación de las condiciones potencialmente peligrosas impidieron determinar en la mayoría de los casos al sujeto infractor. Ello trasladado a la acción estadual implicó imputarle como sujeto directo los daños derivados de su actividad riesgosa (uso de explosivos, armas de fuego, etc.).

En forma genérica el concepto se refiere a lo que se enuncia en la doctrina como “actividades peligrosas”. Ahora bien, la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas, genera una presunción contra el causante del daño, de la cual solo se exonera mediante la prueba de una causa extraña. Aunque por lo general se utiliza el concepto de “actividad peligrosa”, a veces se refiere el “riesgo excepcional” como si se tratara de conceptos diferentes. Como recuerda el profesor

TAMAYO⁴⁸, la jurisprudencia aplica la noción de actividad peligrosa al uso de armas de dotación oficial, vehículos automotores, vías y obras públicas, o explosiones. Por el contrario, la idea de “riesgo excepcional” se emplea usualmente en relación con los daños causados por redes de energía eléctrica. En ocasiones lo ha utilizado en la responsabilidad del Estado por actos terroristas de la subversión. “Y para complicar las cosas, a veces el Consejo de Estado (colombiano), al aplicar la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, expresamente niega que ella se fundamente en la teoría del riesgo, lo que acentúa la aparente diferencia entre actividad peligrosa y riesgo excepcional”.⁴⁹

Pero como se ha sugerido, el riesgo-peligro se identifica aquí con las actividades peligrosas y comprende tres series de hipótesis: a) cosas peligrosas, b) métodos peligrosos, y c) daños de trabajos públicos. No obstante no está por demás recordar que se prefirió tratar situaciones similares a través de la falla de servicio probada o presunta.

Bajo ese tenor, la teoría de la responsabilidad por riesgo, empieza también a ser obra de la jurisprudencia de los tribunales administrativos, partiendo de la base que si la Administración, con su actividad legítima, hace correr a los particulares riesgo de sufrir un daño, y si ese riesgo se realiza, en ciertos casos, deben indemnizarse los perjuicios causados. En algunos países la responsabilidad por riesgo no es la regla general, sino la falta de servicio. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha ido aumentando con el transcurso del tiempo los casos de aplicación de ese principio, entre los que se pueden mencionar los accidentes del trabajo sufridos por funcionarios públicos, los daños causados por las cosas peligrosas y los daños causados por las actividades o técnicas por su naturaleza peligrosas.⁵⁰

⁴⁸ Tamayo, Jaramillo, Javier, *La Responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico*. (Const. Pol. art. 90), Santa fé de Bogotá, Ed. Temis, 1997, p. 68.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 144.

⁵⁰ Durante una epidemia de rubéola, en un establecimiento público de educación, una profesora funcionaria en estado de gravidez, obligada por su estatuto orgánico a concurrir a sus labores, contrajo la enfermedad. Debido a ello su hijo nació con graves defectos auditivos y oculares. La responsabilidad del Estado fue fundada, en este caso, en las condiciones de funcionamiento del Servicio Público de Enseñanza, el que presentaba peligro en caso de epidemia de rubéola determinando un riesgo en el desempeño de una función pública. Este riesgo fue precisado como el consistente en contraer la enfermedad, en los primeros meses de embarazo, condicionando al niño a nacer afectado por esa enfermedad. Szczaranski Cerda, Clara Leonora. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, en Revista de Derecho, N° 8 (agosto 2003). Vid. <http://www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25328&code=saxTWmAMav1hY>.

1.2.2. Teorías administrativas:

En este segmento se encuentran aquellos modelos teóricos que han encontrado en el desarrollo del Derecho administrativo la justificación de la responsabilidad patrimonial que se caracterizan por centrar sus planteamientos en función de la actividad administrativa del Estado y los correspondientes servicios públicos que el mismo presta.

Conforme a ello, se ha configurado los supuestos de responsabilidad de falta del servicio, así como de lesión antijurídica e igualdad ante las cargas públicas, que a pesar de las diferencias que guardan en cuanto a la forma y términos de imputar responsabilidad al poder público en cuanto a los daños que origine con motivo de su actividad, tienen un punto común, que es tener sustento en el acto administrativo y el derecho que reglamenta a éste, con una perspectiva pública en oposición a la de índole individual que rige en materia civil, aunque en muchos de marcos teóricos que a continuación se hará indicación, aún siga estando muy vinculados con la perspectiva de un Estado libera (Véase figura 5).

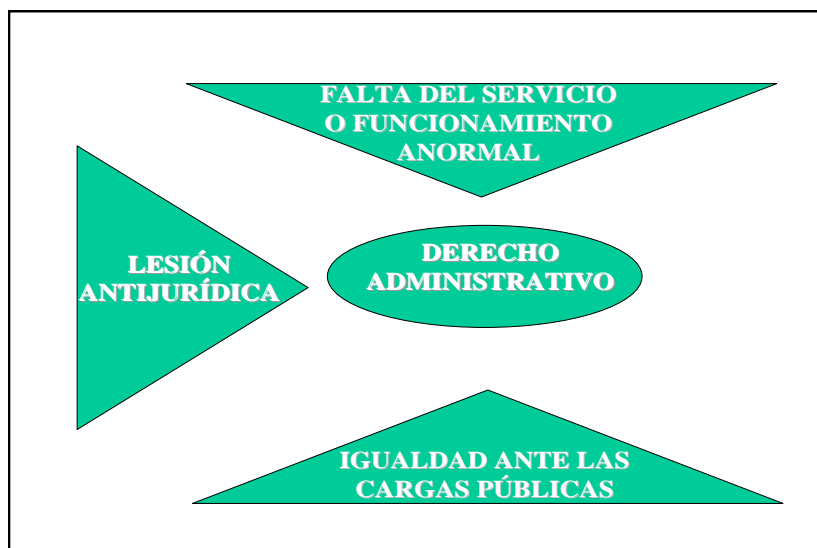


Figura 5.

1.2.2.1. Falta del servicio.

Francia ha desarrollado principios y normas específicas para abordar la responsabilidad extracontractual del Estado, distintas de las que se aplican en el derecho privado. Son de creación de la jurisprudencia especializada francesa, la falta de servicio, la falta personal y el perfilamiento de una responsabilidad por riesgo.

El Consejero Pedro Pierry, nos recuerda que "el comienzo del desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia lo dio el célebre fallo "Blanco", del Tribunal de Conflicto de 08 de febrero de 1873".⁵¹ En este fallo se estableció que "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares" (...) "De acuerdo a ese fallo, considerado la piedra angular del Derecho Administrativo francés, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del Servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados"⁵². A partir de este fallo el tema evolucionó y el Consejo de Estado de Francia construyó la responsabilidad del Estado no sólo en forma distinta y separada de la prevista en el Código Civil sino que formuló la distinción entre falta de servicio y falta personal.

De esta manera, la distinción entre falta de servicio y falta personal tuvo su origen en Francia en la existencia de una jurisdicción administrativa paralela y separada de los tribunales ordinarios, según se estableció a partir del fallo "Pelletier" del Tribunal de Conflictos de 30 de julio de 1873 ya que, en virtud de éste, se determinó que, si los reclamos por indemnización de perjuicios en contra del Estado

⁵¹ Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative. M. Long. R. Weil. G. Braibant. Ed. Sirey. 1965. N° 1, p. 5.

⁵² Vid. Pierry Arrau, Pedro, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Revista de Ciencias Jurídicas. Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo N° 1, Universidad de Chile, Santiago; *Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios*, Revista de Derecho N° VII, Universidad Católica de Valparaíso, 1983; *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*", Revista de Derecho Público N°

correspondían a una falta de servicio, el tribunal administrativo era competente para conocer de él, no pudiendo en este caso el tribunal ordinario condenar al funcionario a la reparación de los perjuicios. Por el contrario, si se trataba de una falta personal, sería competente ese tribunal y podría conocer la demanda sin que ello implicara entrar a controlar la actividad administrativa, siendo por su parte incompetente el tribunal administrativo. Esta distinción ofreció al derecho francés una fórmula de protección de los derechos de los particulares conjugada con una adecuada protección de los funcionarios públicos por las consecuencias de sus actos. Esta distinción es el fundamento esencial que permite considerar a la Administración como responsable de un daño sin que se requiera -en determinadas hipótesis- el nexo relativo a la culpa o el dolo del funcionario o agente público involucrado en los hechos.

En la falta de servicio, la subjetividad del funcionario, como anticipábamos, no interesa y, éste, no es civilmente responsable ante la víctima ni ante la Administración (sin perjuicio de poder ser además responsable ante la administración por alguna falta administrativa independiente de la falta de servicio en cuestión). La falta de servicio es el mal funcionamiento del servicio público, asunto fáctico e histórico y, por tanto, relativo al específico contexto de desarrollo cultural, tecnológico como económico, aunado a la naturaleza y características del servicio de que se trate y a la gravedad de la falta.⁵³

59, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996; y *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Revista de Derecho del CDE. Año 1 N°1, julio 2002.

⁵³ Un caso propio de falta de servicio en la concepción francesa puede ser la emisión de un acto administrativo ilegal y, tal acción, compromete la responsabilidad del Estado si causa un daño a una persona. Esta responsabilidad es independiente de la persona del funcionario o autoridad que dispuso el acto ilegal, siendo siempre el Estado el que deberá responder por los perjuicios que se hayan causado por dicho acto. Esta responsabilidad del Estado tiene sus propios fundamentos sin perjuicio de aquellos en que se pueda fundar eventualmente, además, responsabilidad administrativa de los funcionarios o autoridades vinculados con los hechos, quienes pudieron proceder al margen o en contra de sus obligaciones para con el Estado.

Luego, la distinción entre falta del servicio⁵⁴ y falta personal para el efecto de que la responsabilidad del Estado proviene del criterio rector relativo al funcionamiento normal o anormal de la administración, fundiendo la noción de culpa y servicio público. En realidad, la falta del servicio representa un caso de responsabilidad por hecho propio del Estado, pero la determinación de la falta del servicio no debe prestarse a equívocos, dado que siempre se trata de un hecho culpable de uno o más funcionarios, pero por disposición de la norma, se hace abstracción del sujeto para atender al dato objetivo del hecho u omisión (falta del servicio que causó el daño) que debe ser reparado por el Estado. *Así mientras la culpa exige la identificación del sujeto concreto que causó el daño, la falta de servicio no, dado que atañe al defectuoso o anormal funcionamiento de la administración.*

Ello es así, porque la aparición de la falta de servicio es inseparable del contexto en el cual nace la responsabilidad administrativa en relación al gran problema que dominó todo este período, saber quién era responsable, el agente o el servicio del cual hace parte, para responder por los daños causados a los particulares. Ello, estuvo conectado con el problema de la jurisdicción competente para conocer de los procesos de responsabilidad iniciados contra el Estado y sus funcionarios, detrás de lo cual se ocultaban no solo motivaciones jurídicas sino intereses políticos. Desde el primer momento, como se expuso, el fallo Blanco planteó que la responsabilidad administrativa obedecía a una concepción diferente a la responsabilidad civil, que no podía entenderse como “general y permanente” sino que obedecía, por el contrario, a “sus propias reglas”.

Quedó así sólidamente establecido, a partir de este fallo, que el hecho de servicio corresponde a la competencia administrativa, y que el hecho personal del funcionario puede dar lugar a una acción de responsabilidad ante los tribunales civiles. La falta de servicio “revela a un administrador más o menos sujeto a error”,

⁵⁴ La expresión “falta de servicio” apareció mucho después que el principio de la responsabilidad del poder público fuera planteado en los fallos Rotschild y Blanco. Como se expuso al estudiar la evolución de la responsabilidad administrativa en Francia, MAURICE HAURIOU en su comentario al fallo Tomaso-Greco le atribuye la paternidad al Comisario de Gobierno Romieu, quien en sus conclusiones sobre el caso Cames declaraba que “el servicio público es responsable”. Pero en verdad, lo más seguro es que fue TEISSIER, quien en sus conclusiones sobre el fallo LE BERRE fue el primero en utilizar esta locución hoy tan característica de la responsabilidad administrativa. El Conseil d’ Etat, por su parte, esperó a los fallos Tomaso-Greco y Auxerre para hacer lo mismo. Vid.

mientras que la falta personal revela “al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”.

En la opinión de los privatistas, por otra parte, la cuestión de la responsabilidad administrativa era simple: bastaba declarar aplicables a las entidades públicas los artículos 1382 y siguientes del Código Civil que regulaban los delitos y cuasi-delitos. La consecuencia implícita de esa aplicabilidad del Código Civil era la de negar toda existencia a una noción administrativa de la falta: no era necesario, según esta concepción, acudir a otros mecanismos diferentes a los utilizados satisfactoriamente por las personas privadas. El efecto paradójico de tal pretensión fue que los publicistas se sintieron tentados en un principio a repudiar la falta misma por la necesidad de construir la responsabilidad pública sobre una base enteramente diferente de la responsabilidad pública sobre una base enteramente diferente de la responsabilidad civil: puesto que esta reposa sobre la falta, sería necesario rechazar toda referencia al mismo fundamento. El propio HAURIUO, futuro heraldo de la falta del servicio público, la considera inútil en un principio y propone, en cambio, una teoría del “accidente administrativo” alrededor de la noción de seguro, fundada en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Otros, en cambio, continuarán negando, ya no su existencia real sino conceptual.

El principal adversario de la noción de falta de servicio es, sin duda, LEÓN DUGUIT cuyo criterio se basa en su concepción del Estado y en su rechazo categórico a la noción de personalidad moral. Para el gran jurista bordelés, esta última concepción es tan inexacta como inútil. En la tercera edición de su *Traité de droit constitutionnel*, la tilda de “simple visión del espíritu, que no responde a nada real y que puede conducir a consecuencias peligrosas ya que no es otra cosa que aniquilación del individuo, y su absorción plena y total en el grupo”.⁵⁵ Por ende, las nociones de responsabilidad y de falta implican la existencia de una persona dotada de voluntad plena. Si el problema de la responsabilidad del Estado se planteara en esos términos, implicaría que el Estado es una persona titular de una voluntad conciente y libre. En realidad lo que hay es la falta de un agente; y la única cuestión que se plantea es saber si las consecuencias de esa falta serán soportadas por el

Saavedra Becerra, Ramiro, *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, Santa fé de Bogotá, 2005, pp. 234-239.

⁵⁵ Op. cit. p. 237.

patrimonio público o por el patrimonio del agente. “Se puede hablar de la falta del Estado, de la falta del servicio público. Pero se trata de expresiones figuradas; es pueril tomarlas en su sentido propio”⁵⁶. Es cierto que por puro hábito y por la influencia persistente de las ideas civilistas el juez administrativo habla de la falta del Estado, pero en realidad se refiere a las faltas cometidas por sus agentes. Todo el sistema del Decano de Burdeos se resume en una proposición: “El derecho público moderno reconoce, no la responsabilidad subjetiva del Estado-persona, sino un seguro en beneficio del administrado sobre el patrimonio afectado al servicio, contra el riesgo proveniente para él de la ejecución de ese servicio.”

No obstante y pese a la autoridad que llegaría a tener LEÓN DUGUIT, y a su innegable influencia en el temprano desarrollo del Derecho administrativo, la noción de la falta del servicio acabará por consolidarse. Seguirán existiendo, desde luego, contradictores de la idea de que puede existir la falta como forma específica y autónoma de culpa estatal. De entre ellos se destaca, ya en una época más reciente, el célebre profesor CHARLES EISENMANN, quien en un estudio notable aparecido en 1949, yendo contra las ideas recibidas, se dedicó a demostrar “que se necesita mucho para que de la relación entre el régimen de la responsabilidad pública y el régimen de responsabilidad privada se pueda afirmar la total autonomía del primero, es decir su radica originalidad”. Niega por tanto toda idea de una falta de servicio autónoma y diferente de las nociones propias de la responsabilidad civil extracontractual. La polémica expresa en realidad la diferente óptica desde la cual se mueven privatistas y publicistas. Pero como señaló de manera afortunada el profesor LIBARDO RODRÍGUEZ:

“Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales. Aquí se trata, se dice, de una culpa objetiva o anónima. Preferimos decir *culpa objetivizada*, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores, pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquella solo da lugar a responsabilidad subjetiva. Desde este punto de vista puede decirse que la responsabilidad por culpa o falla del servicios es una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva, pues si bien se requiere la existencia de una culpa, no se trata de la culpa subjetiva tradicional, sino de una culpa objetivizada”.⁵⁷

Sería ilógico suponer que el concepto de la falla no haya sido objeto de cambios evolutivos que lo sitúan hoy en día en un marco conceptual muy diferente

⁵⁶ Citado por Saavedra Becerra, Ramiro, Op. cit. 237.

del que reinaba a fines del siglo XIX. Así por ejemplo, mientras que la falta de servicio se origina en torno de una cuestión de competencias y tiene como efecto inicial proteger los funcionarios públicos de las demandas de responsabilidad, al final terminará convertida en un mecanismo que, en la visión de los modernos doctrinales franceses, al trasladar el peso de la reparación en el apartado público, garantiza los derechos de los administrados. Esto lleva a repasar brevemente la manera como se ha concebido en el Derecho administrativo la falta de servicio.

Corolario de lo anterior, resta hacer una acotación sobre la falta personal. Este fue un principio fundante de la responsabilidad que corresponde al Estado por falta de servicio, de conformidad con los hechos y circunstancias del caso, que puede ser desplazado por el que funda la responsabilidad personal del funcionario, la denominada falta personal, que hace recaer en el funcionario la reparación de los perjuicios.

La falta personal es, según la doctrina francesa, aquella que se comete mediante acciones separables del ejercicio de la función que corresponde al funcionario, material o psicológicamente. Se trata de actos realizados, por ejemplo, en el ámbito de la vida privada del funcionario u obedeciendo a razones o motivos personales, fuera de la finalidad de la función, con la intención de agraviar o con grave imprudencia o negligencia, dando paso a la calificación de la falta personal como dolosa o culposa, respectivamente.

La evolución posterior del derecho francés condujo a aceptar la posibilidad de la coexistencia de la falta de servicio con una falta personal del funcionario. Así fue como en el conocido fallo "Anguet", de 3 de febrero de 1911⁸ el Consejo de Estado abrió la vía a la doctrina llamada del "cúmulo de responsabilidades". En la especie se trató de dos hechos diversos, uno constitutivo de falta de servicio y otro de falta personal, cuya coexistencia dio origen a un accidente, configurándose de esa forma un cúmulo de faltas, por cuanto coexistieron los dos tipos mencionados.

Posteriormente se admitió la responsabilidad del Estado en todos aquellos casos en que la falta personal del funcionario se hubiera cometido con los medios o instrumentos puestos a su disposición por el Servicio. Se señaló, con ocasión del

⁵⁷ Ibidém. p. 238

fallo "Lemonnier" del Consejo de Estado, de 19189, que la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta.

De este modo, como señala la doctrina experta, el Estado eventualmente debe indemnizar a los particulares por el riesgo creado al proporcionar a funcionarios medios, o la oportunidad, de cometer faltas personales. En este caso no existe cúmulo de faltas, sino "cúmulo de responsabilidades", y la víctima podrá dirigirse indistintamente contra la Administración o contra el funcionario. Si elige el primer camino, el Estado, ciertamente, podrá repetir en contra del funcionario por lo que haya debido indemnizar a la víctima.

Otra de las contribuciones de la evolución de la experiencia francesa, y de la vía adoptada por ese ordenamiento jurídico para enfrentar la responsabilidad del Estado, es la decantación del principio de responsabilidad por riesgo.

En cuanto al *mal funcionamiento como causal de imputación*. Entendido como criterio o causal de imputación, la doctrina postula que el funcionamiento anormal de la Administración comprende tanto a las actuaciones personales de los funcionarios o agentes administrativos que con su comportamiento ilegal y culpable hayan causado materialmente el perjuicio antijurídico, como a las actuaciones impersonales o anónimas de carácter ilícito o ilegal que se pueda atribuir a la organización administrativa en cualquiera de sus manifestaciones.

En el primer caso, la culpabilidad del agente físico autor material del perjuicio engendra directamente la responsabilidad del ente público a cuya organización pertenezca aquel y cuyas funciones desempeñe frente a terceros, quedando lógicamente excluidos los daños causados por su actividad estrictamente privada que no guarden relación alguna con el servicio. En el segundo caso, el criterio de la culpa o de la ilegalidad se materializa objetivamente en el funcionamiento del servicio público en cuanto tal, con independencia de toda conducta lícita de personas físicas concretas. Se trata, pues de una culpabilidad objetiva del servicio, que puede darse tanto si el servicio ha funcionado ilegal o defectuosamente, por debajo de los niveles medios de prestación exigibles en cada servicio, como si no ha funcionado en absoluto cuando la ley impone el deber de actuar.

Por otra parte, “para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse –y así ocurre con frecuencia- de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (culpa in omittendo, o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa in omittendo, abstenciones, cuando existe un deber funcional) ya que todos estos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la Ley utiliza (funcionamiento ‘anormal’).⁵⁸

Como ya se expuso, la doctrina entiende aquí la anormalidad como un concepto jurídico indeterminado que como tal se concreta en cada caso particular a través de los estándares del rendimiento medio del servicio de que se trate según sus características y desarrollo. Hay también desde esta perspectiva el no cumplimiento de un deber, de una obligación funcional de actuar en determinado sentido.

Cómo juega realmente el mal funcionamiento como causal de imputación en la teoría de la sesión, da la impresión de ser una de las asignaturas pendientes de la doctrina y la jurisprudencia españolas. Porque después de la solemne e infaltable declaración sobre el carácter absolutamente objetivo de la responsabilidad, las sentencias de los tribunales españoles pasan generalmente a un análisis del comportamiento administrativo que reprocha en términos inequívocos la falla, el mal funcionamiento o el incumplimiento del ente respectivo sin que se vea con claridad cómo se articula esta falencia en cuanto “causal de imputación” con el carácter objetivo de la responsabilidad. En otras palabras, no se aprecia ninguna diferencia entre el tipo de raciocinio propio de un sistema subjetivo de responsabilidad y el que se realiza desde la teoría o doctrina objetivista de la lesión. Esta situación es señalada incluso por los propios partidarios del sistema. Las nuevas tendencias, es cierto, se orientan hacia la adopción de posiciones inspiradas en la teoría penalista de la “imputación objetiva” a la cual habremos de referirnos al tratar el tema de la causalidad.

⁵⁸ Ibidém. p. 247.

En todo caso se estima que objetivada o no, la referencia al comportamiento del servicio es necesaria: como hemos dicho, la responsabilidad estatal no puede ser solamente un mecanismo individual-garantista del patrimonio, sino un índice absolutamente necesario del nivel de funcionamiento técnico de los entes públicos: solo así el instituto de la responsabilidad trascenderá el plano puramente individualista del interés particular para alcanzar la dimensión del interés comunitario, propia del Estado Social de Derecho.

En cualquier caso, si se asume como cierta la idea de que el mal funcionamiento se concreta en un incumplimiento de las obligaciones administrativas, es forzoso concluir que además de una obligación concreta, que no es siempre fácil de precisar, ese incumplimiento podría recaer ante todo sobre los principios generales que presiden toda la actividad de la función administrativa tal como ellos se proclaman en la Constitución Política. Tales principios se concretan, desde luego, en obligaciones determinadas de los distintos entes y órganos de la administración como se comenta más adelante. Deberá por tanto entenderse la “falta de servicio” como sinónimo de “mal funcionamiento” o “funcionamiento anormal”, en función del incumplimiento de sus obligaciones legales que se expresa como una calificación puramente técnica del componente de actuación del ente administrativo en el análisis de la responsabilidad: no ya considerando la falta en su traducción de culpa que denota un reproche, un señalamiento moral o ético o incluso un “pecado jurídico”, sino como lo expresa DARCY, y tiende a considerarlo la doctrina moderna como un elemento fundamentalmente objetivo. Es el mismo sentido que la doctrina anglosajona objetiviza la falla (negligence) al considerarla como una actuación que se separa del standard admitido o previsto.⁵⁹

Por lo tanto, la lesión antijurídica y resarcible desde el punto de vista administrativo debe ser consecuencia del funcionamiento irregular de la Administración Pública a través de sus funcionarios.⁶⁰

⁵⁹ Ibidém. p. 248.

⁶⁰ Con el propósito de que las indemnizaciones respectivas se llevaran a cabo con un criterio de justicia, en el texto propuesto para la reforma constitucional del artículo 113, párrafo segundo, de la Constitución Mexicana, se indicaba que: "Todo aquel que sufra una lesión... tendrá derecho a ser indemnizado en forma proporcional y equitativa...". El sentido de la expresión proporcional y equitativa que aquí se usó fue el que tuvo en su origen, como criterio de justicia, y que permite dar un tratamiento igual a los iguales, y desigual a los desiguales, según expone Álvaro Castro Estrada (Análisis jurídico..., Ob. cit. p. 4). Se trata del criterio que el citado autor ha llamado de ponderación,

1.2.2.2. Igualdad ante las cargas públicas.

Parte de que cualquiera que en ejercicio de una actividad o empresa cause un daño a otro, como consecuencia mediata o inmediata de esta actividad, debe resarcir el daño, sin que obste a ello si hubo o no culpa (negligencia, imprudencia o impericia) y aunque el daño proviniera de caso fortuito o fuerza mayor.⁶¹ Así, se propone entender la lesión como un perjuicio antijurídico no tanto referido a la antijuricidad o ilicitud del daño o perjuicio producido sino a su connotación objetiva que se refleja en la situación de que el particular dañado no tiene la obligación de soportar ese hecho porque no lo dispone así el ordenamiento.⁶²

De manera que parte del principio de igualdad según el cual todas las personas son iguales ante la ley, de manera que no se debe permitir discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.⁶³ Congruente con ello, en materia tributaria ha conllevado a señalar que toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establece la ley, en forma equitativa y proporcional. De

en virtud del cual las indemnizaciones no deben ser iguales para todos, sino integrales para quienes menos ingresos tienen, y equitativas para quienes más ingresos perciben. Además, no considera que la indemnización proveniente de una actividad administrativa indebida deba ser la misma que una debida; la primera estima, debe ser integral; y la segunda, equitativa (a pesar de que, en materia de responsabilidad objetiva, la conducta de los agentes públicos no es el dato relevante, sino la relación causa-efecto entre la actividad causante que se imputa al Estado y la lesión antijurídica ocasionada, lo cual es un contrasentido). De esta forma, se aprecia una confusión entre la intención de haber incluido la expresión proporcional y equitativa para dar base constitucional a las indemnizaciones ponderadas o diferenciadas, si en todo caso, es intrascendente la licitud o ilicitud de la actividad, bajo el concepto de actividad irregular que plantea el autor en cita y, de esta manera, es incongruente su opinión de que se adhiere a la postura doctrinal que estima que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado debe jugar un papel redistributivo aunque sea en mínima medida, si el tipo de responsabilidad objetiva que defiende dicho autor, prescinde a su consideración, de si el acto estatal es normal o anormal, legal o ilegal.

⁶¹ Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità diretta dello Statu, y Principii*, 1893.

⁶² Castro Estrada (*Responsabilidad Patrimonial...*, Ob. Cit. p. 276), en relación a la lesión antijurídica sostiene: "... la idea central es ésta: la nota de antijuricidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde la situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del daño causado."

⁶³ El principio de igualdad de la ley, lo podemos encontrar con certeza en los artículos 1º, 5º, 13º y 31 fracción IV, de la Constitución Mexicana.

modo que, el sistema tributario debe procurar la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica de los contribuyentes, atendiendo al principio de progresividad. Estos planteamientos recogidos en la mayoría de las normas constitucionales y tributarias de los países, son las que han llevado al principio de igualdad de las cargas públicas, fundamento específico de uno de los regímenes del sistema de responsabilidad administrativa, como es la responsabilidad sin falta o por *sacrificio particular*.

De modo que esta Teoría parte de que si todos los individuos deben contribuir con las cargas del Estado, de forma igualitaria, sin distinciones, entonces cuando una determinada actuación de la Administración Pública produce daños anormales o especiales ello supone un sacrificio de un determinado particular, quien no está obligado a soportarlo, ya que sólo está obligado a soportar lo que a todos los individuos le corresponde, de esta manera se produce una ruptura en el principio de igualdad de las cargas públicas, principio de aplicación directa en el régimen de responsabilidad administrativa, que impone las correspondientes indemnizaciones.

Tales planteamientos configuran a la responsabilidad patrimonial como un derecho del particular a ser indemnizado de toda lesión injusta, derecho de cual, la responsabilidad constituye la sanción; o sea, la responsabilidad sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, cuando ello se rompe y se exige un sacrificio que a los demás no se atribuye, se origina la necesidad de reparar tal desequilibrio mediante la indemnización conducente. En este caso, la responsabilidad acarrea una sanción por un comportamiento inadecuado, y se convierte además en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial.

En efecto, la responsabilidad del Estado por sacrificio particular surge cuando el Estado, en ejercicio de su actividad lícita, causa un daño que por virtud de su gravedad y especialidad comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, desde que impone un sacrificio para el particular que excede de

aquél que el común de los administrados debe normalmente soportar.⁶⁴ Ahora bien, a diferencia del derecho civil, el fundamento de ambos tipos de responsabilidad no radica en la noción de culpa ni se explica mediante la noción de responsabilidad objetiva; éste responde al principio de garantía de la integridad del patrimonio del particular frente a la acción del Estado. Se traslada así al daño el elemento central de determinación de la responsabilidad. Por consiguiente, para la determinación de la responsabilidad del Estado no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, basta que se produzca *una lesión atribuible a la actividad administrativa para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado, dado que éste no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación.*

La crítica a esta justificación de la responsabilidad patrimonial radica entonces, en que solamente descansa sobre el derecho del particular a la integridad de su patrimonio, ponderando en grado mayor el interés particular que el social y concretamente, dejando de analizar la funcionalidad del sistema y los principios constitucionales a que se encuentra sometido el ejercicio del poder público, habida cuenta que enfatiza su razón de ser en el derecho del gobernado a no soportar el daño sufrido sin indemnización, sin que sea necesario verificar, a los fines de la procedencia de la responsabilidad, la conducta dolosa o culposa del agente del daño, ni la falla del servicio.

La anterior conlleva a que dicha teoría parte de un ideal igualitario que se traduce así en un dogma del constitucionalismo moderno: *"el derecho de todos los hombres para ser juzgados por las mismas leyes", por un derecho común, aplicable a todos.* Sin embargo, se pierde de vista que esa idea igualitaria está asociada con las instituciones republicanas y democráticas, en las cuales si bien la participación igualitaria es condición indispensable existen innumerables supuestos en no acontece así, porque en la exigencia de ello se infringiría el mismo principio de igualdad. Esto es, en función de que no existe una igualdad absoluta sino gradual y en cada caso se

⁶⁴ Son supuestos de este tipo de responsabilidad: 1. Las limitaciones generales al derecho de propiedad derivadas de la expropiación por causa de utilidad pública o social, las servidumbres administrativas, las ocupaciones temporales y la requisición de bienes en tiempo de guerra y las limitaciones por

debe justipreciar la totalidad de los factores que convergen para determinar si existe razón para dar un trato igual o desigual, en esa misma medida, no es factible indicar que todos los sujetos que se ubican en una desigualdad respecto a la forma de soportar las cargas públicas, les corresponde una indemnización, si tomamos en cuenta que en un momento dado las necesidades de la sociedad pueden hacer necesario tal sacrificio en función de la convivencia social misma o para el correcto ejercicio del poder público y que en todo caso, máxime que ante el conflicto de principios constitucionales en que ha participado el de protección de la propiedad privada no siempre resulta válido afirmar que un sacrificio en tal derecho que no se exige al resto de los ciudadanos debe ser reparado por el patrimonio de la comunidad administrado por el Estado, cuando la ponderación de otros principios constitucionales o derechos humanos, conlleva a dar un mayor peso a la necesidad del sacrificio por parte del gobernado.

En esa tesitura, el requerimiento de igualdad no significa: 'lo mismo para todos'. El requerimiento igualitario de la justicia significa que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual y por otro, los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes. Los corolarios de la igualdad son la *imparcialidad* y la existencia de *reglas fijas*. La responsabilidad patrimonial requiere efectivamente imparcialidad en el sentido de no ser regulado por un sentido de discriminación pero tampoco puede permitir exigir una igualdad utópica ante las cargas públicas por parte de los gobernados como presupuesto, dado que unos participan en mayor o menor medida y ante la dificultad para analizar ello, se debe partir que no cualquier desequilibrio en la forma de soportar las cargas públicas puede permitir la obligación resarcitoria del poder público, sino que para debe atender al trato de individuos sólo en virtud de circunstancias, relevantes.

Aunado a ello, se debe tomar en cuenta que la idea de igualdad ha sido considerada, desde la antigüedad clásica, condición de la democracia –ideal político del mundo moderno–, pero la igualdad, no es la única exigencia que reclama el ideal democrático, éste es mucho más complejo y nutrido en los principios que lo rigen

razones urbanísticas. 2. La revocatoria de actos administrativos por razones de mérito, oportunidad o conveniencia. 3. El rescate o revocación de contratos administrativos por razones de interés público.

como toda una forma de vida y para el progreso social. De modo que los problemas de la responsabilidad patrimonial afectan particularmente la organización del Estado y su desenvolvimiento en regímenes democráticos, que impiden tomar únicamente la igualdad ante las cargas públicas como elemento que justifique la responsabilidad patrimonial. Garantizar la participación igualitaria de los ciudadanos en el gobierno del Estado el acceso igualitario a la administración de justicia, compensar las desventajas materiales, determinar las relaciones entre la libertad y la igualdad o con otros derechos fundamentales son problemas que preocupan profundamente a la dogmática constitucional, y ahí, es donde puede darse el siguiente paso para la reconstrucción de un sistema de responsabilidad que sea acorde con el régimen democrático, constitucional y social al que tienden las sociedades modernas en la configuración del poder público.

1.2.3. Hacia una Teoría constitucional.

A razón de lo expuesto, se observa que en una primera fase, la responsabilidad del Estado tuvo su base en la responsabilidad por hecho ilícito o culposo derivado de la aplicación de la normativa civil, que posteriormente fue asimilada por el Derecho administrativo a la noción de "falta de servicio o funcionamiento anormal de éste" derivada de los actos, hechos u omisiones de la Administración. Que en una segunda fase, se adoptó el criterio de la responsabilidad objetiva con el objeto de justificar la determinación de la responsabilidad del Estado sin falta por situaciones de riesgo creado en un claro retorno al Derecho civil, empero, la generalización de tal responsabilidad a las actividades del Estado en que no existía supuestos de riesgo creado, implicó una extrapolación del interés particular sobre el social, generando supuestos de indemnización objetivamente injustos para las finanzas públicas y para la propia sociedad, ya que se perdió de vista que una responsabilidad de tal naturaleza tendría que partir de que toda la actividad del poder público implica un riesgo creado, lo cual resulta inadmisibles.

Ahora bien, en una tercera fase, la jurisprudencia fue aplicando el principio de igualdad ante las cargas públicas con el fin de justificar la responsabilidad del Estado por sacrificio particular por daños derivados por lo general, de las limitaciones

impuestas al derecho de propiedad en materia urbanística, empero, de igual manera tal pensamiento resulta limitado y sumamente liberal, anteponiendo el concepto de propiedad privada (liberal) de antaño al de índole social que rige en los regímenes demócrata-constitucionales. De manera que es necesario dar el siguiente paso en la evolución de la forma de justificar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que si bien, en la actualidad, el fundamento de la responsabilidad se está haciendo ir hacia el concepto de lesión antijurídica, que descansa en el derecho del particular a la integridad patrimonial, es decir, el derecho del particular a no soportar sin indemnización el daño sufrido, siendo irrelevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación, tal corriente aplicada en forma generalizada a las relaciones del poder público con sus gobernados implica un retroceso en la evolución del Derecho constitucional⁶⁵ y los derechos humanos, habida cuenta que el debate y la balanza de los argumentos se está haciendo inclinar totalmente en un derecho humano de la primera generación (protección de la propiedad privada), menoscabando el peso que guardan los restantes derechos fundamentales del hombre, así como los principios que nutren de validez formal y material el derecho y el ejercicio del poder público.

Bajo ese contexto, al ser el reconocimiento y aplicación efectiva de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos una de las piezas maestras dentro del sistema de relaciones jurídicas existentes entre los poderes de la Unión y los gobernados, dado que incide de forma trascendental en su estructura y organización, ello exige el siguiente salto evolutivo de la institución comentada, a saber: la construcción de una *Teoría constitucional que justifique "responsablemente" la responsabilidad patrimonial*.

⁶⁵ El Derecho constitucional se percibe como "Rama de la ciencia jurídica que trata del estudio de la constitución de un país o de las constituciones en general" (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Estrada, Bs. As., 1951, p. 34). "Sistema de normas positivas y de principios que rigen el ordenamiento del Estado de derecho, y cuya finalidad suprema es el amparo y garantía de la libertad y la dignidad del hombre" (Segundo V. Linares Quintana, Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Alfa, Bs. As., t. I, p. 342) "El derecho constitucional es aquel que estudia la estructura fundamental u organización política de la Nación, en lo referente al régimen de la libertad y al funcionamiento de los poderes públicos, dentro de las finalidades esenciales y progresivas del Estado". Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, Ediar, Bs. As., 1986, t. I, p. 35.

En efecto, hoy se admite sin disputa, que para sujetar al poder público al imperio de la ley, no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política o social, sino que es preciso, además, que un control constitucional de sus actos que indemnice o repare los daños que sus actividades causen a los particulares, bajo determinados parámetros y principios que deben ser encontrados en los avances del (neo) constitucionalismo y la Democracia como forma de vida.

El papel de la responsabilidad como principio constitucional del Estado de derecho deberá entonces, estar referido a la efectividad de la necesaria sumisión del Poder al derecho pero de igual manera a la funcionalidad del sistema, de modo que tal sumisión comprenda, de manera principal, el control de la legalidad de los actos de los órganos que ejercen el poder –interdicción de la arbitrariedad-, y por vía de consecuencia, pero no por ello menos importante, la obligación de resarcir los daños causados por la actividad ilegal.

En este sentido, la circunstancia de que el papel de la responsabilidad sea un mecanismo de control del Poder, explica la necesidad de reglas especiales –en consideración al interés público que la actividad supone–, y la necesidad de un mismo orden de tribunales para hacer efectivo tanto el control de la legalidad como el resarcimiento debido por los daños causados desde una dimensión constitucional. Mecanismo que puede ser determinado conforme al derecho constitucional moderno que contempla principios que pueden dar sustento a un sistema de responsabilidad con una justa dimensión entre el interés público y el de índole particular, contribuyendo a una adecuada ponderación de derechos y principios que no haga caer en excesos la figura que se comenta, pero tampoco en limitaciones absurdas.

Así, es un hecho, que la inaplicación de las reglas del derecho civil para resolver los problemas de la determinación de la responsabilidad del Estado, hoy se justifica en relación a la perspectiva con que se debe analizar las relaciones Estado-gobernado, para evitar casos de notoria afectación al interés social que carecen de sustento racional y atenuar su responsabilidad en función de los principios y valores que emanan de la Norma Suprema. Ello exige, la existencia de un sistema propio de

responsabilidad de índole de derecho público que atienda al perfil del Estado-constitucional, democrático y social que actualmente rige, porque el resarcimiento de los daños causados a los particulares por su actividad debe depender del grado de desarrollo que tengan las relaciones que se plantean entre el derecho y el poder en tanto que aquel se erige como la principal limitación al ejercicio de éste. En efecto, la actitud del Poder frente al límite que implica la imposición de responsabilidad por su ejercicio, depende sin duda del mayor o menor desarrollo del Estado de derecho, lo cual se ve reflejado en la actual tendencia a la Constitucionalización del derecho y al surgimiento del Estado democrático-social y constitucional.

En este sentido, si bien recientemente se ha visto a la responsabilidad estatal como administrativa, es decir, analizada desde la perspectiva de los administrados, como un mecanismo que garantiza la integridad de su patrimonio, lo cierto es que ésta no es su única función. La responsabilidad del Estado surge como consecuencia de una *transformación* en las relaciones de poder y en la propia redeterminación del modelo estatal imperante, que conlleva a establecer que la institución de mérito cumple una función dual dado que además de erigirse como un derecho humano y garantía constitucional consagrados a favor del particular para lograr el resarcimiento del perjuicio causado por el Estado, se muestra también, especialmente en los supuestos de responsabilidad con falta, como un medio de control del poder público.

Así, el desarrollo de esta especie de responsabilidad exige la adopción de un principio más democrático y social que su concepción liberal en que tuvo origen, que permita conciliar los derechos del individuo con los de la sociedad, representados ya no por el Estado soberano y autoritario sino de Derecho, primero, y finalmente por el actual Estado **socio-constitucional-demócrata**.

La responsabilidad juega así un rol formativo o "pedagógico" sobre la actuación del Estado desde que impone las directrices que deberán regir su comportamiento; la responsabilidad colabora al mejor funcionamiento del Estado. En efecto, desde el momento en que el Estado es obligado a resarcir un daño por virtud de su responsabilidad, constitucional o legalmente consagrada, se ve obligado a tratar de adecuar su actuación con el fin de no producir ese daño en el futuro. De esta forma,

la responsabilidad logra, y ésta es su función de control, que la administración modere su actuación con la finalidad de evitar ser posteriormente condenada atendiendo a los principios y valores consagrados en la Norma Fundamental que determina la validez formal y material del Derecho y de los actos de los diversos poderes de la Unión.

Por tanto, será en una teoría constitucional en donde se puede percibir el desarrollo adecuado de la responsabilidad patrimonial donde se pondere la totalidad de principios y derechos fundamentales que pueden coincidir para su determinación, y no solamente bajo una perspectiva liberal delineada por el derecho civil o por el administrativo, conforme a reglas dadas hace varios años para una sociedad e instituciones diferentes tanto en estructura como en forma de interactuar, de modo que al respecto se debe avanzar en la reinterpretación de las reglas dadas, ya que:

“El juez no debe detenerse a buscar de una manera precisa cuál hubiera podido ser, hace cien años, el pensamiento de los autores del Código en el momento en que redactaban tal o cual artículo. El juez debe preguntarse cuál sería el pensamiento de esos autores si tal o cual artículo fuera hoy redactado por ellos. Debe comprender que tomando en cuenta todos los cambios ocurridos, durante un siglo, en la moral, en las instituciones y en las condiciones económicas y sociales de Francia, la justicia y la razón exigen una adaptación liberal del texto a las realidades y a las necesidades de la vida moderna”.⁶⁶

En efecto, partiendo de que la constitución es una norma suprema (jerarquizada y jerarquizadora del ordenamiento), rígida (en cuanto a las restricciones que juegan para su modificación formal), y principialista (no define muchas veces reglas de enunciación clara y aplicación nítida y compartimentada, sino postulados superpuestos de realización más progresiva o ambigua, y está formulada con conceptos jurídicos de difusa determinación). Cuando confluyen todos estos elementos, veremos que la interpretación constitucional tiene un plus de *complejidad*; los silogismos se ramifican y ya es preciso recorrer varios pasos para su aplicación. De manera que en la medida en que la responsabilidad patrimonial del Estado se traslada a una garantía individual –en materia de actos materialmente administrativos a razón del artículo 113 de la Constitución Mexicana–, se puede

⁶⁶ Ballot-Beaupré, presidente de la Corte de Casación, al celebrarse el centenario del Code Civile, en 1905, Citado por Alf Ross en Sobre el derecho y la justicia, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 139.

inferir que ya no puede ser una concepción civilista ni administrativista las que puedan responder todos los planteamientos de menor o mayor complejidad constitucional que implica la obligación indemnizatoria del Estado por el ejercicio del poder que detenta en sus diversas esferas (legislativa, judicial y ejecutiva).

En este sentido, resulta necesario saber cómo se interpreta una Constitución.⁶⁷ Al respecto, Nino⁶⁸ esclarece ese derrotero con un primer paso valorativo (determinación del material jurídico relevante), un segundo paso empírico (hallazgo del material jurídico relevante), la consecución de un patrón hermenéutico general (asignación y descubrimiento del sentido de los materiales relevantes) y sobre la base de ello procede la definición de las consecuencias lógicas de los materiales interpretados. Así, el propósito de la interpretación constitucional es el de fijar las *proposiciones normativas generales, superar las indeterminaciones o ambigüedades constitucionales, y zanjar la subsunción del caso individual en la norma.*

Todas estas calidades hacen que la interpretación constitucional tenga características propias y diferentes de la interpretación "de leyes" que nos provee la materia prima de nuestros derechos civiles y administrativos y que hace necesaria una interpretación sui generis de la responsabilidad patrimonial. También podríamos agregar, al paso, que tiene un matiz político en varios sentidos de la palabra: primero, porque en la interpretación constitucional se van reflejando históricamente los valores político-institucionales que han sido asumidos por el Estado en un período dado, como en el caso acontece en la medida que en que se surtió la evolución de la irresponsabilidad del Estado-soberano hasta la responsabilidad con aplicación de criterios de derecho privado así como de principios de índole administrativo, empero, el Derecho administrativo no regula la totalidad del ejercicio del poder público (legislativo y judicial), como en caso contrario sí lo realiza el Derecho constitucional, luego, ello implica un factor añadido para la necesidad de que la reconfiguración de la institución en comento en función de una interpretación constitucional que atienda tanto al fenómeno evolutivo de tal valor político-institucional.

⁶⁷ Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984).

En segundo término, porque a diferencia de las leyes civiles y administrativas, la Constitución tiene como destinatario de su *regulatio* a los *poderes políticos nacionales* y a sus componentes *subfederales*, y debe definir la esfera propia de cada uno y establecer las cortapisas necesarias para evitar desbordes y superposiciones disfuncionales. De tal manera, que la determinación de la responsabilidad patrimonial como ingrediente de la regulación de los poderes políticos nacionales y componentes, exige delimitar un mecanismo que impida la *difuncionalidad* del sistema, que atienda realmente a las características de cada poder de la Unión y a la ponderación de principios y valores sustantivos del régimen constitucional y democrático.

En tercer término, se debe tomar en cuenta que a diferencia de la interpretación de las disposiciones civiles y administrativas, la interpretación que se comenta es “de” la Constitución y “desde” la Constitución. De ahí que la cualidad más notable de la interpretación constitucional es la de que se trata de una operación de hermenéutica que no se agota en sí misma, sino que derrama su “sentido” normativo a todo el ordenamiento infraconstitucional. El corolario de esto es que la regla constitucional que se obtiene (vía interpretación “de” la Constitución) integra e informa a toda ley o reglamento subordinado, que debe interpretarse “desde” esa vinculante premisa, lo cual ha motivado la tendencia a la *interpretación conforme* de normas y del propio ejercicio de los poderes de la Unión y órganos autónomos constitucionales, . Como dice Vigo,

“La Constitución es el “contexto” de todo “texto normativo”, por eso la directiva de interpretación conforme a la Constitución tiene por testinarios a los intérpretes jurídicos sin exclusión y cualquiera sea el nivel o carácter en el que actúa. Las consecuencias más obvias de esa directiva exigen que frente a resultados interpretativos, algunos compatibles con la Constitución y otros incompatibles, debe optarse por los primeros y, dentro de ellos, por aquél que mejor se conforme a los mandatos constitucionales.”⁶⁹

⁶⁸ Vid. Nino Santiago. Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven-London, 1996. O en castellano se puede ver, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. cast. R. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

⁶⁹ Vigo, Rodolfo Luis, citado en “Interpretación Constitucional”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), México, Porrúa, 2005, p. 126-127.

Aunado a ello, en la interpretación constitucional existe una forma mucho más nutrida de entender instituciones como la responsabilidad patrimonial del Estado, habida cuenta que, a diferencia de la de índole secundario, en aquella se debe atemperar entre la interpretación originalista y la evolutiva, dado que por un lado, los originalistas tienen a su favor un punto muy importante e indiscutible: en un sistema constitucional como el nuestro, la interpretación debe estar imbuida de cierta fijeza y se supone que la piedra basal de todo el ordenamiento también tiene que ostentar una mínima estabilidad, de lo contrario las interpretaciones constitucionales –y el alcance y goce de los derechos que a razón de ellas se estipulen- quedarían al simple parecer de mayorías electorales transitorias.

De esta manea, bajo una interpretación originalista de la responsabilidad patrimonial se pueden sentar la bases que permitan dar estabilidad al sistema de indemnización por daños generados por la actividad estatal, pero además, permitir su funcionalidad y dinamismo en razón de cuando resulte idóneo aplica una interpretación evolucionista, a partir de la cual se puedan surtir consensos exitosos, en función de que el mismo constituyente ha concebido a la Constitución como un programa que futuriza su normatividad, incluso previendo en su mismo texto válvulas de escape para aprehender valores y derechos “no enumerados” pero que surjan y se sustenten en principios constitucionales sí enunciados.⁷⁰

⁷⁰ Aunado a ello, existen otras formas de interpretación susceptible de aplicar a la normativa constitucional como la legalista, ideológica, axiológica y la pragmática. En la primera, el operador se atenderá a las palabras de la ley y a las glosas doctrinarias pasadas con valor de precedente constitucional. No le interesarán las consecuencias de su decisión, ni siquiera las hipotéticas resultantes injustas de su dictum: sólo dirá que está cumpliendo a rajatabla con un mandato constitucional. Obviamente, esta tónica suele asociarse a las posiciones “originalistas”. La interpretación ideológica y la axiológica tienen la potencia de su valiosidad y el peligro de su volatilidad. Sirven para ampliar el perímetro de lo constitucionalizable y para salir de la trampa literalista, equivocándose quienes dicen que el manejo de un texto constitucional debe ser ascético y avalorado, si se toma en cuenta que toda Constitución sí tiene una ideología y sí cuenta con promover la realización práctica de valores jurídicos. Las interpretaciones pragmáticas o consensualistas están ya desembozadamente orientadas a la obtención de un resultado -supuestamente- provechoso para la comunidad política, y por tanto no asignan una importancia preponderante a los aspectos jurídicos del asunto ni se preocuparán en demasía por el respeto al precedente. Se prioriza la adaptabilidad y la funcionalidad, haciendo especial hincapié en las consecuencias de las decisiones en términos

1.3. Una responsabilidad estatal de principios.

La construcción de una teoría general constitucional de la responsabilidad patrimonial debe tener presente la existencia de un vínculo inescindible con los principios del constitucionalismo moderno y la filosofía del derecho en atención a que suministra el fundamento último de los fenómenos jurídicos, dado que no sería posible una comprensión correcta de los conceptos jurídicos si no se parte de una fundamentación anclada en los postulados básicos del constitucionalismo, aunque posteriormente se hará mención de su correspondiente redeterminación desde el fenómeno neoconstitucionalista, en aras de delimitar los valores básicos del Estado democrático-social y constitucional, que deben impactar la institución de la responsabilidad.

De esta forma, la interpretación constitucional reconoce otras reglas específicas y más "técnicas", que en muchos casos son originarios y propios de cada sistema nacional. Así tenemos –siguiendo una enumeración sin ningún orden particular–, las reglas que fungen de "normas de clausura" del sistema:

- ❖ El principio pro homine,
- ❖ La regla favor libertatis ,
- ❖ En lo que respecta a la interpretación "desde" la constitución, la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes,
- ❖ La regla de que todo lo no prohibido está tácitamente permitido,
- ❖ El criterio de que todos los cometidos asignados a los poderes del estado suponen la habilitación de los medios necesarios para llevarlos a cabo (doctrina de los poderes implícitos),
- ❖ La doctrina del efecto útil (cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir alguno),

utilitarios y consecuencialistas, o bien buscando una coincidencia con las creencias que mantiene la comunidad en un momento dado.

- ❖ La teoría del constituyente racional (como el “legislador racional”, se supone que sus mandatos no pueden contradecirse y por tanto se debe entender que la hermenéutica correcta debe compatibilizarlos y no invalidarlos mutuamente),
- ❖ Extrapolado de la anterior, la pauta de la interpretación sistemática de la Constitución (una interpretación “estructuralista”, integradora y comprensiva, que presupone la unidad del ordenamiento jurídico y exige una mirada no facetada ni fragmentadora de sus disposiciones)
- ❖ Todas las variantes derivadas de argumentos a maiore ad minus (quien puede lo más puede lo menos), y
- ❖ En los estados federalistas, las reglas que se han impuesto jurisprudencial y consuetudinariamente para el deslinde de competencias entre el Estado nacional y las provincias (carácter eminentemente local del poder de policía de seguridad, salubridad, y moralidad, interpretación extensiva del poder federal por la cláusula del “comercio”, etc.).

Estas reglas tienen un campo de aplicación más acotado –lo cual no quita que también pueden colisionar también entre sí–, y están también más sujetas a salvedades y a los avatares que va suscitando su constante redefinición jurisprudencial; empero, son las más acordes para comprender la justificación de la responsabilidad patrimonial del Estado y por ende, la naturaleza, alcances y finalidad de tal institución básico del Estado demócrata-social-constitucional.

En efecto, si el derecho actual está compuesto de normas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.

Cuando la ley establece que el Estado debe responder de determinados daños generados de su actividad administrativa, estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la responsabilidad patrimonial es un derecho estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios, de manera que cuando se afirma que la responsabilidad debe ser decretada por un tribunal en determinados plazos estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que los gobernados tienen un derecho a ser indemnizados

por el ejercicio de alguno de los Poderes de la Unión y que ello es inviolable estamos ante un principio.

Lo anterior nos lleva a la vieja discusión de qué diferencia existe entre reglas y principios, empero no es objeto del presente estudio acotar tal tema en aras de no perder la claridad, de manera que basta indicar que sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico, mientras que las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial, de manera que carecen de efectos constitutivos de otras normas en tanto que se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Al respecto Zagrebelsky⁷¹, nos va avisando varias cosas. En primer lugar, que la noción de "principio" es fundante y central en el derecho constitucional. El derecho civil podría estudiarse a partir del Código Napoleón, omitiendo sus principios, pero la Constitución no puede entenderse a partir de la literalidad estricta de su texto. En segundo lugar, que el "derecho por principios" del Estado constitucional contemporáneo tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias para la jurisdicción. Por eso, es importante que nos preocupemos de los principios tal como éstos son usados en la práctica constitucional y cómo pueden influir para delimitar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Dicho esto, queremos advertir que no se pretende responder aquí, como a veces suele hacerse, una enunciación de todos los principios constitucionales –lo que puede depender contingentemente de cada texto constitucional– sino que nos interesa mucho más dar una idea de lo que son ellos en substancia, para posteriormente enfatizar en aquellos que bajo nuestra consideración deben servir para justificar la responsabilidad estatal.

Partiendo de la relación principio-norma, podemos observar que en relación a ella el principio es visto alternativamente como algo distinto, como algo superior,

⁷¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 110.

como algo más importante, como algo más general, o como algo más incompleto. Veremos a continuación cada una de estas posibilidades, en orden respectivo.

Principios como valores. Se trata de los “principios axiológicos”, muy extendida en el derecho constitucional contemporáneo en cuanto éste incorpora la noción de derechos fundamentales indisponibles.⁷²

Principios como metanormas. Corresponden a la percepción de los principios como “reglas sobre reglas”. Gran parte del derecho constitucional tiene que ver con eso: el Código Penal (Federal o local) es una ley de la nación (Federal o local), pero la forma en que se debe sancionar esa ley y alguno de sus contenidos mínimos está en la ley de leyes, que es la Constitución, de tal manera que los principios cumplen esa misma función de “metanorma” en un sentido algo diferente. Un “principio” que no tiene un “contenido” –traducible a reglas específicas– sino que funciona como una regla de clausura del sistema: así ocurre con el principio “pro homine”, o “pro libertate” (aplicación de lo más favorable a la persona, o a la libertad, en caso de lagunas, antinomias, o cuando concurran normas que lleven a soluciones distintas).

Principios como supernormas. Cuando el principio tiene un “contenido” o un “concepto”, su adecuación con las reglas infraconstitucionales da pie a una nueva dimensión del control de constitucionalidad, que consiste en el test de adecuación constitucional. Así, el “principio” actúa como criterio de validación o descalificación de las normas, inclusive, llegado el caso, de transformación si se toma en cuenta que en determinados supuestos en lugar de invalidarlas, el “principio” puede servir para resignificarlas, y permite al juez reconfigurar un sector del sistema normativo para satisfacer un valor o interés superior: en esta hipótesis, la función del principio sería

⁷² Existen tres advertencias sobre la intersección entre principios, valores y normas:

- No todas las normas constitucionales son principios, y, recíprocamente, puede haber principios constitucionales que no estén explícitamente enunciados en una norma.
- Los principios siempre encarnan algún tipo de valor, pero no todos los valores son principios jurídicos, en tanto no son valores políticos (por ejemplo, el valor “belleza”) o, siéndolo, no son susceptibles de ser traducidos y regulados por el lenguaje jurídico.
- Por eso los “principios constitucionales” abren la puerta a la dimensión axiológica del derecho, con todas las posibilidades que ello brinda, pero también, con algunos peligros: el de incurrir en una “inflación” de principios, diluyendo la normatividad del derecho en lugar de reforzarla, y el de preocuparse por el uso espúreo de los principios como recurso emotivo.

la de corrección del ordenamiento, a partir de la teoría de la “interpretación conforme a la constitución”.⁷³

Delimitado ello, se puede percibir que la adecuación de normas a principios, – en virtud de la enunciación más genérica que presentan estos últimos, unido ello a su “densidad de sentido”– no puede siempre percibirse en términos binarios de aceptación o rechazo (criterios de “todo o nada”, propios de la operación con “reglas”). Así es que tomando nota de las características estructurales de los principios, y especialmente de la que responde a su formulación abierta, se habla con frecuencia de los principios como “mandatos de optimización”. Tal criterio, implícito en las teorías de Robert Alexy⁷⁴ y de Ronald Dworkin⁷⁵, dota a los principios de una normatividad progresiva, en tanto entiende que los principios son “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Esta concepción es especialmente útil como herramienta analítica para los derechos-prestaciones o los derechos económicos y sociales, de segunda y tercera generación, cuyas pautas de satisfacción dependen de factores “dúctiles” como la *ponderación*, la *razonabilidad* y la *disponibilidad* de medios.

En ese contexto, el principio de responsabilidad de los poderes públicos que converge para la obligación resarcitoria de daños generados con motividad de la actividad estatal (legislativa, judicial y ejecutiva) exige un análisis de ponderación, razonabilidad y disponibilidad de medio en la medida que se debe tomar en cuenta que tal principio no puede estar exento a las posibilidades jurídicas y reales de una sociedad determinado, así como a la estructura y funcionalidad del sistema estatal.

⁷³ Hay también, por fin, versiones menos contundentes sobre la fuerza normativa del “principio”, como *normas a medias* dentro de lo cual destaca la pautas programáticas para el desarrollo ulterior del legislador, sin mayor vinculatoriedad para el juez, o la de que entiende que es un “principio” todo lo que no está definido con precisión y, consecuentemente, la proposición constitucional así formulada (“en principio”) admite un vasto margen para la reglamentación y para la sujeción de esa pauta general a excepciones o restricciones particulares. Se trata de un analogado “adverbial”, no jurídico, de la expresión “principio”, y ello aunque sea usado en el marco de un “discurso” jurídico formalizado, e incluso aún cuando ocasionalmente se integra a decisiones constitucionales, por lo común de talante restrictivo.

⁷⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁷⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.

Ello implica distinguir entre principios “de” la Constitución y principios “en” la Constitución, que están en ella pero que no tienen una entidad “fundamental”, ni recogen una “idea-fuerza” del derecho constitucional.

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio del poder público, se está frente a un principio de entidad fundamental con idea-fuerza en cuanto a las relaciones de supra-subordinación que rigen entre la autoridad estatal y la conducta de los gobernados, de manera que como producto de la ponderación de la protección a la propiedad privada, hoy exige su justa reconfiguración con respecto a los restantes principios de la Constitución. Para ello, se debe tener en cuenta que cada principio puede tener una forma de operar distinta, pues hay principios “organizativos” del poder (principio de legalidad, división de poderes), principios “teleológicos” (asociados a valores deseables: justicia, bien común, paz), principios “procedimentales” (debido proceso, en su variante sustantiva y adjetiva) y principios de “criterio” (el más importante, en nuestro sistema, es el principio de razonabilidad).

De manera que, el principio de responsabilidad patrimonial se erige como teleológico y de criterio, ya que por una parte alude a un valor deseable dentro de la estructura constitucional, como es el adecuado ejercicio del poder público y la protección del patrimonio de los gobernados frente a los daños derivados por la actividad estatal que resulten desproporcionados al ejercicio del poder y a los valores de justicia, equidad y bien común; así como al tiempo que exige razonabilidad en su configuración para dar funcionalidad al engranaje de los poderes públicos.

Esto es así, dado que cuando se examinan diversas definiciones de “derecho constitucional” se verá que las mismas combinan o pivotean en torno a varios ejes conceptuales. Hay definiciones más “normativistas” (que harán referencia a las reglas constitucionales, a su caracterización como “cúspide” o “suprema” del ordenamiento o a su función dentro del sistema de fuentes), otras más “realistas” (que hablan de los “factores reales de poder” o las “instituciones políticas” que perfilan las notas salientes de un sistema político), y otras más “sustantivas” (que vinculan el concepto a la consagración de ciertos derechos fundamentales que la misma garantiza).

Combinando estos tres factores, diremos que la responsabilidad patrimonial como institución de corte constitucional se debe componer de un conjunto de reglas y principios que organicen en forma óptima el funcionamiento de los poderes del Estado, fijando el procedimiento de formación y aplicación de normas generales para la delimitación de la obligación resarcitoria y enunciando en forma abierta como derechos y garantía la facultad de los gobernados de obtener una indemnización equitativa y proporcional ante la generación de un daño en su esfera jurídica que viole en forma manifiesta los principios constitucionales que inspiran el ejercicio del poder público, aplicando la interpretación conforme a la Constitución que implique una solución justa que permita la coexistencia del interés social con el privado, que tome en cuenta el funcionamiento de los poderes del Estado y la supremacía constitucional.⁷⁶

Bajo ese contexto el principio de responsabilidad bajo su dimensión constitucionalizada permite establecer la pretensión de la Norma Fundamental de fijar, pues la validez del acto normativo en que se reglamente dicha institución política, ya que la ley reglamentaria estaría supeditada y sujeta a requisitos de procedimiento y de contenido que en caso de no ser observados lo hacen susceptible de invalidación. Esto que vale como condición de vigencia general también rige para la aplicación particular (judicial y administrativa) de esas mismas normas generales, con requisitos específicos que se superponen en la instancia de ponderación y ejecución de aquellos.

⁷⁶ En esta parte se condensan tres características. La primera es que existe una “supremacía” constitucional de tipo funcional. Muchas veces se conceptúa a la Constitución como un “límite al poder”, pero también podría hacerse desde la óptica recíproca, pues también da “potestades” que vienen a validar -bajo determinadas condiciones- el ejercicio del imperium estatal en su forma directa -actos gubernativos- e indirecta -normas legislativas generales-. La segunda es la de instituir cierto “reparto” del poder, que tradicionalmente se tripartía en tres órganos, que siguen siendo hoy los esenciales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), pero que no excluye diversas formas de articulación y mutuo control (notoriamente, la más importante variación al modelo norteamericano presidencialista está dada por los sistemas parlamentarios europeos) ni la inserción intersticial de órganos extrapoder de nuevo cuño. Finalmente, cabe notar que la pretensión del derecho constitucional es “organizativa”, lo que excluye las ideas fragmentadoras de “división” de poderes como si fueran compartimientos estancos o enfrentables entre sí, y además presupone que la constitucionalización se hace a cierto nivel de generalidad, definiendo competencias y cometidos pero sin hacer una regulación más rígida y minuciosa.

En una responsabilidad patrimonial basada en principios constitucionales, también debe tomar en cuenta que éstos enuncian en forma abierta los derechos y garantías que deben ser reconocidos y tutelados por el ordenamiento. La idea de que éstos están enunciados “en forma abierta” tiene que ver con una doble indeterminación que caracteriza al derecho constitucional. En primer lugar, implica que las enunciaciones constitucionales no son taxativas y que otros derechos pueden ser deducidos a partir de los existentes, así como otras garantías pueden ser entendidas como instrumento idóneo necesario para la tutela de casos específicos. En segundo lugar, que el reconocimiento y la tutela que se establecen no implica en forma alguna la reducción a un precepto definitivo, ya que los derechos pueden ser desarrollados y traducidos a libertades o prestaciones concretas que llegan a los ciudadanos, y también pueden ser correlativamente restringidos en aspectos instrumentales o por razones de hecho que así lo requieran para la preservación de un valor justificadamente superior.

La primera característica de indeterminación permite evidentemente una notoria flexibilidad para la aplicación del principio de responsabilidad, impidiendo una aplicación formalista, carente de una aplicación sistemática y ponderada de los restantes principios que pueden converger para el caso concreto, ya que cada poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) cuenta con características estructurales y funcionales propias y en otra parte, comunes, que exigen un tratamiento razonable de la institución resarcitoria. En tanto que el segundo elemento de indeterminación constitucional permite que el reconocimiento y la tutela que se establecen de la responsabilidad patrimonial en la Norma Fundamental no implica en forma alguna la reducción a un precepto definitivo, ya que los derechos pueden ser desarrollados y traducidos a libertades o prestaciones concretas que llegan a los ciudadanos, y también pueden ser correlativamente restringidos en aspectos instrumentales o por razones de hecho que así lo requieran para la preservación de un valor justificadamente superior.

De esta manera, se puede entender que el utilitarismo público de la actividad estatal ⁷⁷, no necesariamente implica impunidad del ejercicio del poder público ante los daños que genere, empero, que la obligación resarcitoria de cada poder de la Unión u órgano constitucional autónomo, debe partir de una distinción racional y adecuada de la estructura y funcionalidad de cada poder, de los principios específicos que delimitan la actividad legislativa, judicial y administrativa, que contemplen reproches diferenciados y graduales en miras de delimitar un derecho público de los gobernados que atienda a su valor y peso en el sistema constitucional, social y democrata. Superado ese escollo, cada caso concreto deberá ser analizada bajo una interpretación constitucional que contemple no solamente la naturaleza de los actos de gestión y actos de gobierno, sino también los normativos y los jurisdiccionales.

Así, las cosas, hemos visto cómo se ha avanzado de la irresponsabilidad del Estado a su responsabilidad, desde la doctrina de la atribución indirecta de responsabilidad, hacia la directa, el problema que atañe a la actualidad en cambio, es delimitar cómo explicar la evolución de esta institución política y su correspondiente inserción en los textos constitucionales, así como establecer los principios y mecanismos de interpretación a que se debe someter para su óptimo desarrollo.

Sepultado definitivamente el dogma de la irresponsabilidad estatal, donde la soberanía desempeñó un papel capital, se impone hoy, de manera universal, la obligación del Estado de resarcir económicamente los daños causados a terceros por comportamientos comisivos u omisivos, materiales o jurídicos, legítimos o ilegítimos. Empero, la evolución de la estructura del Estado liberal del que surgió tales formas de responsabilizarlo, han sufrido una modificación sustancial en las últimas décadas, que han dado margen a nuevos paradigmas de Estado, entre ellos, el de índole constitucional-social-demócrata. En consecuencia, es oportuno replantear la base y razón de ser de la responsabilidad patrimonial de la actividad de cualquiera de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos en aras de sentar un marco conceptual adecuado para el ulterior desarrollo de tan noble institución.

⁷⁷ Comprende la idea de que el Estado es una entidad constituida con fines exclusivos de utilidad pública, en beneficio de todos y sólo puede actuar por medio de sus funcionarios, la responsabilidad debe recaer sobre ellos, es decir, debe personificarse. Por consiguiente, éste no puede ser sometido a las reglas de responsabilidad del derecho privado.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DEMOCRACIA.

«Hay un principio esencial del régimen de las constituciones escritas, porque sin acatarlo toda la Constitución se desvanece, y es el de que todo poder es limitado; borrado el principio no queda más que el absolutismo, que no necesita ni consiente Constituciones»

Emilio Rabasa

En el presente capítulo se podrá advertir el marco conceptual que permite satisfacer la necesidad de una teoría constitucional en materia de responsabilidad patrimonial, partiendo de las implicaciones del Estado democrático-social y constitucional, que como fenómeno político se ha venido desarrollado en el mundo, en que se pondera las implicaciones del estado de derecho y democracia en materia de las delimitaciones del poder público y su funcionalidad.

De manera que se desarrolla las características que distinguen a las instituciones de un Estado democrático, bajo su origen en la libre voluntad del pueblo en que han de regir; voluntad que es manifestada en dos aspectos o niveles, primero el de la elección de las personas o representantes que han de encarnar las referidas instituciones y, segundo, el de la toma de decisiones y adopción de las normas o leyes reguladoras de las instituciones siguiendo la regla de la mayoría; lo que confiere legitimidad tanto a unos (los gobernantes) como a las otras (las decisiones y las normas). Mientras que en un Estado no democrático, los gobernantes carecen de legitimidad lo mismo que las normas que rigen las instituciones, dado que ni uno ni lo otro es resultado de la expresión de la voluntad del pueblo.

Creemos que, tratándose de un régimen democrático, cuya esencia está precisamente en la participación de los ciudadanos en la cosa pública, es positiva la responsabilidad patrimonial pero sometida a una participación institucional de los individuos y las organizaciones en que se integran, bajo una visión funcionalista y de control constitucional si queremos que aquella cumpla cabalmente con sus funciones

dentro que la definen, lo mismo que para promover la evolución y el cambio de la misma.

Elementos básicos de este modelo de Estado son los derechos fundamentales que conllevan a un sistema jurídico garantista, conforme al cual, las disposiciones jurídicas tanto en su proceso de formación, vigencia y aplicación, deben atender a los contenidos de los derechos fundamentales como uno de los marcos de validez. En función de ello, se podrá apreciar que la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial implica la necesidad de diferenciarla como garantía individual de cómo nuevo derecho fundamental, de tal forma que se pueda establecer las implicaciones sustantivas que conlleva el nuevo entendimiento de la responsabilidad patrimonial.

De esta forma, se pretende justificar que la democracia y neoconstitucionalismo, son los nuevos delimitadores de la responsabilidad patrimonial, en la medida que ya no se trata de una simple disposición jurídica del ordenamiento secundario sino de un mandato constitucional que tiene sustento en un principio, que exige entender el tipo de implicaciones jurídicas que guardan en los nuevos modelos de creación de la ley y del control del poder público, el constitucionalismo moderno.

En efecto, el cambio de paradigma en el tipo de Estado que se venía desarrollando (Estado de derecho versus Estado constitucional, social y democrático), exige atender al advenimiento de una nueva forma de percibir el constitucionalismo, a saber: Neconstitucionalismo, en su aspecto teórico, ideológico y metodológico, que van dando margen a aspectos centrales de una nueva forma de entender el grado de influencia que guardan los mandatos constitucionales en la forma de producir derecho dado que ya no se limitan a ser simples postulados programáticos, pero de igual manera, en la forma de delimitar su regulación y las instituciones jurídicas como la responsabilidad de los poderes públicos en cuanto los daños que originen con motivo de su actividad, que la haga congruente con los mecanismos de control constitucional y por ende, que su redeterminación en el ámbito de la interpretación constitucional parta de las peculiaridades que guarda esta forma de entender el derecho.

Pues bien, ¿cuáles son las características matrices del nuevo paradigma? Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en México que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se hallan, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables; que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, la Constitución, cuya parte dogmática y de garantías es anterior y superior al instrumento de Gobierno; la supremacía, sustantiva y formal de la Carta Magna; secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el bloque de constitucionalidad, ha trascendido en la responsabilidad patrimonial al incluirla como una verdadera garantía individual en el texto constitucional, de modo que ya no se requiere la intermediación de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. Por tanto, el énfasis de la subordinación de la ley a la constitucionales hace indiscutible un proceso de constitucionalización de dicha institución y por tanto, un nuevo modelo de reglamentación.

De esta forma, se establecerá el porqué la subordinación de la ley a la Constitución, conlleva a que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, ya que con palabras elocuentes, Herbert Krügger lo plantea en la aseveración siguiente: “si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, hoy la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.”⁷⁸

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva, revisión que ha de ser especialmente hecha por los Tribunales Constitucionales, como Magistratura diferente de la judicatura ordinaria y resueltamente configurada con la misión de guardián del Código Político.

Por supuesto, el garantismo resulta ser clave en el paradigma que describo. Así es, pues poco o nada vale, en los hechos, lo asegurado por la Constitución si la persona y los grupos carecen de acceso, fácil y expedito, a las acciones y recursos, deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar los atentados en contra de la dignidad humana y del ejercicio legítimo de los derechos que tal cualidad única lleva consigo.

En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa Magistratura.

De ahí que, el paradigma del Estado constitucional, social y democrático, implica atender a una ponderación de principios propios de los derechos fundamentales, lo cual deba guardar un impacto significativo en la regulación de la responsabilidad patrimonial que exige el neoconstitucionalismo, dentro de los cuales es posible destacar: democracia, igualdad, proporcionalidad y justicia.

2.1. Estado democrático-social y constitucional.

En la literatura que se ocupa del tema es frecuente hallar que el estado constitucional se define en oposición a, o como una superación del, estado legal o estado liberal de derecho ⁷⁹. Por otra parte, un sector de la doctrina y buena parte de la jurisprudencia constitucional suele emplear los términos estado constitucional y estado social de derecho para hacer referencia al modelo político que se impone en buena parte de los estados de occidente tras la segunda mitad del siglo XX, sin que se aclare si ambas expresiones se emplean como intercambiables o si, a pesar de su

⁷⁸ Citado por Otto Bachof en *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, p. 43.

⁷⁹ Así, en opinión de Gustavo Zagrebelsky, el estado constitucional supone un “auténtico cambio genético” respecto de los postulados del estado de derecho legislativo”, *El derecho dúctil...*, citado, pp. 33-34. Por el contrario otros autores establecen una relación de continuidad entre ambos modelos; tal es el caso de Manuel García Pelayo, quien afirma que “el Estado Constitucional de Derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de Derecho”, vid. “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”, en *Obras Completas*, III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3029; también Luis Prieto, quien concibe al estado constitucional como “una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización”, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 206; asimismo, Luigi Ferrajoli lo interpreta como “un ‘perfeccionamiento’ del estado legislativo de derecho”, vid. la respuesta del profesor italiano a las observaciones formuladas a su ponencia “Estado de Derecho: entre pasado y futuro”, recogidas en el volumen *Cuaderno del Seminario Público: Cambio de paradigma en la filosofía política*, Madrid, Fundación Juan March, 2001, p. 131. Por su parte, Elías Díaz critica la contraposición esencialista “entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho”, vid. del autor, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, Justicia, Derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (edits.), Madrid, Alianza, 2002, pp. 75-104.

estrecha relación, se reserva a cada una un significado propio. Dado que tal ambigüedad conceptual favorece equívocos e imprecisiones, parece aconsejable introducir algunas estipulaciones sobre el sentido en que se emplearán en adelante algunos términos.

Como punto de partida es tener presente que por estado de derecho entendemos un arquetipo de organización política que exige el sometimiento del poder al derecho (génesis de la responsabilidad patrimonial del Estado), empero, es oportuno distinguir entre los aspectos formales y sustanciales que asume dicha vinculación. Por los primeros entenderé aquí el conjunto de técnicas empleadas para asegurar el control jurídico del poder: reconocimiento de derechos⁸⁰, separación de poderes, principio de legalidad, control judicial, principalmente. A su vez, los segundos se refieren a los contenidos que condicionan aquello que el poder político debe o no debe decidir y que determinan la naturaleza de los derechos y el tipo de obligaciones que correlativamente imponen. Cada una de estas perspectivas abre el paso a ulteriores distinciones: desde la dimensión formal cabe distinguir entre estado legislativo de derecho y estado constitucional de derecho; si, por el contrario, se adopta una perspectiva material se plantea la distinción entre estado liberal y estado social de derecho.

De manera que las principales diferencias entre el Estado legislativo y constitucional se pueden apreciar según la idea de soberanía, de reconocimiento de derechos, en función de los mecanismos control, así como según el principio de legalidad ó atendiendo al control judicial, habida cuenta que son los elementos estructurales a partir de los cuales se puede concebir el grado de impacto que implicó el cambio de un modelo a otro. Lo anterior sin perjuicio, claro está, de que existan otros elementos circunstanciales que pudieran evidenciar una diferenciación, empero, se estima que los anotados rubros son aquellos que principalmente denotan la sustancia de las modificaciones en la forma del ejercicio del poder y el grado de impacto que guardaba el texto constitucional con respecto a las restantes normas.

⁸⁰ Cabe distinguir entre: a) el reconocimiento de derechos como técnica jurídico formal de limitación del poder y b) el contenido específico del que se dotan tales derechos. El análisis de (a) se enmarca dentro de lo que denomino perspectiva formal del estado de derecho, mientras que (b) corresponde a la dimensión sustancial del mismo.

Para comprender a cabalidad las distinciones entre ambos tipos de poder público véase la tabla 3.

DIFERENCIAS		
CRITERIO	ESTADO LEGISLATIVO	ESTADO CONSTITUCIONAL
<i>Según la idea de soberanía</i>	Parte de la comprensión clásica de la soberanía como <i>potestas legibus solutus</i> , desde la cual queda ocluida toda posibilidad de establecer límites jurídicos al soberano.	Rige una idea de soberanía limitada. ⁸¹ Democracia como compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías (protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un “coto vedado” ⁸² que modera el alcance de la regla de mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso. Será ésta la idea de democracia presente en los orígenes del constitucionalismo estadounidense y que, con mayor dificultad, en Europa hasta su consolidación definitiva tras la segunda mitad del siglo XX. ⁸³

⁸¹ El constitucionalismo y la concepción tradicional de soberanía ha llevado a algunos autores a intentar superar la contradicción que supone la idea de limitación jurídica del soberano a través de propuestas como: una redefinición del concepto que permita distinguir entre soberano 0 y soberano 1 (Vid. Garzón Valdés, Ernesto, *Las limitaciones jurídicas del soberano*, en Derecho, Ética y Política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 181-200; una reinterpretación de la soberanía popular en términos de un procedimiento democrático que satisfaga exigentes presupuestos comunicativos (Habermas, Jürgen, La soberanía popular como procedimiento, en *Facticidad y validez*, introd. y trad. M. Jiménez Redondo (sobre la 4ª. ed. alemana), Madrid, Trotta, 1998, pp. 589-617); sostener la “soberanía de la constitución” o una “constitución sin soberano” (Zagrebelky, *El derecho dúctil...*, Ob. cit., pp. 10-14); afirmar categóricamente como Kriele que “en el estado constitucional no hay soberano” (Kriele, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 149); o, en definitiva, proponer el abandono del concepto, como sugiere Luigi Ferrajoli, “La soberanía en el mundo moderno”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 37-72, trabajo publicado además en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-56.

⁸² Expresión acuñada por Ernesto Garzón Valdés, *Representación y Democracia*” (1989), incluido en el volumen Derecho, Ética y Política, Ob. cit., pp. 631-650.

⁸³ En el marco de la rehabilitación del derecho como límite a la política a la que se asiste tras la experiencia nazi-fascista y desde la cual el estado constitucional se postula como un “intento de juridificar la democracia”.

<p><i>Según el reconocimiento de derechos</i></p>	<p>La ley, es expresión jurídica de la voluntad soberana, cuyos caracteres formales de generalidad y abstracción, por otra parte, la erigían en prenda de garantía de igualdad, certeza y previsibilidad, en suma, de racionalidad en el ejercicio del poder.⁸⁴</p> <p>Ello da margen, a la dependencia de los derechos respecto de la ley, esto es, el reconocimiento legal como condición necesaria para la existencia jurídica de los derechos y, correlativamente, su exclusión como parámetro de control de los actos del legislador</p>	<p>Autonomía de los derechos respecto de la ley.</p> <p>Requieren fundamentación constitucional.</p> <p>Son parámetro de control de las leyes.</p>
<p><i>En función de los mecanismos control</i></p>	<p>Rigidez en la separación de poderes.</p> <p>Falta de articulación de mecanismos de equilibrio y control recíproco entre los poderes públicos.</p> <p>Subordinación de los restantes poderes al legislativo, al concebirlas como simples ejecutores o aplicadores de la voluntad de aquél.⁸⁵</p>	<p>Separación de poderes como técnica de frenos y contrapesos recíprocos entre los diferentes órganos estatales con el fin de evitar la existencia de poderes omnímodos.</p>
<p><i>Según el principio de</i></p>	<p>Imperio de la ley en el sistema de fuentes</p> <p>Carácter vinculante para los</p>	<p>El "imperio de la ley" se sustituye por la idea de supremacía constitucional.</p>

Vid. Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Derechos Fundamentales*, en Estudios de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 150.

⁸⁴ En aquellos regímenes donde la experiencia revolucionaria trae consigo un desplazamiento definitivo del titular de la soberanía a favor del "pueblo" o de la "nación", como ocurre en la Francia revolucionaria o durante la III República, este entendimiento de la soberanía dará lugar a una concepción igualmente absolutista de la democracia. En cambio, en sistemas como el alemán, y, en general, aquellos donde persiste un dualismo no resuelto entre principio monárquico y representativo que da lugar a formas de "soberanía indecisa", en las que la afirmación del legalismo no supone al mismo tiempo la exaltación de la voluntad mayoritaria. Como es sabido, la teoría jurídica alemana resolverá el problema de mantener la unidad del soberano trasladando su titularidad al "estado" y desvinculando así la idea del Rechtsstaat de cualquier connotación democrática. Sobre la oposición del derecho público europeo al principio democrático. Vid. Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 147. También *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.

⁸⁵ Esta interpretación es válida sólo respecto a aquellos sistemas donde la Asamblea Legislativa concentra la representación de la "nación", siendo los demás órganos sólo autoridades derivadas cuya capacidad de actuar depende de una previa autorización legislativa. Por el contrario, en los regímenes donde conviven los principios monárquico y representativo tanto el Ejecutivo como el Parlamento tienen fuentes de legitimidad independientes, y en tales casos la ley no interviene como condición necesaria para habilitar la actuación del Ejecutivo, sino sólo para delimitar sus potestades.

<i>legalidad.</i>	demás poderes públicos La reserva de ley como garantía de los derechos de los ciudadanos. ⁸⁶	Sujeción al derecho de todas las manifestaciones del poder estatal, incluida la ley, cuya validez se hace depender de la satisfacción de exigencias formales y sustanciales recogidas en la constitución.
<i>Atendiendo al control judicial</i>	Mínimo Apenas alcanza los actos de los jueces y de la administración, a través del recurso de casación. Establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, como triunfo sobre las inmunidades y prerrogativas del ejecutivo, largo tiempo conservadas como último reducto del absolutismo monárquico. ⁸⁷	Amplio. Alcanza actos del legislador dando lugar al establecimiento de sistemas de <i>justicia constitucional</i> que se convierten en rasgo definitorio del estado constitucional. “...así como el Estado legal de Derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, así el Estado constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional...” ⁸⁸

Tabla 3.

Bajo ese contexto, en el Estado legislativo se caracteriza porque el poder (legislativo) no encuentra límites jurídicos a su ejercicio ni sus actos resultan justiciables, la ley aparece como máximo horizonte de la juridicidad y las constituciones, privadas del valor normativo que tuvieron en la génesis del constitucionalismo revolucionario, solo tendrán relevancia jurídica una vez reducidas a una dimensión formalista y orgánica, quedando el resto de sus contenidos como simples declaraciones políticas carentes de fuerza normativa.⁸⁹ La primacía del legislador y, por tanto, de la ley se configura así como el rasgo más sobresaliente del

⁸⁶ Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, Ob. cit., pp. 29-33. Sin embargo, tal legicentrismo tuvo un carácter más bien mítico que real, como advierte Luis Prieto al señalar que por razones como “la reacción del principio monárquico o la práctica del sufragio censitario, la ley expresión del poder supremo encarnado en la soberanía del pueblo operó más como justificación ideológica que como instrumento efectivo de ordenación social; si se quiere, fue el instrumento para la legitimación del Estado empírico con las herramientas del Estado racional” (*Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional*, en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 17, nota 56.

⁸⁷ Como bien se ilustra en el clásico opúsculo de Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder...* Ob. cit., pp. 13-20.

⁸⁸ García Pelayo, Manuel, *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, en *Obras Completas*, III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3029; también Luis Prieto Sanchís, quien concibe al estado constitucional como “una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización”, *Neconstitucionalismo...* Op. cit., p. 3037. En el mismo sentido Michel Troper, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988/1, trad. P. Comanducci, p. 62.

⁸⁹ Vid. Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Oxford, México, 1999, Volumen 4. y *Derecho Constitucional. Diccionarios Jurídicos Temáticos*, Editorial Oxford, Volumen 2, México, 2000.

estado legislativo de derecho, que encuentra en tal legicentrismo su cauce de unificación jurídica y política.⁹⁰ En cambio, en el Estado constitucional, el ejercicio del poder sí encuentra límites jurídicos bajo los principios y valores contenidos en la Norma Fundamental, que posteriormente darán surgimiento al fenómeno del Neoconstitucionalismo o también conocido como “Constitucionalismo” del derecho, tema que posteriormente será abordado, empero por el momento basta indicar, que precisamente la responsabilidad patrimonial del Estado como prerrogativa básica de los gobernados tiene su mayor desarrollo bajo las condiciones del Estado Constitucional, aunque bajo percepciones de índole civil y administrativo.

Así, en la medida en que se va matizando el concepto de soberanía (abandono del concepto de potestad omnimoda), va surgiendo la limitación del poder y como consecuencia el principio de responsabilidad del ejercicio del poder público, en un principio en la actividad administrativa del Estado, dado que el razonamiento que sustentaba la doctrina de la inmunidad soberana fue resultando tan falaz e injusta que colisionaba con la inteligencia, así como con el sentido de justicia de aquellos que creían en un sistema de vida democrático y social.

En esa medida, el alcance y desarrollo del Estado constitucional sentó las bases para empezar a delimitar el alcance funcional y axiológico de la responsabilidad patrimonial, dado que partiendo de la autonomía de los derechos respecto de la ley, de que aquellos requieren fundamentación constitucional, en algunas latitudes se inició conciente o inconcientemente con la aplicación directa de los principios constitucionales como la equidad ante las cargas públicas para justificar la posibilidad de exigir una indemnización del estado con motivo de su actividad que generara daños que implicaban un sacrificio individual que no se exigía del resto del conglomerado social (Teoría de la igualdad ante las cargas públicas), así como eficiencia de los servicios públicos en aquellos supuestos en que no existía un funcionamiento normal de los mismos (Teoría de la falta del servicio); empero, ello fue un trabajo inacabado, dado que se pasó por alto ponderar la supremacía

⁹⁰ Vid. Dietrich Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. M. Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 38-45; sobre las connotaciones del “imperio de la ley” Vid. Liborio Hierro, *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, Doxa, 19, 1996,

constitucional y los parámetros que ésta fija para controlar el ejercicio del poder público, así como los restantes principios contenidos en la normas supremas de cada país que, permitían dar una justificación formal y materialmente más “responsable” a dicha institución, que ponderara no solamente el interés particular bajo un esquema liberal sino que de igual forma implementara un mecanismo que atendiera al interés social que rige en cada caso y en qué medida ello y los principios supremos podían delimitar determinadas categorías de responsabilidad patrimonial, en razón de la naturaleza y teleología de cada uno de los poderes públicos en que se concretiza la soberanía del Estado.

Vistas las diferencias entre estado legislativo y estado constitucional, así como las implicaciones que éste último llevó para la responsabilidad patrimonial, queda por examinar la oposición que, desde una perspectiva material, se plantea entre estado liberal y estado social de derecho, así como el impacto que ello implica para la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ambos modelos ofrecen una respuesta diversa a la pregunta por los contenidos que vinculan el ejercicio del poder, y el modo (positivo o negativo) que asume dicha vinculación, en función de la filosofía política que está en la base de cada uno de ellos. Al margen del amplio abanico de corrientes que componen el liberalismo, para los efectos de esta exposición nos limitamos a indicar que el modelo liberal condicionará la legitimidad del poder político a la garantía de la libertad, la propiedad y, en general, aquellos derechos directamente ligados al despliegue de la autonomía individual ⁹¹; derechos que serán entendidos en clave subjetiva y negativa como inmunidades del individuo frente al poder público cuya satisfacción demanda de éstos últimos correlativos deberes de abstención. De manera que el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, “cada uno de límites bien

pp. 287-308, Francisco Laporta, *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, en Estado, justicia, derechos, E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), Madrid, Alianza, 2002, pp. 105-132.

⁹¹ Esta es, por ejemplo, la conocida posición de John Locke: “la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados... es la de salvaguardar sus bienes”, más exactamente “sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades”, *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), trad. A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1969, pp. 93-94.

definidos, con regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre sí”⁹². De modo ejemplificativa y no limitativa, basta señalar las acotaciones sobre el Estado liberal visible en la figura 6.

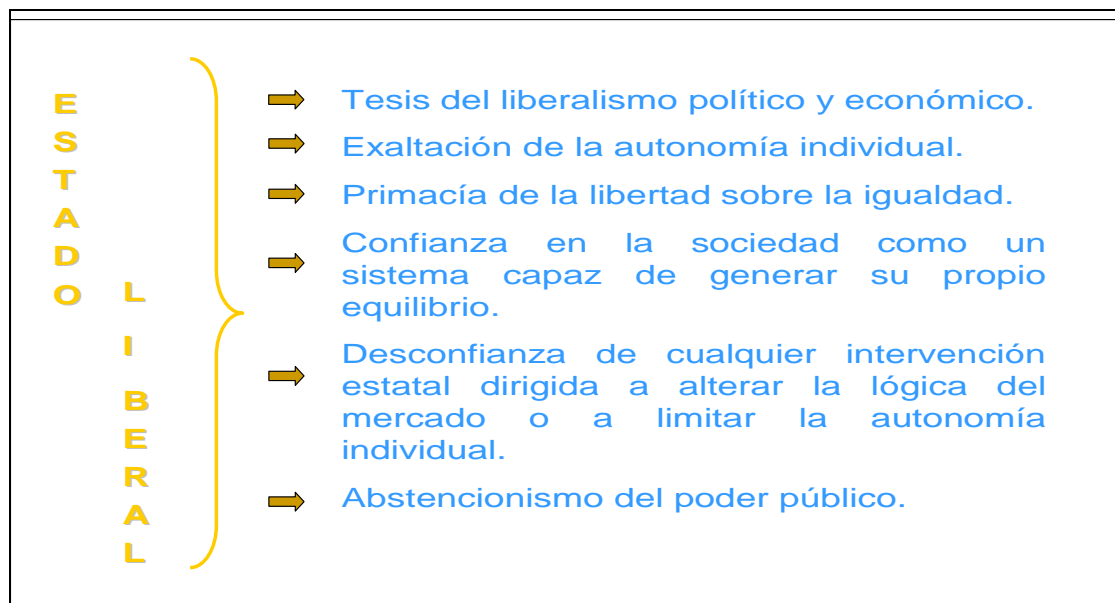


Figura 6.

El estado social, por su parte, busca hacer compatibles libertad e igualdad⁹³, enfatizando la dimensión sustancial presente en ambas, desde la cual la garantía de la libertad incluye también la de los presupuestos materiales para su ejercicio, lo que supone adoptar “medidas públicas” a favor de los grupos social y económicamente en desventaja inspiradas en criterios de igualdad sustancial. A este modelo de justicia social se suma un particular diseño institucional que llega a implantarse efectivamente en los países industrializados, conocido como Welfare State, dirigido a favorecer la activa intervención del estado en la economía, la gestión directa de algunas actividades de especial importancia, entre ellas la prestación de servicios públicos, el diseño de una política de redistribución de la renta y fomento del empleo

⁹² García Pelayo, Manuel, “El Estado Social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª. ed., 4ª. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1991, pág. 22.

⁹³ Sobre la síntesis entre libertad e igualdad que pretende realizar el estado social, Vid. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución” (1975), trad. J. L. Requejo Pagés, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 72-83; Ramón García Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 71-76.

y, en general, la garantía de la “procura existencial” de los individuos⁷². Estas implicaciones del Estado social⁹⁴ se pueden apreciar en la figura 7.

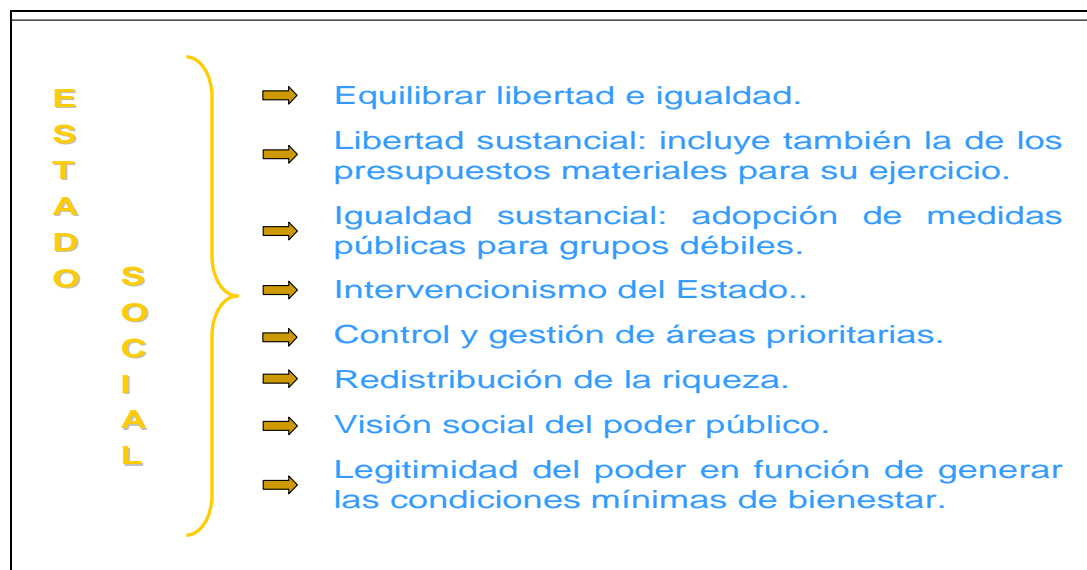


Figura 7.

De esta forma, en oposición a la visión liberal, el régimen social parte de una postura escéptica respecto a las bondades del funcionamiento incontrolado de las leyes del mercado, al mismo tiempo que da confianza al papel del estado como instrumento de transformación social, de modo que ya no es factible estimar un Estado-observador de la vida social, ajeno a las necesidades de la colectividad y a la arbitrariedad de determinados grupos que afectan el orden y paz social. Así, desaparece la rígida separación entre estado y sociedad mantenida por el liberalismo. De este modo, el estado social vinculará la legitimidad del poder ya no sólo a la garantía de los derechos clásicos de libertad, a los que además se incorpora una dimensión prestacional, sino al aseguramiento de aquellas condiciones mínimas de bienestar necesarias para su ejercicio, expresadas jurídicamente bajo la forma de

⁹⁴ Sobre el Estado social, se puede consultar a Manuel García Pelayo, “El Estado Social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado...*, Ob. cit., pp. 13-91; Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), 8ª. ed., 7ª. reimp., Madrid, Tauros, 1991, capítulo III, pp. 83 - 109; los trabajos de Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring publicados en español en el volumen *El Estado Social*, Ob. cit.; Encarnación Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000; Ramón García Cotarelo, “Origen y desarrollo del Estado de Bienestar”, *Sistema*, 80-81, 1987, pp. 5-21; Francisco José Contreras Peláez, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

derechos sociales, cuya satisfacción demanda prestaciones positivas a cargo de los poderes públicos.⁹⁵

Atento a ello, es dable estimar que la justificación de la responsabilidad patrimonial del Estado conforme a la teoría civilista de responsabilidad objetiva y la de índole administrativo como la del concepto de lesión antijurídica y la igualdad de las cargas públicas, en mayor o menor medida, guardan una noción de un Estado liberal, donde el grado de protección a la propiedad privada y la libertad de los individuos se ve como el fin último del Estado perdiendo de vista que dicho individualismo se ve matizado por las derivaciones de la convivencia social y del rol que debe cumplir el Estado tanto para uno como para todos.

En efecto, las corrientes que pretenden la responsabilidad patrimonial ilimitada del Estado con motivo del ejercicio del poder público, señalando que resulta intrascendente si la actividad que da margen al daño en la esfera del gobernado, es lícita o ilícita, normal o anormal, que asimilan la responsabilidad estatal con la de un patrón que se rige por relaciones de derecho privado o que perciben que toda actividad del Estado implica un riesgo creado, que amerita imputar en cualquier supuesto la obligación de resarcir el daño por la acción desarrollada, o que enfocan la legitimidad de la responsabilidad patrimonial en función de la víctima y la falta de obligación de ésta para soportar el daño, son expresiones del liberalismo comentado, donde se percibe el ente público como un simple moderador de la vida social y que le está vedado interferir en la propiedad y libertad de los individuos.

En oposición a ello, bajo la percepción del Estado social se puede estimar que florecen paulatinamente las teorías de responsabilidad patrimonial limitada o finalistas, con motivo de las cuales se va entendiendo que una de las finalidades de la institución no es indemnizar por indemnizar, que tanto exige una adecuada protección la propiedad privada y la autonomía del individuo como también es requisito sustancial el bienestar de la comunidad y la satisfacción de las necesidades

⁹⁵ El concepto de “procura existencial” (Daseinvorsorge) es desarrollado por Ernst Forsthoff. Vid. *El Estado de la sociedad industrial: (el modelo de la República Federal de Alemania)*, trad. L. López Guerra y J. N. Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 120-123; “Problemas

colectivas, la intervención del Estado como orquestador de la vida social y encargado de la caja pública, que la disminución de los fondos comunes no puede ser únicamente en pro de la satisfacción de los intereses individuales. De modo que si corresponde también al Estado el aseguramiento de aquellas condiciones mínimas de bienestar necesarias para el ejercicio de las libertades, éstas no son absolutas y en esa medida, el poder público puede generar en mayor o menor medida molestias o privaciones a la esfera jurídica de los gobernados, precisamente bajo los parámetros impregnados en el Estado constitucional.

La distinción propuesta en el apartado anterior tiene sólo un carácter propedéutico, dado que corresponde ahora delimitar que ello fue el antecedente para la "*consolidación del Estado constitucional de derecho*", como modelo dominante en el panorama político occidental tras la segunda mitad del siglo XX, para lo cual basta hacer las precisiones históricas y conceptuales que se indican en la tabla 4.

CONTEXTO HISTÓRICO PREVIO A LA CONSOLIDACIÓN CONSTITUCIONAL	
Europa del siglo XIX.	Desarrollo conjunto del estado legislativo y liberal de derecho, en respuesta a las demandas de seguridad, libertad e igualdad formal que reclamaba la realidad política post-revolucionaria; de ahí que el estado de derecho decimonónico se caracterice como la fusión entre legalismo y liberalismo. ⁹⁶
Estados Unidos del siglo XIX	Coexistencia del Estado constitucional y liberal. En los primeros decenios del siglo XX se asiste al repliegue del modelo

constitucionales del Estado Social”, en Wolfgang Abendroth / Ernst Forsthoff / Karl Doehring, *El Estado Social*, trad. J. Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 47 y ss.

⁹⁶ Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, Op. cit., pp. 21-33; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, Op. cit., pp. 97-125. Sin embargo, la realidad alemana no se ajusta a este paradigma, dado que se suscita una adaptación del estado de derecho sui generis a una realidad política fuertemente influida por elementos monárquicos y autoritarios, prescindiendo así de las connotaciones demoliberales vinculadas a los modelos legislativo y liberal del estado de derecho. Sobre este tema véase, entre otros, José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho Liberal*. Schmitt en Weimar, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 11-21; Ernst Wolfgang Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1991), en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. y pról. R. Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 26-31; Christian Starck, *El concepto de ley en la constitución alemana*, trad. y pról. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, cap. 1 y 3, pp. 39-76, 117-158.

	económico liberal y a la correlativa expansión del estado social, al tiempo que se mantienen las formas propias del estado legislativo de derecho.
España a principios del siglo XX.	Primeros intentos de adaptar el estado social a las formas propias del constitucionalismo por la vía de la incorporación de derechos sociales en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional; tentativas que en la práctica no logran superar los confines del legalismo. ⁹⁷

Tabla 4.

⁹⁷ La efectividad de los contenidos constitucionales quedaba a merced de la *interpositio legislatoris* y los intentos por articular un sistema de control de constitucionalidad no logran superar la concepción entonces imperante de la ley como máximo horizonte de juridicidad y el escaso valor normativo otorgado a las constituciones. Al respecto Böckenförde afirma que bajo la República de Weimar “una vinculación del legislador mismo a los derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente; para él sólo valían como líneas orientativas, ‘proposiciones programáticas’, en parte a causa de su indeterminación material [...] más aún, sin embargo, a causa de la idea de la soberanía del legislador estatal recibida del positivismo jurídico público. De acuerdo con esta idea, ‘las exigencias de los individuos frente al Estado como legislador, sea en orden a la realización, séalo a la omisión de un acto legislativo’, pertenecían ‘...al género de los imposibles’”. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental, trad. J. L. Requejo Pagés, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Op. cit., pp. 95 –138. Vid. El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político, en *El Estado socia...*, Op. cit., p. 19. Respecto a la situación en España bajo la Constitución de 1931 véase, entre otros, Bartolomé Clavero, *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1994., pp. 171-232; Emilio Attard, *El constitucionalismo español: 1808-1978*, Valencia, s. Ed., 1988, pp. 121-128; Carmen Llorca, *Parlamentarismo y constitución en España*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988, pp. 99-106; Pérez Ayala, Andoni, “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva

De esta forma, el Estado constitucional tendrá lugar en la Europa de la segunda posguerra como resultado de un complejo conjunto de transformaciones y circunstancias de diversa índole que aplastarán los cimientos del orden liberal burgués sobre el que se edificó el estado legislativo. Esto es así, dado que bajo este nuevo esquema de ejercer el poder y de dotar de legitimidad a las normas jurídicas, se plantea una seria modificación de la representación parlamentaria, así como una irrupción al pluralismo social, una rehabilitación del derecho y la razón jurídica, que acaba por derrumbar la racionalidad del derecho codificado.

Estas transformaciones no fueron aisladas sino que acontecieron en forma sistemática, de manera que únicamente con fines didácticos se proceden a estudiar en forma diferencial, para mayor entendimiento, bajo la representación gráfica número 7.



Figura 8.

Esta dimensión limitadora del poder se aprecia con especial claridad en la vertiente garantista del constitucionalismo, desde la cual la constitución es concebida como la norma que contiene las reglas básicas de la organización política y primordialmente establece límites negativos a la acción estatal, bajo la forma de derechos de libertad. Esta tradición constitucional, hija de la revolución americana y de la experiencia histórica estadounidense, contribuirá a forjar el dogma de la supremacía de la constitución y a procurar su garantía jurisdiccional.

histórico comparativa”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997, pp. 333-371.

Pero además, llama la atención la existencia de una dimensión dirigente del constitucionalismo, que se desarrolla paralela a la anterior, donde la constitución se concibe no ya como un “pacto de mínimos”, sino como encarnación de un proyecto de transformación social y política que se propone como alternativa y ruptura con un estado de cosas considerado no deseable.

Desde esta perspectiva se confía a la constitución la tarea de encauzar y modelar tanto a las instituciones políticas como a la sociedad entera conforme a dicho proyecto ideal, para lo cual los poderes públicos han de asumir funciones positivas, de promoción de un estado de cosas que no corresponde a la situación de hecho existente en la sociedad sino más bien a un horizonte ideal que se busca alcanzar a través de la intervención del estado. Fue esta la dimensión del constitucionalismo que se impuso durante el período revolucionario francés, como expresión del afán de ruptura con el antiguo régimen y construcción de una nueva sociedad conforme a los ideales racionalistas de la Ilustración.

De esta forma, los cambios acaecidos en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del sufragio censitario, fueron quebrantando el poder de la burguesía en las decisiones prioritarias del Estado y, por consiguiente, dificultaron en gran medida la posibilidad de consensos legislativos, permitiendo que los canales institucionales de formación de la voluntad política estatal se fueran cubriendo de agitaciones sociales ⁹⁸.

En su faz dirigente el constitucionalismo parece perder su vocación de límite negativo a la acción del estado, para en su lugar alentar una función promocional de los poderes públicos, pasando del escepticismo frente a las bondades de un poder ante el que permanecía vigilante a la confianza en su intervención como herramienta de transformación social.

⁹⁸ Vid. Konrad Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3-29.

Esto es así, porque la idea de una sociedad conformada por individuos aislados, considerados en abstracto y, por tanto, formalmente iguales entre sí, alimentaba a su vez una imagen unitaria de la representación política: los elegidos no asumían la representación de los particulares intereses de sus electores sino de la “nación” en su conjunto, sin que hubiese espacio para la representación de grupos sociales intermedios. Individuo y nación aparecían entonces como las únicas realidades políticamente relevantes para el Estado liberal, lo cual dio margen a las transformaciones del Estado contemporáneo.

Existe un notorio impacto de la modificación parlamentaria como motor de las contradicciones sociales a nivel institucional, la cual se puede apreciar en el siguiente gráfico.

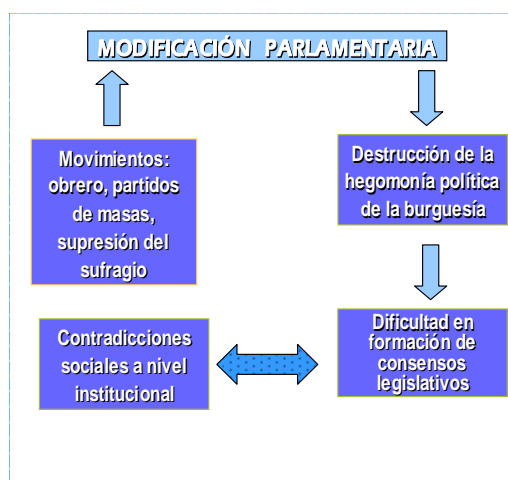


Figura 9.

Por su parte, la paulatina irrupción del pluralismo social, derivada de la creciente proliferación de asociaciones, partidos políticos, instituciones y diversos entes colectivos que mediatizan la gestión de los intereses individuales y se convierten en interlocutores privilegiados ante las instancias públicas de decisión, produjo un fenómeno que en los últimos tiempos viene a enlazar con el auge del discurso del multiculturalismo y la reivindicación de los derechos de las minorías.⁹⁹

⁹⁹ Sobre la irrupción de la “sociedad organizacional” y su influencia en la crisis de la concepción liberal de la sociedad, vid. Manuel García Pelayo, “Sociedad organizacional y sistema político” y “Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, (1977), 2ª. ed., 4ª. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 105-148; Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad...*, Op. cit. pp. 199-210; Pedro de Vega, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel. Carbonell, comp., México, UNAM-Porrúa, 2000, pp. 3-44., Sobre la relación entre pluralismo y Welfare State, vid. Ramón García Cotarello, *Del Estado del Bienestar...*, Ob. cit.,

Tal circunstancia transformará decisivamente la imagen uniforme de una sociedad conformada por ciudadanos formalmente iguales en abstracto y la idea unitaria de la representación característica del modelo liberal, contribuirán a socavar el concepto de nación como referente de identidad colectiva, la soberanía misma del estado nación y la identidad axiológica del ordenamiento jurídico. Todo lo anterior contribuirá al derrumbe del modelo de racionalidad expresado en la ley codificada; colapso que encontrará además confirmación en una experiencia jurídica marcada por la inflación legislativa, por el menoscabo de los caracteres formales que otrora situaban a la ley como garantía de certeza, libertad e igualdad, por la pérdida de su eficacia instrumental y de su centralidad en el sistema de fuentes.

El panorama que antecede impulsó la búsqueda de un nuevo referente de unidad política y jurídica que pudiera suplir el vacío dejado por la crisis de la ley,¹⁰⁰ ya que la experiencia del nacionalsocialismo fue determinante para que a partir de la segunda posguerra se asistiera a una rehabilitación del derecho en el afán de consumir la ruptura con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad que a partir de entonces se instaló en los ordenamientos jurídicos. Esta recuperación de la razón jurídica se caracterizó por un marcado acento antipositivista, predominando en algunos autores una vuelta al iusnaturalismo o, cuando menos, el rechazo a la tradición formalista forjada por el positivismo para en su lugar conceder mayor importancia a la vinculación del derecho a contenidos axiológicos como fundamento de su validez; también tendrá una fuerte impronta antilegalista, pues se trata ahora de hallar un derecho “más alto”, capaz de vincular a todas las manifestaciones del derecho positivo, incluida la ley. Y con tal fin todos vuelven la mirada hacia la constitución.¹⁰¹

pp. 33 y s. Por su parte, la vinculación entre pluralismo y estado constitucional está presente en toda la argumentación que desarrolla Gustavo Zagrebelsky en *El derecho dúctil...*, Ob. cit.

¹⁰⁰ Sobre el fenómeno de la crisis de la ley y del paradigma de la codificación véase, entre otros, Manuel García Pelayo, “Constitución y Derecho Constitucional. (Evolución y crisis de ambos conceptos)” (1948), en *Escritos Políticos y Sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 52-58; Carlos de Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 73-95; Natalino Irti, “La edad de la descodificación”, en *La edad de la descodificación*, trad. e introd. L. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 17-41; *El imperio de la ley y la crisis...*, Op. cit., pp. 287 y ss; Luis Prieto Sanchís, *Del mito a la decadencia de la ley...*, Op. cit., pp. 17 y ss.

¹⁰¹ Se descalifica el positivismo por la vía de imputar a su formalismo y a su pretendida neutralidad axiológica una cuota de responsabilidad por las injusticias cometidas durante el nacional-socialismo, al dejar a los jueces teóricamente inermes para oponerse a aplicar el derecho positivo del III Reich. En tal sentido vid. Gustav Radbruch, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en

Todas estas condiciones consuman el declive del estado legislativo y abonan el terreno para la consolidación del estado constitucional; tránsito que sintetiza Zagrebelsky en estos términos:

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de unidad es el que debe asegurar la consecución de ese objetivo de unidad”¹⁰².

Este nuevo modelo de organización política será plasmado en la oleada constituyente que, a partir de la Constitución Italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949) continuará en el resto de Europa continental, representando en la mayoría de los casos el hito fundador de una nueva y distinta legitimidad política tras la ruptura con regímenes de corte autoritario, como ocurrirá en Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). Impulso que se extenderá a algunos de los países que alcanzan su independencia tras el proceso descolonizador, y a partir de la década de los ochenta a muchos países latinoamericanos en el intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad; también, y más recientemente, al intento de construcción de regímenes constitucionales en los antiguos estados socialistas. Dicha expansión, incluso en aquellos países en donde se advierte una utilización meramente “nominal” de los textos constitucionales, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.¹⁰³

Paralelamente, tales intentos de someter el ejercicio del poder a vínculos jurídicos se harán extensivos al plano internacional con instrumentos internacionales

Gustav Radbruch/ Eberhard Schmidt / Hanz Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, introd., trad. y selecc. J. M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 1-22; Pablo Lucas Verdú, La lucha contra el positivismo en la época de Weimar. *La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, en especial el capítulo VII, pp. 193 y ss. Una excelente crítica en la Introducción de Ernesto Garzón Valdés a su compilación titulada *Derecho y Filosofía*, 2ª. ed., Barcelona, Alfa, 1988, pp. 5-41.

¹⁰² Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil...*, Op. cit., p. 40.

de protección de derechos humanos (Carta de la Organización de las Naciones Unidas, 1945, Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948), así como la creación de tribunales internacionales para procurar su efectividad, todo ello en el intento de llevar el paradigma constitucional al ámbito de las relaciones entre estados y de avanzar en el desarrollo de un “constitucionalismo sin estado”¹⁰⁴, evidenciando así el replanteamiento de la concepción tradicional de la soberanía de los estados-nación, tal como hasta entonces venía siendo entendida.¹⁰⁵

De esta forma, después de la Segunda Guerra tiene lugar la convergencia entre las formas propias del estado constitucional y los contenidos del estado social. Si bien este último contaba ya con un amplio desarrollo (remonta al siglo XIX y la primera mitad del XX), lo cierto es que recibe un impulso definitivo a raíz del compromiso implícito entre las distintas fuerzas políticas que tiene lugar al final de la Guerra para esquivar los peligros provenientes de la revolución o de la vuelta al fascismo. Iniciando una incorporación paulatinamente mayor de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, esta convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitió restablecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la Guerra no supone una fusión entre ambos modelos, básicamente por las siguientes razones:

- ❖ Existieron estados con formas constitucionales sin incorporación de contenidos sociales en sus Normas Fundamentales.
- ❖ Déficit de constitucionalización del estado social, respecto a los contenidos clásicos del modelo liberal.¹⁰⁶

¹⁰³ Atendiendo a la conocida clasificación de Karl Loewenstein entre constituciones normativas, nominales y semánticas, *Teoría de la Constitución*, Op. cit., pp. 216-222.

¹⁰⁴ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Estado de Derecho. Entre pasado y futuro*, en Cuaderno del Seminario Público: Cambio de paradigma en la filosofía política, Madrid, Fundación Juan March, 2001, p. 76.

¹⁰⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuadernos de Investigación, Núm. 16, Universidad EAFIT, Medellín, 2004.

¹⁰⁶ Así lo destaca Luigi Ferrajoli al señalar que “el paradigma constitucional nació, en efecto, únicamente con referencia a los derechos de libertad. Y no se ha desarrollado, junto a un constitucionalismo liberal, un constitucionalismo económico, político y social”. El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez, ed., Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-29; vid.

- ❖ Naturaleza “programática” de los contenidos sociales de la constitución y de este modo les privan de eficacia directa, garantía judicial y del carácter de “derechos subjetivos”, atenuando considerablemente su valor normativo que queda circunscrito solo a su dimensión objetiva.¹⁰⁷
- ❖ La asimilación de ambos modelos no resulta posible si se tiene en cuenta que tras la crisis del modelo de justicia encarnado en el estado social se ha abierto un período de indefinición o, si se quiere, sincretismo ideológico, en donde ninguna opción política parece contar con la hegemonía que en su momento permitió la consolidación de los modelos liberal y social como respuestas dadas desde una determinada filosofía política a la pregunta por los contenidos que vinculan el ejercicio del poder.¹⁰⁸

A ello se refiere Habermas cuando señala que el actual paradigma del derecho “ya no prejuzga –como lo hacía el liberal o el ligado al Estado social– un determinado ideal de sociedad, una determinada visión de la vida buena, y ni siquiera una determinada opción política”.¹⁰⁹ No existe ya un proyecto político particular cerrado, dado que las formas jurídicas son concebida como instrumentos maleables, susceptibles de adaptarse al pluralismo característico de las sociedades contemporáneas, donde la lucha por la fijación de sentido de los contenidos constitucionales se convierte en un elemento central de la actividad política y del quehacer de la dogmática constitucional.¹¹⁰

del mismo autor “Estado social y estado de derecho”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2001., pp. 65-91.

¹⁰⁷ No apta para fundamentar obligaciones exigibles al legislador por vía judicial, cuando son precisamente estas últimas características las que conforman el núcleo duro del estado constitucional. Tal déficit de constitucionalización ha contribuido a que las políticas sociales permanezcan en el ámbito de la discrecionalidad legislativa y administrativa, marginadas de las formas del estado constitucional y por ello más próximas, en el mejor de los casos, a la lógica propia del estado legislativo, cuando no incluso por debajo de éste último, debido a su excesiva simplicidad y manifiesta inidoneidad para

¹⁰⁸ Posterior a la crisis del estado social, la teoría del estado comenzó a ocuparse del “estado postsocial”. Vid. Antonio J. Porras Nadales, *Introducción a una teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, PPU, 1988, pp. 127-250.

¹⁰⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Op. cit., pág. 531. Valga aclarar que el filósofo alemán se refiere al “paradigma procedimental del derecho”, que toma como base un modelo de estado democrático de derecho que en lo sustancial coincide con el estado constitucional que aquí se describe.

Es así, como se llega a afirmar que el “nuevo constitucionalismo” es la teoría “que mejor hace posible el modelo de justicia política del Estado social” porque:

“a diferencia del modelo del derecho propio del Estado liberal, en el cual los derechos son asumidos como poderes de resistencia de los individuos frente a la autoridad estatal, en el Estado social los principios y derechos constitucionales son entendidos como los recipientes jurídicos de valores que reclaman efectividad, como mandatos que deben ser cumplidos en consideración a las posibilidades fácticas de su realización y de armonización con otros mandatos jurídicos de igual jerarquía... A la realización del modelo de justicia política del Estado social sirve, pues, un constitucionalismo que abandona el método jurídico clásico de subsunción y concibe el sistema jurídico como una estructura compleja de procedimientos, reglas y principios, sustituyendo así la tradicional concepción del sistema jurídico como sistema de reglas.”

111

De esta forma, el origen de la responsabilidad patrimonial bajo el Estado liberal, tuvo una perspectiva individualista, concebida como un poder de resistencia de los gobernados frente a la autoridad estatal en la medida que éste incidiera en su esfera jurídica, atribuyéndole un deber de responder del daño causado, empero, la paulatina sustitución de tal modelo por el Estado social-constitucional, va impregnando a la responsabilidad patrimonial de otras características conceptuales. Así, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, va retomando la idea de que constituye un valor que exige efectividad, dado que como mandato que debe ser cumplido debe atender a los principios y derechos constitucionales en que ha de interactuar, de manera que debe ser cumplido no en forma utópica, sino también en razón de las posibilidades fácticas de su realización y de armonización con otros mandatos jurídicos de igual jerarquía.

Por tanto, ya no es factible estimar que la actividad estatal tiene una sola naturaleza (patrón-empleado o de servicio público) sino, que es necesaria partir de que el ejercicio del poder público está dotado de determinadas características propias, contenidas generalmente en cada una de las Constituciones que rigen la estructura y funcionalidad del sistema estatal, que regula la relación entre poderes y de éstos con respecto a la sociedad y el individuo. Luego, en la medida que el poder judicial, legislativo y ejecutivo tienen peculiaridades y principios propios, resulta

¹¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, Op. cit., pp. 9-20.

necesario comprender que no es posible medir con la misma regla la actividad de cada uno de estos poderes, y en esa medida, que si bien es posible atender que guardan aspectos comunes, también es cierto que cada uno cuenta con una configuración constitucional diversa, que deben responder a determinados principios propios de la función que despliegan en el enramado estatal, y por ende, que no resulta acertado aplicar una responsabilidad patrimonial objetiva de manera indiscriminada, o de falta de servicio ni de lesión antijurídica, si se toma en cuenta que el Estado social-constitucionalista abandona el método jurídico clásico de subsunción y concibe el sistema jurídico como una estructura compleja de procedimientos, reglas y principios, sustituyendo así la tradicional concepción del sistema jurídico como sistema de reglas.¹¹²

Como veremos en el apartado siguiente, la incorporación de contenidos sociales sin duda ha contribuido a acentuar algunas señas de identidad de los ordenamientos jurídicos propios del neoconstitucionalismo, en especial la rematerialización de los textos constitucionales, por la inclusión de derechos sociales; su vocación dirigente, por la separación de la rígida frontera entre estado y sociedad, la atribución al primero de tareas de intervención económica y asistencial y, en general, la acentuación de la racionalidad teleológica¹⁰³; la textura principal, debido a la indeterminación no solo de los contenidos constitucionales que señalan los objetivos sociales de la acción estatal, sino también por la adopción de leyes “marco”; el judicialismo, por el mayor protagonismo que adquieren los intérpretes en un ordenamiento basado en principios, entre otros. No obstante, subsisten razones para considerar que la presencia de todos estos rasgos no se explican sólo a partir de la adopción de la fórmula del estado social, sino que, por el contrario, son características que acompañan a los sistemas jurídicos constitucionalizados, emancipadas del impulso que en sus comienzos recibieron del estado social y

¹¹¹ Orozco Abad, Iván y otro, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Temis-IEPRI-Universidad Nacional, 1999, en especial los capítulos III y V, pp. 113-114 y 119.

¹¹² “...El modelo ponderativo de aplicación del derecho es la metodología jurídica propia del nuevo constitucionalismo, en tanto teoría enderezada a asegurar el reconocimiento y la coexistencia de valores y principios distintos que reclaman ser respetados....Pero bajo esta premisa hermenéutica, la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema judicial, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas.” Ibid 120.

manteniéndose más allá de su crisis¹¹³, debido a que no existe una vinculación lógica o necesaria con este último. Sólo si se tiene en cuenta tal distinción, la crítica de aquellos sistemas jurídicos no surtirá como efecto la descalificación del modelo de estado social.

2.1.1. Estado de derecho y democracia.

La redeterminación del Estado de derecho en función de la democracia y el régimen constitucional, ha sido ocasionado en gran medida por la participación de amplios sectores de la población en el proceso de desarrollo, vigencia de los derechos humanos, desarrollo económico y justicia social, de modo que han pasado a ser aspectos centrales de la misma política destinada a impulsar el desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran.¹¹⁴

De manera que existe una relación indisoluble entre Estado de derecho y democracia, ya que numerosos países han comenzado a introducir sistemas políticos multidisciplinarios que permitan la democratización¹¹⁵ de éstos, coadyuvando a ello las reformas constitucionales con determinados postulados garantistas bajo la premisa de que un común denominador de todo sistema democrático es la ponderación de los derechos humanos y cívicos como rectores de la convivencia social.

¹¹³ Miguel Ángel García Herrera, “Rigidez constitucional y Estado social”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 85. En el mismo sentido, Mario Dogliani, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Op. cit., pp. 687-700.

¹¹⁴ Las condiciones políticas generales por un lado, así como las estructuras económicas y sociales por el otro, deben ser interpretadas como subsistemas interrelacionados, de tal forma que no existe un modelo de democracia único con validez plena, sino que puede adoptar diferentes formas concretas en la medida en que interrelacionen tales subsistemas, cobrando vital importancia el grado de coordinación entre éstos para el tipo de Estado moderno que pretendemos.

¹¹⁵ La democratización describe, por un lado, el proceso por medio del cual un Estado aspira a concretar una constitución democrática, y por el otro, la situación de aquellos Estados que, contando ya con una constitución democrática, desean reforzar, reformar o ampliar estructuralmente los elementos e instrumentos que permiten perseguir los objetivos políticos trazados. No se limita a un programa de organización social sino a una ideología de organización del sistema político. Thesing, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Compilación. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Fundación Honrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina, 1999. p 14.

De manera que, si el Estado de derecho, como fundamento del orden político, enseñaba a dirimir conflictos de valores e intereses en base a ciertas reglas de juego, establecidas por la ley, sin el uso de la violencia, la democratización de éste permite dotar de contenido intrínseco y validez social tales reglas en pro de la equidad, libertad y la justicia social, que son paralelos a una modernización¹¹⁶ estatal.

Ahora bien, las condiciones que debe cumplir un Estado de derecho en un sistema democrático son esencialmente:

- Reconocer que la democracia es ante todo una forma de vida.¹¹⁷
- Fomentar el aprendizaje de sus postulados (formación de una sociedad demócrata).
- Generar el consenso permanente y voluntario de los gobernados sobre valores, ideas e instituciones.¹¹⁸
- Partir de un Estado de derecho eficaz (reglas, normas e instituciones coordinadas con propósitos concretos en común y específicos en paralelo).
- El ejercicio del poder político debe tener base en las leyes constitucionales con el objeto de asegurar la libertad, justicia y seguridad jurídica.¹¹⁹

¹¹⁶ La modernización comprende aquellos procesos que caracterizan una situación de cambio acelerado en una sociedad, cuya base en gran medida es la estructura social –ya equipada con elementos democráticos esenciales–, refiere Thesing, Josef. *Op. cit.* p 14. y podríamos añadir a ello, que determina el cambio de funciones del tejido estatal en la misma proporción así como los fines del ejercicio de poder.

¹¹⁷ Torres Espinosa, Eduardo. *La democracia. Hacia una obligada redefinición*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVIII, No. 114, Septiembre-Diciembre, 2005, México, D. F.

¹¹⁸ Democracia significa participar y no abstenerse en las decisiones fundamentales de la sociedad, de manera que exista un abierto compromiso de los gobernados con su Estado, donde se conozca sus objetivos y funciones, así como de los representantes. Cobra actualidad al respecto las palabras inéditas de John F. Kennedy: “no pregunten qué puede hacer el país por ustedes, pregunten qué pueden hacer ustedes por el país”. Aunado a ello, el consenso democrático tiene su base en la capacidad de una sociedad de contar con un mínimo de adhesiones voluntarias respecto a cierto sistema político, orden social, sistema jurídico y económico, pero de modo primordial, sobre valores e ideas esenciales que deban nutrir la convivencia social bajo un sentido de comunidad.

¹¹⁹ Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I, 1977, p. 615. Cfr. Thesing, Josef. *Op. cit.* p 19.

- Conceder a los hombres libertad para desarrollar su vida de la forma que les parezca correcta, con las limitaciones racionales que la convivencia social exige.

Lineamientos de los cuales deriva que en un Estado de derecho democratizado, es una constante que la actividad del poder público se vea determinado y limitado por el derecho en beneficio de los valores que determinada sociedad ha acogido para su forma de convivencia; y a partir de ello, se puede percibir el verdadero sustento de la responsabilidad patrimonial del Estado, como elemento democratizador de la actividad estatal ya que en este sentido el derecho se convierte en un conjunto de reglas políticas institucionalizadas que guían la conducta gobernante-gobernado e influyen en la misma para permitir que aquel exceso de ejercicio de poder notoriamente injustificable en las reglas de juego constitucional implica una afectación exorbitante al sistema jurídico imperante, y por ende, que debe ser resarcido el daño ocasionado al hombre (gobernado) con motivo del mismo, ya que el Estado de derecho está básicamente referido al ser humano, de modo que la imagen y visión de éste, su particularidad, necesidades, posibilidades, límites físicos y psíquicos son sus elementos esenciales, ya que no se debe olvidar aquella concepción según la cual *no es el hombre el que está al servicio del Estado, sino el Estado en función del hombre*.

Así las cosas, partiendo de la perspectiva de Román Herzog¹²⁰ de que el Estado de derecho es aquél que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos; donde la sujeción del poder público a la ley, debatida y aprobada públicamente por el parlamento y posteriormente publicada en el medio oficial de fácil acceso para todos –a pesar del sentido inanimado que se le suele asignar–, tiene un papel democrático fundamental, como es sentar la base para la crítica y el control de la acción del Estado a través de los ciudadanos, podemos advertir claramente que la responsabilidad patrimonial del ente estatal en cualquiera de los poderes en que se despliega –ejecutivo, legislativo y judicial–, pasa a ser un bastión más del Estado de derecho, consecuencia natural de la evolución de éste y

¹²⁰ Herzog, Roman. *Elementos que definen un Estado de derecho: el Estado servidor del ciudadano*. En Estado de Derecho y Democracia, Op. Cit. p. 21.

la democratización de las instituciones políticas y jurídicas, de modo que serán los principios de tales fenómenos los que deben regir la sustancia y forma de la obligación de resarcir los daños ocasionados por la actividad estatal que sean una clara contravención a los postulados en que descansa el sistema.

Estas últimas afirmaciones revelan cómo el control constitucional comporta una irresoluble tensión entre los sentidos permisivo y restrictivo de la norma suprema, lo que refleja a su vez un conflicto también permanente entre democracia y derechos. Así, una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entrañaría el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible y poner en riesgo la adecuada dimensión de la responsabilidad patrimonial. En ese sentido, no pasa inadvertido que la crítica que se ha indicada al respecto, que lo anterior supondría la adscripción a una suerte de elitismo epistemológico, en virtud del cual los jueces, sin legitimidad democrática ni responsabilidad directa ante el electorado, tendrían un acceso privilegiado al contenido semántico "objetivo" de los derechos indisponibles para el legislador.¹²¹

Por otro lado, sin embargo, es preciso reconocer que para muchas de las prácticas constitucionales hoy vigentes, la propuesta de una inhibición o repliegue exagerados del control jurisdiccional, implicaría convertir a los legisladores en verdaderos señores del derecho, con poder incluso para desbaratar el propio método democrático. Con el propósito de evitar un eventual absolutismo de este tipo, autores como John Ely¹²² o Carlos Nino¹²³ atribuyen a los jueces la función de árbitros en el proceso democrático, garantizando su permanente apertura y la satisfacción de aquellos presupuestos, sin los cuales éste no sería posible. Según Nino, esos presupuestos comportan tanto elementos formales como materiales. Entre estos últimos, sostiene, se encontrarían no sólo ciertos derechos básicos de libertad o políticos, sino unos mismos sociales que la discusión democrática podría extender o

¹²¹ Sobre las objeciones al carácter contramayoritario de los jueces, Vid. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, así como los artículos del mismo autor, "Del reino de los jueces al reino de los políticos", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 28, 1997; y "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía*, México, núm. 6, 1997.

¹²² Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

¹²³ Nino, *La constitución de la democracia...*, Ob. cit., p. 258.

reformular sobre la base de ciertas coyunturas históricas, pero nunca eliminar.¹²⁴ Este tipo de enfoque no resolvería en forma definitiva la tensión entre democracia y derechos antes referida, pero constituiría una justificación razonable de un control judicial de las leyes garantistas y con sentido democrático, a partir de las cuales se permita la óptima subsistencia de la responsabilidad patrimonial.

Para reforzar este punto de vista, podría trabajarse al menos dos sentidos:

- a) Trasladando a las propias argumentaciones de los tribunales las premisas lógicas de una ética comunicativa y deliberativa. Una depuración argumentativa de las sentencias, que incorporara criterios justificatorios de universalidad, imparcialidad, razonabilidad, etcétera, fortalecería la legitimidad de ejercicio de los jueces, reduciendo, aunque no anulando, el carácter discrecional de sus fallos.¹²⁵
- b) Diseñando mecanismos alternativos o complementarios a la expulsión definitiva del sistema de aquellas leyes que se juzgaran inconstitucionales. Por ejemplo, se podría recurrir al mecanismo del reenvío, condicionando la constitucionalidad de una norma a su rediscusión y aprobación por mayorías calificadas del Parlamento e incluso se podría pensar en casos de alta relevancia institucional en los que la última palabra se remitiera al propio cuerpo electoral.

Estas garantías u otras similares debilitarían muchas de las actuales objeciones al papel de los jueces. Asimismo, tampoco se podría negar la posibilidad de un control de mínimos sociales, agitando el fantasma de un desborde presupuestario. En realidad, todos los derechos limitan la competencia del legislador y a veces también afectan sus potestades presupuestarias, cuando se trata de derechos fundamentales más gravosos.¹²⁶ Contra estos argumentos, sin embargo, es usual que se aduzca que la eficacia de los derechos sociales depende, en última instancia, de "la reserva de lo económicamente posible", pretendiendo de ese modo zanjar definitivamente el

¹²⁴ El propio John Rawls admite los presupuestos materiales de las libertades básicas, al reformular sus principios de justicia en los siguientes términos: "En particular, el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales básicos, podría venir precedido de un principio de prioridad lexicográfica, que exigiera que las necesidades básicas de los ciudadanos fueran satisfechas, al menos hasta el punto que fuera necesaria, para que los ciudadanos comprendieran lo que significa y fueran capaces de ejercer fructíferamente esos derechos y libertades". Vid. *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 37.

¹²⁵ Vid., Prieto Sanchís, Luis, *Notas sobre la interpretación constitucional*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 9, 1991.

¹²⁶ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, Ob. cit., p. 495.

debate. Si no hay dinero, se simplifica, no hay derechos sociales. Sin embargo, la falta de prestación de los derechos no siempre es una cuestión de escasez sino de mala distribución. Cuando se esgrime la falta de recursos, la carga de la prueba incumbe a los poderes públicos y los jueces deben ejercer un severo control sobre esa afirmación. Las propias declaraciones de emergencia económica, a menudo utilizadas desde el poder para incumplir en forma sostenida deberes constitucionales, sólo postergables bajo condiciones excepcionales, deben ser sometidas al riguroso examen de la jurisdicción. De modo que, no será dable negar la responsabilidad patrimonial del Estado con la simple argumentación de recursos económico, dado que se puede tomar las medidas pertinentes para asignar la partida presupuestaria correspondiente y en todo caso, proveer políticas públicas para que cada una de las instituciones que ejercer el poder público, lo efectúen bajo los parámetros previstos en la Constitución, implementando mecanismos concretos para avanzar en materia de eficiencia y de protección a los derechos fundamentales, a la vez que se contemple la posibilidad de una valoración anual o periódica del índice de asuntos en que hubiere recaído responsabilidad patrimonial a determinados entes públicos, para aplicar los correspondientes mecanismos y en su caso, ponderar ello para la asignación de recursos presupuestarios son solamente bajo la premisa de tener que prever mayores recursos porque se incrementará la ineficiencia y arbitrariedad del ejercicio del poder público en determinado ente, sino más bien, aplicando sanciones presupuestarias que si bien, no deben afectar el núcleo esencial del presupuesto que resulte necesario para la continuidad de la institución y el afronte de las necesidades prioritarias, también permita contemplar la posibilidad de reducir la asignación de recursos en forma sustancial sobre áreas no básicas.

En definitiva, cabe afirmar que el Estado constitucional democrático consiste en una permanente dialéctica entre jueces y legisladores. Mucho debe quedar librado a la configuración legislativa, pero también bastante debe ser sustraído de la esfera decidible por las mayorías electorales, ya que tampoco se puede permitir la abdicación del principio de responsabilidad de los poderes públicos bajo una simple decisión mayoritaria, dado que éste corresponde al catálogo de los derechos cuya supresión ya resulta indecible para la colectividad.¹²⁷ Las transformaciones

¹²⁷ Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, Ob. cit.

estructurales de la sociedad y la remoción de obstáculos corporativos al progreso económico y a la expansión de los derechos sociales, deben buscarse fundamentalmente a través del proceso democrático, de la disputa política. Pero no debe desdeñarse la importancia del control jurisdiccional ni la participación activa de los ciudadanos en el mismo.

2.1.2. Elementos básicos.

Una de las características que distinguen a las instituciones de un Estado democrático es su origen en la libre voluntad del pueblo en que han de regir, voluntad manifestada en dos aspectos o niveles, primero el de la elección de las personas o representantes que han de encarnar las referidas instituciones y, segundo, el de la toma de decisiones y adopción de las normas o leyes reguladoras de las instituciones siguiendo la regla de la mayoría; lo que confiere legitimidad tanto a unos (los gobernantes) como a las otras (las decisiones y las normas). Mientras que en un Estado no democrático, los gobernantes carecen de legitimidad lo mismo que las normas que rigen las instituciones, dado que ni uno ni lo otro es resultado de la expresión de la voluntad del pueblo.¹²⁸

En este modelo, la población, ha de gozar de los derechos a la libertad de movimiento, libertad de expresión, el derecho a la integridad física, a no ser detenidos arbitrariamente, el derecho a votar en libertad, en secreto y que su voto sea tenido en cuenta y que valga igual que el de cualquier otra persona y, en último término, en caso de queja por violación de estos o de cualquier otro derecho, encontrar la correspondiente protección legal ante los tribunales de justicia, etc. De aquí que, hoy en día, otra de las características fundamentales de las instituciones de un Estado democrático es el compromiso con el respeto de la libertad y la dignidad humanas y los derechos a ella inherentes, o sea, que los derechos humanos aparecen como otra de las instituciones claves que distinguen un Estado democrático de otro que es una dictadura. De esta manera, tomando como criterio diferencial la

¹²⁸ Vid. Bobio, Norberto. “Democracia: los fundamentos”. En, *Teoría general de la política*. Trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 401-448.

participación del pueblo en las organizaciones y marcha de la sociedad política, se distinguen dos formas de gobierno: democracia y autocracia.

La primera consiste, según Kelsen¹²⁹, en que el orden jurídico es producido por aquellos sobre quienes va a regir y supone, un alto grado de participación popular. La segunda se caracteriza porque el orden estatal es creado por un señor único, contrapuesto a todos los súbditos que excluye de toda participación activa. Por lo tanto, los Estados de tendencia democrática son aquellos en los que el pueblo participa de algún modo en las tareas de interés general, mientras que Estados de tendencia autocrática, son aquellos en los que se deniega tal participación popular.

La democracia es una aspiración. El Estado totalmente democrático no existe. Sólo se producen ciertas aproximaciones al orden utópico de la relación entre gobernantes y gobernados. Por lo que entre mayor sea el grado de participación se le conceda al pueblo, más democrático es el Estado.¹³⁰ En el esquema democrático puro el pueblo es, sujeto y objeto del orden jurídico del Estado, porque él dicta este orden jurídico por medio de representantes en la asamblea legislativa, y de otro, está obligado a observarlo. O sea que la ley está formada por los mismos que a ella están sometidos. Esta doble calidad popular es una de las características fundamentales del sistema democrático puro. Por eso, la democracia es una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva resulta engendrada por quienes están sujetos a él. Dado que la democracia consiste en que el orden jurídico es producido y ejecutado por aquellos sobre quienes va a regir no es entonces, mas que la concreción de la voluntad de los gobernados, se presenta el problema de saber cual es esa voluntad o que debe entenderse como tal. Para ello, considera que la voluntad de la mayoría es la del grupo, porque es la que mayor número de consentimientos individuales abarca, luego, para que la voluntad sea general, no necesita ser unánime sino mayoritaria. Esta voluntad se concreta mediante los diferentes métodos creados por el sistema democrático para hacer factible la participación popular en las

¹²⁹ Vid. Kelsen, Hans, *Teoría del Derecho*, Sexta Reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1991.

¹³⁰ Vid. Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999. Romero, Jorge Javier, *La democracia y sus instituciones*, México, Instituto Federal Electoral, colección Temas de la Democracia, serie ensayos núm. 5 (www.deceyec.ife.org.mx), rubro:

tareas oficiales del Estado, como son la iniciativa popular, el referéndum, el plebiscito, las elecciones y los partidos políticos.

El hecho de que la voluntad de la mayoría pase por voluntad de la totalidad no significa que el poder de la mayoría este exento de limitaciones. La primera limitación que soporta es el respeto a la minoría, respeto que es un supuesto legal y moral del sistema democrático. De otro modo, este implantaría la tiranía de la mitad mas uno sobre la mitad menos uno. Además no hay que olvidar, que la entidad dentro de la cual se desarrolla la regla de la mayoría, ha surgido precisamente para garantizar los derechos de los asociados, pudiendo ser una democracia directa o indirecta, según que el pueblo ejerza el gobierno del Estado por sí mismo, o si lo hace por intermediarios (depositarios de la representación popular), de modo que las principales implicaciones de este modelo se pueden apreciar en la figura 10.

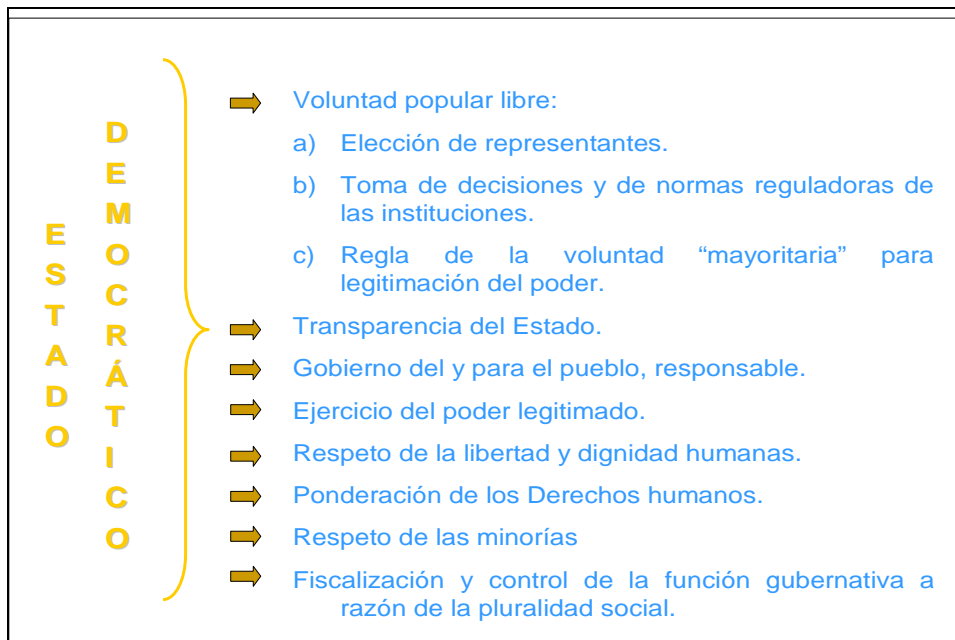


Figura 10

De esta manera, si la democracia es una dimensión esencial del desarrollo humano, dado que éste se concibe como el aumento de las opciones para que los

estudios e investigaciones). Dahl, Robert A., *La democracia*, Madrid, Taurus, 1999. *La democracia y sus críticos*, Barcelona-México, Paidós, 1992.

habitantes de un país puedan mejorar su vida.¹³¹Entonces, es válido determinar que la responsabilidad patrimonial del ente público debe permitir ese equilibrio y dar margen a mejorar la vida del ser humano en su convivencia social, lo cual no se logra, mediante una aplicación de responsabilidad patrimonial amplia de los poderes públicos que lejos de mejorar las opciones para el bienestar social, generan un alto índice de represión del ejercicio del poder público y la insatisfacción de gran cúmulo de necesidades sociales. Esto es, la democratización del Estado no implica únicamente la ponderación del principio de responsabilidad patrimonial, sino también su adecuada aplicación que impida desequilibrios en los recursos y el poder político que socaven a menudo el principio y finalidad de las instituciones democráticas: el desarrollo humano.

Congruente con ello, el Estado de derecho resulta ser un elemento esencial de la democracia, dado que como lo indica el fundamento de la ciudadanía es la premisa de la autonomía de todos los individuos y, consecuentemente, de su igualdad básica, pero ello exige una ciudadanía efectiva que no se limita a votar sin coacción sino también implica un modo de relacionarse con el poder público. Bajo ese contexto, si la democracia es una modalidad continua de relación, antes, durante y después de la elección de representantes, entre individuos protegido y potenciados por su condición de ciudadanos, la vulneración del Estado de derecho y posteriormente de los principios que inspiran el Estado social, constitucional-demócrata, pasarán a ser los parámetros para la responsabilidad patrimonial.

De lo contrario, de estar frente una democracia en la cual una proporción importante de ciudadanía y de los entes públicos decide no ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes, estaría frente a serios problemas de legitimación del poder, pasando por alto que el Poder democrático es la capacidad de actuar de modo efectivo frente a los problemas de expansión de la ciudadanía a la vez que se construye una interacción funcional entre los poderes. Todo ello, con el objeto de que el bien común atienda al pluralismo social, de tal manera que no existan privilegios discriminatorios sino que atienda el mosaico de grupos que se gestan al

¹³¹ Informe sobre Desarrollo Humano, Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, Tercer Mundo, 1998.

interior de la sociedad y que atienda de forma eficaz sus necesidades adaptando la toma de decisiones al tipo de éstas; proceso que se puede representar en la figura 11.

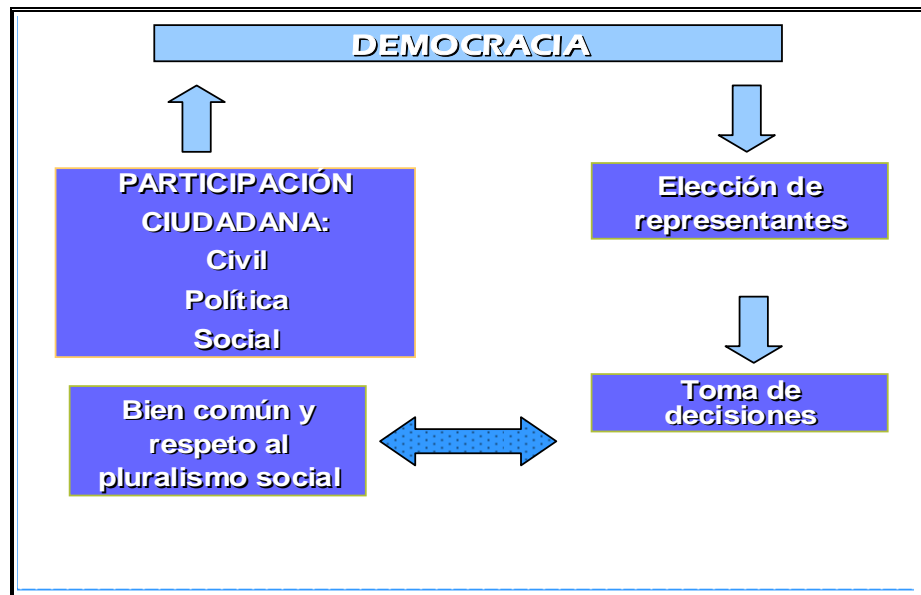


Figura 11.

Una vez que ha quedado establecido que la legitimidad de las instituciones en un Estado democrático está en su origen en la libre voluntad del pueblo, basta añadir que la referida legitimidad ha de extenderse y manifestarse también en los cometidos o funciones de cada una de dichas instituciones.¹³² Estos es, tanto en el Poder ejecutivo (funciones de dirección política: programación política, presupuestos y planificación, etc., y funciones ejecutivas: legislación delegada, nombramiento de empleos civiles y militares, la gestión de los servicios públicos, etc.), como en el poder legislativo (función legislativa y de control del Gobierno).

Empero, una función prioritaria del Estado democrático y característica del mismo es la de garantía de los derechos fundamentales, procurando que la legislación sea coherente con los mismos y garantizando que sólo por ley se puedan legislar sobre estos derechos, a la vez que vía judicial se pondera la tutela de los derechos y libertades y el control de la legalidad de la administración.

¹³² Vid. Torres del moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. Madrid: Atomo Ediciones, 1988. p. 119-304.

Así, dado que la vida de cualquier sociedad transcurre a través de sus instituciones, ya sea en lo familiar, social, cultural, económico o político, resulta evidente que cualquier cambio o evolución de la responsabilidad patrimonial, sea o no estatal, pasa por un cambio o evolución de sus instituciones. Por lo que, aquellos que quieran lograr cambios en su comunidad deben incidir precisamente en sus instituciones, participando activamente en las mismas, de tal suerte que su conducta sirva de referencia o ejemplo a seguir. La cuestión, aunque clara no parece tan sencilla ni fácil sobre todo en lo que se refiere a la participación en las instituciones políticas que puede o no ser aconsejable u oportuno dependiendo de qué institución se trate, de si estamos ante un régimen democrático o no e incluso de si se trata de personas individualmente consideradas o de organizaciones políticas.

A partir de una recapitulación de las características y funciones del Estado democrático, cuya esencia está precisamente en la participación de los ciudadanos en la cosa pública, se puede establecer que la responsabilidad patrimonial será en gran medida reflejo de la positiva participación institucional de los individuos y las organizaciones en que se integran, si queremos que dicha figura (institución) cumpla cabalmente con sus funciones dentro del respeto a las reglas que las definen, lo mismo que para promover la evolución y el cambio de las mismas. No obstante, ha de señalarse que la participación institucional para la configuración y cambio de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un límite, y es que la misma no debe hacer disfuncional el ejercicio del poder público ni tampoco puede ser materia de supresión en función de una decisión de mayorías, habida cuenta que en la medida que se ha incorporado dentro de los derechos fundamentales del ser humano en sus relaciones frente al poder público que exige en todo caso, una participación mucho más activa, un sopesar de principios constitucionales mucho más nutrido y argumentado, que logre el desequilibrio de fuerzas entre el interés privado y el público.

Ello es así, porque desde el punto de vista normativo se afirma que en la modernidad el Estado democrático de derecho se ha cristalizado como la forma de organización política que garantiza en forma más idónea la defensa de los derechos

de cada persona y de los diferentes grupos que lo componen; al mismo tiempo que hace posible la creación de las condiciones económicas y sociales necesarias para satisfacer las necesidades básicas (en sentido rawlsiano).

Así, pues, el Estado democrático de derecho constituye la condición de posibilidad de la inclusión de la diferencia. Cualquier otro "régimen de tolerancia" supone una imposibilidad conceptual, es decir, a priori, de la misma. Una concepción del Estado democrático de derecho bien formulada supone, por lo tanto, el reconocimiento de que "la identidad del individuo está entretejida con las identidades colectivas y sólo puede estabilizarse en un entramado cultural, que, tal como sucede con el lenguaje materno, uno no hace suyo como si se tratase de una propiedad privada"¹³³. Así concebido, el individuo permanece como portador de derechos de pertenencia cultural, lo cual permite que se le puedan reconocer y garantizar, sin romper el marco referencial del Estado democrático de derecho, tanto status especiales como derechos de autoadministración, subvenciones, protección especial, "discriminaciones positivas", etcétera.

En resumen, los ciudadanos en tanto que libres e iguales en derechos deberán estar en libertad de hacerse cargo de sus vidas y podrán exigir que se les garantice los bienes primarios que les permitan desarrollar sus específicas concepciones del bien, compatibles con los principios públicos de la justicia y con el procedimiento establecido en la ley.

De manera que, la responsabilidad patrimonial como institución cada vez más democrática, donde debe coexistir las libertades individuales con los principios públicos de justicia y el bien común, permite advertir que cada sociedad va formando un determinado perfil resarcitorio de daños derivados de la actividad estatal producto de la identidad de la ciudadanía. Es posible sostener con Kymlicka que "la ciudadanía no es simplemente un estatus legal definido por un conjunto de derechos y responsabilidades. Es también una identidad, la expresión de la pertenencia a una comunidad política"¹³⁴. Esto quiere decir, que además de que los ciudadanos están

¹³³ Rawls, Liberalismo... Op. cit., 209.

¹³⁴ Vid. Kymlicka, W. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós. 1996. *El retorno del ciudadano: Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía*. En: La política N°. 3.

constituidos ontológicamente por la pertenencia a un grupo específico, están constituidos ontoteleológicamente por un sentimiento de pertenencia a un Estado que promueve, establece y garantiza las condiciones políticas democráticas y de justicia social que hacen posible la realización de los proyectos de vida particulares.

Teleología a la cual habrá de atender la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que esta identidad de segundo orden hace, por tanto, relación a dos elementos fundamentales para el logro de los fines inherentes a un Estado democrático de derechos: la *legitimidad* y la *participación ciudadana*. En cuanto a la legitimidad puede afirmarse con Rawls que "(...)la justicia como imparcialidad no es razonable (...) a menos que pueda ganarse el apoyo apelando a la razón de cada ciudadano (...) dentro de su propio plano"¹³⁵. De ahí que siguiendo a Rawls, de aplicar a la responsabilidad patrimonial del Estado el planteamiento de legitimidad que propone, se podrá advertir que ninguna doctrina comprensiva es apropiada (civil, administrativa, etc.), como concepción política, ya que para un régimen constitucional-demócrata es menester una concepción política de la responsabilidad patrimonial que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir y que puede servir de fundamento de la razón pública y de su justificación.

Bajo esa misma vertiendo, si Habermas afirma que "*Un ordenamiento jurídico es (...) legítimo si asegura de modo equitativo la autonomía de todos los ciudadanos. Estos son autónomos sólo si los destinatarios del derecho pueden entenderse a sí mismos simultáneamente como sus autores*"¹³⁶. El Estado democrático de derecho y la correspondiente responsabilidad patrimonial de aquél, son, entonces, por definición, entidades capaces de modificarse, dado que se fundamentan en un dinámico proceso de cambio permanente con el fin de responder a las transformaciones del mundo social, económico, científico, cultural y político, y a la necesidad de corregir las injusticias provocadas por los sistemas político y jurídico a raíz de las inapropiadas definiciones del poder público.

Ciudadanía: el debate contemporáneo. Barcelona: Paidós, 1996. *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel. 1997.

¹³⁵ Rawls, Op. cit. p. 145.

¹³⁶ Habermas, Op. cit. p. 202.

2.1.3. Derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales fueron recogidos en las constituciones del siglo pasado, con el objetivo primario de proteger al ciudadano contra posibles actos arbitrarios de la administración y de los tribunales, sin que esa protección incluyera al poder legislativo al que en ese entonces se consideraba el paladín de la libertad y de la justicia, empero, posteriormente hubo la necesidad de que tal ámbito de protección se extendiera ante el propio legislador, ya que como todo poder, no estaba exento a la seducción de su ejercicio ilimitado aún en contra de los propios derechos fundamentales del hombre así como de los valores constitucionales básicos de determinada sociedad, de ahí que, la misma constitución es la que establece los casos en que la ley puede intervenir en los derechos fundamentales, la forma y alcance de dicha intervención, en donde es un común denominador el concepto de proporcionalidad según el cual el legislador sólo puede restringir un derecho fundamental cuando la constitución lo faculta expresamente para ello, cuando además exista razón suficiente para hacerlo y, sólo en la medida en que esta razón así lo justifique.

Por esta razón, hay quienes adoptan posturas de carácter más garantista al concebir la constitución y los derechos fundamentales por ella reconocidos, como los únicos referentes de interpretación judicial y las únicas instancias que facultan la legalidad o ilegalidad tanto formal como material de las normas. Incluso se dice que el problema no debe situarse en la búsqueda de un nuevo derecho, sino en transformar el derecho positivo vigente. La acción ha de desarrollarse, por tanto, en el nivel de lo instituido.

El problema se agudiza cuando ese principio de jerarquización no sólo es el centro de determinación del resto de los derechos, sino que también está indisolublemente ligado a las formas de regulación del acceso a la producción y distribución de los bienes materiales y sociales. Recordar que siempre nos encontramos con un límite material con el que poder atender a todas las necesidades humanas. El acceso a los bienes con los que se satisfacen, es una condición fundamental para poder vivir y para poder disfrutar de las condiciones de vida. Los

derechos humanos, con la combinación dialéctica del esfuerzo humano y los valores entendidos como preferencias sociales, expresan modos de reconocimiento y de satisfacción de las necesidades. También se pueden aceptar todas, pero no así satisfacerlas por ese condicionamiento del producto social. Los bienes encargados de proporcionarlas no son infinitos, pese a que sean la condición de posibilidad de la acción humana.

De ahí la importancia que tienen las formas de acceso a los bienes materiales y sociales. En virtud del principio de factibilidad, todo cumplimiento de los derechos humanos, como mínimo, tiene que ser realizado en el marco del producto social que la sociedad produce. Pues bien, resulta que el principio de jerarquización establecido por ese derecho o grupo de derechos fundamentales, viene condicionado por determinada forma de regulación del acceso a la producción y distribución de los bienes. Es decir, que todos los derechos humanos se mediatizan por uno o varios derechos fundamentales que determinan las vías legítimas de acceso a los medios sociales y materiales. El significado de los derechos humanos está delimitado, por tanto, en función de estas formas de acceso a la propiedad.¹³⁷ Son las propias relaciones de producción las que se convierten en el principio de jerarquización del conjunto de los derechos humanos. Incluso no sólo hacen referencia al sistema de propiedad, sino también contienen un ordenamiento que jerarquiza todo el mundo ético y valorativo.

2.1.4. Sistema garante.

La dimensión limitadora del poder producto del constitucionalismo y los regímenes democráticos ha denominado la vertiente garantista del primero, desde la cual la constitución es concebida como la norma que contiene las reglas básicas de la organización política y primordialmente establece límites negativos a la acción

¹³⁷ Dice Hinkelammert: Los derechos humanos, además de ser bienes jurídicos, “describen un horizonte utópico de la convivencia humana en relación con el cual sólo permiten aproximaciones... De esta manera se puede explicar por qué en la tradición burguesa la producción privada aparece como principio de jerarquización de los derechos humanos, y en la tradición socialista la satisfacción de necesidades como referencia de la determinación de los sistemas de propiedad”. Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1987, pp 137-138.

estatal, bajo la forma de derechos de libertad, producto del dogma de la supremacía de la constitución y su garantía jurisdiccional.

Pero además, Fioravanti ha llamado la atención sobre la existencia de una dimensión dirigente del constitucionalismo, que se desarrolla paralela a la anterior, donde la constitución se concibe no ya como un “pacto de mínimos”, sino como encarnación de un proyecto de transformación social y política que se propone como alternativa y ruptura con un estado de cosas considerado no deseable. Desde esta perspectiva se confía a la constitución la tarea de *encauzar* y *modelar* tanto a las *instituciones políticas* como a la *sociedad* entera conforme a dicho proyecto ideal, para lo cual los poderes públicos han de asumir funciones positivas, de promoción de un estado de cosas que no corresponde a la situación de hecho existente en la sociedad sino más bien a un horizonte ideal que se busca alcanzar a través de la intervención del estado.¹³⁸ Fue esta la dimensión del constitucionalismo que se impuso durante el período revolucionario francés, como expresión del afán de ruptura con el antiguo régimen y construcción de una nueva sociedad conforme a los ideales racionalistas de la Ilustración.¹³⁹

En su faz dirigente el constitucionalismo parece perder su vocación de límite negativo a la acción del estado, para en su lugar alentar una función promocional de los poderes públicos, pasando del escepticismo frente a las bondades de un poder ante el que permanecía vigilante a la confianza en su intervención como herramienta de transformación social. No obstante, puede afirmarse que el carácter dirigente que Fioravanti pone de manifiesto no contradice la consideración global del constitucionalismo como una doctrina de límites al poder, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque a diferencia de la vertiente garantista que logra consolidarse y pervivir en el contexto estadounidense, la dimensión dirigente no goza

¹³⁸ Maurizio Fioravanti ofrece una completa exposición del estatismo liberal en *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 97-125.

¹³⁹ Refiriéndose a la diversa orientación de los dos modelos del constitucionalismo revolucionario escribe Portinaro que el constitucionalismo americano “se orienta a institucionalizar un orden ya existente, mientras el francés pretende instaurar un orden que no existe todavía”; diferencia que cabe reconducir a la distinción entre la tradición garantista y dirigente del constitucionalismo, respectivamente. (Portinaro, Pier Paolo “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, en *Il futuro della Costituzione, a cura di G. Zagrebelsky y otros*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 5-34, aquí pág. 21).

de la misma continuidad histórica, sino que se manifiesta episódicamente durante el período revolucionario francés, para luego ser eclipsada durante el largo paréntesis que el siglo XIX supone para la historia del constitucionalismo y reaparecer de nuevo en la segunda mitad del siglo XX, tras la caída de los regímenes totalitarios y la reconstrucción de las democracias europeas, siendo su permanencia a partir de entonces uno de los rasgos peculiares del neoconstitucionalismo.

En segundo lugar, porque también el constitucionalismo dirigente desempeñó una función negativa y deslegitimadora respecto a la realidad política que se pretendía superar a través del recurso a una constitución concebida como patrón ideal de una nueva sociedad. Parece claro que la afirmación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, de la igualdad ante la ley y del principio de soberanía popular, que se produjo en el contexto revolucionario francés, contribuyó a socavar los cimientos de una sociedad estamental y de un régimen político fundado sobre los privilegios y la legitimidad monárquica. Igual sucedió tras la caída de los regímenes totalitarios, cuando la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 y la posterior oleada de textos constitucionales cargados de principios sustanciales, sirvió en un primer momento para acentuar la ruptura con la experiencia del fascismo.¹⁴⁰

Visto de ese modo, no se incurre en una visión unilateral del constitucionalismo si se le presenta ante todo como una doctrina de limitación del poder, que en su devenir ha desempeñado una función preponderantemente disolvente y crítica de los poderes constituidos. Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo representa un cambio de signo en el discurso constitucional, que supondrá la asunción de nuevas tareas y, por tanto, ampliará los contenidos del constitucionalismo tradicional.¹⁴¹ Y esto se debe principalmente a dos razones:

- a) La consolidación del estado constitucional tras la segunda mitad del siglo XX representa la convergencia de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, que hasta entonces habían transitado por caminos

¹⁴⁰ Vid. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. G. Pisarello, A. J. Estrada, J. M. Díaz Marín, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 154-190.

¹⁴¹ Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo...*, Op. cit., p. 5.

separados. De la primera se retoma la fuerza normativa de la constitución y su garantía jurisdiccional, incluso frente a los actos del legislador. A su vez, la dimensión dirigente se refleja en el recurso a la constitución como instrumento de realización de un proyecto de estado y de sociedad que generalmente no coincide con, y antes bien se propone superar, el estado de cosas realmente existente; en la inclusión de contenidos programáticos en los textos constitucionales - como las cláusulas de derechos sociales - que imponen deberes sustanciales a los poderes públicos, al ordenarles "remover obstáculos" o "promover" las condiciones para el pleno goce de los derechos, y en la tendencia a apelar a la constitución como elemento de integración social y política en reemplazo del ya erosionado principio de soberanía nacional.

- b) Por otra parte, el advenimiento del estado constitucional traerá consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que motivan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista y llevarán a que el discurso del constitucionalismo reciente se amplíe para desarrollar una teoría y metodología del derecho dispuesta a dar cuenta de la mayor complejidad de los ordenamientos jurídicos propios del estado constitucional. Asimismo, la función dirigente presente en las constituciones y las tareas de integración y legitimación política que están llamadas a cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina de justificación de dicho modelo estatal.

La convergencia de ambas circunstancias da lugar a un viraje en el discurso del constitucionalismo: sin abandonar su dimensión negativa de límite al poder, de modo que el constitucionalismo contemporáneo asumirá también una dimensión "constructiva" o "garantista" que le llevará a ocuparse de cuestiones que antes permanecían por fuera de su horizonte de problemas. Y desde esta segunda perspectiva se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas todas ellas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión garantista de la que parte el neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional.

En suma, en el sistema garantista existe una necesidad de acudir a las garantías de los derechos fundamentales para poder establecer correctamente el alcance de la delimitación y la fuente de éstos. El criterio de distinción estricto en función de las garantías será definitivo para ver el grado de "resistencia" o de fortaleza de los derechos fundamentales y su adecuada caracterización respecto a los

niveles de identificación relevantes para las fuentes de los derechos fundamentales. De ahí, que la confianza es buena, pero el control mejor.

2.2. Configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial.

De esa manera, el análisis de esta materia permite sostener que resulta una figura cuya razón de ser fluctúa en relación al interés y protección de la comunidad, de modo que la responsabilidad patrimonial tiene como elemento original, el aspecto liberal que rige la reglamentación de la propiedad privada¹⁴², y guarda íntima relación con la mayor o menor certeza y seguridad jurídica que pretende y logra el legislador con la reglamentación conducente, debido a que los principios para resolver tal tema por excelencia fueron con referencia a los previstos en el Código Civil.

Empero, la conceptualización vigente de la propiedad en un **Estado de Derecho, constitucional y democrático**, impide entender que el corte liberal de la propiedad privada original deba seguir siendo el parámetro de validez de la reglamentación de la responsabilidad patrimonial, debido a que actualmente existe una propiedad constitucional, con una función social y con un contenido esencial propio del contexto vigente de la sociedad.

En la actualidad, las limitaciones a la propiedad establecidas en las leyes deben gozar de una justificación constitucional y atender a los valores sustanciales propio de los regímenes democráticos (principios de legalidad, rectoría económica del Estado,

¹⁴² En la Constitución no hay un concepto de propiedad privada, si bien la consagra como un pilar básico del sistema económico incidiendo en la actividad, en el ejercicio del derecho, cuyo contenido esencial debe respetar. Más aún: en la Constitución parece que la libertad de empresa (y la contractual implícita en ésta) y la propiedad privada son los cauces por los que debe normalmente discurrir el proceso económico y, en tales cauces, desempeña la función social su cometido. Como fuere, la constitución no dice qué se debe entender por propiedad privada, de manera que la definición, en cuanto delimitación, corresponde al legislador ordinario, verdadero *signore della fonte*. Pero el constituyente admite y reconoce un mínimo esencial de la propiedad, aunque no dice cuál sea, que configura como límite a la actividad legislativa y como garantía del propietario: el contenido esencial, es decir, el mínimo de reconocimiento del derecho con independencia y abstracción del bien que sea objeto de dominio. Como ha recordado COCA PAYERAS (*Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, p. 275) aunque no exista la propiedad como institución unitaria, sino diversos estatutos propietarios, sí hay una única estructura jurídica conformadora del derecho de propiedad y ésta está constitucionalmente garantizada y a ella son reconducibles todas las particulares instituciones propietarias porque, añadido yo, sólo en ella son reconocibles.

función social de la propiedad, igualdad, y certeza jurídica, entre otros), de tal forma que si bien la propiedad privada es la culminación de la configuración del dominio como derecho subjetivo, como un espacio de libertad y de poder del individuo frente a los demás individuos y frente al poder, éste no puede ni debe renunciar de manera absoluta a su prerrogativa de *dominium*, sino que debe cumplir con su obligación de circunscribir el ámbito de poder y libertad del propietario a ciertos límites justificados y no arbitrarios.¹⁴³ Esta vinculación de las funciones social e individual moderna, se pueden apreciar en la figura 12.

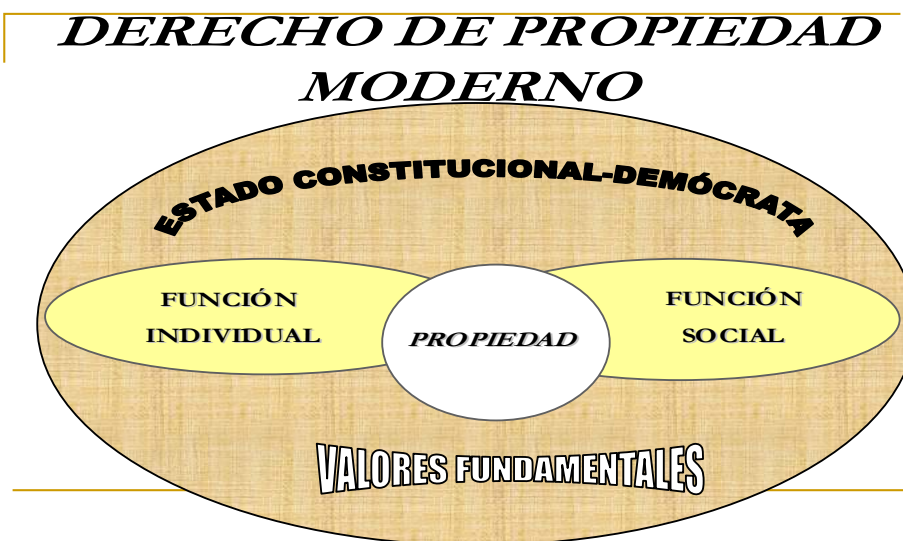


Figura 12.

¹⁴³ Parece claro, como ha manifestado la mejor doctrina, que hay una clara conexión entre el contenido esencial del derecho de propiedad y la función social que conforma, precisamente, su contenido. Pero esta afirmación no debe llevar a confundir contenido esencial y función social porque ésta no puede anular a aquél ni, por el contrario, la determinación del contenido esencial del derecho puede desconocer la función social que su contenido debe incorporar. Así, la determinación del contenido esencial no puede hacerse “desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social”, entendida no como límite externo sino como parte integrante del mismo derecho. En realidad, posiblemente, el contenido esencial del derecho de propiedad no se puede definir a priori, aunque al menos intuitivamente sepamos que es algo que hace reconocible una determinada situación jurídica como una situación propietaria (no posesoria ni usufructuaria...). En el texto constitucional, el respeto al contenido esencial es una garantía para el propietario y un límite para la actividad legislativa, más acá del cual hay propiedad y más allá expropiación o ablación. Así, el legislador configura el contenido de cada estatuto propietario y lo hace, además, de acuerdo con la función social que determina la categoría de bienes de que se trate y el interés de la colectividad, pero no puede ir más allá, ni siquiera con base en la función social, del contenido esencial o mínimo de la propiedad, no como institución, sino de la propiedad concreta que configura. Del mismo modo que la función social impone un contenido de la propiedad variable y relativo, también el contenido esencial es variable y relativo en el sentido de predicarse no de la institución sino del estatuto de propiedad concreto.

De modo que si bien existió un proceso dinámico de la propiedad –propio de los códigos civiles liberales–, ello no implica que dicho dinamismo deba ser carente de lineamientos sociales y de parámetros de validez congruentes con el tipo de Estado que rige o al cual se aspira. De esta forma, si bien en la responsabilidad patrimonial un elemento básico es el patrimonio afectado del gobernado, también es verdad que éste en sí mismo no es el fin último de la responsabilidad, sino que su delimitación en las leyes (supuestos de causación y excluyentes de responsabilidad), debe ser congruente con la perspectiva de la propiedad vigente y no una reminiscencia a contextos históricos obsoletos.

De ahí que la propiedad como derecho subjetivo, orientado por la seguridad individual y la libertad personal, pero sopesado con su función social¹⁴⁴ así como los valores constitucionales y democráticos de las sociedades contemporáneas exigen una reglamentación adecuada pero también *moderada* en función de las circunstancias propias de cada nación. Esto es, actualmente la propiedad privada no se puede entender fuera del texto y del contexto constitucional, donde los poderes públicos están llamados a garantizar y proteger su ejercicio así como la defensa de la productividad pero en función de las exigencias de la economía general y de la adecuada redistribución de la riqueza. De este modo, la función social no viene desempeñada por el propietario sino por la institución misma “a la que el legislador encauza mediante normas que tienen en cuenta el interés de la generalidad”.

En ese sentido, es común que la responsabilidad patrimonial de corte liberal haya tenido en cuenta percepciones como la de ALBALADEJO¹⁴⁵, quien indica que la propiedad no es una función social en el sentido que se otorgue el poder para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad, sino que la propiedad, añade, es un derecho subjetivo privado, otorgado

¹⁴⁴ la función social no es sólo criterio positivo de legitimación de una determinada atribución o modo de apropiación de un bien, sino también un criterio negativo de deslegitimación del propietario que no observa, en el ejercicio del derecho, la función social, el contenido jurídico de su situación propietaria o, si se quiere, que no ejercita su derecho de propiedad de acuerdo con el sentido del mismo legalmente establecido. En definitiva, la función social no está más allá del propio contenido del derecho de propiedad, sino que determina precisamente dicho contenido concreto.

¹⁴⁵ *Derecho civil, Derecho de bienes*, Tomo III. Vol. 1º, Parte General y Derecho de propiedad, 8ª ed., Barcelona, 1994, p. 251.

a su titular para la satisfacción de intereses suyos dignos de tutela jurídica; perdiendo de vista, que el propio autor reconoce que la satisfacción de la propiedad privada sea congruente con las conveniencias de la Comunidad. Luego, a pesar de que estima que la función social no es un criterio dirigido al propietario o a su actuación (sí lo es, en cambio, la prohibición del ejercicio abusivo o antisocial del derecho), también es cierto que reconoce a dicha función social de la propiedad como una fórmula dirigida al legislador en cuya virtud cada configuración de la propiedad (y también de otros derechos reales) debe tomar en consideración otros intereses que los meramente individuales del propietario: *los intereses generales de la comunidad, de manera que la función social impone límites y controles.*

En ese sentido, podemos advertir el corte social-económico de las Constitución mexicana, que tiende a un Estado social y democrático de Derecho, que debe brindar los lineamientos institucionales al legislador para reglamentar la responsabilidad del ejercicio de los poderes públicos cuando afectan la propiedad privada y las libertades de los gobernados, que si bien son reconocidos como derechos subjetivos, también debe atender a deberes sociales y a una ponderación y equilibrio de intereses particulares con los de la comunidad.

En consecuencia, la función social¹⁴⁶ de la propiedad en el Estado constitucional-demócrata, ha de ser la que matece la pluma del legislador al momento de prever los requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial, su mayor o menor rigidez en proporción a los objetivos que se buscan con su adecuada reglamentación, dentro de los que destaca la seguridad y certeza jurídica, pero de igual forma la funcionalidad del sistema y el respeto de los principios que rigen a cada poder público. Para lo cual es válido fijar tomar en cuenta los principios de igualdad y proporcionalidad, como ejes para dirimir el monto de la indemnización según el daño causado, empero para los supuestos de imputación de la obligación resarcitoria, se debe atender a la configuración constitucional de cada poder, y en

¹⁴⁶ La función social de la propiedad es una cuestión dirigida al legislador, para que éste, al determinar el contenido de las figuras afines como es la responsabilidad patrimonial del Estado deba tomar en consideración y ponderar no sólo el interés individual sino también el social, equilibrándolos en forma adecuada, tomando en cuenta también la naturaleza del bien, en el caso inmuebles, disponiendo requisitos que sean acordes con el objetivo que pretenda garantizar un mayor beneficio social que se refleje proporcionalmente en el individuo titular.

función de ello establecer los principios que les son propios y aquellos que son comunes al resto de la estructura del Estado, para definir qué desviaciones del poder con respecto a los valores que sirven de marco conceptual-constitucional, requieren dar margen a la implementación de una responsabilidad del Estado, no solamente en aras de garantizar la productividad de la propiedad privada y libertades del individuo sino también para dar orden, seguridad y paz social, así como para efectuar un correcto control constitucional de la actividad pública. Luego, se debe sopesar el mayor beneficio que sea susceptible de producir no sólo a un individuo sino también a la colectividad, subordinada en gran medida al interés general y al régimen democrático como forma de vida.

Por tanto, actualmente es infructuoso que se disponga una responsabilidad objetiva por riesgo creado o de lesión antijurídica para el ejercicio de cualquiera de los poderes públicos, sino se contempla concretamente los supuestos de que se parte en cada caso, de lo contrario no solamente se atenta contra el propio crecimiento económico sino al inadecuado control constitucional del poder público.

En contrapartida, se estima que en ciertos supuestos resulta acertada la reglamentación de la responsabilidad patrimonial en función de la falta de servicio así como la diversa imputación conforme a la igualdad de las cargas públicas, siempre y cuando contribuyan al principio de igualdad ante la ley que exige que los iguales sean tratados de forma idéntica y los desiguales en forma dispar en razón de que existe un elemento justificativo del tratamiento diferenciado, como es si la actividad estatal por su naturaleza y finalidad no permite un servicio fuera de los cánones de eficiencia y optimización, pero atemperando de igual manera los supuestos en que es dable el sacrificio personal del sujeto en la medida que no sea totalmente desproporcionado al exigido al resto de la colectividad.

Ello evidencia, que el legislador no debe crear una normatividad que permita excesos de la responsabilidad patrimonial, sino un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad y el interés general, ya que el legislador también debe inhibir con su labor el acto abusivo o el ejercicio antisocial del derecho de propiedad, teniendo en cuenta ante todo la función social de esa determinada categoría de

bienes, así como buscar el interés colectivo, lo cual permitirá al legislador ***dotar de un determinado contenido constitucional, social y democrático al derecho de propiedad***, previendo facultades y obligaciones justas tanto al propietario como al Estado (juez-legislativo o ejecutivo).

2.2.1. ¿Garantía individual o nuevo derecho fundamental?

Sobre la base de lo expuesto, una concepción que admita el valor normativo de las constituciones vigentes, no puede aceptar que sus cláusulas sociales constituyan meros enunciados retóricos, advocaciones morales que simplemente queden libradas al albur del legislador. De manera que la inserción de la responsabilidad patrimonial en las Constituciones escritas o su observancia fáctica en las relaciones entre el poder público y los gobernados implica, la existencia de un verdadero derecho fundamental, que en última instancia, positivizado implica una garantía individual.

Así, la idea de apertura constitucional entraña la posibilidad de una amplia interpretación política de los preceptos supremos, lo cual no significa que todas estén permitidas ni que esté justificada la absoluta inacción legislativa. En la insuprimible tensión entre derechos y democracia que comporta el constitucionalismo, existen mínimos relativamente rígidos, históricamente configurados, que resultan indisponibles para el Parlamento, y aquí es donde tiene lugar precisamente como derecho fundamental: la responsabilidad patrimonial.

Por eso, cuando la claridad de la norma lo permita y exista algún mecanismo procesal de protección (como el amparo, por ejemplo), los jueces deben realizar un control de operatividad, verificando la existencia o inexistencia de condiciones que permitan aplicar directamente la norma, y estimar la existencia de una responsabilidad patrimonial como derecho fundamental de los gobernados frente al poder público, si se parte la estar regidos por un Estado constitucionales, social y democrático.

Así, cuando la falta de satisfacción de derechos básicos determina lo que se denomina un estado de necesidad constitucional y se halla en peligro la viabilidad de

la autonomía de una persona, los jueces constitucionales podrían, excepcionalmente, otorgar las prestaciones en forma directa o, en su caso, una inmediata indemnización a cargo de los poderes públicos, bajo una interpretación constitucional conforme, que pondere adecuadamente los principios que rijan el ejercicio del poder público de que se trate y a la vez, contemple la funcionalidad del sistema.

Máxime que, en caso de incumplimiento de aquellas tareas sociales consagradas como normas, fines o mandatos programáticos, algunos ordenamientos, como el portugués o el brasileño, han previsto la interposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión, en razón de la cual los jueces comunican a los legisladores que han incurrido en la misma ¹⁴⁷. Frente a esta advertencia, se ha sugerido la posibilidad de que las comisiones parlamentarias respectivas expidan algún informe, dando cuenta de las razones de su inacción. Esta explicación, incluso, podría remitirse no sólo a los jueces sino a la propia opinión pública, propiciando así el juicio crítico de la moral social sobre la moral positivizada.

Un segundo nivel de eficacia de los preceptos que contemplan la responsabilidad patrimonial, en el actual paradigma constitucional, viene dado por el valor hermenéutico que ostentan en su carácter de mandatos de optimización. Sus funciones son básicamente dos:

a) Por un lado, pueden dar cobertura constitucional a disposiciones legislativas que, de otro modo, hubieran resultado inconstitucionales por entrar en conflicto, por ejemplo, con ciertos derechos de libertad. En definitiva, esta función permisiva de la Constitución tendría por objeto garantizar la apertura del juego democrático destinado a desarrollar o extender los derechos fundamentales.

b) En segundo lugar, pueden operar con eficacia obstativa o impeditiva contra aquellas medidas que pretendan restringir en forma arbitraria o irrazonable las libertades individuales y los restantes principios constitucionales a que se debe sujetar el ejercicio del poder público.

¹⁴⁷ Existen numerosos trabajos sobre las omisiones constitucionales. Entre ellos, puede verse el manual de Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional*, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1993, o el interesante artículo de Bazán, Víctor, "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en *Desafíos al control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, pp. 221 y ss. Desde la perspectiva del derecho español, también puede consultarse: Villaverde, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

En suma, la responsabilidad patrimonial del Estado como derecho fundamental y su correspondiente inserción en los textos fundamentales (garantías individuales), conlleva aplicar la función restrictiva de la Constitución que persigue la imposición de límites al juego democrático cuando éste pretenda reducir en forma ilegítima o arbitraria la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

2.2.2. Democracia y neoconstitucionalismo. Delimitadores de la responsabilidad patrimonial.

Hablar de neoconstitucionalismo(s)¹⁴⁸ supone hacer referencia a un nuevo paradigma de derecho¹⁴⁹, así como a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional; por otro lado, a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos. De ambas perspectivas se nutre este libro, pues algunos autores defienden en sus textos lo que debería ser el Estado constitucional, otros describen la operatividad que han tenido los cambios generados en su funcionamiento y otros, finalmente, se dedican a analizar las teorías explicativas o justificativas de este nuevo estado de cosas.

¹⁴⁸ Vid. Paolo Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo : un análisis metateórico*, en Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 16 (abril 2002), pp. 90-112. Trabajo que es objeto de comentario por J. J. Moreso, *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*, Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm.19 (octubre 2003), pp. 268-282. También resulta ilustrativa la compilación realizada por Miguel Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, en que se contiene artículos de Ferrajoli, Alexy, Guastini, Prieto Sanchís, los antes citados de Comanducci y Barberis, así como algunos otros. De la misma forma ver la obra de Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

¹⁴⁹ Así, entre otros, Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 37-72, aquí pág. 65, trabajo publicado además en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-56, aquí pág. 52 (versión que cito en adelante); Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pág. 309; Santiago Sastre Ariza, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (edit.), Madrid, Trotta, 2003, pág. 239. En la misma dirección, Alejandro Nieto dedica un amplio espacio en su último trabajo a señalar las insuficiencias y falacias del que denomina “paradigma jurídico tradicional” y a delinear uno nuevo, cuyos rasgos esenciales coinciden con los del neoconstitucionalismo. Vid. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 19-72.

Valga en primer lugar una aclaración terminológica. Mientras algunos autores emplean los términos neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas, como expresiones sinónimas, otros encuentran razones para distinguirlos. Entre los últimos se encuentra Paolo Comanducci, quien entiende el constitucionalismo básicamente como una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, habitualmente emparentada con tesis iusnaturalistas y opuesta al positivismo ideológico, cuya presencia, sin embargo, no riñe con la hegemonía ostentada por la teoría jurídica positivista durante el siglo XIX y la primera mitad del XX; a diferencia de éste, el neoconstitucionalismo –indica el profesor genovés–, “no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista” que comienza a desarrollarse tras la segunda posguerra. En una línea similar, Mauro Barberis caracteriza el neoconstitucionalismo como una posición filosófica jurídica que postula la inexistencia de una distinción necesaria o conceptual entre derecho y moral, que en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en la década de los sesenta por autores como Giovanni Sartori y Nicola Matteucci, y que en general obtendrá su impulso definitivo en los años setenta bajo la influencia de la obra de Ronald Dworkin. Sin embargo, el uso del vocablo neoconstitucionalismo no ha logrado consolidarse en el seno de la filosofía jurídica o la doctrina constitucional con un significado propio y distinto al de constitucionalismo, pues muchos de los trabajos dedicados al tema siguen empleando este último, lo que sugiere que no estamos aún en presencia de una distinción pacíficamente aceptada. Pese a ello, podría ser útil detenerse en la diferenciación propuesta por los autores antes mencionados e indagar si existe un punto de inflexión en la tradición del constitucionalismo europeo que justifique el cambio de significante.

El neoconstitucionalismo delimita sus propias coordenadas espacio–temporales, acaso de manera más expresa y consciente que las teorías positivistas y, en tal sentido, los planteamientos asociados a este paradigma no suelen tener vocación de generalidad, sino que explícitamente se proponen como un conjunto de tesis dirigidas a explicar, conocer y justificar un particular modelo de organización política, que se identifica con el estado constitucional de derecho.

En consecuencia, tomando la clasificación propuesta por los profesores Comanducci y Prieto, cabe distinguir cuatro aspectos del neoconstitucionalismo, los cuales se aprecian en la figura 13.



Figura 13.

El primer aspecto, ha sido abordado, de modo que resulta oportuno ocuparse del Neconstitucionalismo como teoría, como método y como ideología.

Como *teoría de las fuentes* se distingue por la supremacía de la constitución, en función de la cual se reformula el lugar de la ley en el sistema de fuentes, su relación con la jurisprudencia y, en general, se propicia una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho¹⁵⁰; Como *teoría de las normas*, plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico; y como teoría de la *interpretación*, se basa, por una parte, en el reconocimiento de la discrecionalidad judicial, emprendido por los mismos autores positivistas (Kelsen, Hart), es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual

resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin. Por otra parte, se estimula el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, y en particular, de la argumentación judicial, en un intento de racionalizar la adjudicación del derecho¹⁵¹. En este ámbito se sitúa la reflexión teórica en torno al principio de proporcionalidad como un desarrollo específico de la teoría de la argumentación orientada a la aplicación de los principios. En general puede afirmarse que, salvo la negación dworkiniana de la tesis de la discrecionalidad judicial, los desarrollos del neoconstitucionalismo como teoría jurídica no difieren en lo sustancial de los planteamientos del positivismo teórico maduro.

En cuanto al llamado neoconstitucionalismo como metodología o conceptual, apunta a una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo, esto es, de las tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral crítica, la adopción del punto de vista externo y el papel descriptivo de la ciencia jurídica. A partir de esta tesis se postula: a) La existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral, que para algunos opera en el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el plano de la justificación, esto es, la tesis de la conexión identificativa sostiene que no es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros órdenes coactivos. b) Por su parte la conexión justificatoria es sostenida por autores como Nino, quien afirma que el derecho, en cuanto hecho, no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo pues ello supondría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria, esto es, su consideración como razón para la acción, depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico (que en el autor argentino aparece vinculado a la primacía de la moral), con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral.¹⁵²

¹⁵⁰ Vid. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

¹⁵¹ Vid. Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁵² Vid. Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43 - 83.

Sobre este punto cabe precisar, en primer lugar, que la conexión entre derecho y moral sostenida desde el neoconstitucionalismo se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos o criterios de identificación del sistema, esto es, se produce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional, que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica.

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por cierto sector del positivismo –el llamado “positivismo inclusivo”– que admite dicha vinculación pero sólo con carácter contingente, esto es, a condición de que el sistema jurídico haya incorporado pautas morales como criterios de identificación de las normas válidas.

Por otra parte, en su vertiente metodológica el neoconstitucionalismo postula que la adopción del punto de vista interno o del *participante* es condición necesaria para la comprensión del fenómeno jurídico. Para ello se argumenta que la determinación del derecho válido ya no depende sólo de elementos formales, objetivamente verificables, tales como el procedimiento y el órgano competente, sino de la *conformidad de su contenido con las normas superiores de producción*, lo que implica un *juicio de validez material* que en última instancia obliga al sujeto cognoscente a realizar valoraciones en la esfera de lo que “debe ser” de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico, es decir, no se limita a describir la regla de reconocimiento del sistema, sino que debe además emplearla para determinar el derecho válido, actitud que caracteriza el punto de vista del participante, a diferencia del punto de vista del observador que se limita a la descripción externa el fenómeno.¹⁵³

¹⁵³ La discusión sobre el “punto de vista” sin duda se ha alimentado de la ambigüedad de esta expresión. Solo para efectos de elucidar el sentido en que aquí se emplea propongo distinguir entre punto de vista: a) externo, característico del observador que describe el fenómeno jurídico desde fuera, sin hacer juicios acerca de lo que es debido conforme al sistema jurídico que describe, ni

Como *ideología*, el neoconstitucionalismo implica una filosofía política que concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder y, a partir de ella, algunos autores sostienen que, al menos en los sistemas políticos que se ajustan a dicho modelo, es predicable una obligación de obediencia al derecho. La vertiente ideológica del neoconstitucionalismo se ve fortalecida por la fuerte carga axiológica y la dimensión dirigente presente en los textos constitucionales, concebidos como elementos generadores de consenso y dinamizadores de un “patriotismo constitucional” que en las actuales sociedades pluralistas y multiculturales de occidente viene a suplir el recurso a la idea de nación.¹⁵⁴

Esta ideología se expone al riesgo de desembocar en la misma actitud de apología y genuflexión ante el poder que motivó el rechazo del positivismo

comprometerse con aquello que describe); b) Interno: b.1) “comprensivo”: asume la vinculación del derecho a la moral social, emplea esos criterios valorativos para determinar el derecho válido (y en esa medida utiliza la regla de reconocimiento y se convierte en un “participante” del juego) y admite que la aceptación del sistema jurídico por buena parte de los operadores jurídicos es condición de su existencia, pero ello no supone que el participante preste adhesión moral al derecho que identifica como válido. Así entendido, el punto de vista interno se definiría a partir de su elemento “cognoscitivo” y coincidiría con el punto de vista “hipotético” al que se refiere Joseph Raz, o con el punto de vista externo “moderado” del que habla Hart; b.2) “moral”: además de lo anterior, supone del participante la aceptación moral del ordenamiento jurídico, esto es, incorpora un elemento “volitivo”, con lo cual, en esta modalidad del punto de vista interno de algún modo se funden las perspectivas de la moral social y la moral crítica. Vid. Herbert L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*. 2ª. ed., México, Editora Nacional, 1980, pp. 70-77, 110 - 113; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 63-64, 139-140, 275-292; del mismo autor, H.L.A. Hart, Stanford-California, Stanford U. P., 1981, p. 38; Joseph Raz, *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, 2a ed., México, Universidad Nacional Autónoma, 1985, pp. 199 y ss; Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Op. cit., pp. 30 y ss; Carlos Santiago Nino, *Derecho, Moral y Política...*, Op. cit., pp. 43 y ss; sobre la relación entre punto de vista interno y lealtad vid. Albert Calsamiglia, *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 84 - 87.

¹⁵⁴ El papel del constitucionalismo como elemento generador de identidad social y legitimidad política ha sido destacado por el pensamiento constitucional fiduciario de la teoría de la integración de Rudolf Smend, en especial por autores como Peter Häberle en Alemania (vid. entre otros, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la constitución” (1975), en *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. X. Arzo Santiesteban Oñati, IVAP, 1996, pp. 16-46; Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, trad. e introd. E. Mikunda Franco, Madrid, Tecnos, 2000) o Pablo Lucas Verdú en España, *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985.

ideológico; de ahí que pueda considerarse esta variante del neoconstitucionalismo como el positivismo ideológico de nuestros días.

2.2.3. Aspectos neoconstitucionales:

Las implicaciones del neoconstitucionalismo, son diversas, empero, dado que en el presente trabajo no se pretende un estudio propiamente de cada una de las implicaciones fundamentales de este nuevo paradigma, basta que indicar las siguientes:

- a) **Asumir la naturaleza preceptiva de *todos* los derechos constitucionales** (superación de la antinomia entre cláusulas jurídicas operativas y programáticas), con labor hermenéutica enderezada a concretar el contenido de los derechos constitucionales enunciados en forma de principios.
- b) **Especificidad de la interpretación constitucional**, respecto a otras formas de interpretar.
- c) **Aplicabilidad directa de las normas constitucionales** incluso a las relaciones entre particulares;
- d) **Judiciabilidad de todas las decisiones estatales** (superación de la doctrina de las cuestiones políticas y otras construcciones de self restraint);
- e) **Formas superadoras de legitimación**, idóneas para tutelar derechos de incidencia colectiva o difusa;
- f) **Formas superadoras de decisión constitucional**: se reconocen pronunciamientos judiciales no sólo *condenatorios*, sino también *declarativos*, y no sólo *invalidatorios* sino también *correctivos* (pautas de "interpretación conforme") y *aditivos* de derecho (inconstitucionalidad por omisión).
- g) **Aclaración**: Como dice Guastini con respecto a la constitucionalización del derecho, se trata de un *concepto graduado*. Estas características, como los tipos ideales weberianos, pueden darse con alguna asimetría en cada ordenamiento, y a su vez tener un desarrollo relativamente menor o mayor. Por eso no hay "un" "neoconstitucionalismo", sino varios, en plural, que desde luego deben verse en perspectiva histórica y comparada.

Por otra parte, también se debe tener que como todo nuevo modelo teórico y paradigma científico, también existen autores que apuntan severas críticas a los aspectos teórico, ideológico y metodológico del Neconstitucionalismo, dentro de los principales riesgos, se pueden encontrar los que se describen en la tabla 5, sin que por ello quepa pensar que son las únicas críticas a este modelo, empero, para efectos de los aspectos relevantes para la reglamentación de la responsabilidad patrimonial del Estado, se estima suficientes los que en dicho cuadro se mencionan.

PRINCIPALES CRÍTICAS AL NEOCONSTITUCIONALISMO	
Interpretación y decisión judicial.	La deliberada “sobreinterpretación” constitucional dogmática no se corresponde con esfuerzos pares en tópicos de la parte “orgánica” (división de poderes, vertical y horizontal) del Estado.
Grado de exigibilidad en decisiones de jueces.	Exige mucho de los jueces en su labor interpretativa -los obliga a decir el derecho <i>más allá</i> de las normas votadas por representantes del pueblo, o incluso <i>en contra</i> de éstos-, y ésta hermenéutica, a su vez, exige mucho a los poderes constituidos del Estado, cuestión problemática sobre todo cuando la satisfacción depende de prestaciones positivas de éste sujetas a disponibilidad de recursos.
Contramayoriteo	Que la decisión de un juez pueda estar en contra de la voluntad popular (ya expresada en una norma declarada inconstitucional o en cualquier otro acto desplegado por los órganos representativos de la sociedad).
Conflicto de competencias interpretativas	Se prefiere al Juez constitucional como el agente conciente del cambio constitucional y a quien compete su interpretación, relegando al juez ordinario. Problema de compatibilidad con el equilibrio de poderes.
Constitucionalización de las decisiones políticas	El juez constitucional se inmiscuye en decisiones políticas, que quita de manos del legislador o del ejecutivo, y las pone bajo su “tutela”. Posibilidad de concentración de poder en un solo ente.
Interrogante sobre principios supra-constitucionales	Presupone que el texto constitucional sea interpretado a razón de principios superiores, desconociendo la naturaleza y alcance de éstos.
Interpretación moral de la Constitución	Peligro del llamado “gobierno de los jueces” en función de su moralidad y que se menoscabe la autodeterminación de la vida ciudadana, que la comunidad sea gobernada por juristas.

Moralidad subjetiva del juzgador	Discusión sobre la superioridad moral del juicio del juez, respecto de la valoración del legislador y hasta donde, llega el juicio de moralidad que se indica, debe distinguir la aplicación del derecho constitucional.
Control sobre el juez constitucional	Disyuntiva sobre ¿Quién controla al controlador? Incertidumbre del ciudadano frente al poder del juez constitucional.
Desconfianza en el juez constitucional	La sociedad no comparte la confianza que deposita la Norma fundamental en los jueces para su correspondiente interpretación y la dirección indirecta de los poderes públicos.
Incertidumbre jurídica.	Derivada de que la tutela de los derechos ya no se confía al poder de la palabra legislativa sino a la interpretación moral del juez.
Duda sobre normas morales objetivamente válidas	No existe acuerdo sobre su existencia, de manera que no parece provechosa la operación que transfiere los derechos al plano de lo moral, quitándoles lo más genuinamente jurídico. Detrás de una aparente seguridad se esconde una fragilidad.
Aplicación dúctil del derecho	Se parte de una percepción constitucional del buen juez dotado de buen criterio, haciendo prevalecer su interpretación conforme a la norma suprema sobre la certeza de la ley, resulta difícil de entender. El problema es si nos enfrentamos ante el mal juez
Dificultada para delimitar la esfera de lo indecible a las mayorías	Ferrajoli habla de que instala una "esfera de lo indecible", que queda así cristalizada y sustraída de los consensos democráticos. El peligro, dice Carbonell, queda muy cerca de edictar una "esfera de lo indiscutible", de manera que la rigidez constitucional también puede decantar en un anquilosamiento de las precepciones normativas, minando el consenso y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones como plasmación de valores y creencias comunitarias.

Tabla 5.

2.2.3.1. Paradigma del Estado Constitucional.

Desde el neoconstitucionalismo ¹⁵⁵ se cuestiona la posibilidad y plausibilidad de desarrollar una ciencia jurídica que prescinda de las valoraciones y se limite a la

¹⁵⁵ El neoconstitucionalismo empezó en los tribunales, con fallos como "Brown v. Board of Education" (1954), cuando se terminó con la segregación racial en las escuelas) y "Siri" (1957), con su primo hermano "Kot".

descripción del fenómeno jurídico, destacando en cambio la dimensión prescriptiva y práctica que ha de estar presente en el saber jurídico, tanto en el plano dogmático como en el de la teoría del derecho. En tal sentido Luigi Ferrajoli afirma que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión – descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico -, estableciéndose una “circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica” que se explica porque “el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho – el diseñado por la Constitución – y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo”⁴⁹. Ligado a lo anterior, se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo.¹⁵⁶

Vemos como la mayor parte de las discrepancias entre positivismo y neoconstitucionalismo se centran en el concepto de derecho y su relación con la moral crítica, así como en el papel de la ciencia jurídica. Así, muchos autores que admiten las tesis del neoconstitucionalismo como teoría, defienden sin embargo la vigencia de los postulados del positivismo metodológico por considerar que estos no quedan desmentidos por la realidad de los actuales sistemas jurídico y porque, más aún, la separación entre derecho y moral crítica y la adopción de un punto de vista que no implique adhesión moral, no sólo favorecen una mejor comprensión del fenómeno jurídico sino que ofrecen la perspectiva necesaria para enjuiciar la legitimidad externa de los sistemas jurídicos y evitar instrumentalizar la ciencia jurídica como discurso legitimador de órdenes más o menos injustos. También se critica el “imperialismo de la moral” presente en planteamientos como el de Nino quien, al reducir el punto de vista normativo al punto de vista moral, entiende que la obligatoriedad del derecho sólo puede fundarse en su moralidad. Los detractores de

¹⁵⁶ Es lo que sugiere Ferrajoli cuando propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales y la crítica del derecho inválido. Pero al mismo tiempo se mantiene distante del que denomina críticamente “constitucionalismo ético”, al destacar la necesidad de enjuiciar a los sistemas jurídicos desde una perspectiva externa. Derecho y Razón..., citado, pág. 886. En el ámbito de la teoría constitucional Konrad Hesse apuesta por un modelo de ciencia “comprometida” cuando señala entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional la de “despertar y mantener la voluntad de constitución”, vid. “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 73 y ss.

esta tesis afirman, por el contrario, la posibilidad de dar cuenta del carácter práctico del derecho sin renunciar a la separación positivista entre derecho y moral. Finalmente, otros autores dirigen sus objeciones contra la dimensión prescriptiva y práctica necesariamente asociada a la ciencia jurídica según el nuevo paradigma, características que si bien algunos consideran admisibles en el plano de la dogmática, parecen del todo ajenas a una teoría del derecho que quiera mantenerse fiel a las premisas del positivismo metodológico.

De esta manera, el paradigma del Estado constitucional se va vislumbrando en función de su rechazo a las cláusulas programáticas, es decir, a negar a la constitución el carácter de un simple programa, de manejar que contiene verdaderos derechos y deberes, el punto es ¿cómo aterrizar esos artículos?. Por eso se crean Tribunales Constitucionales, precisamente como medios de control para que la Constitución se cumpla. En el Derecho Mexicano se han creado, recientemente, instituciones de control de protección a la Constitución. La controversia constitucional que trata de proteger las distintas competencias, lo que es la acción de inconstitucionalidad para proteger a las minorías, y el juicio de amparo para proteger las garantías individuales. Pero hay un inmenso reto en los derechos sociales.

Cuando se lo mira en retrospectiva, la labora pretoriana ha sido consistentemente activista -en el sentido de hacer una interpretación expansiva del sentido y alcance de los derechos constitucionales- mas allá de ideologías y latitudes. Todo lo cual dio lugar a un esfuerzo de análisis y sistematización que dio lugar a los tribunales son el espacio institucional básico para la protección de los derechos establecidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. En este sentido, entendemos que existe una directa relación entre la solidez del sistema de justicia y la calidad de la democracia.

En el marco de la profunda crisis institucional y social que atraviesa el país, la ciudadanía ha expresado su "inconformidad" por el mal desempeño de las instituciones públicas. En particular ha exigido un redefinición en la composición de las instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ante esta demanda, resulta imprescindible observar los procedimientos constitucionales establecidos y

comenzar por el principio: esto es, señalando los alcances de la responsabilidad del poder judicial frente a la sociedad, y en es específico, en cuanto los daños que irrogan con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional para delimitar los supuestos que deben materializar la posibilidad real y efectiva de una indemnización, que devuelva a dicho poder el papel que debe jugar en el sistema democrático constitucional.

Así las cosas, son dos los fenómenos –según el Profesor García de Enterría– que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la ley. El primero es la relevancia que ha ido adquiriendo sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, una norma suprallegal, en la que los revolucionarios franceses no habían reparado, aunque sí los americanos: la Constitución. El segundo, como consecuencia de su desvalorización, es la desmedida inflación en suproducción.

2.2.3.2. Ponderación de principios constitucionales.

Dentro de los grandes rasgos del Estado constitucional, cabe destacar la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho que en el modelo de Estado del siglo XIX estaban unificados o “reducidos a la ley”, en el entendido de que la soberanía de ésta debía suponer la reconducción y, por tanto, la reducción a la misma de cualquier otro aspecto del Derecho. De manera que generada la necesidad de recurrir a la Constitución como Derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria y capaz de asumir a la unidad del ordenamiento como un dato que ha devenido en un difícil problema cuya respuesta implica aprovechar la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de valores constitucionales superiores y principios sobre los que se da un amplio consenso, surge la aplicación de principios.¹⁵⁷ De manera que mientras las normas secundarias son prevalentemente reglas, las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. De lo que concluye que: *“Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”*¹⁵⁸

¹⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo, Op. cit., p. 40.

De esta manera, a rasgos generales, la distinción entre ambos es que: a) los principios desempeñan un papel “constitutivo” del orden jurídico, mientras las reglas, aun las contenidas en la Constitución, se agotan en sí mismas sin tener un carácter constitutivo fuera de lo que en sí significan, b) de acuerdo con el tratamiento de la ciencia del derecho sólo a las reglas se aplican los métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, mientras que los principios cuentan con un significado lingüístico autoevidente que requieren más que una interpretación, ser entendidas conforme a su ethos, c) a las reglas cabe obedecerlas siendo importante por ello su precisión, mientras que a los principios se les “presta adhesión”, siendo importante conocer el mundo de los valores y las grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte, d) las reglas dicen como se debe, no se debe o se puede actuar en determinadas situaciones previstas por ellas, en tanto que los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas generando actitudes favorables o contrarias, de apoyo o repulsa de modo que sólo ante los casos concretos se puede entender su alcance; y finalmente e) las reglas son aplicables a la manera de “todo o nada”, los principios son relativizables.

Entonces, los principios no agotan su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que además poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad, en tanto ésta última al ponerse en relación con alguno de aquellos deja de ser un mero objeto pasivo de aplicación de reglas, vivificándose; es decir, viéndose revestida de cualidades jurídicas propias. Así, el valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él.¹⁵⁹ De ahí, que resulta imposible establecer un formalismo de los principios en vista de que no se los puede estructurar en una “jerarquía de valores” que da lugar más que a una ciencia sobre su articulación, a una prudencia en su ponderación en el caso concreto. De forma que al ser posible que los principios y valores se relativicen, cabe su conciliación recíproca frente a las circunstancias que rodean los hechos, dando cabida a la denominada ductilidad constitucional en la que: *“...más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías- el modo en que los*

¹⁵⁸ Esta aparente simplificación, se atenúa cuando supone que las Constituciones a su vez contienen no sólo principios sino también reglas. Ídem., p. 110.

¹⁵⁹ Ibidem, pp 109-130.

*valores y principios convivan ya no es problema de la ciencia constitucional sino de la política constitucional.*¹⁶⁰

En conclusión, esta política constitucional respecto de temas que tienen un contenido principista como son los derechos fundamentales, puede adquirir diversos significados,¹⁶¹ sin dejar de considerar que si los principios demandan a la dogmática constitucional contemporánea que se mantenga abierta a los requerimientos de dicha política, no se llegue a afectar el denominado “coto vedado”.¹⁶² De ese modo Dworkin precisa que en su obra utiliza el término “principio” en sentido genérico refiriéndose a todo el conjunto de los estándares que no son normas. A su vez, de manera específica implica:

“... (el) patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de la justicia y equidad (fairness) o de alguna otra dimensión de la moralidad”.¹⁶³

Por ello, mientras las normas son aplicables de manera disyuntiva, puede haber principios que se contradigan, dependiendo del caso en concreto, siendo necesario determinar cuál es el decisivo de acuerdo con su dimensión de peso o importancia

¹⁶⁰ Ibidem, p. 17.

¹⁶¹ Como señala Miguel Carbonell: “(...) por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras que otro puede considerar más adecuado delegar dichas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la constitución hay espacios que la política constitucional puede ocupar de distinta forma.” Carbonell, Miguel. “Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional.” En Zagrebelsky, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 15.

¹⁶² Para Zagrebelsky: “las normas constitucionales de principio no son más que la formulación sintética, privada casi de significado desde el punto de vista del mero análisis del lenguaje, de las matrices histórico-ideales del ordenamiento. Por un lado declaran las raíces y, por otro, indican una dirección. Ofrecen un punto de referencia en el pasado y, al mismo tiempo, orientan el futuro. Los principios, dicen por un lado, de qué pasado se proviene, en qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio.” En *Historia y constitución*. Op. cit., p. 89.

¹⁶³ Dworkin, Ronald M. *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Trad. Javier Esquivel y Juan Revollo. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1977, pp. 19.

relativa que deberá considerar quien esté a cargo de resolver el conflicto.¹⁶⁴ Así, para Dworkin, en caso de conflicto entre normas una de ellas no puede ser válida, para lo cual bien podría recurrirse al propio sistema jurídico que prevé la regulación de tal situación mediante otras normas, o en todo caso se podría optar por la norma fundada en los principios más importantes. Todo esto, a su vez, admitiendo que una prescripción estándar no siempre deja claro si se trata de una norma o de un principio, o por otra parte, en ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes y la diferencia, aparece principalmente como una cuestión de forma.

En consecuencia, al establecer el papel de los principios respecto de la obligación jurídica es posible que éstos sean tratados como normas por tanto sean obligatorios como Derecho y han de ser tomados en cuenta por los operadores, o, por otra parte se podría negar que puedan ser obligatorios de la misma manera como no lo son “en la práctica” algunas normas. Así el primer punto de vista trataría a los principios como vinculantes, mientras el segundo lo haría como resúmenes de lo que la mayoría de jueces hacen “por principio” cuando se ven obligados de ir más allá de las normas que obligan.

En definitiva cuando se analiza las tesis de este autor, es importante verificar que éstas son enunciadas en un contexto que les da una particular relevancia puesto que trata de establecer los aspectos de la relación entre la labor de los jueces y el Derecho a ser considerado por éstos. En ese entendido, los rasgos de la ley clásica, ya en el estado constitucional, se insertarán en el contenido de las normas de la propia Constitución, entendida como norma general y abstracta. De modo que en concordancia con el Profesor Hierro no hay en la idea de ley como expresión de la voluntad general, ninguna implicación necesaria de que ésta constituya un tipo único, o un grado jerárquico único. Por lo tanto: *“Lo que tienen en común diversos tipos de normas como la Constitución, las leyes orgánicas, las ordinarias, las*

¹⁶⁴ Ibidem. p. 77.

*autonómicas, las estatales o las federales, es su peculiar autor y su peculiar procedimiento de decisión.*¹⁶⁵

Es esta noción, la que contribuye a hacer posible la función constitucional de seguridad referida a la forma del Derecho, mediante reglas establecidas para que los operadores jurídicos conozcan sus competencias y los ciudadanos sepan a qué atenerse; y de esa manera resulte regulado el acceso al poder y su cambio, las garantías procesales y el sistema de recursos, la norma básica de identificación normativa que fija las condiciones de producción y modificación de las demás normas, los órganos competentes para su producción y el procedimiento adecuado. Así como la regulación del uso de la fuerza contribuyendo a alcanzar cierto valor de paz, imprescindible y procedimental para el cumplimiento de las funciones de legitimidad y justicia.

En este sentido, la circunstancia de que el papel de la responsabilidad sea un mecanismo de control del Poder, explica la necesidad de reglas especiales –en consideración al interés público que la actividad supone–, y la necesidad de un mismo orden de tribunales para hacer efectivo tanto el control de la legalidad como el resarcimiento debido por los daños causados desde una dimensión constitucional. Mecanismo que puede ser determinado conforme al derecho constitucional moderno que contempla principios que pueden dar sustento a un sistema de responsabilidad con una justa dimensión entre el interés público y el de índole particular, contribuyendo a una adecuada ponderación de derechos y principios que no haga caer en excesos la figura que se comenta, pero tampoco en limitaciones absurdas.

Así, es un hecho, que la inaplicación de las reglas del derecho civil para resolver los problemas de la determinación de la responsabilidad del Estado, hoy se justifica en relación a la perspectiva con que se debe analizar las relaciones Estado-gobernado, para evitar casos de notoria afectación al interés social que carecen de sustento racional y atenuar su responsabilidad en función de los principios y valores que emanan de la Norma Suprema. Ello exige, la existencia de un sistema propio de

¹⁶⁵ Hierro, Liborio. Op. cit., p. 472.

responsabilidad de índole de derecho público que atienda al perfil del Estado-constitucional, democrático y social que actualmente rige, porque el resarcimiento de los daños causados a los particulares por su actividad debe depender del grado de desarrollo que tengan las relaciones que se plantean entre el derecho y el poder en tanto que aquel se erige como la principal limitación al ejercicio de éste. En efecto, la actitud del Poder frente al límite que implica la imposición de responsabilidad por su ejercicio, depende sin duda del mayor o menor desarrollo del Estado de derecho, lo cual se ve reflejado en la actual tendencia a la Constitucionalización del derecho y al surgimiento del Estado democrático-social y constitucional.

Finalmente, es a su vez la mejor forma de admitir que dicha legitimidad provenga de una base democrática, que surja de la posibilidad de participación de todos los componentes del cuerpo político, entendiendo de ese modo que la Constitución no es básicamente un conjunto de principios consagrados previamente, sino ante todo, el resultado de un consenso mayoritario que es capaz de actuar históricamente y asumir que hay valores que pueden guiar su actuación como colectivo, proviniendo de una moralidad crítica que llega a positivarse; y que finalmente reprime la arbitrariedad de los pocos frente a la voluntad general, hoy, representativa.

No es posible seguir sosteniendo una separación entre criterios axiológicos y los dogmáticos en la explicación de los fenómenos jurídicos, y si esos criterios axiológicos intervienen en el derecho a través de la Constitución Política, es necesario signar una alianza estratégica entre la dogmática constitucional y la teoría general del derecho para el estudio integral de los fenómenos jurídicos. La delimitación de la responsabilidad patrimonial, no puede permanecer al margen de las transformaciones políticas que sirven de causa al surgimiento de ésta y de las normas constitucionales, caracterizadas no solo por indicar el órgano competente y el procedimiento requerido para la expedición de normas jurídicas, sino por incorporar una gama de contenidos axiológicos (valores) y axiológico- deontológicos (principios), como criterios para la determinación de la validez material de las normas del ordenamiento jurídico. De manera que, la responsabilidad patrimonial, acorde con el contexto determinado por el Estado constitucional de derecho, se debe

caracterizar por una descripción tanto formal como material de los fenómenos jurídicos. Si se pretende una institución responsable, no es posible reducir su estudio a una representación normológica o estructuralista del derecho, sino que debe estar acompañada de elementos axiológicos que determinen el contenido y fines del derecho. En efecto, al ser la Constitución expresión política del poder constituyente, la fijación de los valores constitucionales no se puede hacer depender de una decisión política sino del contenido del valor. En otros términos, no se puede acudir a un criterio político que desestima la necesidad de una ontología de los valores desde la perspectiva del mismo derecho.

Así, un valor será constitucional si está consagrado en el texto de la Constitución, pero este criterio, que evoca elementos formalistas, no atiende a la materia del valor, a su contenido o a un estudio ontológico del valor para establecer criterios objetivos que permitan su jerarquización. Así ocurre en el principio de responsabilidad de los poderes públicos como uno de los valores superiores de la Constitución, debiendo ser sopesado con los restantes: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

La importancia de un estudio de los valores bajo una perspectiva dogmática-constitucional se advierte cuando la misma Corte Constitucional le otorga a los valores el carácter de normas, cuando su pertenencia al mundo de lo axiológico no le permite obtener dicha calidad, la que logra sólo a través de su concreción en principios jurídicos.

En conclusión, luego de advertir el tratamiento indistinto que la doctrina y la jurisprudencia constitucional hacen de los principios y los valores, se impone como reto de la filosofía jurídica, la teoría general del derecho en alianza con la dogmática constitucional, la edificación de una teoría de los valores del ordenamiento jurídico y de los principios jurídicos, dirigida a superar la concepción sinonímica que de ambos conceptos se tiene en la actualidad y que se constituye en un obstáculo para el desarrollo de una teoría de los principios al trasladar la crítica de la indeterminación de los valores a los principios. Por ende, la incorporación de los valores al derecho tiene lugar a partir de los denominados fines del derecho. La representación de la

axiología en el derecho tiene lugar en el estudio de los fines que demarcan el sendero por el cual se pretende conducir moralmente el derecho. Esos fines están representados por los valores y principios, pero, como los valores carecen de una proyección deontológica, la deducción de los mismos a través de los principios, esto es, su concreción en principios, les otorga el carácter de normas jurídicas. Así, para el derecho, los valores tendrán en los principios su vía de expresión jurídica.

Luego, si los valores jurídicos no admiten una jerarquización, no es posible pretender tener como criterio para tal cometido su consagración positiva. Para el derecho la responsabilidad patrimonial del Estado no puede ser solamente uno de los valores superiores en función de su incorporación en el texto de la Constitución so pena de negar la importancia de otros valores que no están consagrados en el texto de la Constitución. Si no es posible formular una jerarquización de valores, los principios, que son su concreción, tampoco pueden ser ordenados jerárquicamente. Consecuencia necesaria de lo anterior es la necesidad de afirmar un orden material de principios donde todos deberán ser estimados como normas materialmente constitucionales que se relacionan a partir de criterios de coordinación y no de jerarquización y ello, deberá configurar la adecuada reglamentación de la responsabilidad patrimonial del Estado desde el ámbito jurisdiccional.

2.2.4. La responsabilidad patrimonial que exige el Neoconstitucionalismo.

El cambio de paradigma en el tipo de Estado que se venía desarrollando (Estado de derecho versus Estado constitucional, social y democrático), como se ha explicado, exige atender al advenimiento de una nueva forma de percibir el constitucionalismo, a saber: Neconstitucionalismo, en su aspecto teórico, ideológico y metodológico, que van dando margen a aspectos centrales de una nueva forma de entender el grado de influencia que guardan los mandatos constitucionales en la forma de producir derecho dado que ya no se limitan a ser simples postulados programáticos, pero de igual manera, en la forma de delimitar su regulación y las instituciones jurídicas como la responsabilidad de los poderes públicos en cuanto los daños que originen con motivo de su actividad, que la haga congruente con los mecanismos de control constitucional y por ende, que su redeterminación en el

ámbito de la interpretación constitucional parta de las peculiaridades que guarda esta forma de entender el derecho.

De ahí que, el paradigma del Estado constitucional, social y democrático, implica atender a una ponderación de principios propios de los derechos fundamentales, lo cual deba guardar un impacto significativo en la regulación de la responsabilidad patrimonial que exige el neoconstitucionalismo, dentro de los cuales es posible destacar: democracia, igualdad, proporcionalidad y justicia, aspectos que se abordan en forma subsecuente.

2.2.4.1. Democracia, igualdad, proporcionalidad y justicia.

La responsabilidad patrimonial que exige el Estado socio-democrático-constitucional de atender en foma prioritaria, pero no excluyente, los siguientes principios básicos:

DEMOCRACIA: Dado que esta incluye un principio básico de la actividad estatal moderna que incluye la participación de los ciudadanos en la cosa pública así como en la determinación de las instituciones del Estado, se puede establecer que la responsabilidad patrimonial deber ser reflejo de una efectiva participación de los individuos y las organizaciones en que se integran, si queremos que dicha responsabilidad (institución) cumpla cabalmente con sus funciones dentro del respeto a las reglas que las definen, lo mismo que para promover la evolución y el cambio de las mismas. Por tanto, la responsabilidad patrimonial no debe ser producto de la percepción de una élite doctrinal (civil, administrativa o de cualquier otra índole), sino resultado de un consenso democrático básico en función del cual se determine que un mecanismo funcional pero respetuoso de los derechos fundamentales de los gobernado, donde sean ponderado adecuadamente los principios constitucionales y escuchada la voluntad popular.

Empero, el papel que debe jugar la participación institucional en la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un límite, y es que la misma no debe infringir en forma desproporcionada derechos fundamentales de las minorías ni

hacer disfuncional el ejercicio del poder público, de modo que como derecho fundamental producto de una democracia real, su supresión ya no es posible por una decisión de mayorías, habida cuenta que, ya que como constituye uno los derechos fundamentales del ser humano y principio del Estado democrático en sus relaciones frente a los gobernados, ya no es materia de transacción entre los poderes públicos ni por la sociedad misma, so pena de afectar la esencia misma del sistema democrático y de ejercicio de poder público responsable.

Ello es así, porque desde el punto de vista normativo se afirma que en la modernidad el Estado democrático de derecho se ha cristalizado como la forma de organización política que garantiza en forma más idónea la defensa de los derechos de cada persona y de los diferentes grupos que lo componen; al mismo tiempo que hace posible la creación de las condiciones económicas y sociales necesarias para satisfacer las necesidades básicas. Luego, la democracia ha de constituir un factor que está llamado a detonar el desarrollo y optimización de la responsabilidad patrimonial y no el de afectar o desaparecer dicha institución.

IGUALDAD: Una de las piezas básicas del constitucionalismo se refleja en *consignar* dentro de la constitución escrita el ideal igualitario. El ideal igualitario se traduce así en: *"el derecho de todos los hombres para ser juzgados por las mismas leyes", por un derecho común, aplicable a todos. Un derecho compuesto por reglas generales anteriores y no por tribunales ni leyes creados ad hoc* (artículos 1o, 12 y 13 Constitucionales).¹⁶⁶

En esa tesitura, el requerimiento de igualdad no significa: 'lo mismo para todos', como en su momento se ha señalado en la Teoría de la responsabilidad

¹⁶⁶ Ahora bien, esa idea igualitaria está asociada con las instituciones republicanas y democráticas, en las cuales la participación igualitaria es condición indispensable. La idea de igualdad ha sido considerada, desde la antigüedad clásica, condición de la democracia -ideal político del mundo moderno. La igualdad, sin embargo, no es la única exigencia que reclama el ideal democrático. Los problemas particularmente afectan la organización del Estado. Garantizar la participación igualitaria de los ciudadanos en el gobierno del Estado el acceso igualitario a la administración de justicia, compensar las desventajas materiales, determinar las relaciones entre la libertad y la igualdad son problemas que preocupan profundamente a la dogmática constitucional. Por otro lado, la igualdad, también es considerada elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias y cuyas

patrimonial ante las cargas públicas, en el sentido de que las formas de soportar la actividad estatal debe ser igual para todos los gobernados o que se deba presuponer que es así, de modo que donde exista una desigualdad en la forma de soportar las cargas deba existir la responsabilidad patrimonial.

En efecto, el requerimiento igualitario de la justicia hace referencia propiamente, a que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual y por otro, los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes. Los corolarios de la igualdad son la *imparcialidad* y la existencia de *reglas fijas*. La justicia requiere imparcialidad en el sentido de que la discriminación o el favor en el trato de individuos es hecho *sólo en virtud de circunstancias, relevantes*.

De esta manera, si no todos los gobernados se ubican en los mismos parámetros de soportar las cargas públicas, basta atender a las circunstancias objetivas y relevantes que justifiquen el trato desigual, para establecer que podrá o no existir responsabilidad con motivo de los daños causados, tomando en cuenta que si bien la igualdad requiere de reglas fijas porque su modificación, durante el proceso de valoración de las circunstancias, altera, precisamente, las circunstancias en perjuicio o en beneficio de alguien, no menos cierto es que existe la posibilidad en que otros principios constitucionales como los que se abordan en el presente apartado pueden incidir para denotar que no se está frente a un mismo supuesto cualificado. Esto es lo que convierte a las reglas fijas y a la imparcialidad en elementos indispensables para entender los problemas de la igualdad jurídica.

De manera que la idea de la igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales:

- 1) Como un ideal igualitario, y
- 2) Como un principio de justicia.

relaciones, en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas. Este tipo de problemas, como veremos, se encuentran más vinculados con el funcionamiento del orden jurídico.

Estos dos aspectos de la idea de igualdad aparecen; como veremos, en la noción de 'garantía de igualdad' propia de la dogmática constitucional. El ideal igualitario se mantiene prácticamente inalterable desde la formulación de los estoicos: su postura básica era: "vivir con arreglo, a la naturaleza". Entre la naturaleza y la naturaleza humana hay una adecuación moral fundamental. La naturaleza racional del hombre le impone a éste actuar de conformidad con la *recta ratio*; común a todos los hombres. Esta recta razón, emite mandatos que deben ser respetados por todos los hombres, puesto que son conformes a la naturaleza racional de todos ellos. Esta concepción trae como resultado *el ideal de un derecho común a todos*: un "derecho" para el género humano, cuya característica cosmopolita y universal se deja fácilmente sentir en la expresión 'ius gentium' que los romanos harían célebre.

En la filosofía estoica es donde se forjó el ideal tico de la humanidad: *la igualdad de todos los hombres*. Sobre la base de la naturaleza racional del ser humano se proclama la igualdad de griegos, bárbaros, aristócratas, plebeyos, libres y esclavos. El corolario, de la recta ratio es, así, la idea de un derecho universal. *un ius natura humani generis*. El mérito (moral del derecho positivo depende de su correspondencia con el ius communis generi humano, propio de la naturaleza racional del hombre y cuyos principios constituyen el modelo del derecho positivo y de la justicia humana. Existen siempre dos derechos para el hombre: el derecho positivo de su ciudad y el derecho de la ciudad universal, igual para todos las costumbres son diversas múltiples; la razón es una. La recta ratio es una politeia universal.

Así las cosas, la justicia, se identifica con aquel "derecho" superior de la razón. Este "derecho" único, de carácter racional, sería el antecedente de la teoría del derecho natural moderno la cual habría de influir decisivamente, en el constitucionalismo moderno. Con el *ideal igualitario estoico* surge un nuevo ideal político: los gobernantes deben conformar sus actos a esa politeia universal. La tarea inmediata consistió en buscar positivizar esos principios igualitarios y establecer un

"estado de derecho racional". Esto, en buena parte, fue tarea de los jurisconsultos romanos.¹⁶⁷

Por ejemplo, un juez, no debe favorecer a ninguna de las partes en virtud de que es rico, pobre, bondadoso o mezquino. La justicia requiere del Juez que considere a las partes como "jurídicamente iguales" en el sentido de que las únicas diferencias que el juez puede considerar *son aquellas que el derecho le exige tomar en cuenta y ningunas otras*.

¹⁶⁷ Fue mérito de Cicerón haber dado una formulación casi definitiva al ideal igualitario estoico y a su doctrina del derecho natural. De el paso a los jurisconsultos romanos, los jurisconsultos romanos, además de su derecho positivo, conciben la existencia de ciertos principios éticos referidos al derecho, los cuales constituían un patrón universal, más que natural, racional. Estos principios debían regir de la misma forma al género humano en todo tiempo y lugar. La exigencia racional es que debe haber un mismo derecho para todos los hombres y para todas las naciones o, por lo menos, un conjunto de principios jurídicos racionales en que se basen todos los derechos. Estos principios jurídicos racionales, los cuales se identifican con la justicia, son compartidos por todos los hombres, pertenecen a todos los individuos, principios de los cuales los hombres no pueden escapar: "Existe una ley verdadera extendida en todos... consistente consigo misma... que nos llama imperiosamente a cumplir nuestra función... a esta ley ninguna enmienda es permitida. No es lícito abrogarla ni en su totalidad ni en parte... es una sola y misma ley... que rige todas las naciones en todo tiempo... quien no obedece esta ley huye de sí mismo y de su naturaleza humana...".

El Estado no era sólo un problema jurídico, constituía el objetivo de esos principios universales que, en virtud de su racionalidad, eran *compartidos por todos los hombres*. Esta situación conducía a la siguiente tesis: buscar un Estado donde *se asegure, lo mejor posible la igualdad del género humano*. Esta forma había sido generada en la República; la exigencia: una republica universalis. La igualdad era una exigencia moral fundamental que derivaba de la recta ratio: por ello Cicerón expresaba que "Nadie sería tan semejante a sí mismo como cada uno de los hombres a todos los demás". La doctrina de Cicerón, coincidía en gran medida, con la ideología jurídica de los jurisconsultos romanos. La auctoritas debe ser ejercida con el respaldo del derecho y sólo está justificada por razones de justicia, cuyo patrón básico se encuentra en los principios éticos del *natura humani generis*, al que los juristas denominaron: "ius gentium". En principio, la expresión 'ius gentium', en los primeros jurisconsultos, como en Cicerón, significaba 'principios que gozaban del reconocimiento general' y, en consecuencia, 'comunes a los derechos de todos los pueblos'. Ningún jurisconsulto dudaba de la existencia de una ratio iuris que guiaba, por decirlo así, la aplicación del derecho positivo en casos determinados. Esta era la ratio que animaba la creación del derecho honorario. Fue así como, mediante la interpretatio y la disputatio fori, los juristas y magistrados llevaron a positivar, a convertir en derecho, principios contenidos en el ius gentium. El ius honorarium satisfacía mayormente la nueva exigencia igualitaria. El ius honorarium era pues no sólo derecho (positivo), sino un derecho que correspondía con los principios racionales que constituían ese ideal jurídico universal.

Asimismo, el reclamo de igualdad jurídica fue una tesis considerada moralmente incontrovertible durante la Edad Media (mantenida en ocasiones por los dogmas del cristianismo: "todos los hombres son iguales ante Dios", "el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios"). La debilidad fundamental de tal exigencia estribaba en la inexistencia de instituciones que "garantizaran" la igualdad jurídica. Muchos fueron los intentos para garantizar este anhelo de igualdad. Bajo la influencia decisiva del jusnaturalismo racionalista, la Revolución Francesa buscó su consagración definitiva: en la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano: "Los hombres nacen... libres e iguales en derechos". (Diccionario Jurídico 2000, Disco Compacto).

En términos generales puede decirse que si ahí donde se requiere de imparcialidad, los hombres son tratados de forma desigual, es, en principio, injusto; a menos que la diferencia de trato (el favor o la discriminación) pueda ser justificada (jurídicamente justificada).

Ahora bien, un problema fundamental en el entendimiento de la igualdad consiste en saber ¿qué es 'trato igual'? Una respuesta a este problema es: la aplicación de la "misma regla" a situaciones "esencialmente similares". Ciertamente, el problema de decir cuándo las situaciones son "esencialmente similares" es difícil. *Decidir cuándo una situación cae bajo la misma regla y cuándo requiere de otra, puede ser angustioso.* Sin embargo, la inmensa mayoría de las situaciones sociales nos permiten construir clases de situaciones iguales de manera simple, prácticamente intuitiva. No todos son "casos difíciles". Como quiera que sea, un dato que debemos tener presente es que "igual consideración" o "trato igual", significan que a situaciones consideradas iguales se les aplica la misma regla.

Por tanto, la igualdad que garantiza el orden jurídico a los hombres no significa que éstos tengan siempre los mismos derechos y facultades. La igualdad así considerada es jurídicamente inconcebible: es prácticamente impensable que a los hombres se les impusieran las mismas obligaciones y tuvieran los mismos derechos sin hacer ninguna distinción entre ellos (menores, hombres, mujeres, alienados, extranjeros). La igualdad jurídica no es esencialmente diferente de la idea de igualdad como condición de justicia. El principio de la igualdad jurídica no significa sino que en las relaciones jurídicas no deben hacerse diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas (p.e., la raza, el credo religioso, la clase social, etc.). Este es un aspecto importante en la idea de la igualdad jurídica, si el orden jurídico (como lo es la Constitución) contiene una fórmula que proclama la igualdad de los individuos (igualdad jurídica, *ab obvo*), pero si no se precisa qué tipo de diferencias no deben hacerse, entonces la fórmula de la igualdad jurídica, sería normativamente superflua.

Establecer la igualdad jurídica significa que las instituciones que crean y aplican el derecho no pueden tomar en consideración, en el trato de individuos, diferencias

excluidas por el orden jurídico; los órganos de aplicación sólo pueden tomar en consideración las diferencias "aceptadas" o "recibidas" por las normas de un orden jurídico.

En este orden de ideas, el funcionamiento de la igualdad jurídica tal y como ha sido explicada corresponde fundamentalmente a la exigencia del principio de la aplicación regular de las normas jurídicas, conocido como 'principio de legalidad'. Al crear límites en la creación y aplicación del derecho, el orden jurídico, garantiza que no existen diferencias de trato en virtud de ciertas diferencias relevantes (raza, sexo, creencias religiosas, preferencias políticas, etc), las cuales no deben ser tomadas en cuenta.

De lo que se colige que la verdadera igualdad jurídica consiste en que todas las personas sujetas a una relación determinada dentro del territorio de la nación sean tratadas del mismo modo siempre que las circunstancias sean las mismas. Esto es, que el principio de igualdad ante la ley, no debe llevarse al extremo de que se trata de una igualdad indiscriminada, sino atendiendo a circunstancias especiales y en congruencia con dicho principio, la igualdad ante la ley radica en otorgar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, atendiendo a las **desigualdades de hecho que son relevantes para la justicia**.¹⁶⁸

Así las cosas, como se ha señalado esta garantía no impide al legislador establecer determinadas distinciones o diferencias específicas en atención del origen, la clase, el estrato y la condición social de las personas y tan es así que incluso a nivel de cuerpos legales, se instrumentan normas protectoras en favor de los trabajadores, los campesinos, así como disposiciones en materia penal de índole específica en atención, entre otras cosas, *a los bienes jurídicos en juego tanto de la sociedad como de los encausados, sin que por ello válidamente pueda decirse que se*

¹⁶⁸ Vid. Tesis I. 2o. A. J/22, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Parte VI, Segunda Parte-1, Octava Época, a página 357. "GARANTIA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. ALCANCES DE LA (ARTICULO 13 CONSTITUCIONAL)."

trate de leyes privativas que atenten contra el mencionado principio de la igualdad de las partes ante la ley.¹⁶⁹

En ese orden de ideas, **el principio de equidad procesal** consiste en la igualdad ante la ley que regula el procedimiento de todos los sujetos pasivos de un mismo hecho generador, es decir, de una misma situación que de pie a la aplicación del ordenamiento adjetivo (contestación de la demanda, anuncio de pruebas, facilidades para el desahogo de las mismas, etc.), y *en virtud de este principio los que se encuentran en las mismas condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a las facilidades o limitantes procesales, entre otras cosas, a las cargas y exenciones que les pueden ser permitidas o no; pero si no son las mismas condiciones objetivas en que se encuentran las partes, se requiere entonces hacer una distinción en la norma procesal a fin de garantizar que en el procedimiento tengan las mismas oportunidades, es decir, equilibrar su acceso a la justicia mediante el otorgamiento de beneficios o imposición de cargas que hagan ello posible.*

De esta manera, se puede señalar que en la institución de la responsabilidad patrimonial con motivo del ejercicio del poder público y la interrelación de los diversos poderes y organismos constitucionales autónomos, con respecto a la sociedad, así como por la naturaleza de las actividades y funciones de cada poder, como de los principios que inspiran y controlan su actividad, se pueden dar tratos diferenciados a los sujetos que figuran como partes en los mismos, en la medida que es necesario equilibrar las distintas capacidades económicas, racionales, defensivas, etc, de los seres cuyo intereses empiezan a entrar en juego.

PROPORCIONALIDAD: El principio de proporcionalidad es un principio básico de las Constituciones modernas, generalmente desarrollado en materia de contribuciones (artículo 31, fracción IV de la Constitución mexicana), donde implica que un gravamen para ser proporcional, se requiere que el hecho imponible del tributo establecido por el Estado, refleje una auténtica manifestación de capacidad

¹⁶⁹ Vid. Tesis Jurisprudencial Plenaria P./J.18/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a la Novena Época, Tomo VII, marzo de 1998, página 7. tesis

económica del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos.¹⁷⁰

Trasladado ello, a la responsabilidad patrimonial del Estado, tomando en consideración que todos los presupuestos de hecho que la motivan parte de una afectación de naturaleza económica al gobernado (daño) como al Estado (indemnización), en forma de una situación o de un movimiento de riqueza y que las consecuencias resarcitorias son medidas en función de esta riqueza, debe concluirse que es necesaria una estrecha relación entre el hecho que motiva el daño y la actividad estatal, en la medida que el resultado sea totalmente desproporcionado al fin que persigue la actividad del Estado y a los principios constitucionales a que se rige dicha actividad, así como proporcional a la forma en que la caja pública deba responder del daño.

En efecto, históricamente, los gobernados han procurado aportar con su haberes, patrimonio, riqueza, bienes a los gastos públicos para su sostenimiento, empero lo han realizado de acuerdo a sus posibilidades; tales circunstancias, la podemos corroborar con la formación de los fondos económicos en función de los cuales pueden operar la totalidad de los poderes públicos en que se deposita la fuerza del Estado, de modo que si el propósito de la responsabilidad patrimonial del Estado no es solamente resarcir por resarcir daños, sino en la medida que ello contravenga notoriamente principios constitucionales del Estado democrático, social y constitucional, en consecuencia, para establecer la obligación resarcitoria en cada caso concreto, se debe evaluar tanto la desproporción del daño con respecto al fin y naturaleza de la actividad estatal, como respecto su desproporción con el cumplimiento de los principios constitucionales que definen al tipo de ente público de que se trate, como en razón de en qué medida se estima proporcionalmente válido afectar los recursos de los gobernados para cubrir la indemnización correspondiente, en el entendido de que ello no implica la posibilidad de jamás cubrir una indemnización por aspectos netamente presupuestario dado que tal

jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES.”

aspecto se puede superar en ejercicios posteriores, ni tampoco la potestad de decidir en forma arbitraria y caprichosa sobre la posibilidad de la indemnización, sino únicamente ponderar la proporcionalidad del pago.

Aunado a la anterior, como se ha explicado en capítulo anterior, la proporcionalidad desde el punto de vista interpretativo y ponderativo de principios constitucionales también debe tomar un papel fundamental para la delimitación de los supuestos de responsabilidad patrimonial y correspondiente adecuación a los casos concretos, pudiendo hacer uso de los criterios de optimización de principios que resulte adecuado.

JUSTICIA: Es un concepto de valoración, subjetivo, estudiado y anhelado desde que el hombre convive con sus semejantes, pero pocas veces conseguido. No es éste el momento de entrar a su análisis filosófico -que desde Platón y Aristóteles se ha venido realizando- sino como una buena oportunidad para plantear su posición en la responsabilidad patrimonial en torno a la naturaleza jurídica de ésta y la función que deben realizar los Tribunales (Constitucionales o de otra índole) al decidir conflictos en materias de su competencia sobre tal supuesto.

Desde el punto de vista científico, y el derecho -por cierto- tiene tal condición, no resulta fácil y diría que casi imposible, definirla, incorporándola a una norma, para que a partir de ésta los jueces la apliquen como elemento fundante de su decisión. Muy por el contrario, la justicia es más bien un ideal que debe estar presente e iluminar el arduo camino que recorre el juez en cada proceso jurisdiccional. En efecto, la expresión «justicia», como ya lo insinuamos, implica un juicio de valor, filosófico, subjetivo y mutable de acuerdo a los tiempos y lugares y, como tal, no puede reflejar la esencia de lo que es la jurisdicción, concepto de la ciencia jurídica y, por ende, de validez universal en el derecho procesal constitucional y cuyo ejercicio provoca el efecto de materializar en una decisión humana, la petición de justicia.

¹⁷⁰ Vid. Tesis de la Suprema Corte, tomo I, Materia Constitucional, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, p. 358. “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA.”

Demuestra lo aseverado, la existencia de diversas posiciones sobre lo que es justo en cada proceso. Para el juez, su sentencia es la expresión de la justa decisión de la litis, criterio que pueden compartir o no los jueces de alzada. Como se sabe, en un ordenamiento procesal pueden llegar a dictarse tres o más sentencias diferentes para resolver un mismo conflicto y, naturalmente, cada sentenciador estimará que hizo justicia. Enfocado ahora el concepto de justicia desde el punto de vista de las partes, la que obtiene estimará que la sentencia hizo justicia; el que pierde la verá como injusta. Cualquier persona puede tener opinión frente a la decisión judicial, considerándola justa o injusta. En suma, el término justicia, no es correspondiente con el de verdad jurídica que, emanada de la cosa juzgada, las partes deben acatar y cumplir y los terceros aceptar. En cambio, ni la sentencia ni la cosa juzgada que de ella resulta, pueden alterar el juicio valorativo que cada cual tenga con respecto a la justicia de la decisión contenida en la sentencia.

Por las consideraciones expuestas, debe concluirse que la solución de cualquier conflicto, se estimará justa o injusta dependiendo del interés de quien la pondere. Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana. Sin embargo, lo que es invariable y *universalmente válido es que, agotados los medios de impugnación, la sentencia queda ejecutoriada*, imponiéndose como consecuencia «la justicia del juzgador» en la decisión del conflicto sublite. En el análisis de la alta función que cumplen los tribunales, se trata de buscar elementos constitutivos del concepto de jurisdicción, válidos para todos los tiempos y lugares y que sirvan para explicarla en la constante histórica, en el presente y en el futuro. En este orden de ideas puede afirmarse que, en ejercicio de la función jurisdiccional, lo que los tribunales han hecho, hacen y harán es resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica en el ámbito constitucional, nacional e internacional.

De esta forma, al decidir sobre conflictos de intereses público y privado con motivo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, el órgano jurisdiccional debe tener especial cuidado de ponderar adecuadamente los intereses en juego, y analizar el caso concreto conforme a los principios constitucionales a los cuales de ha de supeditar el ejercicio del poder o ente estatal al que se le pueda

imputar la causación del daño, regulados por una normativa fundamental, atender a la funcionalidad del sistema constitucional, a la razón de ser de la institución, a su carácter de control indirecto del poder público como de la constitucionalidad de sus actos y sólo aspiramos a que estas decisiones se aproximen lo más posible al concepto ideal de justicia que todo juez lleva y cultiva en su interior.

3. LINEAMIENTOS DE UNA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL-JURISDICCIONAL MEXICANA.

«La vida, la realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época, descansa en la justicia constitucional».

Mauro Cappelletti

En el presente capítulo, se plantea la aplicación del modelo teórico del Neoconstitucionalismo y de las implicaciones sustanciales del Estado constitucional, social y democrático a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, esto es, se formula una serie de lineamientos de una responsabilidad patrimonial-jurisdiccional mexicana que atienda por una parte a la posibilidad de ser sustentada conforme al derecho de tutela judicial efectiva o acceso efectivo a la justicia, que se contempla como derecho humano en diversos tratados internacionales y cuya regulación en el texto constitucional se dispone en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otra parte, que atienda a la naturaleza y teleología de la función jurisdiccional.

Dicho de otra forma, el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva bajo su perspectiva humanística y constitucional, que no puede estar separada de una visión democrática de valores constitucionales que nutren a la función jurisdiccional del Estado, hacen menester la implementación de dicho régimen patrimonial a favor de los gobernados pero no en forma ilimitada y bajo un perfil totalmente liberal como el que ha mostrado la reforma constitucional del numeral 113 en México, por cuanto refiere al Estado-Administrador, conforme a teorías de índole civil o administrativo propiamente dicho, y en que pretenda estimar que toda actividad estatal lícita o ilícita, normal o anormal, que cause daños a los particulares, es susceptible de generar la obligación de indemnizarlos en la medida que éstos no tengan la obligación jurídica de soportar el daño.

En efecto, si bien, del modelo de responsabilidad patrimonial que se implementó en México en el numeral 113 de la Constitución Federal, se puede estimar como adelanto el imputar en forma directa al Estado los daños que irroga la actividad de éste por conducto de sus funcionarios públicos, sin requerir, previamente el demandar a la persona física que detenta el cargo público del activo

del daño, dando mayor flexibilidad y posibilidad de obtener una indemnización en forma pronta y garantizado conforme a los recursos públicos, lo cierto es que, la modalidad objetiva bajo la cual se planteó su formulación (carácter que aún se encuentra bajo discusión doctrinal, esto es, la clase de “objetividad” a que hizo mención el constituyente permanente al calificar la responsabilidad que pretendió incursionar, dada la discrepancias entre el dictamen de la Cámara de Diputados y la de Senadores, sobre el tipo de actividad dañina que permitiría generar la responsabilidad patrimonial), no atiende a los planteamientos básicos conforme a los cuales se desarrolla el Derecho Constitucional moderno y el grado de vinculación que este guarda para la conformación de los ordenamiento secundarios.

De manera que, el primer aspecto que se estima básico en un régimen patrimonial como el que se comenta, es atender a la naturaleza de poder a regular, de los principios que le dan su connotación como institución básica del Estado moderno, así como a la interpretación de la ley conforme a los Derechos Humanos y la Constitución.

Las pretensiones de este trabajo no exceden al llamado de atención para que tomemos conciencia de la poderosa herramienta que ha incorporado la reforma de la Constitución Nacional en el artículo 113, segundo párrafo, y que no nos ocultemos ni permitamos que lo hagan los jueces, detrás de las normas adjetivas o sustantivas y que exijamos la aplicación de las garantías que aseguran la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos que tienen su misma jerarquía conforme prevé el artículo 133. Esas normas que son de aplicación obligatoria para los jueces y, naturalmente, para la Corte Suprema, no autorizan a eludir una responsabilidad patrimonial por los daños causados con motivo de la función jurisdiccional, empero tampoco pueden permitir un derecho a obtener indemnizaciones en total contravención a los intereses sociales, poniendo al interés individual como supremo, bajo una percepción totalmente liberal, sino que exige una reglamentación equilibrante de ambos intereses.

3.1. Fundamento.

Ahora afrontamos otro problema: la responsabilidad del Estado derivado de su función jurisdiccional, ya sea con motivo de los diversos actos que despliega con

motivo de los procesos o en función de las sentencias en que concretiza por excelencia su facultad jurisdiccional (aplicar la razón jurídica argumentativamente aceptable al caso concreto). Y delimitada que ésta figura tiene una evolución como derecho fundamental del ser humano así como una trascendencia constitucional, resulta oportuno encontrar en los ordenamientos supremos de la Unión (Constitución Política y Tratados Internacionales conforme al artículo 133 constitucional), el soporte jurídico para su aplicación en el Estado mexicano.

Como se había anticipado, lamentablemente nuestro país se ha quedado rezagado en la materia, es decir, para responsabilizar al Estado, y por ello, al Poder Judicial en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y restantes potestades que le han sido conferidas desde la Norma Suprema (artículo 17 y 94 a 107), ya sea por su funcionamiento anormal, por error judicial o en su actividad administrativa no jurisdiccional.

Al respecto, el Doctor Héctor Fix Zamudio considera que a partir de 1981, fecha en que el Senado de la República aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (generalmente conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"), incorpora a nuestro derecho interno el artículo 10 de dicha convención, el cual dispone: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en el caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial" y concluye:

"Lo que significa que si en un proceso con fallo en el cual se hubiese establecido autoridad de cosa juzgada, es impugnado por conducto del procedimiento que en nuestros códigos procesales penales denominan reconocimiento de la inocencia del sentenciado (artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales, en las diversas hipótesis que menciona), podría obtenerse indemnización".¹⁷¹

A partir de esta interesante afirmación, podemos estimar que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en México (aún no reconocida expresamente en la Constitución y ordenamientos secundarios), puede derivar tanto de la aplicación del citado dispositivo como de la interpretación sistemática con el

¹⁷¹ Vid. Castro Estrada, Álvaro. Nueva garantía constitucional..., Op. cit. p. XII, (Prólogo).

derecho de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia contemplado tanto como Derecho humano como garantía individual en la normatividad interna.

Esto es, a principios del siglo XX, con la Constitución mexicana de 1917 y con la declaración de derechos del pueblo trabajador ruso de 1919, etc., se produce la incorporación de los derechos sociales y económicos a las Constituciones, (sindicatos, huelgas, salarios mínimos, etc.) y la transformación de otros derechos como los de la educación y tutela judicial en derechos socializados de prestación, que el Estado debe asegurar para posibilitar su efectividad real. Se pasa de una mera concepción de que el Estado no debe impedir al hombre su libertad de acción, a un desarrollo del Estado al que se pide intervención y ayuda para que el hombre pueda alcanzar su desarrollo económico y social. A estos derechos se les llama "de solidaridad" o derechos humanos de "tercera generación".

El valor jurídico de estos derechos hay que buscarlos en la transformación histórica en la que se pasa, desde ser "derechos constitucionalmente reconocidos" pero careciendo de la debida protección jurídica, hasta adquirir una verdadera positivización, es decir, al ser incorporados al ordenamiento jurídico y dotarlos de las garantías que se exigen habitualmente en el derecho comparado. El derecho a la tutela judicial efectiva, –sin indefensión ni dilación- es una garantía que constitucionalmente los Estados otorgan a las personas dentro de su soberanía. Se materializa en el hecho de que cualquier persona, natural o jurídica, puede recurrir ante un juez en demanda de justicia. También significa que nadie puede ser obligado a hacer, no hacer o entregar algo, sin que de previo haya tenido un debido proceso (el "due process of law" de la tradición jurídica sajona)¹⁷² con todas las garantías, donde pudo defenderse de la demanda, y todo dentro de los principios de igualdad, lealtad, contradicción, buena fe procesal, y sin omitirse jamás el emplazamiento, la audiencia precisa, el termino de pruebas, la sentencia y los recursos que legítimamente correspondan. Dentro de esta garantía podemos encontrar la justificación de la responsabilidad patrimonial en el Estado Mexicano.

¹⁷²Vid. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara editores, Lima, agosto de 2003. Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. *Jurisprudencia*, Jurista

De manera que en principio, se debe atender al artículo 17 constitucional ¹⁷³, que prevé la garantía de acceso a la justicia como un derecho de petición *sui generis* que tienen los gobernados hacia el Estado en cuanto que una vez que se ejerce la acción procesal por un particular, *el Órgano Jurisdiccional tiene el deber de activar el proceso contemplado en las leyes secundarias a fin de resolver la petición de justicia mediante la emisión de una resolución que analice la situación de hecho o de derecho que aqueja al gobernado*. En efecto, tomando en consideración que el artículo 8° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el derecho de petición (en términos generales) como el deber que tiene todo Órgano del Estado de responder de manera pronta la solicitud del gobernado (independientemente de que se conceda o se niegue lo peticionado) una vez que el mismo ha ejercido dicho derecho de manera pacífica y por escrito; se puede establecer que el diverso numeral 17 del ordenamiento fundamental del país, también prevé este tipo de derecho de petición pero con matices específicos como lo es el que se encuentra encaminado a regular el acceso a la función jurisdiccional del Estado por parte de los gobernados, así como los términos en que se deberá impartir la justicia por parte de los tribunales (pronta, expedita, imparcial y gratuita), dejando al legislador común la obligación de establecer las normas procesales que prevean los plazos y términos en que se hará efectiva dicha garantía constitucional; pero supeditando su actuar legislativo a los fines que el propio constituyente dispuso en el referido artículo 17 y a los demás derechos fundamentales que prevé la Carta Magna.

En este mismo sentido se ha pronunciado Juventino V. Castro¹⁷⁴ cuando señala:

editores, Lima, Perú, 2003. Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso*, Colombia, Santa Fe De Bogota, Temis, 1998.

¹⁷³ “Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones...”

¹⁷⁴ Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 10ª edición, Porrúa, México, 1998, p. 39.

"...el derecho de acción procesal se funda en dos disposiciones constitucionales que lo motivan – los artículos 8° y 17 –, y la acción de amparo en ellos mismos y en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución. El artículo 8° constitucional dispone la obligación de los funcionarios y empleados públicos de respetar el ejercicio del derecho de petición, en forma tal que la autoridad emita escrito pronunciándose respeto a lo pedido, dándosele a conocer al peticionario en breve término, es válido afirmar que dicho precepto legal también contiene un derecho abstracto de todo gobernado para activar a las autoridades, y obligarlas a resolver la petición en el sentido que juzguen pertinente, pero ajustándose a lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la propia ley constitucional que establecen las garantías de legalidad. El artículo 17 reconoce que los tribunales están expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fije la ley, prohibiéndose en consecuencia que las personas se hagan justicia por sí mismas o ejerzan violencia para reclamar su derecho. Los tribunales, por lo tanto, administran justicia a petición e parte, o sea *accionando* el particular para obtener un pronunciamiento proveniente del tribunal de *justicia en relación con peticiones concretas*. Estas dos disposiciones dan nacimiento por ello al derecho de acción procesal ante los tribunales que imparten justicia. Frente a la *acción* como derecho de petición de justicia, aparece la jurisdicción como deber del Estado ejercida a través de los tribunales. La jurisdicción no se otorga como gracia, sino como cumplimiento de una obligación, para poder así suprimirse la justicia por propia mano o por medios violentos. Los artículos 103 y 107 constitucionales establecen, por su parte, el primero la competencia de los tribunales de la Federación para resolver controversias suscitadas por leyes o actos de la autoridad que violen garantía individuales – o por invasión de "soberanías" o "esferas", federal o estatales, pero en la forma restringida y condicionada que la jurisprudencia ha impuesto al llamado *amparo-soberanía* –; y el segundo las bases a que se sujetarán los procedimientos y formas del orden jurídico, para resolver las controversias a que se refiere el 103, o sea las que fijan las características del *Proceso de amparo*."

De lo que se puede establecer válidamente que la función jurisdiccional desempeña un papel importante en la sociedad, pues permite garantizar la real aplicación de las normas abstractas a los casos controvertidos, es decir, actúa al reafirmar, el juez, el mandato legislativo en el conflicto de intereses que se visualiza constantemente entre los miembros de una sociedad o entre los gobernantes y sus gobernados, pues si todos los sujetos de derecho cumplieran con puntualidad sus deberes y obligaciones, no habría necesidad de Tribunales.

En efecto, si como refiere Becerra Bautista, al poder judicial le compete, en forma privativa, la aplicación de la ley a los casos controvertidos y en su ejercicio sólo debe someterse a la ley misma, es decir, no depende de los otros poderes para aplicar la norma jurídica pues es orgánicamente independiente y, como tal, sólo puede realizar las funciones que le competen, sin poder realizar las funciones reservadas a los otros poderes del Estado, resulta que el proceso es el instrumento que sirve para que el poder jurisdiccional aplique la norma abstracta a los casos controvertidos, con fuerza vinculativa para las partes, (poder coercitivo). Ello implica, que el ejercicio de dicho poder no puede ser irresponsable no sujeto a determinados principios constitucionales que deben delimitar e inspirar el adecuado funcionamiento del aparato judicial, de manera que el derecho fundamental de tutela

judicial efectiva, no solamente puede configurar el actuar responsable de los funcionarios en quienes se deposita dicha labor, sino también la responsabilidad del Estado cuando el poder ejercitado rompe con los principios de la Norma Fundamental en forma desproporcionada al objeto que se pretende y se afecta la esfera jurídica o patrimonio latu sensu, de un gobernado, precisamente por la fuerza vinculante que dicho derecho fundamental tiene tanto para la configuración de la estructura como de la funcionalidad del sistema. Véase la gráfica siguiente.



Figura 14.

En ese tenor, si es la Constitución la que crea los órganos jurisdiccionales y les atribuye competencia; en forma reglamentaria se establecen y organizan las modalidades derivadas de los preceptos constitucionales y, finalmente en leyes sustantivas suelen encontrarse las facultades, obligaciones y cargas procesales de personas o entidades que intervienen en un proceso, no regulado en el código procesal,¹⁷⁵ también es verdad que los principios contenidos en dicho Norma y los Tratados internacionales, así como el correspondiente desarrollo de tutela judicial efectiva, pueden ser el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, dado que en un Estado democrático, social y constitucional de derecho, es menester que cada uno de los poderes públicos actúe responsablemente y en estricto apego a los principios fundamentales, de modo que cuando ello no acontezca y se afecte en

¹⁷⁵ Sin embargo también es de señalarse que entre función judicial y jurisdiccional existe cierta sinonimia, aunque no toda la función del Poder Judicial es jurisdiccional, ni tampoco toda función jurisdiccional corresponde a dicho poder en virtud de que existen funciones jurisdiccionales a cargo

forma desproporcionado a los gobernado, no es factible que éstos deban soportar impunemente los daños derivados de una actividad inconstitucional del poder judicial que rompa con los principios que rigen al mismo.

Esto es así, porque si el juez debe “decir el derecho” y para ello debe tener facultades que derivan de su vinculación al Estado, del que forma parte, resulta que el mismo debe nombrar por un acto de soberanía a las personas que ejercerá jurisdicción y deberá limitar esa jurisdicción para hacer posible la administración de justicia. Por tanto, todo juez tiene jurisdicción, es decir, facultad de decidir con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida. De lo que deviene que la función jurisdiccional la ejerce el juez¹⁷⁶ por delegación del Estado y en nombre de éste. Es más, la resoluciones del juez son actos de voluntad del propio Estado por esto crean derechos y obligaciones a favor y a cargo de los litigantes, en consecuencia, la actividad que dicho juez despliegue y que cause daños desproporcionados, inequitativos e injustos a los gobernado, así como que atente contra los principios constitucionales a que está sometido su actuar, deben comprometer al ente público y resarcir el daño, haciendo uso de las modalidades que conforme a la naturaleza del caso resulten más adecuadas para determinar la imputación del daño, la obligación de su indemnización y la respectiva cuantificación de la misma.

Ahora bien, el tratamiento que se ha dado por los ordenamientos internacionales a la tutela judicial efectiva ha sido variado y multifactorial, en razón las circunstancias históricas, sociales e ideológicas de la comunidad internacional, pero se estima oportuno atender a un esquema general en materia de derechos humanos relacionados con el acceso efectivo a la justicia, que permita establecer un marco referencial sobre la forma en que se ha tutelado por las diversas comunidades internacionales el derecho a un proceso, así como a la forma de proteger al gobernado cuando con motivo de la función jurisdiccional del Estado de incurre en daños al particular en la prerrogativa que se comenta o en cualquier otra (libertad,

de otros poderes (en materia laboral y administrativa al Poder Ejecutivo, en procedencia del juicio político al Poder Legislativa).

tránsito, etc.), que permita apreciar el grado de responsabilidad que cada vez se va aumentando al Estado-juez, mismos que se indican en la tabla 6.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA.	
ORDENAMIENTO	PRECEPTOS
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), aa. 8 y 10</p>	<p>"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley".</p> <p>"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".</p>
<p>Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), con el título de "Derecho de Justicia." aa. 18 y 26.</p>	<p>"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente"</p> <p>"[. . .] a) Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. b) Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo a leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas."</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U, en su Parte II. aa. 2, 9.5 y 14.6</p> <p>Aprobado por el Estado Mexicano. DOF. 3-mayo-2002</p>	<p>"[. . .]. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación había sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".</p> <p>"Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".</p> <p>"Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido."</p>
<p>Convención Americana de los Derechos Humanos de la O.E.A. los arts. 1, 8, 10,</p>	<p>"Obligación de Respetar los Derechos.- 1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,</p>

¹⁷⁶ La función jurisdiccional la pueden ejercer los jueces en forma individual o colegiada. En el segundo caso, la integración de la voluntad del Estado surge de la convergencia de voluntades individuales en un mismo sentido.

<p>y 25</p> <p>Aprobado por el Estado Mexicano. D.O.F. 1 DE SEPTIEMBRE DE 1998.</p>	<p>sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2: Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."</p> <p>"Garantías Judiciales: 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.- .2: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a: derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b: comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c: concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d: derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e: derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f: derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."</p> <p>"Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial."</p> <p>"Protección Judicial: 1º.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o de cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2º Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."</p>
<p>Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. A. 5.5</p>	<p>"Toda persona víctima de un arresto o de una detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tiene derecho a una reparación".</p>

Tabla 6.

La obligación fundamental de cada Estado Parte en un tratado multilateral de protección de los derechos humanos es la de respetar los derechos y libertades consagradas en él y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre el deber de "garantía" y la obligación de "respetar los derechos " protegidos en los instrumentos internacionales. Así, hoy día el derecho internacional de los derechos humanos impone por un lado una obligación de no hacer, consistente en que los agentes del

Estado deben abstenerse de realizar acciones que puedan invadir la esfera de libertad garantizada en cada uno de los derechos enumerados en el tratado. De otra parte, el Estado adquiere también obligaciones de hacer, es decir afirmativas, cuyo propósito es asegurar a cada persona el pleno goce y ejercicio de los mismos derechos.

Aunado a ello, estos pactos internacionales tienen la posibilidad de moldear la legislación interna de cada país para adecuarla a los cánones de respeto a los derechos humanos que se estima deben ser respetados en la comunidad internacional, que deben ser complementados por la Constituciones de cada nación, de modo que si bien en México no se encuentra previsto constitucional y legalmente el supuesto concreto de la responsabilidad patrimonial del Estado, ello puede derivar de la aplicación directa de los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano en que se ha comprometido a respetar el derecho humano de tutela judicial efectiva y correspondiente posibilidad resarcitoria por error judicial.

En este sentido, resulta ilustrativo el criterio de la Corte Interamericana de Justicia en el caso *Velázquez Rodríguez*, en sentencia del 29 de Julio de 1988, en que tuvo ocasión de interpretar la llamada obligación de garantía del art. 1.1.de la Convención que, según afirmó, representa:

"[. . .] el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos [. . .]"

De esta forma, el concepto y alcance de la tutela judicial efectiva y debido proceso¹⁷⁷ como garantías constitucionales es asegurar la efectiva vigencia de los derechos individuales reconocidos por la Constitución Nacional, otorgando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurídica de dichos derechos, por medio de un procedimiento legal previamente instituido en que se le

brinda al peticionario la oportunidad de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas y decidir la causa mediante sentencia dentro de un término prudencial. Lo anterior significa entonces:

- 1°- El derecho a la jurisdicción.
- 2°- Ser oído y vencido en juicio.
- 3°- La sustanciación del proceso ante el juez natural, esto es, que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales.
- 4°- Bilateralidad de la audiencia y la igualdad de las partes en el proceso.
- 5°- Obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable.
- 6°.- A un proceso público sin dilaciones indebidas.**
- 7°.- A una reparación por error judicial.**

Los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos del mundo ya se han pronunciado en asuntos específicos tales como 1): Disposiciones legales que impiden u obstaculizan el acceso a la tutela judicial; 2): Carga de la prueba; 3): Error patente; 4): Incongruencia omisiva en la sentencia; 5) Pertinencia de la prueba; 6): Admisibilidad de los Recursos; 7): Procedimiento determinado; 8): Dilaciones procesales; 9): Medidas cautelares en el proceso.

En efecto, respecto al punto 1, es de señalar que el Tribunal Constitucional de España en resolución N° 76/1996, 30 de abril, sobre "disposiciones impeditivas y obstaculizadoras" cuando se refiere a las regulaciones que puede tener el derecho a la tutela judicial efectiva, dice:

"[. . .] la inexcusable proporcionalidad de los límites que el legislador puede establecer al configurar el derecho de acceso a los Tribunales. [. . .] según la jurisprudencia constitucional, son inconstitucionales aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que esos obstáculos legales sean innecesarios por excesivos y carezcan, por tanto, de proporcionalidad respecto de los finés que lícitamente pueda perseguir el legislador (así, SSTC 3/1983, 63/1985, 89/1985, 100/1987, 206/1987, 60/1989, 154/1992, etc.). [. . .] la libertad de configuración del legislador no autoriza a imponer los obstáculos en el acceso al proceso que sean innecesarios y excesivos o carezcan de razonabilidad o proporcionalidad; las exigencias formales han de adecuarse a la naturaleza del proceso y tener finalidades discernibles y suficiente justificación; aún si la exigencia formal supera

¹⁷⁷ Vid. García Ramírez, Sergio, *El Debido proceso, Concepto General y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

el control de razonabilidad intrínseca, no puede conducir a consecuencias desproporcionadas, sino que ha de atemperarse a la gravedad de la infracción y al grado de frustración de la finalidad legítima perseguida. En definitiva, pues, en su opinión se trata de efectuar **un juicio constitucional de razonabilidad y de proporcionalidad**. Ha de indagarse, primero, la razonabilidad del fundamento en que pretenda apoyarse el requisito restrictivo del acceso a la jurisdicción [. . .] y ponderar después la dificultad que su satisfacción supone para el recurrente en vía contencioso-administrativa y las consecuencias de su omisión. Hemos de tener en cuenta que las exigencias constitucionales pro actione de los arts. 24.1 y 106.1 CE. han de ser más intensas cuando se trata de denegar el examen de fondo de un asunto (inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo) cerrando el acceso al control jurisdiccional de la actividad administrativa, que cuando, por ejemplo, está en juego solamente la impugnación mediante recurso de una resolución judicial previa (SSTC 37/1995 fundamento jurídico 5, 55/1995, fundamentos jurídicos 2 y 3 y 58/1995, fundamento jurídico 2; especialmente importante para este asunto es también a su juicio la STC 55/1995, relativa a una inadmisibilidad contencioso-administrativa). Como ha afirmado la STC294/1994 fundamento jurídico 3, doctrina confirmada por la STC 8/1995, los administrados tienen derecho [. . .] a que el juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art.24.1 CE), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) esto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. (art. 103.1 CE)"

El mismo Tribunal Constitucional español dice en sentencia 180/1998 del 16 de Septiembre refiere como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando una decisión jurisdiccional se fundare en un "error patente", en cuanto implica una *verdadera denegación técnica de justicia*, cuando la decisión adoptada por el Tribunal encuentra su fundamento en un error patente, tal como ocurrió en el caso debatido.¹⁷⁸ En diversa sentencia del 28 de setiembre de 1998 declaró que se vulnera el principio de tutela judicial efectiva cuando existe una incongruencia omisiva en la sentencia por falta de repuesta a una de las pretensiones suscitadas y así declaró en el caso el tipo más grave de incongruencia omisiva, es decir, aquella que afecta a las pretensiones y que, por ende, constituye una verdadera denegación de justicia desconocedora del derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

Para dicho tribunal la incongruencia omisiva con relevancia constitucional ha de reunir dos requisitos: que la pretensión fuera efectivamente planteada ante el órgano judicial y que, por parte de éste, existiera una falta de contestación o de respuesta razonada sobre algún elemento esencial de la misma.

¹⁷⁸ Abordó el tema de la nulidad del acta de liquidación por haber sido levantada por un controlador laboral cuando, por el número de trabajadores de la empresa (más de 25), debió haberlo sido por un inspector del trabajo, el Tribunal razona que tal planteamiento hubiera prosperado si, destruyendo la presunción de certeza del acta en cuestión, la sociedad recurrente hubiese acreditado que cuenta con más de ese número de trabajadores, siendo así que en la propia acta se hacía constar que su número

Con relación a las "dilaciones procesales" y al "derecho a la indemnización de daños y perjuicios", la sentencia N° 53/1997 de 17 de marzo, del citado tribunal refiere, en su parte conducente:

"Aunque el concepto de dilaciones no puede ser identificado con el respeto a los plazos procesales, parece claro que convertir uno de tres días, considerado suficiente al efecto por la ley, en otro de once meses, resulta lisa y llanamente inaceptable, sin que esa tardanza, fuera o no explicable, deba ser soportada por el ciudadano, cuyo derecho a un proceso rápido resulta así vulnerado. No obsta tal conclusión que la Sentencia a sido dictada ya, aún cuando después de incoado este proceso de amparo. Se ha sanado la dolencia pero ello no volatiliza la realidad histórica del retraso ya consumado y no cura tampoco la consumada lesión del derecho fundamental agredido (STC N° 31/1997) . . . El nuestro ha de ser un pronunciamiento declarativo, pero no simbólico desprovisto de eficacia práctica, desde el momento en que, en su caso, constituye el presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios por el anormal funcionamiento de la administración de justicia (STC N° 33/1997"

De esta forma, los pactos internacionales que han contemplado la tutela judicial efectiva como derecho humano, han contemplado por ideario clásico la reparación patrimonial del Estado-juez, sólo por daños que sean consecuencia de errores o abusos cometidos en el ejercicio de la jurisdicción penal, lo que si bien, marca un límite injustificado en su ámbito de cobertura –propio del ánimo de irresponsabilidad de los Estados al desplegar su “soberanía”–, también es cierto que implican ya un reconocimiento de que la función jurisdiccional que despliega el Estado por conducto de uno de sus poderes, debe responder patrimonialmente de los daños que cauce, de manera que si bien, se limita por excelencia a materia penal, la correcta interpretación y ponderación de la tutela judicial efectiva y restantes principios constitucionales que rigen al Estado democrático, permitirá determinar que se debe extender a cualquier materia en tanto que existe identidad de razón jurídica, claro está, indicando los supuestos en que pueda suscitarse tal responsabilidad conforme a los lineamientos del Neoconstitucionalismo y la funcionalidad del sistema estatal. Por el momento, el inconveniente que existe es que la mayoría de los pactos internacionales remiten a una ley interna de las naciones para concretizar el derecho a la indemnización, lo cual dificulta a menudo su aplicación práctica.¹⁷⁹

de trabajadores asciende al de 354. Como no podía ser de otra forma, ante tal craso error, el Tribunal constitucional otorgó en la sentencia el amparo que se le pidió,

¹⁷⁹ Hernández, Domingo, *Error judicial, Ensayo de Interpretación Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca, Año 5, Núm. 1, Chile, Talca, 1999, pp. 461-472.

Por el momento, podemos precisar que es rescatable que los pactos internacionales comienzan a reconocer el derecho “efectivo” de los gobernados a obtener una indemnización o reparación por detenciones ilegales, ampliando el principio generalmente aceptado, de que la indemnización sólo se extendía a los condenados o procesados injustamente.

Por ende, es necesario que tomar en cuenta que si se han tenido avances graduales y significativos como ya se refirió en materia de responsabilidad del Estado en lo general (Administrador), es menester que tales beneficios también se extiendan a los justiciables o gobernados que resientan un daño por actividad jurisdiccional desproporcionada al objeto, naturaleza y fin que persigue el Poder Judicial, así como a los principios constitucionales (Independencia, imparcialidad, democracia, igualdad, proporcionalidad, prontitud, gratuidad y justicia, entre otros), con el objeto de evitar abusos de poder y controlar la constitucionalidad de sus actos en forma indirecta mediante dicha institución.¹⁸⁰

En efecto, carece de razón constitucional, social y democrática el hecho de que respecto al Estado-administrador, ya se haya alcanzado el extremo de un régimen de responsabilidad patrimonial directa y objetiva –criticable en varias dimensiones desde la dogmática neoconstitucionalista–, principalmente a través de reformas constitucionales como la propuesta al segundo párrafo del artículo 113 constitucional,¹⁸¹ en donde los partidos políticos en el plano federal participaron con diversas

¹⁸⁰ Vid. Blasco Esteve, Avelino. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el Derecho Español*. Serie Praxis 100. INAP. México, 1998, pp. 43-44. También en González Pérez, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Civitas. Madrid, 1996, p. 91-123, que en forma detallada trata de la responsabilidad del estado por el funcionamiento de la administración de justicia, los supuestos, requisitos, y particularmente el procedimiento para la declaración de error judicial y así del procedimiento administrativo de reclamación de la indemnización. También en García Pons, Enrique. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1996. Que realiza un análisis detallado de la justicia, de su administración y alcances.

¹⁸¹ Vid. en <http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num17/comentarios.html>. Comentarios generales sobre el nuevo libro Responsabilidad Patrimonial del Estado a cargo del Dr. Álvaro Castro Estrada, en el seno de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados de México, A.C., y en donde considera que dicha Ley fue abrogada “en lugar de haberse perfeccionado como fue el deseo de Don Antonio Carrillo Flores y Don Antonio Martínez Báez, quienes fueron sus impulsores más señalados”.

iniciativas¹⁸² que de una u otra manera cristalizaron en la reciente reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, en decreto del 14 de junio del 2003, y que entrara en vigencia el primero de enero del 2004, en donde se adicionó un párrafo al artículo 113 de la Constitución, que llegó a definir y aceptar la responsabilidad objetiva y directa del Estado, según lo destaca Sergio Valls Hernández, que vino a constituir una nueva garantía constitucional para los mexicanos.¹⁸³ Reforma que implicó el cambio de denominación del Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a partir del 1 de enero del 2004, es “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado”, agregándose como imperativo constitucional: “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”.¹⁸⁴

Reforma que fue acompañada por la aprobación por unanimidad de 87 votos a favor y ninguno en contra de los integrantes del pleno del Senado de la República, de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, el 14 de noviembre del 2003.¹⁸⁵ Sin embargo, en materia jurisdiccional “políticamente” se evitó abordar el

¹⁸² Vid. Bucio Mújica, Marcos. *Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al Orden Jurídico mexicano propuesta por la diputación priísta*”, en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, INAP, México, 2000. pp. 81-85, que proponen adicionar un párrafo segundo al artículo 113 de nuestra Ley Fundamental, para incorporar: 1.- El establecimiento expreso de una nueva garantía que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad del Estado, y; 2. La obligación correlativa del Estado a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad irroge en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía; también en Perales Meléndez, Abelardo. *Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al Orden Jurídico mexicano propuesta por la diputación panista*”. *Ibidem*, pp. 87-90, que proponen reformar los artículos 16, 116 y 122 de la Constitución.

¹⁸³ Vid. en <http://www.siempre.com.mx/opinion2576/valls2576.html>, que en su opinión “Reforma al 113 constitucional, cerca del Estado democrático”, en comentarios por la publicación del libro del doctor Álvaro Castro Estrada, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. Reitera la importancia de la reforma que constituirá una nueva garantía constitucional para los mexicanos, hasta en tanto entre en vigor dicha reforma y se promulguen y entren en vigor las leyes federales y locales que establezcan las bases, límites y procedimientos para hacer efectiva esta garantía.

¹⁸⁴ Vid. en <http://www.uc3.es/uc3m/mgp/consMex4.htm>, Instituto de Derecho Público comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, España, donde analizan las recientes reformas constitucionales de México.

¹⁸⁵ Vid. en <http://www.correo-gto.com.mx/2002/noviembre/151102/elpais7.html>, ley “que establece la facultad de los particulares para solicitar una indemnización cuando se vean afectados en sus bienes y derechos por una irregular actividad administrativa de las autoridades gubernamentales...Dicho

tema de la responsabilidad patrimonial en el proceso legislativo por estimar que no era “oportuno”.

En términos generales concluimos en relación al fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, que aún existe un largo camino por avanzar, dado si bien en materia internacional existen importantes avances en su protección como derecho humano, lo cierto es que aún sigue siendo un rezago en la dogmática constitucional mexicana. Sin embargo, también se debe ponderar que como fenómeno político-social la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad estatal dentro del Estado social, constitucional y democrático, tiene un buen augurio de concretizar su implementación en el Ordenamiento Supremo y su efectivo respeto en el ejercicio real de la actividad jurisdiccional. Esto es, la responsabilidad estatal llegó para convertirse en una realidad social, en un principio y directriz de la actividad de los poderes públicos, y poco a poco, habrá de controlar el ejercicio desmedido de éstos así como su correcto apego a los mandatos y valores supremos.

Corolario de ello, es que podemos apreciar avances en el plano estatal al establecerse tal responsabilidad patrimonial y particularmente al referirse a jueces y otros funcionarios, como la establecida el 4 de enero de 1995 en Chihuahua, y que fue denominada, Ley para exigir responsabilidad patrimonial a jueces y funcionarios del Ministerio Público; también la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima, expedida por decreto No. 223, del 15 de junio del 2002, que entró en vigor a partir del 1 de febrero del 2003.¹⁸⁶

3.1.1. Función jurisdiccional.

La función anotada, es una que se encuentra asignada por excelencia a uno de los tres poderes clásicos del Estado, al Poder Judicial, sin embargo, no se ha pretendido hablar solamente de la función de este poder, habida cuenta que

dictamen precisa que el Estado se vuelve responsable, al igual que una persona física, de las acciones realizadas por sus agentes”, se integra por 40 artículos, distribuidos en cinco Capítulos, “que establece los lineamientos y requisitos que regularán características del daño resarcible, supuestos de imputabilidad al Estado, base para la cuantificación del daño y el procedimiento de reclamación para exigir las indemnizaciones al Estado, entre otras”.

existen una diversidad de órganos autónomos dotados de la potestad de resolver controversias que la Constitución o las leyes, les encomiendan (tribunales administrativos, agrarios, laborales, entre otros), de modo que pretendemos abordar un concepto amplio como es la función jurisdiccional en lugar de uno restringido como es la del poder judicial, con el objeto de hacer referencia a ese poder característico del Estado de intervenir mediante la instauración de un procedimiento en la solución de determinados conflictos entre particulares o entre éstos y alguno de los poderes públicos, autoridades, funcionarios o simplemente para dotar de legalidad determinados aspectos en que se exige un procedimiento no contencioso.

3.1.1.1. Concepto.

La jurisdicción se define como el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

Así, la jurisdicción se extiende a la solución de los conflictos que la Constitución, los tratados o la ley, ponen en la esfera de atribuciones de los Tribunales Constitucionales u ordinarios, según corresponda, toda vez que sin disposición que así lo señale carecen de competencia. De manera que el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la jurisdicción, deben interpretarse de manera que potencien al máximo la defensa y cumplimiento de la Constitución.

Basta observar que aquella tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

¹⁸⁶ Vid <http://www.chihuahua.gob.mx/congreso/biblioteca/leyes>, y en <http://www.congresocol.gob.mx/leyes>, en la ley de Colima se inserta de manera clara, la responsabilidad objetiva y directa y que incluye a los tribunales.

3.1.1.2. Función, naturaleza y teleología.

Delimitar los alcances de la responsabilidad patrimonial del llamado Estado-juez, bajo los parámetros del Neoconstitucionalismo y la optimización de principios constitucionales, dentro de un Estado democrático y social, implica atender a la función que despliegan los tribunales, en la medida que guardan ciertas características constitucionales y ordinarias que los distinguen de las funciones que por antonomasia despliegan el poder ejecutivo y legislativo.

De esta forma, la garantía de acceso a la justicia no puede comprenderse en todas sus magnitudes si previamente no se ha captado el concepto de función jurisdiccional del Estado, motivo por el cual, se debe tener en cuenta que el Estado Moderno desempeña una multiplicidad de funciones a través de sus distintos órganos que lo componen, sin embargo constitucionalmente pueden distinguirse tres funciones primarias: 1ª La determinación del orden jurídico mediante la creación de normas de derecho para regular las relaciones entre los individuos; 2ª El mantenimiento de ese orden jurídico, restableciéndolo cuando fuere alterado; 3ª La satisfacción de las necesidades de seguridad, cultura y bienestar general. Funciones del Estado que son desempeñadas por los tres poderes de la Unión, a saber: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, según se infiere de lo establecido en los artículos 49 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁸⁷

Así, una de las principales funciones del Estado en la actualidad es la “función jurisdiccional” porque la misma garantiza el efectivo cumplimiento de las normas que conforman la legislación vigente en una comunidad determinada. En efecto, si la norma jurídica, no sólo contiene una regla abstracta de conducta (primer elemento) a la que los sujetos deben conformar sus actos, sino que también lleva implícito un mandato (segundo elemento), permisivo, imperativo o prohibitivo, resulta que de ello emana la posibilidad del empleo de la fuerza, - principio de coercibilidad – (tercer elemento) a fin de obtener el respeto de lo preceptuado por el legislador, es decir, el derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones concretas, en cuanto dispone del poder bastante para imponerlas. De lo que se obtiene que la *función*

¹⁸⁷ Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial Porrúa, México, 1997, Tomo II, p. 12.

jurisdiccional es la “actividad del Estado tendiente al efectivo cumplimiento de las normas jurídicas, para lograr la convivencia y la paz social”.¹⁸⁸

Lo cual se ha traducido en uno de los principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento como lo refiere Echandía¹⁸⁹ al mencionar como postulado esencial de todo proceso el *carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado*. Refiere el autor que las consecuencias de este principio son la prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las decisiones judiciales, y si bien es cierto que podría considerarse a los árbitros y jurados como dos aparentes excepciones también lo es que esos particulares actúan por mandato de la ley, en consecuencia por voluntad del propio Estado, y ejercen jurisdicción sólo transitoriamente, sin adquirir el carácter de funcionarios públicos, y a lo cual agregaríamos, que no están dotados del poder coercitivo del Estado en cuanto que para hacer cumplir las resoluciones que dicten en contra de la voluntad del obligado, requieren de acudir a la instancia judicial mediante la figura jurídica de la homologación.

En efecto, Chioventa¹⁹⁰ refiere que la función jurisdiccional “es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”, ya que etimológicamente “jurisdicción” viene de las palabras latinas *jus* y *dicere*: decir el derecho.¹⁹¹

¹⁸⁸ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General del Proceso*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 3.

¹⁸⁹ Op. cit. p. 21

¹⁹⁰ Cfr. en Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, *Diccionario Jurídicos Temáticos “Derecho Procesal”*, Oxford, México, 2001. p. 151.

¹⁹¹ *En este sentido resulta que la función jurisdiccional necesariamente se objetiviza mediante un acto, el cual la doctrina ha denominado como acto jurisdiccional con naturaleza propia y características peculiares como son:*

1. Emanada de un órgano del Poder Judicial,
2. Dotada de legalidad y autonomía (porque se funda en un precepto legal y persigue la cosa juzgada).
3. También es autónoma en el sentido de que lo decidido en él no está sujeto a la voluntad de un superior jerárquico, sino que es producto del razonamiento objetivo del juez que goza de independencia en sus decisiones.
4. Proviene de un procedimiento preestablecido con un mínimo de garantías a favor de las personas vinculadas al mismo.
5. Por regla general primero es la decisión y luego la ejecución.
6. Es un acto concreto y personal en virtud del cual se hace cumplir las leyes, pero no las crea.
7. Tiene fuerza jurídica por que se puede hacer cumplir aún en contra de la voluntad del obligado (coercibilidad).

De lo que se puede establecer válidamente que la función jurisdiccional desempeña un papel importante en la sociedad, pues permite garantizar la real aplicación de las normas abstractas a los casos controvertidos, es decir, actúa al reafirmar, el juez, el mandato legislativo en el conflicto de intereses que se visualiza constantemente entre los miembros de una sociedad o entre los gobernantes y sus gobernados, pues si todos los sujetos de derecho cumplieran con puntualidad sus deberes y obligaciones, no habría necesidad de Tribunales.

Ahora bien, retomando a Couture¹⁹², en el acto jurisdiccional se pueden identificar tres elementos: la forma, el contenido y la función.

Por forma, o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

Por contenido se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción mediante una decisión que pasa en cosa juzgada. También se ha señalado como contenido de la jurisdicción su carácter sustitutivo visible en dos formas, la primera cuando en el proceso de conocimiento, el juez sustituye con su voluntad, la voluntad de las partes y de los terceros; y en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del Estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de los cuales fue omiso, tales como la venta de bienes, el lanzamiento, expedición de facturas, etc.

Por función se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

8. No necesariamente requiere de una controversia entre personas para existir, pero sí de un conflicto jurídico por lo menos.

Su fin es el bien común en cuanto tiende a la conservación del orden jurídico, la realización de la ley y la satisfacción de los derechos subjetivos. (*Diccionario Jurídicos Temáticos "Derecho Procesal"*, Op. cit., p. 7).

¹⁹²Op. cit. p. 33.

Destacando por su aplicación al caso, este último carácter del acto jurisdiccional, es decir su función. En este sentido, Couture explica que

"la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su propia mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción. Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento. Pero la cosa juzgada y su eventual coercibilidad son inherentes a la jurisdicción. El carácter de irreversibilidad que da a las decisiones judiciales la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros medios de actuación del poder público. Una Constitución puede ser sustituida por otra; una ley puede ser derogada por otra ley; un acto administrativo puede ser revocado por otro; pero una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser sustituida, derogada, ni revocada por otra sentencia."

Continúa explicando que

"el fin (de la cosa juzgada) no es, por supuesto la inmutabilidad. Lo es la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, *los valores* a los cuales el derecho accede y sirve. *La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a los valores que son, esos sí, los que merecen la tutela del Estado.*"

Por lo que define a la jurisdicción como la *"función pública, realizada por órganos competente del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución."*

Bajo esas premisas se puede entender fundadamente porqué la función jurisdiccional no es solamente una potestad del Estado sino un deber de los órganos del poder público, normalmente los que componen el Poder Judicial, por que la Justicia no se emite en nombre del Presidente ni del pueblo sino se emite en nombre de la Nación organizada como tal.

De ello, deriva que la responsabilidad patrimonial en el caso del Estado-juez, no puede regirse por un criterio antidemocrático sino como producto de una deliberación participativa de la sociedad y de las instituciones inherentes, partiendo de la base de la delicada labor de impartir justicia, permitiendo que la

responsabilidad patrimonial lejos de ser un coto para la funcionalidad del sistema, logre su continuidad y apego a los contenidos válidos de la Norma Suprema y en última instancia, cristalizar la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es observado en la labor diaria de los tribunales.

Sin perder de vista que la idoneidad de los órganos supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano, que solamente se puede traducir por la imparcialidad que deben desplegar en su actuar. Asimismo que la jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso, entendido éste como una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura un justa decisión susceptible de cosa juzgada. De esta forma, la responsabilidad patrimonial y respectivo mecanismo debe atender a que la función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho porque la obra de los jueces es, en el despliegue jerárquico de preceptos jurídicos, en el ordenamiento normativo, un grado avanzado de la obra de la ley, pues los preceptos legales serían ilusorios sino se hicieran efectivos, en caso de desconocimiento o violación, en las sentencias de los jueces, luego, los daños que se puedan generar con el funcionamiento normal de la actividad jurisdiccional no pueden dar margen a supuestos de responsabilidad estatal, sino propiamente aquellos en que se haga patente la vulneración de los principios de imparcialidad, independencia, expeditéz, gratuidad, accesibilidad, equidad, proporcionalidad, de justicia y democracia que inspiran al Estado moderno.

En ese tenor, si la Constitución es la única que crea los órganos jurisdiccionales y les atribuye competencia; ya que en forma reglamentaria se establecen y organizan las modalidades derivadas de los preceptos constitucionales y, finalmente en leyes sustantivas suelen encontrarse las facultades, obligaciones y cargas procesales de personas o entidades que intervienen en un proceso, no regulado en el código procesal,¹⁹³ entonces, resulta que el principio de responsabilidad de los poderes públicos, concretamente del aparato jurisdiccional,

¹⁹³ Sin embargo también es de señalarse que entre función judicial y jurisdiccional existe cierta sinonimia, aunque no toda la función del Poder Judicial es jurisdiccional, ni tampoco toda función jurisdiccional corresponde a dicho poder en virtud de que existen funciones jurisdiccionales a cargo de otros poderes (en materia laboral y administrativa al Poder Ejecutivo, en procedencia del juicio político al Poder Legislativa).

reconocido tanto en ordenamientos internacionales como en Constituciones de otras latitudes, debe permitir su implementación obligatoria en el Estado mexicano, precisamente bajo los parámetros e imperativos que derivan del Neoconstitucionalismo, no sólo como método para interpretar principios y reglas supremas, así como controversias concretas, sino también como teoría e ideología.

Por lo que si el juez debe “decir el derecho”, lo anterior lo debe hacer de forma “responsable” en apego a los principios constitucionales que rigen su actuar y cuando no sea así, cuando se advierta una notoria desproporción entre el resultado dañoso al particular y el objeto, naturaleza y fin de la función jurisdiccional, entonces debe surgir la obligación resarcitoria del Poder judicial, ya que la actividad de los jueces deriva de su vinculación al Estado, del que forma parte, dado que éste, debe nombrar por un acto de soberanía a las personas que ejercerá jurisdicción y debe limitar esa jurisdicción para hacer posible la administración de justicia. De lo que se obtiene que si la función jurisdiccional la ejerce el juez¹⁹⁴ por delegación del Estado y en nombre de éste, aquél debe responder de los daños que se originen en forma desproporcionada con respecto al tipo de actividad jurisdiccional desplegada, porque las resoluciones del juez son actos de voluntad del propio Estado, por esto es que crean derechos y obligaciones a favor y a cargo de los litigantes, y por ende, también cuando se daña fuera del marco constitucional con motivo de tal poder debe responder; ya que en el Estado Constitucional, Democrático y Social le corresponde una importante misión al juez experto en derecho. En efecto, los jueces, que en representación del poder del Estado, ejercen material y directamente la jurisdicción y que expresan en sentencias su voluntad, que es la del Estado, deben, definitivamente ser todos juristas altamente calificados. Así lo dispone el artículo 100, párrafo, séptimo de nuestra Constitución Política Mexicana, cuando contempla los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Es por este motivo, como sostiene Couture, que el problema consiste en elegir un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes, sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos de hombre. Ser

¹⁹⁴ La función jurisdiccional la pueden ejercer los jueces en forma individual o colegiada. En el segundo caso, la integración de la voluntad del Estado surge de la convergencia de voluntades individuales en un mismo sentido.

al mismo tiempo juez y hombre constituye un dilema dramático; lo prodigioso del juez es que lo puede todo para la justicia y no puede nada para sí mismo.

Esto confirma que para ser juez, hoy, no es suficiente un simple conocimiento de las nociones del ordenamiento positivo, sino que requiere además, para operar correctamente, de instrumentos conceptuales extraídos de la cultura histórica, filosófica, sociológica y económica, sin desdeñar el profundizar y comparar, lo cual le permite acercarse a ordenamientos diferentes del suyo.

Este argumento toca el tema de la preparación y cultura del juez con un enfoque particular, que es aquel de la formación del juez, problema no sólo cultural, sino también institucional, reflejándose en el modo en el que él incide, con su delicada función, dentro del orden social. La experiencia que hoy vemos en buena parte de Europa, y en el resto del mundo, naturalmente con la salvedad de casos particulares, nos lleva a advertir de frente a la extrema necesidad de justicia y de tutela de derechos, incluso aquellos integralmente nuevos-, una atenuación del rol del legislador en pos de la obra de los jueces, con su función más creativa a través de su jurisprudencia, en que se expresa, pragmáticamente, una preferencia más por la justicia a favor del particular que por la conservación de reglas abstractas, y al mismo tiempo, también del acercamiento de los grandes sistemas jurídicos de "*civil law*" y de "*common law*".

El rol creciente de la justicia en la sociedad exige que los jueces tengan la posibilidad de ejercitar su extraordinario poder, teniendo como respaldo no sólo la autoridad de poderes constitutivos, sino también, la necesaria autoridad que deriva de la competencia y preparación. Debe tener la capacidad de interpretar las nuevas exigencias sociales, siempre más complejas. Este juez debe ser un experto en derecho, pero por sobre todo, debe ser prudente y cauteloso; creer en la Constitución como máxima regla de convivencia y poner de sí todo lo que sea necesario para ser un buen juez constitucional.

En la actualidad, el problema agudísimo no consiste ya en encontrar los hombres, el punto es que después de hallado, es indispensable darle el mando y la autoridad, es decir, los atributos mismos de su investidura y la medida exacta de sus posibilidades materiales de realización, pero de igual forma las responsabilidades de

obrar conforme a los principios constitucionales y de poder comprometer al Erario público cuando su actividad genere daños a los individuos que sean desproporcionados a los fines por los que se otorgó el poder de juzgar. La regulación de que conocer como lo hace y los fundamentos que la ley exige a su decisión, colaboran en una buena fórmula.

El problema consiste entonces en hallar el equilibrio entre dos cosas casi sagradas: la actividad de juzgar y la responsabilidad con que se debe hacer ello; entre el individuo y el poder; entre la Constitución y la ley. Para saber lo que vale la justicia es necesario entonces saber lo que vale el juez, en su íntima dimensión humana, inmerso en el sistema en que vive. Si el hombre es libre en el mundo que lo rodea, la justicia está salvada; si no lo es, la justicia está irreparablemente perdida. En este juez deben concurrir una mezcla de valores, conocimiento y ponderación, que lo inspiren y conduzcan para que su sentencia, al decidir el conflicto, se acerque lo más posible a su solución justa y a la conservación de los valores y garantías que el pueblo depositó en la Carta Fundamental al aprobarla. Sin perder de vista que hoy hace justicia el juez; antes era el propio Dios o el Rey quienes la monopolizaban.

Para finalizar este tema, cabe preguntarse finalmente ¿cuál es la misión que desempeña el juez? Para perfilar una respuesta adecuada debe considerarse que a éste le corresponde la alta misión de aplicar la Constitución; velar porque se respete su supremacía e interpretarla, con el objeto de que sus disposiciones se adapten a las necesidades de la comunidad y no pierdan vigencia frente a hechos nuevos que afecten al quehacer nacional. Ello lo hará al decidir los conflictos sometidos a su conocimiento. El día que estos jueces tengan miedo al usar sus atribuciones, por la implementación de una responsabilidad patrimonial del Estado utópica y disfuncional, ni un solo ciudadano puede reposar tranquilo. El juez, en su patética condición de hombre se debe a la justicia, es el secreto de nuestra paz interior. Lo decía con palabras de metal el texto del rey visigodo: *la salud del pueblo es tener derecho, y mantenerlo.*

El papel que juegan los tribunales en la sociedad y el proceso mismo es que el Estado realice el derecho objetivo, dando a la norma jurídica en disputa o al hecho controvertido el alcance que ha querido ser respetado por las partes vinculadas al

tenor del espíritu del legislador que lo animó a regular la conducta debatida, en otras palabras, hacer vigente en los casos concretos la conducta que la norma regula de manera abstracta, bajo los términos y formas que la misma dispone al efecto. Luego, para hacer ello posible es menester que se establezcan los medios e instrumentos jurídicos que lo permitan, siendo ahí precisamente donde se debe analizar las dimensiones del tipo de responsabilidad patrimonial que resulte más idónea al objeto, naturaleza, función y teleología del poder jurisdiccional del Estado.

Lo anterior es así, si se parte de que una de las características esenciales de toda sociedad organizada es la reglamentación de la facultad de desatar los conflictos entre las personas o de reparar lesiones y sancionar los ilícitos, con base en dos principios: La restricción del tal facultad al Estado y la determinación de normas que regulen de forma adecuada su ejercicio en aras de no caer en la arbitrariedad que se trata de evitar. Por ello varios tratadistas de derecho procesal han afirmado que esa facultad del Estado (función jurisdiccional), es una emanación de su soberanía para la tutela del orden jurídico, lo que trae como consecuencia en primer lugar el rechazar su uso por parte de los particulares, y, en segundo plano, el que el Estado pueda oponer los otros su ejercicio en forma exclusiva respecto de sus gobernados y dentro de su territorio, con las limitaciones y extensiones que veremos al tratar de los límites de la jurisdicción (Véase figura 15).

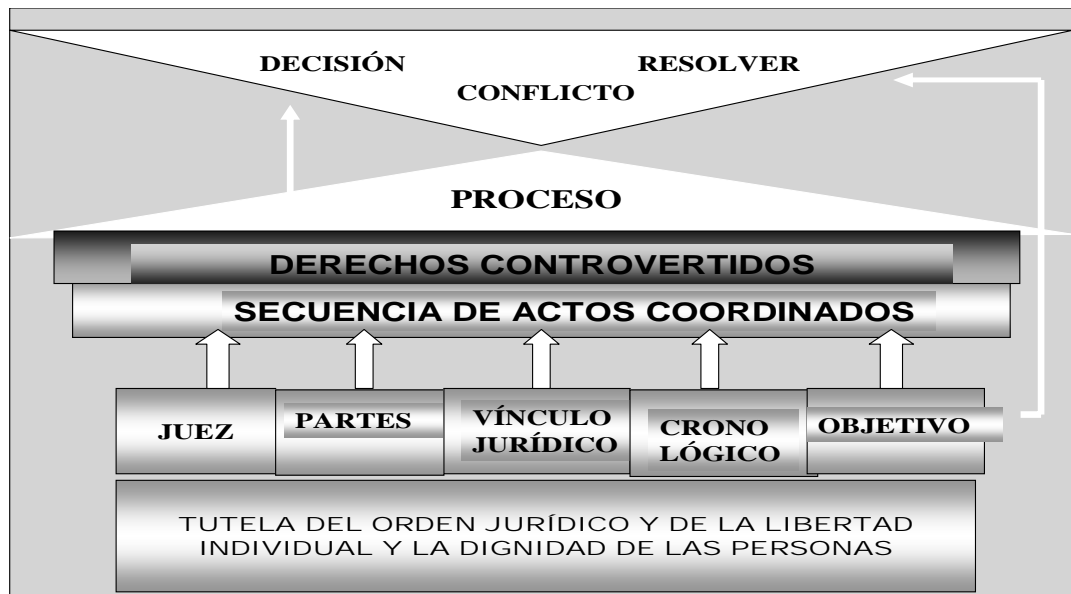


Figura 15.

Eduardo Couture¹⁹⁵, expone que el fin del proceso es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción, y que ese fin puede ser privado o público, o en palabras de Echandía¹⁹⁶ que puede ser *objetivo* y *subjetivo*. Esta es una clara dualidad del fin del proceso que implica una interrelación constante y no un aislamiento (véase figura 16).

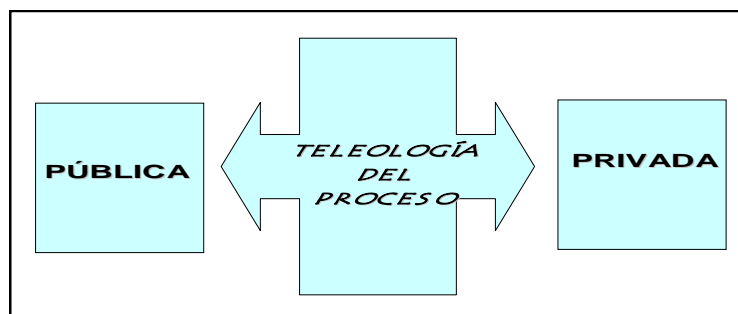


Figura 16.

En ese contexto, la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado juez, debe atender que el *fin privado del proceso* si bien se vislumbra en cuanto que es el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad. Esto es, el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido. También es cierto, que no es éste su único objetivo, sino que también cuenta con una *función pública*. Como institución, está en primer lugar en el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica, toda vez que el particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica. De manera que será la desatención notoriamente incorrecta a esta finalidad y respectiva interpretación constitucional conforme, la que deba asegurar un mecanismo de responsabilidad que atienda a las necesidades concretas de poder de que se trata y sus relaciones con los gobernados.

¹⁹⁵ Op. cit. p.. 146.

En conclusión, el *fin público* del proceso (el cual se estima de importancia preferencial en cuanto a los beneficios y alcances generalizados que tiene en la sociedad) en la medida que se ciñe en garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto de la armonía y la paz en las distintas relaciones que acontecen en una colectividad así como de los principios y valores constitucionales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho abstracto a los casos concretos que requieren de una solución racional alejada de apasionamientos y venganzas privadas o de anarquías, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado (a la que sirve el proceso) y a través de sus funcionarios públicos especializados reunidos en un Órgano del Poder Judicial, requieren la implementación de una responsabilidad patrimonial que tenga en cuenta tal fin público y no meramente la vulneración del fin privado de la actividad jurisdiccional, pero además que no cualquier afectación al fin público genere juicio de reproche sino que ello sea en razón de una manifiesta desproporción entre el daño causado e la finalidad de la actividad estatal. En la figura 17 se puede observar la interrelación de los fines del proceso para llegar a la razón jurídica, a partir de una garantía de tutela judicial efectiva que atienda a la armonía y la paz social como núcleo de toda relación social y que por ende, pueden coexistir.



Figura 17.

¹⁹⁶Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. Tomo I, p. 155.

3.2. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Como es ha expuesto, el proceso en sí mismo es el instrumento de tutela de derecho en cuanto permite garantizar el respeto de lo preceptuado en el derecho objetivo, de lo cual deriva que jurídicamente *devendría inaceptable que el derecho pueda sucumbir ante el proceso, esto es que el proceso sea un impedimento para hacer posible el respeto de los derechos de un individuo, pues de ser así, el instrumento de tutela fallaría en su cometido.*

En ese tenor, citando a Eduardo Couture:

*“... el problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que “las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios”, se cumple de una manera meramente formal y externa. El proceso sancionado por el legislador viola otras garantías de la misma Constitución. Supóngase la hipótesis de que una ley procesal oficialmente sancionada, *priva del beneficio de la gratuidad de la justicia para los pobres...*o viola el principio de igualdad ante la ley... *en estos casos el proceso como instrumento de la justicia ha sido desnaturalizado. Se trata de saber si es posible, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de Estado de derecho, evitar este mal. En otras palabras: si es posible tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho.*”¹⁹⁷*

Para ello, continúa exponiendo el jurista en mención, “es menester, entonces, una *ley tutelar de leyes de tutela*, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal.”¹⁹⁸

Tal mecanismo de tutela lo podemos representar en la forma siguiente:



Figura 18.

¹⁹⁷ Op. cit. Pág. 148.

¹⁹⁸ Ibidém, p. 148.

De esta forma, la responsabilidad patrimonial debe atender a los principios de justicia pronta, imparcial y completa a que alude el artículo 17 de la Constitución, y los restantes principios que regulan directamente la función de los órganos jurisdiccionales (excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia) así como de proporcionalidad, equidad, democracia y justicia, para definir los supuesto en que deba ocurrir la obligación del Estado de resarcir daños con motivo de la actividad jurisdiccional.

De los principios en comento resulta conveniente abordar el de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia, como verdadera protección judicial del sujeto de derecho, para lo cual conspira negativamente un verdadero obstáculo procesal cual es que ciertos tipos tradicionales de procedimientos son inadecuados para sus fines de tutela. En este campo ha sido precursor Calamandrei, con sus estudios sobre el procedimiento monitorio y sobre las providencias cautelares¹⁹⁹.

La tendencia es asegurar el acceso efectivo de todas las personas ante los tribunales, los cuales han de asumir la tutela material de sus derechos e intereses legítimos, mediante procedimientos rápidos y poco costosos para la sociedad y el Estado, habida cuenta que, de lo que se trata, respecto del conjunto de la técnica procesal, acorde con la altura del pensamiento actual, es de desmontar y erradicar una a una las barreras que, desde adentro, bloquean el acceso a la jurisdicción en concreto y el ingreso a la instancia de un modo real y efectivo; y desde afuera, por razones económicas, culturales, de costos, con una fuerza tremenda impiden la democratización social de la justicia.²⁰⁰

En la actualidad, la denominación "derecho a la jurisdicción" ha sido reemplazada por la de "derecho a la tutela judicial efectiva", que al decir de Bidart Campos expresa mejor en una fórmula clarísima cuál es el sentido que debemos

¹⁹⁹ Vid. Piero Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. IX, con presentación de Vittorio Denti, Napoli, Morano, 1983, pp. 3 s., 157 ss.

²⁰⁰ Morello, Augusto, *Op. cit.* pp. 236 y 241, respectivamente.

atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración y a la decisión que le pone término²⁰¹.

Todas las consideraciones precedentes son asimismo aplicables al Estado y demás entes públicos menores, desde que en el Estado de Derecho, están igualmente sometidos a la ley y a la justicia, por lo que si deben acudir a los jueces para la defensa de sus derechos, rompería el principio de igualdad negarles la tutela que se les reconoce a los demás justiciables, e impedirles el acceso a los procesos urgentes –aun de creación pretoriana- cuando resultan

inútiles e ineficaces las vías ordinarias. Por ello estimamos que la posición que guarda el Estado respecto del apuntado derecho fundamental es el de un garante, como a continuación se representa:



Figura 19.

De esta forma, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, con independencia de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales. Esquema que se ve reflejado en la Tesis de Jurisprudencia 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo texto es:

²⁰¹ Bidart Campos, Germán-*El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia*, L.L. 1996-E-580, citado por Vargas, Abraham en su obra *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I p. 89.

“ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual o el derecho público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. Justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición, de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes; 2. Justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario; y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. Justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y 4. Justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si dicha garantía está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla, lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, con independencia de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales”²⁰².

3.3. El acceso efectivo a la justicia en México, artículo 17 Constitucional.

De las consideraciones preliminares, se puede reiterar que en nuestro sistema jurídico la tutela del proceso se realiza por medio del imperio de las previsiones constitucionales, ya que la creación de disposiciones procesales a cargo del Poder legislativo ya sea a nivel local o federal, se encuentra invariablemente supeditado a las directrices que al efecto dispuso el Constituyente de 1917, como lo es la inmersa en el artículo 17 de la Carta Magna, en donde se establece como uno de los puntos medulares de las funciones del Estado, el relativo a la garantía de acceso a la Justicia de los gobernados. Los principios fundamentales que derivan de tal disposición, a manera concisa radican en:

1.- Garantizar el acceso a los tribunales a fin de que los conflictos que surjan entre los gobernados sean resueltos por un órgano del Estado facultado para ello, esto es, la garantía en comento consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas;

²⁰² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Mayo de 2002, Novena Época, a página 299.

2.- Que ante la prohibición de que los particulares se hagan justicia por sí mismos, la misma debe administrárseles por los tribunales de manera pronta y expedita;

3.- Que interpretado en sentido contrario, este precepto constitucional no permite que las leyes establezcan requisitos de procedibilidad que limiten de forma injustificada el derecho de acudir a la vía jurisdiccional, ya que el derecho a la justicia que se consigna en el mandato constitucional no puede ser menguado o contradicho por leyes secundarias federales o locales;

4.- Que en ese contexto, la *reserva de ley* en virtud de la cual el referido precepto constitucional señala que la justicia se administrará en los plazos y términos que fijen las leyes, no puede interpretarse en el sentido de que se otorga al legislador la facultad de reglamentar el derecho a la justicia de manera discrecional sino que, con el uso de esa facultad, debe observarse la finalidad de la garantía constitucional, lo que no se logra si entre el ejercicio del derecho y la obtención de la justicia, se establecen *etapas previas que retarden su consecución*.

5.- Por lo que en caso de que una norma procesal atente contra la garantía constitucional en cuestión, *el afectado tiene la facultad de promover el juicio de amparo correspondiente*, para obtener la protección de la Justicia de la Unión y que se respete el derecho a acceder a la función jurisdiccional del Estado sin más limitantes que las dispuestas en el artículo 17 de la Constitución Federal.

En efecto, el artículo 17 de la Carta Magna ha sido materia de interpretación en numerosas ocasiones por nuestro Máximo Tribunal del país, al conocer de amparos en revisión así como de contradicciones de tesis, sin embargo en lo que al tema concierne resulta relevante el criterio sustentado en la jurisprudencia P./J. 113/2001, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual es del tenor siguiente:

“JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa

prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da.”²⁰³

En ese contexto, la máxima intérprete de la Constitución Federal, al fallar en definitiva la contradicción de tesis de mérito, establece algunos alcances jurídicos de la garantía de acceso efectivo a la justicia así como los lineamientos que se deben tomar en consideración para determinar si una legislación (procesal o sustantiva) limita sin razón jurídica o constitucional alguna una prerrogativa fundamental, resultando relevante para el caso que nos ocupa comentar el relativo a la *expeditéz jurisdiccional* dado que el objetivo central de la reforma constitucional de diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, al artículo 17, fue instituir expresamente como derecho público subjetivo a favor de los gobernados el *acceso a la justicia* y asimismo clarificar la forma en que se debería desempeñar la función jurisdiccional por parte de los Tribunales (locales o federales) al agregar los calificativos “pronta”, “completa” e “imparcial”, denotando con ello que se trató de una Reforma Jurídica trascendente, en tanto que tal garantía anteriormente se encontraba regulada de manera obscura porque el Constituyente de 1917 no había plasmado específicamente ese derecho, lo cual si bien es cierto, no impedía que por interpretación jurisprudencial se determinara que era una garantía constitucional la de acceso a la justicia al existir la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, no menos cierto era que en la vida cotidiana podía dar margen a innumerables confusiones sobre el deber del Estado de impartir justicia y del derecho de las personas para acceder a la misma.

De lo anterior se obtiene, que una aplicación del derecho a los casos concretos por parte de los Juzgadores no puede dejarse a su libre arbitrio, en tanto que no se puede fomentar legislativamente dilaciones, carentes de justificación, en el normal

²⁰³ Contradicción de tesis 35/2000, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito, visible a página 5 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, (Septiembre de 2001), Novena Época.

desarrollo de los procedimientos, pues ello evidentemente se traduciría en un entorpecimiento flagrante el eficaz desarrollo de la función judicial que contravendría su esencia misma y los fines que persigue, provocando una inseguridad jurídica en los gobernados de tales magnitudes que desestimarían la idea de acudir a los Tribunales como medio normal para dirimir sus conflictos y hacer valer la razón jurídica que les asiste si ella se les va otorgar después de un largo tiempo, optando en cambio, por el uso de la violencia que aunque constitucionalmente se encontrare prohibida, en nada impediría que en el acontecer diario esa fuera la forma de “solucionar” los conflictos de intereses en la medida que la vía judicial ha resultado ineficaz en su propósito. Esa tendencia a la lentitud en el quehacer judicial se trató de revertir con el calificativo “pronta” a la forma en que debería dictarse las resoluciones.²⁰⁴

En efecto, si como el Poder Revisor estableció, el fundamento filosófico-jurídico de la función jurisdiccional a cargo del estado, se encuentra en la garantía individual contenida en el artículo 17 Constitucional, precepto que demanda del individuo la renuncia a hacerse justicia por mano propia y a ejercer violencia para reclamar su derecho pero en reciprocidad establece la garantía individual de acceso a la jurisdicción, resulta que para ello se dispone como imperativo fundamental del Estado que los tribunales de justicia deben impartirla en forma *expedita* en tanto que la garantía a la acción jurisdiccional está contemplada en nuestra Constitución en beneficio y protección del individuo así como de sus derechos humanos y a sus libertades fundamentales.

De esta forma, y acogiéndonos a las consideraciones que respecto a la expresión “pronta” se han plasmado con antelación, resulta que el proceso debe ejecutarse de una forma rápida en la medida que ello garantiza un efectivo acceso a la justicia, lo cual se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión jurisdiccional sobre las

²⁰⁴ Vid. la discusión de la Cámara de Senadores de fecha 19 de diciembre de 1987 que se suscitó en el proceso legislativo de mérito, concretamente la intervención del Senador Alejandro Sobarzo Loaiza. *La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, 3ª. Versión, 2001. S.C.J.N., Disco Compacto.

pretensiones deducidas de forma expedita o tiempo razonable y no después de largos años de espera; motivo por el cual, se dispone que el legislador deberá instaurar los plazos y términos en que la función jurisdiccional del Estado se ventilará, pues los mismos son acotamientos a la facultad discrecional de decidir los asuntos sometidos a los Tribunales.

Así pues, los plazos y términos que al efecto dispongan las normas procesales tendrán que evidenciar el principio de expeditéz y plazo razonable en comento pues en caso de que contemplaran lapsos de tiempo racionalmente excesivos para emitir las resoluciones, tales preceptos legales serían inconstitucionales. Esto es, una norma instrumental que no contemplara los plazos en que debería ejecutarse un acto procesal contribuiría a la incertidumbre del lapso de tiempo que debe tomarse para desarrollar el procedimiento – cuya terminación se haría indefinida – y con ello a una lentitud injustificada.²⁰⁵

3.4. Perspectiva democrática de valores constitucionales en la función jurisdiccional.

El nacimiento de jueces por la Democracia, el respeto a los principios constitucionales y la justicia, es la base fundamental para definir a la responsabilidad patrimonial del Estado. La opción es clara, ¿Deseamos vivir bajo una actividad jurisdiccional democrática y constitucional, de modo que esto sea el parámetro para medir los supuestos en que el Erario público debe responder de daños originados con motivo de la actividad jurisdiccional? o ¿Queremos sancionar al Estado-juez por cualquier daño en razón del predominio del interés particular?.

²⁰⁵ Verbigracia: supóngase un código adjetivo que contemplara un plazo de un año para que el Órgano Jurisdiccional pudiera emitir sentencia a partir de que le fueran turnados los autos para tal efecto, ello evidentemente contravendría la expresión “pronta” a que se refiere el artículo 17 Constitucional, puesto que conforme a las leyes de la lógica y de la congruencia jurídica así como a las de capacidad de respuesta de individuo, conllevarían a determinar que un plazo de tales magnitudes rebasa con demasía la posibilidad real de un Juzgador para resolver el asunto de que conoce conforme a las capacidades cognoscitivas inherentes todo ser humano y la carga de trabajo que tenga. Luego, aunque formalmente una ley de tal naturaleza resulta válida por haber sido aprobada por el órgano competente para ello (poder legislativo), también deviene que se trata de una ley contraria a la Constitución y por ende, susceptible de obtener su invalidación jurídica mediante la instauración del juicio de amparo indirecto respectivo o excepcionalmente a través del amparo directo.

Ello no pasa por alto, que la imagen que tiene la sociedad del Poder Judicial no es la mejor. Las encuestas señalan que el 85% no cree en el Poder Judicial. En otros países democráticos es el 50%, que es lo normal, ya que siempre hay una parte que se siente afectada por sus decisiones. En esto influye mucho el papel de los medios de comunicación que sólo difunden aquellos casos de trascendencia política e impacto negativo, pero el aspecto medular es qué tipo de responsabilidad patrimonial deseamos para dar confianza a nuestras instituciones sin menoscabar su propia funcionalidad y teleología, así como sin vulnerar otros principios igual o mayormente valiosos.

Ejemplificando ello, si bien la democracia se ha creado básicamente alrededor de la idea de la independencia de poderes; fenómeno del cual debe participar nuestro Poder Judicial, también es cierto que por largos años perdió independencia. Muchos de magistrados y jueces han sido en algún momento retirados de sus cargos por decisiones de orden estrictamente jurisdiccional, la pregunta que sobreviene es ¿Qué pasó con el justiciable afectado? ¿Existió algún resarcimiento patrimonial por el daño causado?. Claro que no, y es precisamente este estado de impunidad el que no se puede seguir tolerando en la actividad jurisdiccional pero tampoco ello nos puede permitir caer en el extremo opuesto, crear un sistema de responsabilidad patrimonial disfuncional, falto de atención a la realidad del Estado mexicano y a los estándares de los aparatos judiciales como a la fuerza vinculativa de los principios y valores contenidos en nuestra Constitución.

De esta manera, si el Estado-juez se perfila como aquel poder público cuya actividad está destinada a dar eficacia al principio de la Supremacía Constitucional y al cumplimiento efectivo de su preceptiva, incluidas principalmente en ella la norma que se refiere a la protección de las garantías personales, resulta que, precisamente la afectación trascendental y grave a los principios constitucionales de los cuales derive un daño a la esfera de los gobernados susceptible de ser indemnizada, debe generar la obligación relativa. De ahí que, aunque el principio de responsabilidad de los poderes públicos tiene una vinculación con la política no la priva de la esencia de la jurisdicción y del deber de acatar los cánones de constitucionalidad básicos para permitir la continuidad del Estado democrático, social y constitucional de derecho.

Esto es, la Constitución como norma fundamental y suprema, cuyo contenido debe prevalecer por sobre toda otra actividad jurídica de los órganos que regula -entre ellas-, según muchos, las propias decisiones jurisdiccionales, debe ser el parámetro para delimitar los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de la función jurisdiccional, las reglas de interpretación a seguir y la propia razón de ser de la institución como control (constitucional indirecto) al poder público pero a la vez como prerrogativa fundamental de los gobernados que permita dar funcionalidad al sistema normativo estatal y al control de constitucionalidad, habida cuenta que aquella pasó a ser una norma viva, eficaz y no sólo en su letra, sino en su espíritu, que se debe reflejar en los valores y principios que, escritos o no, surgen de su preceptiva. Además, su interpretación, apegada a reglas propias de hermenéutica y su adaptación a nuevas situaciones, es una trascendente labor que debe ser el bastión metodológico para resolver las controversias de responsabilidad patrimonial.

3.5. Tribunal constitucional.

Dado que la responsabilidad patrimonial del Estado es un fenómeno propio del Estado democrático, social y constitucional de derecho, como ha sido expuesto anteriormente, resulta oportuno señalar qué órgano debe ser considerado el más óptimo para conocer de las controversias que se llegaren a suscitar en tal sentido. Esto es, definir ¿Quién debe controlar al controlador de la actividad jurisdiccional, desde una perspectiva patrimonial-resarcitoria?

El Tribunal Constitucional, en nuestro concepto es el órgano más idóneo sistemática y constitucionalmente para conocer de las controversias que se anotan, bajo un modelo ponderado como a continuación se procede exponer.

3.5.1. Idoneidad sistémica y constitucional para juzgar responsabilidad patrimonial.

En este, sentido, se afirma que las cualidades de la Justicia Constitucional resultan las más aptas estructural y funcionalmente, para intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica como el invocado, reguladas o

amparadas por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva. En primer término, porque la misión de la Justicia Constitucional, es precisamente la adaptación de las declaraciones de los derechos fundamentales a la realidad siempre cambiante del país, correspondiéndole la facultad de fijar, a través de sus sentencias, el alcance de sus disposiciones. Ello resulta más trascendente cuando la Carta Fundamental contiene disposiciones redactadas de manera sintética o vagas o expresadas en conceptos indeterminados como lo son los de libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público, así como el propio concepto de responsabilidad. Luego, la calidad dinámica de los valores propios de cada Estado, así como la posibilidad de percibirlos desde una interpretación constitucional, hacen en definitiva altamente calificables a los Tribunales Constitucionales (expresos o con competencia concurrente con asuntos ordinarios) para conocer de tales controversias.

En efecto, como lo sostiene la doctrina y lo confirma la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la Constitución no sólo comprende aquello que está expresado formalmente en sus disposiciones, sino la interactividad de los valores que la inspiran y que constituyen las llamadas bases de la institucionalidad. Por estas razones, entre sus normas, debe necesariamente contener aquellas que permitan la solución de los conflictos generados por su infracción, como única forma de restablecer por medio de la sentencia, su eficacia real. Es aquí donde emerge y se exalta la figura de su máximo y legítimo guardián: el **Juez Constitucional**.

Por otra parte, también se debe atender a que la tendencia de la responsabilidad patrimonial es positivizarse en el texto constitucional como garantía individual de los gobernados, ganando un merecido lugar dentro de los derechos básicos frente al poder público, y si se parte del supuesto que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Así, puede vincular a cualquier poder judicial de los Estados que componen a la Federación inclusive al propio poder federal que ejerce jurisdicción, como instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución

de los poderes públicos y también de los particulares. Con ello, «se garantiza jurisdiccionalmente» la eficacia de la norma suprema.

En efecto, para que exista Justicia Constitucional se requiere una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso, la vigencia real de su preceptiva. Es por ello, que podemos afirmar que su valor está íntimamente ligado al valor de la norma constitucional misma así como al del sistema democrático, de ahí, que sean los Tribunales Constitucionales los más calificados para conocer sobre la vulneración del derecho público subjetivo de responsabilidad patrimonial en la medida que éste se traduce en un valor fundamental del Estado. Pero además, el status y significado de la constitución en un estado moderno que se sujeta a principios democráticos y de estado de derecho, obliga a construir en su interior los mecanismos destinados a proteger y salvaguardar las normas que se contienen en ellas. Uno de los instrumentos jurídicos por excelencia destinado a la tarea de protección de la normativa constitucional, es la que se ejerce a través de la Justicia Constitucional, que tiene por misión principal velar por el respeto del principio de la "supremacía constitucional".²⁰⁶ Sin embargo, su cometido esencial no se reduce sólo a resolver la inconstitucionalidad de las normas que son contrarias a la Carta Fundamental, sino que, además, tendrá la fundamental labor de interpretar dicha norma constitucional y de controlar la actividad de los poderes públicos como es el judicial así como fincar su responsabilidad patrimonial con cargo a la caja pública que es patrimonio de una sociedad democrática. Máxime que la Justicia Constitucional también tiene la tarea de conocer y resolver aquellas cuestiones donde el ciudadano ve violados sus derechos fundamentales o existen conflictos entre poderes, y precisamente, al ser la responsabilidad patrimonial un derecho fundamental la competencia para conocer del conflicto de intereses (público y privado) en comento debería ser a favor de un Tribunal constitucional, ya que este tiene como funciones primordiales y compatibles con nuestra institución en estudio:

- a) Velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional y de la eficacia de las garantías personales.
- b) Solucionar los conflictos constitucionales.

²⁰⁶ Vid. García Cotarello, Juan. "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional", Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, 3 – 4, 1988.

- c) Realizar la función integradora de la Justicia Constitucional.
- d) La defensa de la Constitución a través de su labor de intérprete de la Constitución.
- e) Colocar a disposición del Estado los elementos técnicos adecuados para que opere la Carta Fundamental.
- f) Los preceptos constitucionales obligan tanto a sus titulares e integrantes de los órganos del estado como a toda persona, institución o grupo y dichos órganos deben someter su acción a la propia Carta y a las normas dictadas conforme a ella.
- g) La Constitución garantiza el pluralismo político", declara "inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional.
- h) Facultad de los Tribunales constitucionales para "declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal o acto de autoridad contrario a la Constitución.

En suma, si los ordenamientos jurídicos constitucionales de las naciones que se inspiran en el estado democrático de derecho, le otorgan al Tribunal Constitucional un rol de guardián de la Constitución y el concepto de responsabilidad patrimonial es de tal naturaleza y tiende a salvaguardar principios básicos en relación a la actividad estatal, tal tipo de tribunales son los más idóneos para conocer de asuntos en que se compromete además, el dinero de la colectividad a favor de un particular derivado de daños ocasionados por el Poder. Tal denominación se deriva de la función de protección de los enunciados constitucionales ante el desborde que puede provenir de los demás órganos del Estado, sea éste ejecutivo, legislativo o judicial, o de otra potestad que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. Sin embargo, hay que señalar además, que la defensa de la Constitución es una tarea que compete a todos los órganos y autoridades del Estado.

Los Tribunales Constitucionales se establecen en estas situaciones, como fórmulas de defensa de ese orden recién nacido que es necesario preservar y garantizar. De hecho, la evidente expansión de los Tribunales Constitucionales no puede ocultar la circunstancia de que estos órganos no se han articulado nunca en Estados que no han visto seriamente amenazado su orden constitucional y, sin

embargo, sí se han percibido como una necesidad imperiosa en aquellas situaciones en las que ha habido que construir el Estado democrático en un contexto conflictivo.

3.5.2. Mecanismo procesal.

Delimitado que la competencia de las controversias en materia de responsabilidad patrimonial del Estado deben corresponder a un Tribunal Constitucional, corresponde indicar que el procedimiento a seguir para la reclamación de los daños causados en forma notoriamente desproporcionada, inequitativa e injusta por la actividad jurisdiccional, debe ser ágil pero respetuoso de las formalidades básicas de todo procedimiento.

1.- La demanda de indemnización constitucional puede tener como base una decisión judicial previa que expresamente reconozca la infracción notoria a principios constitucionales del acto jurisdiccional del que deriva el daño, o bien, deducir tal aspecto como pretensión concreta a acreditar en el proceso constitucional.

2.- La acción constitucional deberá instarse en un plazo razonable, que no exceda de corto pero tampoco que alargue innecesariamente su ejercicio, para lo cual se estima conveniente el de tres meses desde que pudo ejercitarse, ante un juzgado de Distrito o ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando exista supuestos de relevancia nacional y trascendental.

3.- Será requisito imprescindible haber agotado los recursos previstos por el ordenamiento contra la resolución judicial a la que se impute la infracción notoria y grave de principios constitucionales.

4.- El procedimiento aplicable constará de una etapa de demanda, emplazamiento, pruebas, alegatos y finalmente de emisión de fallo definitivo e recurrible solamente cuando se hubiere planteado ante un juez de Distrito.

5.- Para la reclamación de los daños resultantes del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo de la Judicatura

Federal, al que se anexe datos e información concreta sobre los recursos humanos y materiales, con que opera el órgano jurisdiccional demandado, así como de todos aquellos datos que permitan formarse una convicción sobre el contexto real en que se efectúa la labora jurisdiccional que pueda incidir para definir los estándares de su funcionamiento.

6.- El daño objeto de resarcimiento deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.

3.5.3. Declaratoria y efectos.

La resolución que dirima una responsabilidad patrimonial del Estado derivada de su función jurisdiccional deber expresar fundada y motivadamente los principios o valores constitucionales que resultaron notoriamente infringidos, así como precisar la actividad jurisdiccional de la que derivó ello, el nexo de atribubilidad con respecto al daño ocasionado bajo criterios de causalidad adecuada, estructural o funcional o cualquier otro que resulte justo e idóneo para fincar responsabilidad al órgano demandado, así como formular una interpretación y ponderación de principios que concurran para la solución del caso, de manera que se pueda establecer en qué medida la decisión indemnizatoria cumple con el fin de sancionar el ejercicio desproporcionado del poder público conferido al órgano demandado así como de velar por la supremacía del orden constitucional y por otra parte evaluar el daño (sin incluir el lucro cesante) conforme a criterios de proporcionalidad, equidad y justicia que permitan una indemnización efectiva del mismo.

En ningún caso, la resolución de indemnización podrá negarse por falta de recursos presupuestarios, de manera que de resultar insuficiente los existentes para el ejercicio relativo, se contemplarán en los sucesivos, pudiendo establecer su pago en periodos continuos no mayores a un mes y del seis por ciento del monto total del adeudo, cuando la cuantía del negocio exceda notoriamente de la capacidad económica del Estado para hacer frente a las necesidades estrictamente básicas de la sociedad.

La declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y respectiva orden de indemnizar, no tendrá efectos vinculatorios contra el acto jurisdiccional materia de responsabilidad, de manera que no podrá modificar o alterar el estado o situación que prevalezca con motivo del mismo.

CONCLUSIONES

GENERALES.

«Porque el saber jurídico monopolizado en pocas manos, significa reparto del poder y eso es producto de decisiones políticas; porque el despliegue del derecho como discurso ideológico, que promete lo que en la práctica niega, es recurso de hegemonía y eso es decisión política»

Carlos María Cárcova.

El primer resultado básico del presente trabajo, es que demandar al Estado era toda una aventura extraordinaria, porque no aparecía en los hechos como responsable razonablemente admitido y posible en la mentalidad media del Estado absolutista, en clara manifestación a la idea del origen divino del poder, que se erigieron como verdaderos postulados para su ejercicio, de modo que ninguna de las decisiones del monarca eran irreprochables, empero, ello fue contrarrestado bajo la concepción del Estado liberal, bajo el cual surge la responsabilidad extracontractual derivada de la actividad estatal fundamentalmente, de la Administración Pública, sustentada en normas, modelos y esquemas de derecho privado, y, posteriormente, cada vez más en derecho público administrativo.

Esto no significa restarle importancia y mérito a las posiciones privatistas que fundamentan el sistema de responsabilidad administrativa en las normas del Código Civil, las cuales brindan nociones, instituciones y fundamentos que se aplican en el derecho administrativo, como lo es principalmente la figura de la responsabilidad objetiva, la noción del daño, el principio de imputabilidad y la relación de causalidad, sin embargo, sí resultan insuficientes para justificar en sí mismo la institución y establecer los parámetros para su reglamentación e interpretación.

En segundo término, se observa que la evolución de la responsabilidad patrimonial es paralela a la del surgimiento del Estado constitucional, y participa en gran medida de los principios contenidos en las normas fundamentales de corte democrático y social, de modo que se ha ido insertando en tales textos como garantía individual y como directriz del ejercicio del poder público, lo cual exige una

Teoría constitucional para justificar y configurar los supuestos en que debe operar dicha obligación resarcitoria.

De esta manera, en el Estado constitucional de derecho, la vulneración de derechos fundamentales como el acceso efectivo a la justicia –sin dilaciones indebidas ni errores inexcusables que atenten contra los principios básicos del sistema–, ha generado la posibilidad de su reparación económica al gobernado afectado, bajo la perspectiva teórica del derecho civil y administrativo, en que tuvo origen la institución de responsabilidad, ya sea por culpa in vigilando o falta del servicio, sin embargo, la responsabilidad patrimonial-jurisdiccional tiene un vínculo directo con la protección de los derechos fundamentales como es la tutela judicial efectiva y su correspondiente protección en la Constitución de un Estado determinado.

Evidencia de ello, es que la Constitución Mexicana, con la reforma al numeral 113, de 2004, establece por vez primera a la responsabilidad patrimonial directa y por falta de servicio (aunque su principal promotor, Doctor Alvaro Castro Estrada, aduzca que es objetiva por lesión antijurídica) de la Administración Pública, lo cual implica que constituye un valor fundamental de la estructura y funcionalidad constitucional de los poderes que exigirá una interpretación propia, como lo sostiene el Neoconstitucionalismo, iniciado como ideología, teoría y metodología para resolver controversia, después de la segunda guerra mundial, de manera que, ya no es factible entender a tal institución bajo los parámetros del derecho civil o administrativo, como se venía realizando, máxime cuando cada uno de los poderes que compone el Estado y los órganos constitucionales autónomos gozan de una naturaleza y teleología distinta. De modo que, existe la necesidad de replantear el tipo de responsabilidad patrimonial que exige constitucional, democrática y socialmente la sociedad moderna.

Para ello, resulta apto aplicar los principales aportes del Neoconstitucionalismo, dado que no es factible obligar al Estado a resarcir todos los daños por su actuación lícita e ilícita a los particulares, ya que con ello, se estaría prefiriendo únicamente el interés particular sobre el social; luego, es básico proponer una nueva forma de interpretar dicha responsabilidad, de atender a los principios y valores contenidos en el ordenamiento supremo de cada país, a la ponderación de

los mismo, así como a la estructura y funcionalidad de cada poder, con el objeto de delinear una responsabilidad adecuada constitucionalmente al tipo de poder y actos de que se trate. Así, la responsabilidad pasará de ser una garantía en manos de los particulares en contra de los abusos del poder de corte liberal, a una de índole social, constitucional y democrática, en pro no sólo de los derechos subjetivos lesionados, sino también de los principios constitucionales y como control constitucional indirecto de los actos del poder público.

En efecto, el propósito de este trabajo fue evidenciar la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado-soberano al Estado constitucional, social y democrático de derecho, que permite reconfigurar la perspectiva teórica en que tiene sustento la institución (origen civilista y administrativista), tomando como marco conceptual los principales postulados del Neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno, para desarrollar una perspectiva constitucional, social y democrática de la responsabilidad del Estado-juez.

De lo expuesto surge que, la dogmática constitucional moderna debe contribuir en gran medida para delimitar un mecanismo protector de la esfera de los gobernados contra los abusos del poder, así como velar por la observancia de los imperativos constitucionales que vinculan y guían la actividad estatal, para lo cual se puede partir de las siguientes circunstancias:

- a. Encontrarse ante la privación de un derecho tutelado por alguno ordenamiento jurídico (propiedad, libertad, etc.) a un particular; o en sus atributos esenciales como gobernado para que sea indemnizable.
- b. La privación ya sea total o parcial, debe implicar la real imposibilidad de ejercer el derecho en la medida que se lo venía ejerciendo.
- c. La actividad estatal de la que deriva la privación debe romper de manera notoria o grave con alguno de los principios constitucionales o derechos humanos tutelados en la Nación, que exijan una reparación del orden constitucional quebrantado por el ejercicio de poder público abusivo.

- d. Esa lesión debe ser claramente desproporcional al objeto, naturaleza y teleología del poder público que concretamente hubiere causado el mismo, así como provenir necesariamente de un trato desigualitario, para lo cual el tribunal deberá evaluar tanto los principios de seguridad jurídica, la confianza legítima y/o el sacrificio especial impuesto, así como de justicia, democracia y restantes que se contengan en el ordenamiento supremo.
- e. El nexo causal entre daño y actividad estatal debe ser adecuado, directo e inmediato, o sea, encontrarse libre de interferencias.
- f. La indemnización debe ser respecto de los daños ciertos y estimables en dinero generados al gobernado, excluyendo el lucro cesante por regla general, debiendo justificar plenamente cuando por criterios de notoria justicia deba proceder excepcionalmente.
- g. El procedimiento para su reclamación debe cumplir con las reglas del debido proceso (posibilidad de ser oído y vencido el ente público) así como regirse bajo los principios de expeditéz, imparcialidad, independencia entre otros, que desde la Constitución, legitiman la validez de un proceso justo.
- h. De tales controversias debe conocer un Tribunal Constitucional (ex profeso o mixto pero invariablemente como órgano de control de constitucionalidad de actos de los restantes poderes), que aplique la interpretación especial que exige la Norma Suprema, y los restantes avances del Neoconstitucionalismo.

Si, como se dijo antes, la inclusión de contenidos sustanciales en la constitución respondía a la necesidad de establecer un derecho “más alto” que sentara las bases para ordenar la vida estatal y social y a la vez sirviese como elemento generador de unidad, resultaba coherente entender la constitución, en particular sus contenidos iusfundamentales y las “decisiones básicas” que determinan la forma de estado y de gobierno, como la expresión de un orden

axiológico que habría de impregnar todas las parcelas del sistema jurídico y todas las relaciones sociales¹⁷⁹; de un orden que, por otra parte, y a fin de evitar su disolución relativista, era susceptible de fundamentación objetiva con arreglo a una visión ontologista de los valores.

Una vez, reunidos los requisitos mencionados deberá necesariamente condenarse al Estado a que otorgue la indemnización pertinente, garantizando su pronto pago.

De esta forma, se concluye que sí existe una evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado a partir del derecho civil al administrativo y que actualmente exige un tratamiento constitucional, dado que se comienza a establecer la paulatina protección constitucional de la responsabilidad patrimonial como derecho fundamental de los gobernados, de manera que es menester delimitar las principales implicaciones del Neoconstitucionalismo en materia de protección de derechos fundamentales y su grado de vinculación para definir el derecho (normas-reglas), bajo la ponderación y optimización de los principios y valores constitucionales.

Precisar los principales alcances del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y su protección a nivel internacional y en México, en la Norma Suprema, implica explicar que la garantía de acceso efectivo a la justicia exige límites o reglas claras para una responsabilidad patrimonial del Estado-juez, bajo los planteamientos metodológicos y teóricos expuestos, en pro de la sociedad moderna.

ESPECÍFICAS.

Determinado el grado de vinculación que guardan los Derechos Humanos y los propios principios y valores contenidos en los textos constitucionales, en el derecho ordinario, con motivo de la constitucionalización del mismo, se debe establecer que en los supuestos en que aún no se reconozca expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, es factible estimar su existencia como principio fundamental del Estado constitucional, social y democrático de derecho, habida cuenta que es una consecuencia necesaria del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y del principio de responsabilidad de los poderes públicos frente a la sociedad, que se contiene claramente en la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos.

1. Bajo esta perspectiva, se puede concluir en forma específica que la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado, hace insuficiente su justificación bajo la perspectiva civil o administrativa propia del Estado liberal.

2. Que no es factible que la responsabilidad patrimonial continúe planteando la supremacía del interés particular sobre el social, bajo los modelos que proporcionan las principales teorías de índole civil y administrativo.

3. Que debe existir un límite para que la caja pública del Estado deba responder por un deficiente sistema de justicia, habida cuenta que se debe reconocer los valores y principios que tutela así como la deficiencia de elementos (humanos, materiales y de capacitación) bajo los cuales se imparte justicia.

4.- Que no es posible contemplar una responsabilidad patrimonial con motivo de una impartición de justicia anormal o normal o que atienda a cualquier tipo de error judicial, sino que debe atender de igual forma a las condiciones bajo las cuales se despliega el poder público, reconociendo sus limitantes estructurales con el objeto de el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado como derecho público en los ordenamientos constitucionales implica la posibilidad de una reconfiguración de las bases y reglas que deben regir tal institución, conforme al proceso de constitucionalización del derecho.

5. Que el Estado constitucional, social y democrático exige una redeterminación de la responsabilidad patrimonial por el ejercicio del poder público generador de daños individuales o colectivos, que atienda a la ponderación de principios y valores que rigen tanto en la general como en específico a cada poder.

6. Que la responsabilidad del Estado-juez, debe atender a una interpretación constitucional moderna que delimite a la responsabilidad como un medio indirecto de control constitucional así como un derecho fundamental vinculado con la adecuada protección de la tutela judicial efectiva y no solamente un medio para reponer patrimonios individuales por cualquier daño irrogado con motivo de la función jurisdiccional.

7. Determinar un adecuado equilibrio del interés social con el particular como base de la responsabilidad patrimonial, para imputar al Estado la obligación de pago en determinados supuestos que rompen con el modelo neoconstitucional sin llegar al extremo de aplicar sanciones en forma liberal.

8. Que está justificado desde el punto de vista internacional (derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales) así como conforme al derecho interno, la viabilidad funcional y constitucional de la responsabilidad patrimonial con motivo de la función jurisdiccional en México –a la fecha inexistente–, bajo un esquema en que se atienda al ejercicio de poder que genera daños desproporcionados con los principios constitucionales que configuran la naturaleza, teleología y objeto del Poder Judicial.

9. Que es el Tribunal Constitucional u órganos de control constitucional, los más aptos para conocer de la controversias sobre responsabilidad patrimonial, así como los parámetros del proceso.

Por tanto, cabe reconocer la responsabilidad del Estado por los daños que genere en los gobernados de manera actual y directa, que sean estimables en dinero o patrimonialmente, con motivo de defectos sustanciales, preponderantes o trascendentales para el orden constitucional, del despliegue de la función jurisdiccional del Estado, de modo que, no cualquier deficiencia en la actividad judicial puede generar responsabilidad del Poder Judicial, sino únicamente los

supuestos que rompan notoriamente con el régimen constitucional, dentro de los que se puede establecer el error judicial notorio en las resoluciones jurisdiccionales como la disfunción grave de la justicia, dado que el objeto de la institución en comento no es indemnizar por indemnizar, en pro solamente del interés particular, sino guardar un equilibrio adecuado entre el interés individual y el social, así como velar por el respeto de los imperativos constitucionales de manera que cuando el ejercicio del poder del Estado incumple de forma trascendental con el marco del Estado constitucional, social y democrático.

Así, se puede estimar que las medidas judiciales que dañan injustamente a las partes de un proceso, o a terceros, pueden generar el deber de indemnizar del Estado con base en la ponderación y optimización de los derechos y garantías fundamentales que consagra la Constitución Nacional. Que ello, es independiente de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales, así como de la responsabilidad política, administrativa y penal que eventualmente pueda corresponderles. De tal forma, que no es necesaria su previa destitución.

En todo caso, la responsabilidad del Estado por su actividad judicial, ha de ponderar la labor de los jueces y funcionarios del Poder Judicial, frente al damnificado, la infraestructura con la que cuentan para desempeñar la función jurisdiccional, el objeto, naturaleza y teleología de este poder público, así como su justa ponderación con los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo, independencia, equidad, justicia, democracia, tutela judicial efectiva y restantes que puedan concurrir para definir si se está frente a una vulneración clara y patente del régimen constitucional, que haga necesario reparar el abuso en el ejercicio del poder público, así como atienda a su funcionalidad del sistema, de modo que definida tal responsabilidad la extensión del resarcimiento y prontitud de pago, habrá de ser efectiva.

En cuanto al procedimiento para hacer valer dicha responsabilidad se estima que debe ser ante un Tribunal Constitucional u órgano con funciones de control constitucional de actos del poder público, en que se garantice de manera real tal derecho, sin que ello exima del deber del damnificado de agotar las vías recursivas ordinarias, previstas por el ordenamiento legal, dado que de no hacerlo su conducta puede asumir entidad causal adecuada en la producción del daño que experimenta.

Así, las cosas, si bien México reconoce de hecho la existencia de un orden jurídico Internacional de los procesos de integración de los que forma parte, es indispensable adecuar la normatividad suprema y secundaria interna, para legitimizar su posición de respeto a la norma comunitaria derivada en forma específica en materia de tutela judicial efectiva, contemplando en forma mínima el derecho de indemnización que tutela la Convención Americana de los Derechos Humanos, agregando al artículo 17 de la Constitución Política del Estado Mexicano, tal derecho. Aunque el espíritu correcto de esta adecuación, tendría que radicar en incluir la responsabilidad patrimonial del Estado-juez con motivo del quebrantamiento notorio y trascendental de los postulados constitucionales, pudiendo agregar en tal numeral o en el artículo 100 constitucional, la obligación de resarcir daños cuando exista una disfunción desproporcionada del aparato judicial, concordante con los convenios internacionales, pero de ninguna manera otorgar un derecho individual ilimitado que sancione de igual manera la actividad lícita de la administración de justicia, so pena de vulnerar el principio de independencia del poder judicial así como su funcionalidad dentro del sistema constitucional.

De esta forma, si es factible la incorporación de los principios del Derecho Comunitario, esto es, la aplicación directa y la primacía, como órganos rectores dentro de nuestra normativa constitucional, entonces, es un imperativo en los tiempos modernos, que la tutela judicial efectiva en la vía resarcitoria por daños, se contemple como institución de control constitucional indirecto del poder judicial, dado que los procesos de integración son instrumentos que contribuyen al desarrollo no sólo de los Estados que los conforman, sino también de la región a la que pertenecen. No podemos dejar de admitir la dimensión alcanzada por el fenómeno de la integración, proceso del cual surge una variable, materia o tema extra económico: el jurídico. Significa esto que todas aquellas decisiones políticas que se adopten para impulsar o consolidar los procesos de integración, no alcanzarán el éxito previsto si no cuentan con los imprescindibles instrumentos jurídicos que transformen esa voluntad en normas jurídicas vinculantes. México, desde la primera Constitución Política, evidencia la inexistencia de principios y normas sobre responsabilidad patrimonial del Estado-juez, y a la fecha hace caso omiso de la

vinculación de los tratados internacionales que prevén dicha institución, aunque todavía desarrollada tímidamente. Por tanto, se debe adoptar una verdadera política de integración, congruente con una normativa constitucional que respalde jurídicamente la tutela judicial efectiva y la responsabilidad patrimonial con respecto a los daños derivados de la función jurisdiccional mediante una perspectiva democrática, social y constitucional, como acontece con las constituciones nacionales de otros países, ya que no se debe olvidar que la demora indebida constituye uno de los más graves problemas de la administración de justicia en la hora presente y su resolución demanda una reflexión global sobre esta función del Estado, que estime la posibilidad de resarcir al gobernado cuando exista una manifiesta desproporción al plazo razonable en el cual se debía substanciar el juicio, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y desproporcionadas al régimen constitucional.

Asimismo de debe estimar que el error judicial procede del contenido de una resolución mientras que el funcionamiento desproporcionado, anormal de trascendencia constitucional, deriva de cualquier otra actuación judicial que genere perjuicios injustificables. Como he reflejado anteriormente, será muy difícil que el Tribunal Constitucional declare la existencia de error judicial, visto el criterio restrictivo que se impone al tener que reconocer que poder judicial falla, sin embargo, en este aspecto debe incidir el principio democrático de saber rendir cuentas y responder del funcionamiento desproporcionado del poder público, concretamente de la función jurisdiccional, tanto en el dictado de sentencias como en el resto de la actividad judicial, debiendo tener en cuenta en cada caso concreto, la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes, la conducta de la Administración, las consecuencias de la actividad estatal reprochada, etc.

Así, podemos ponderar por un sistema de responsabilidad patrimonial en que la decisión sobre error judicial solamente puede tener por objeto la indemnización del daño, de forma que no afecta la situación jurídica concreta que deriva del acto materia de reclamación, de modo que es equitativo prescindir de la exigencia de remover la cosa juzgada para dejar expedita la acción resarcitoria, en los casos de responsabilidad por error y arbitrariedad judicial. Desde que el juez que ha sentenciado es un tercero ajeno a la contienda no le es oponible, ni puede escudarse, en cosa juzgada material alguna, concerniente al decisorio que motive el

juicio de responsabilidad. Así, el carácter de verdad legal que ostenta la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, afectación a la situación que generó, y solamente se puede juzgar que hay error o arbitrariedad judicial. Si así no fuere, se subvertiría el orden social, afectándose la seguridad jurídica y la institución misma de la cosa juzgada, al convertirse al juicio de daños y perjuicios en un recurso contra la sentencia no previsto, ni admitido por la ley. El plazo de prescripción deberá comenzar a contarse desde que se dicta el pronunciamiento que remueve la resolución judicial adversa a los derechos pretendidos por el damnificado.

En virtud de que la responsabilidad por daños es un derecho público subjetivo tutelado en la Constitución, concierne en forma exclusiva al Congreso de la Unión, su reglamentación, con independencia de que las entidades federativas puedan aplicar el mismo modelo en sus constituciones locales, debiéndose prever una jurisdicción concurrente en ese supuesto.

Finalmente, es de mencionar que este derecho al pago de daños, bajo el punto de la subordinación del juez al Estado democrático y a la responsabilidad social de los magistrados, parte de que este modelo constitucional, social y democrático no se realiza por la previsión de la ley sino por el compromiso de los ciudadanos, principalmente de los que ejercen el poder público; entre ellos, los jueces a quienes exige un renovado permanentemente compromiso personal. Me permito agregar que todo jurista debe aportar su compromiso en la misión de contralor de la labor judicial y de que los organismos respectivos, no frustren las expectativas que despertó su inclusión.

No tengo dudas de que al derecho de daños le está faltando la óptica y militancia del derecho internacional de los derechos humanos para quebrar la resistencia que avanza cada vez más en materia de indemnizaciones que hace que, para favorecer al modelo, sean cada vez más deshumanizadas, inequitativas y mezquinas. La tarea de promover acciones de denuncia ante los organismos internacionales no es sencilla inclusive, dado que la jurisprudencia también allí se ha hecho restrictiva, fundamentalmente porque algunos planteamientos erróneos y el cúmulo de acciones han dado nacimiento a la teoría de la "cuarta instancia" que ha motivado el rechazo de numerosas presentaciones.

Es necesario ser muy cuidadoso en la presentación del caso y no ceder a la tentación de fundarlo en violaciones al derecho interno ya que la practica diaria enseña que esas violaciones se producen permanentemente por aquellos funcionarios del Estado cuya misión es impedirlos: los jueces y magistrados.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña Anzonera, *La responsabilidad extracontractual del poder público*, Buenos Aires, L.L., 1980.
- Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Albaladejo, *Derecho civil, Derecho de bienes*, Parte General y Derecho de propiedad, 8^a ed., Barcelona, 1994.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
— *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1^a ed. en castellano, 2^a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
— “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”, trad. M. Atienza, Doxa, 5, 1988.
— *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1994.
- Alonso García, Enrique. *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- Altamira Gigena, Julio I., *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?”, Doxa, 15 – 16, 1994.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Estudios de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, México, Editorial Oxford, 1999, Volumen 4.
— “Derecho Constitucional” *Diccionarios Jurídicos Temáticos*, México, Editorial Oxford, Volumen 2, 2000.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
— *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.
- Bayón, Juan Carlos. “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, 4, 1985.
— “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la Democracia*, 27, 1996.
— “Derechos, democracia y constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.
- Bazán, Víctor, “*Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva*”, en *Desafíos al control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996.
- Beccaria, Cessare. *De los delitos y las penas* (1764), edición de F. Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1974.
- Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, 4^a edición, Porrúa, México, 1974.
— *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*, 3^a edición, Editorial Cárdenas, México, 1977.

- Bidart Campos, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1986.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª, ed. Buenos Aires, Soc. La ley, 1980.
— *El Estado como persona de derecho privado y como persona de derecho público*, Buenos Aires, Soc. La ley, 1987.
- Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Bin, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- Blasco Esteve, A. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el Derecho Español*. Serie Praxis 100. Instituto Nacional de Administración Pública. México, 1998.
- Bobbio, Norberto. "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961.
— "Jusnaturalismo y positivismo jurídico" (1965), en *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, 3ª. ed. mexicana, México, Fontamara, 1994.
— *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo, Baden – Baden, Nomos, 1993.
— *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. y pról. R. Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- Bovero, Michelangelo. "La filosofía política di Ferrajoli", en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, L. Gianformaggio (ed.), Torino, Giappichelli, 1993.
— "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001.
- Bréchon-Moulens, Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- Brewer Carias, Allan R. *Estado de Derecho y Control Judicial*. Alcalá de Henares-Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- Bucio Mújica, M. *Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al Orden Jurídico mexicano propuesta por la diputación priista*, en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000.
- Bullrich, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942.
— *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920.
- Calsamiglia, Albert. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.
- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant. *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Carbonell Sánchez, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Carmona Cuenca, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- Carrillo Flores, Antonio. *La defensa jurídica del particular frente a la administración pública en México*. México, Porrúa, 1939.
- Carrillo Flores, Antonio. *La Justicia Federal y la Administración Pública*. México. Editorial Porrúa. 1973
- Colautti, Carlos E., *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1997
- Comanducci, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa*, 21-II, 1998.

- “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.
- “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. M. Carbonell, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.
- Cossío, José Ramón. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Doctrina jurídica contemporánea*. México, Distribuciones FONTAMARA, 2002.
- Cossío, José Ramón y Fix Zamudio, Héctor. *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Cassagne, Juan Carlos, *La Responsabilidad Extracontractual del estado en la Jurisprudencia de Corte*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- Castro Estrada, Álvaro. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. México, Porrúa, 2002.
 - *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. México, Porrúa, 1997.
 - Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana, *Cuestiones Constitucionales*, Número 8, Sección de Comentarios Legislativos, México, 2003.
 - Responsabilidad patrimonial del Estado, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 27, Sección de Previa, México, 1997.
 - *Apuntamientos sobre una propuesta de incorporación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, a nuestro régimen constitucional y Legal*. Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. <http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num24/castro.html>.
 - *Comentarios generales sobre el nuevo libro Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Barra Mexicana, Colegio de Abogados de México, A.C. <http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num17/comentarios.html>.
- Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 10ª edición, Porrúa, México, 1998.
- Clavero, Bartolomé. *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1994.
- Contreras Peláez, Francisco José. *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996. 67 Cuadernos de Investigación-Universidad EAFIT.
- Couture, Eduardo Juan, *Estudios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires, DePalma, 1948.
 - *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, DePalma, 1972.
- Dahl, Robert A., *La democracia*, Madrid, Taurus, 1999. La democracia y sus críticos, Barcelona-México, Paidós, 1992
- De Cabo, Antonio y Gerardo Pisarello (eds), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.
- De Cabo Martín, Carlos. *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, II, Barcelona, P.P.U., 1993.
 - *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2001.
- De Vega, Pedro. “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Tomo I y II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
- Díaz, Luis Miguel. *México y las comisiones internacionales de reclamación*. México, UNAM, 1983.
- Dogliani, Mario. “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997.

- Dorado Porras, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Dietrich Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. M. Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*. 8ª ed., Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2000.
- Dworkin, Ronald. Los derechos en serio (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.
 — *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986. Existe traducción al castellano de C. Ferrari bajo el título El imperio de la Justicia, Barcelona, Gedisa, 1988 (2ª. ed. 1992).
 — *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1996.
- Ely, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge – Massachusetts, Harvard U. P., 1980. (Existe traducción al castellano de M. Holguín, Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 1997).
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara editores, Lima, agosto de 2003.
- Estévez Araujo, José Antonio. *La crisis del Estado de Derecho Liberal*. Schmitt en Weimar, Barcelona, Ariel, 1989.
 — *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- Farfán Osornio, Octavio, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado", *Nuevo consultorio Fiscal*, septiembre, Núm. 361, México, 2004.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Colección FUNDAP de Derecho, Administración y Política. Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. FUNDAP. 2002.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (Coordinadores). *La Justicia constitucional Local*. Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios. Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. FUNDAP., 2003.
- Fix Zamudio, Héctor. *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial. Grandes tendencias políticas contemporáneas*. México, Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- Fix Fierro, Héctor y Jiménez Gómez, Juan Ricardo (Coordinadores). *La Administración de Justicia en México*. Revista Núm. 3, enero-junio. Querétaro, Asociación Mexicana de Egresados del Instituto Nacional de Administración Pública de España, A.C. (AMEINAPE) y Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. FUNDAP. 1997.
- Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano y Comparado*. México, Editorial Porrúa, 2001.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales, en El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1988.
- Ferrajoli, Luigi. "El Derecho como sistema de garantías", trad. P. Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, 16, 1993.
 — *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), 1ª. ed. en castellano, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995.
 — "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad", en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996.

- "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- *El garantismo y la filosofía del derecho*, Santa fé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- "Estado de Derecho: entre pasado y futuro", en *Cuaderno del Seminario Público: Cambio de paradigma en la filosofía política*, Madrid, Fundación Juan March, 2001.
- Ferrerres, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000. (Publicado además en *La relevancia del derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002).
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.
- *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- Forsthoﬀ, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial: (el modelo de la República Federal de Alemania)*, trad. L. López Guerra y J. N. Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- "Problemas constitucionales del Estado Social", en Wolfgang Abendroth / Ernst Forsthoﬀ / Karl Doehring, *El Estado Social*, trad. J. Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 19ª ed. Editorial Porrúa, México, 1994, p. 465.
- García Amado, Juan Antonio. "¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997.
- García Cotarello, Juan. "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional", *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, 3 – 4, 1988.
- García Cotarello, Ramón. *Del Estado del bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- "Origen y desarrollo del Estado de Bienestar", *Sistema*, 80 – 81, 1987.
- García de Enterría, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª ed., Civitas, Madrid, 2002.
- *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª. ed., reimp., Madrid, Civitas, 1989.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. ed., 2ª. reimp., Madrid, Civitas, 1991.
- García Herrera, Miguel Ángel. "Rigidez constitucional y Estado social", en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- García Pelayo, Manuel. *Constitución y Derecho Constitucional. (Evolución y crisis de ambos conceptos)*, en *Escritos Políticos y Sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo (1977)*, 2ª. ed., 4ª. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- Estado legal y Estado Constitucional de Derecho, en *Obras Completas*, III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- García Pons, E. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1996.

- García Ramírez, Sergio, *El Debido proceso, Concepto General y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Garzón Valdés, Ernesto. "Introducción", *Derecho y Filosofía*, E. Garzón Valdés (comp.), 2ª. ed., Barcelona, Alfa, 1988.
— *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Gascón Abellán, Marina. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994.
— "Presentación: la concepción del Derecho en 'El Derecho dúctil'", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII – XIV, 1996 – 1997.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Gómez Estrada, César, *Responsabilidad directa de las personas jurídicas*. Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, año XXXVI, 2ª época, septiembre de 1975, vol. XXXVI, núm. 88.
- González, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1951.
- González Pérez, J. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. Ediciones Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- Guastini, Riccardo. *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995.
— "Derecho dúctil, derecho incierto", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997.
— "La 'costituzionalizzazione' dell' ordinamento italiano", *Ragion Pratica*, 11, 1998.
— "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", *Jueces para la Democracia*, 34, 1999.
— *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guerrero, O. *El Funcionario, el Diplomático y el Juez*. Universidad de Guanajuato, Instituto de Administración Pública de Guanajuato, Instituto Nacional de Administración Pública, Plaza y Valdés Editores. México. 1998.
- Habermas, Jürgen. "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", (1987), en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e intr. M. Jiménez Redondo, Barcelona, Paidós, 1991.
— "Patriotismo de la Constitución en general y en particular", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, trad. e introd. M. Jiménez Redondo, Tecnos, 1991.
— *Facticidad y validez* (1992), introd. y trad. M. Jiménez Redondo (sobre la 4ª. ed. alemana), Madrid, Trotta, 1998.
- Häberle, Peter. "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la constitución" (1975), en *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. X. Arzoz Santiesteban Oñati, IVAP, 1996.
— *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. e introd. E. Mikunda Franco, Madrid, Tecnos, 2000.
- Hadman Amad, Fauzi. *Antecedentes y Régimen actual de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México*, La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Instituto Nacional de Administración Pública. México, 2000.
- Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista* (1780), No. 78, trad. G. R. Velasco, 1ª. ed. 6ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Hariou, Maurice, *Précis de droit administrative et droit publique*, 10a ed. París, 1921.

- Hart, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho* (1961). trad. G. Carrió, 2ª. ed. en castellano, México, Editora Nacional, 1980.
- Instituto Nacional de Administración Pública. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional Sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. México*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP. 2000.
- Hernández, Domingo, Error judicial, Ensayo de Interpretación Constitucional, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 5, Núm. 1, Chile, Talca, 1999
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Hierro, Liborio. "El imperio de la ley y la crisis de la ley", *Doxa*, 19, 1996.
- Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1987
- Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso, Colombia*, Santa Fe De Bogota, Temis, 1998
- Hoyos Duque, Ricardo, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Bogotá*, Colombia, Editorial Temis, 1984.
- Iglesias Vila, Marisa. "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23, 2000.
- Jellinek, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), est. preliminar P. Lucas Verdú, trad. C. Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Kelsen, Hans., *Teoría del Derecho*, Sexta Reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1991.
- *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. M. Atienza, selección y presentación J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- Kymlicka, W. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona, Paidós. 1996.
- El retorno del ciudadano: Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. En: *La política* N°. 3. Ciudadanía: el debate contemporáneo. Barcelona: Paidós, 1996.
- *Filosofía política contemporánea*. Barcelona, Ariel. 1997
- Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980
- Laporta, Francisco. "Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate", *Doxa*, 6, 1989.
- "Imperio de la ley y seguridad jurídica", en *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), Madrid, Alianza, 2002.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* (1862), trad. W. Roces, introd. E. Aja, Barcelona, Ariel, 2001.
- La Torre, Massimo. "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva Europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 1993.
- Leicht, P. S., *Storia del Diritto italiano*, Diritto Pubblico, Giuffrè, Milán, 1940.
- Leguina Villa, Jesús, *Responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 1973.
- Liendo, *La responsabilidad del Estado nacional en el derecho positivo*, "L.L.", 1989.
- Llorca, Carmen. *Parlamentarismo y constitución en España*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), trad. A. Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1969.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución* (1969), trad. A. Gallego Anabitarte, 2ª. ed. española, 2ª. reimp., Barcelona, Ariel, 1982.
- López Ramos, Neófito, *La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 20, México, 2005.
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985.

- *La lucha contra el positivismo en la época de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.
- *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, Universidad Complutense, Ediciones Beramar, 1993.
- Mantilla Molina, Roberto, *Sobre el artículo 17 Constitucional*. Revista de la Facultad de Derecho, Tomo VIII, Volumen Julio-diciembre de 1958.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1980.
- Moreso, José Juan. La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en *The legal ought*, P. Chiassoni (ed.), Torino, Giappichelli, 2001. (Existe versión en castellano, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002).
- Mortati, Constantino. *La Constitución en sentido material* (1940), est. preliminar y trad. A. Bergareche Gros, epílogo G. Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Nieto, Alejandro. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", Revista de Administración Pública, 100-102, 1983.
- *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica* (1979), 2ª ed., México, Fontamara, 1995.
- *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.
- *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità diretta dello Statu, y Principii*, Italia, 1893.
- Orozco Abad, Iván y otro, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Temis-IEPRI-Universidad Nacional, 1999.
- Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá, Editorial Temis, 1981.
- Perales Meléndez, A. Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al Orden Jurídico mexicano propuesta por la diputación panista, en la *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.
- Pérez Ayala, Andoni. "Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico comparativa", en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997.
- Pérez, Benito. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Actos Administrativos Ilícitos*. Buenos Aires, Depalma 2000.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

- Piero Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. IX, con presentación de Vittorio Denti, Napoli, Morano, 1983
- Pierry Arrau, Pedro, La responsabilidad extracontractual del Estado, *Revista de Ciencias Jurídicas. Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo*, N° 1, Universidad de Chile, Santiago, 1980.
- *Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios*, Revista de Derecho N° VII, Universidad Católica de Valparaíso, 1983
- *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Revista de Derecho Público N° 59, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996.
- *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Revista de Derecho del CDE. Año 1 N°1, julio 2002.
- Pintore, Anna. "Derechos insaciables", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001.
- *"Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático"*, Doxa, 23, 2000.
- Pisarello, Gerardo. *"El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia"*, trabajo inédito.
- Porrás Nadales, Antonio J. *Introducción a una teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, PPU, 1988.
- Portinaro, Pier Paolo. "Il grande legislatore e il custode della costituzione", en *Il futuro della Costituzione*, G. Zagrebelsky y otros (eds.), Torino, Einaudi, 1996.
- Pozzolo, Susana. *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. *Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional, en Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998
- *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Fontamara, 1999.
- "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de la ponderación", *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 2000.
- "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000. (También en Doxa, 23, 2000).
- "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Derecho y Proceso*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 2001.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Jurisprudencia*, Jurista editores, Lima, Perú, 2003.
- Rabasa, Emilio O. y otra, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, 9a. Edición, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1994.
- Raz, Joseph. *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, trad. y notas R. Tamayo Salmorán, 2a ed., México, Universidad Nacional Autónoma, 1985.
- Robbers, Gerhard. "El Estado de derecho y sus bases éticas". En *Thesing, Josef. Estado de Derecho y Democracia. Compilación*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Fundación Honrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Rodríguez de Santiago, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

- Romero, Jorge Javier, *La democracia y sus instituciones*, México, Instituto Federal Electoral, colección Temas de la Democracia, serie ensayos núm. 5 (www.deceyec.ife.org.mx., rubro: estudios e investigaciones).
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 1ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992.
- “La Constitución como fuente de derecho”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.
- Saavedra Becerra, Ramiro, *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, Santa fé de Bogotá, 2005.
- Sartori, Giovanni. “Constitución”, en *Elementos de Teoría Política* (1987), trad. M. Luz Morán, Madrid, Alianza, 1999.
- *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. M. A. Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2001.
- Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 5ª ed. México, Impresora Galve, 1972.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución* (1927), trad. F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- “La tiranía de los valores”, trad. A. Schmitt de Otero, *Revista de Estudios Políticos*, 115, 1961.
- Schneider, Hans-Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático” (1979), en *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires 1990.
- Senese, Salvatore. “Democracia, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996.
- Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional* (1928), trad. J. M. Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Spota, Alberto Antonio. *Responsabilidad del Estado por actos administrativos del Poder Judicial*, Buenos Aires, “L.L.”, 1980.
- Szczaranski Cerda, Clara Leonora. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, *Revista de Derecho*, N° 8, agosto 2003.
- Tamayo, Jaramillo, Javier, *La Responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas, El daño antijurídico*. (Const. Pol. art, 90), Santa fé de Bogotá, Ed. Temis, 1997.
- Taruffo, Michele. “Ley y juez en el ‘rule of law’ inglés y en el constitucionalismo americano”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- Tawil, Guido Santiago, *La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano*. Buenos Aires, “L.L.”, 1988.

- *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- *Administración y justicia*, tesis doctoral, 3 vols., inédita, Buenos Aires, 1991.
- Thesing, Josef. *Estado de Derecho y Democracia. Compilación. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano*. Fundación Honrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Torres del moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. Madrid: Atomo Ediciones, 1988.
- Torres Espinosa, Eduardo. *La democracia. Hacia una obligada redefinición*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVIII, No. 114, Septiembre-Diciembre, 2005, México, D. F.
- Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Troper, Michel. *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, trad. P. Comanducci, Materiali per una storia della cultura giuridica, 1988/1.
- *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. M. Venegas Grau, pról. G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III, 2001.
- Tron Petit, Jean Claude, *Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 20, México, 2005.
- Varela Suanzes, Joaquín. "Sobre la rigidez constitucional", en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Vasquez del Mercado, Oscar, *El Control de la Constitucionalidad de la Ley*, México, Editorial Porrúa, 1978.
- Vázquez Alfaro, José Luis. *El control de la administración pública en México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- Villaverde, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- Vega Hernández, Rodolfo. 2003. *Derechos Humanos y Constitución. Alternativas para su protección en México*. Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios. Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. FUNDAP.
- *La independencia del Poder Judicial*. Colección FUNDAP Derecho, Administración y Política. Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. FUNDAP.
- Videla Escalada, Federico, *La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.
- Wellington, Harry H. "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication", *The Yale Law Journal*, vol. 83: 209, 1973.
- *Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the process of adjudication*, New Haven – London, Yale University Press, 1990.
- Winzel, L.C. *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*. En *Studia Amstelodamensia ad epigraphicam*. Terra Publishing Co. Zutpehn. Holanda, 1965.
- Wolfe, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. M. G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991.
- Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, revisión e introd. J. Igartua Salaverría, Madrid, Civitas, 1988.
- Zagrebel'sky, Gustavo. "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, A. López Pina (ed.), Madrid, Tecnos, 1987.
- "Storia e costituzione", en *Il futuro della Costituzione*, G. Zagrebelsky y otros (ed.), Torino, Einaudi, 1996.

- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997.
- Zapatero García, Virgilio. "Tres visiones sobre el Estado de Bienestar", *Sistema*, 80 – 81, 1987
- Zileti, U. *La doctrina dell'errore nella storia del diritto romano*. Giuffré Editore. Milán, 1961.

TESINAS

- Evaristo Villegas, José Luis. *Responsabilidad Económica extracontractual de la Administración Pública. Revisión historiográfica sobre la responsabilidad económica extracontractual de la administración pública en México. 1900-1990*. (Licenciatura). Universidad Autónoma Metropolitana, 1992.
- Quintanilla Coffin, Pedro. *La responsabilidad civil del Estado*. México, 1940. (Licenciatura), Universidad Nacional Autónoma de México.
- Díaz Barlett, Manuel. *La obligación del Estado de reparar todos los daños que cause*. México, 1959, (Licenciatura), UNAM.

DICCIONARIOS

- Bogdanor, Vernon (Ed.). *Enciclopedia de las instituciones políticas*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, *Diccionario Jurídicos Temáticos "Derecho Procesal"*, Oxford, México, 2001.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 4 Tomos, Porrúa, 1988.
- Diccionario de la Lengua Española Larousse, Esencial*, Editorial Larousse, México, 2001.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1998-2001). *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomos A-C, D-H, I-O y P-Z. México, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM y Editorial Porrúa.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

LEGISLACIÓN Y TRATADOS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, 2007.
- Constitución española (1978). Madrid, Boletín oficial del Estado, 1980.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas.
- Convención Americana de los Derechos Humanos

Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales.

Informe sobre Desarrollo Humano, Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, Tercer Mundo, 1998

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. México, Editorial Sista. 2003.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. México, Editorial Sista, 1997.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. México, Editorial Sista, 2003.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Editorial Sista, 2006.

MEDIOS INFORMÁTICOS

La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, 3^a. Versión, 2001. S.C.J.N., Disco Compacto.

Historia Legislativa y Parlamentaria, Poder Judicial de la Federación, Dirección de Compilación de Leyes, 2000. Disco Compacto.

Ius 2002, Jurisprudencia y Tesis Aisladas de junio 1917- abril 2002 e Informe de Labores 2001, Poder Judicial de la Federación, S.C.J.N., 2002. Discos Compactos 1 y 2.

Internet:

Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

www.scjn.gob.mx

Actualización de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

<http://scjninet1/siteinterno/jurisprudencia/Actualización/default1.asp>

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, legislación federal.

<http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/>

Instituto de Derecho Público comparado de la Universidad Carlos III. "Análisis de las recientes reformas constitucionales de México.

<http://www.uc3.es/uc3m/mgp/consmex4.htm>

Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

www.bibliojuridica.org/revistas

Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima. (2002) de Jueces y Magistrados.

<http://www.congresocol.gob.mx/leyes/ley-resp-patrimonial.htm>.

Ley para exigir responsabilidad patrimonial a jueces y funcionarios del Ministerio Público. (1995).

http://www.chihuahua.gob.mx/congreso/biblioteca/leyes/439_94.pdf+RESPONSABILIDAD+PATRIMONIAL+D8.

Valls Hernández, S. *Reforma al 113 constitucional, cerca del Estado democrático*, en comentarios por publicación del libro Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado.
<http://www.siempre.com.mx/opinion2576/valls2576.html>

López De Belva, Carlos Alberto. *La Responsabilidad de los Jueces, la Democracia y la Impunidad*, en Abogarte.com.ar. Casos y Cosas, Los abogados y la actualidad. Archivo electrónico consultable en:
http://www.abogarte.com.ar/pagina_anterior/pensamientos.htm

Otras páginas virtuales:

<http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num17/comentarios.html>

<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0159.htm>

<http://www.correo-gto.com.mx/2002/noviembre/151102/elpais7.html>

<http://www.secodam.gob.mx/leyresp/exp-5.htm>

<http://www.siempre.com.mx/opinion2576/valls2576.html>

<http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num24/castro.html>

<http://www.uc3.es/uc3m/mgp/consmex4.htm>

<http://www.congresocol.gob.mx/leyes/ley-resp-patrimonial.htm>