



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DE AMPARO

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
MEXICANO Y EL NUEVO ARTÍCULO 113 DE LA
CONSTITUCIÓN FEDERAL**

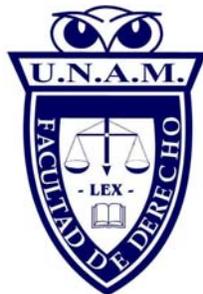
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FRANCISCO JAVIER VARGAS GARCÍA
NÚMERO DE CUENTA 09624328-0

ASESOR:
LIC. ALFONSO NAVA NEGRETE



CIUDAD UNIVERSITARIA, DISTRITO FEDERAL

OCTUBRE DE 2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.



UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D. F., a 7 de agosto de 2008.

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **VARGAS GARCÍA FRANCISCO JAVIER**, con número de cuenta 096243280 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO MEXICANO Y EL NUEVO ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**", realizada con la asesoría del profesor Lic. **Alfonso Nava Negrete**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
ENCARGADO DEL SEMINARIO



DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ

*mpm.



Lic. Edmundo Elías Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional
y de Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Estimado profesor:

Me dirijo a Usted para informarle que el alumno FRANCISCO JAVIER VARGAS GARCÍA, con número de cuenta 09624328-0, ha concluido la elaboración de su tesis profesional intitulada "LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO MEXICANO Y EL NUEVO ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", trabajo del que soy asesor y que después de examinar, es grato comunicarle que cuenta con mi aprobación.

Por consiguiente, pongo dicho trabajo a su consideración en su calidad de Director del Seminario citado, para la continuación de los trámites administrativos de titulación del alumno referido.

Sin más por el momento, le envío un cordial saludo.

Ciudad Universitaria, Distrito Federal a 25 de junio de 2008

Lic. Alfonso Nava Negrete.



Dedicatorias.

- *A Dios, autor y supremo legislador de la Sociedad, según reza la Constitución Mexicana de 1824, porque en ningún momento ha dejado abandonado a este hijo suyo.*
- *A la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Facultad de Derecho, por su ilimitada generosidad y por brindarme todo lo necesario para desarrollar mi vocación: la Abogacía.*
- *A los miembros de la familia Vargas García: Alejandrina, Javier, Ramón y Juan, porque a ellos debo casi todo lo que soy; gracias por su apoyo permanente y su amor incondicional.*
- *A mi maestro Alfonso Nava Negrete, quien este año cumple 50 años de haberse titulado como Licenciado en Derecho; gracias por enseñarme que la sabiduría y la alegría, no están reñidas.*
- *A mi madrina jurídica, Lic. Ofelia González Acevedo, porque fue la primera en creer en mi capacidad como abogado.*

"...con el corazón se cree para obtener la justicia; y con la boca se proclama para obtener la salvación..."

La Biblia¹

"Hoy entiendo que los abogados son de los profesionistas cuya actividad es admirable y cruel; es incluso mucho más terrible que la medicina. Los médicos pelean contra la inmaterial muerte, los buenos abogados contra la tozudez y la mezquindad humana..."

Nieves Galicia Jiménez²

"Transitar como estudiante por la Facultad de Derecho de la UNAM , es privilegio de vida, porque sus aulas permiten el acercamiento con aquellas personas para las que el derecho representa no sólo una fuente de saber y de pensamiento creativo, sino una búsqueda irrestricta de la justicia en todo y para todos".

Margarita B. Luna Ramos³

¹ Romanos 10; 10

² Carta Inédita. 29/Marzo/2006

³ en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. IIJ-UNAM. México, 2008. p. 137

Índice

Prólogo	I
Introducción	1
Capítulo I El estado y la constitución	5
I.1. El Estado	5
I.1.1 Concepto	10
I.1.2 Elementos	14
I.1.2.1 Territorio	14
I.1.2.2 Pueblo soberano	18
I.1.2.3 Poder público y gobierno independiente	27
I.1.3 Personalidad Jurídica y Patrimonio Estatal	31
I.2 La Constitución	35
I.2.1 Concepto	35
I.2.1.1 Etimológico	35
I.2.1.2 Gramatical	37
I.2.1.3 Jurídico	38
I.2.2 Función de la Constitución	40
I.2.2.1 Función Política	41
I.2.2.1.1 Establecimiento del Poder Público	41
I.2.2.1.2 Limitación del Poder Público	43
I.2.2.1.3 Distribución y organización en el ejercicio del Poder Público	44
I.2.2.2 Función Jurídica	45
I.2.2.2.1 Fuente de validez de todo el Sistema Jurídico Interno	45
I.2.2.2.2 Materialización de las funciones políticas de la Propia Constitución.	46
I.2.2.2.3 Primigenia regulación de las relaciones jurídicas	47
Capítulo II La actividad gubernamental	49
II.1 El gobierno y su actividad	49
II.1.1 Concepto de gobierno	49
II.1.2 Distinción del término “gobierno”	51
II.1.2.1 Distinción Gobierno-Estado	51
II.1.2.2 Distinción Gobierno-Autoridad	52
II.1.2.3 Distinción Gobierno-Ente Público	56
II.2 El acto de gobierno	59
II.2.1 Sentido Amplio	59
II.2.1 Sentido Restringido	61
II.3. Las funciones de gobierno	66
II.3.1 La Función Legislativa	71
II.3.1.1 Actos formalmente legislativos	71
II.3.1.2 Actos materialmente legislativos	72
II.3.2 La Función Jurisdiccional	74
II.3.2.1 Actos formalmente jurisdiccionales	74
II.3.2.2 Actos materialmente jurisdiccionales	76

II.3.3 La Función Administrativa	77
II.3.3.1 Actos formalmente administrativos	77
II.3.3.2 Actos materialmente administrativos	78
Capítulo III. La Responsabilidad	81
III.1 Concepto del término responsabilidad	81
III.1.1 Etimológico	81
III.1.2 Gramatical	82
III.1.3 Jurídico	82
III.1.3.1 Sentido Amplio	82
III.1.3.2 Sentido Restringido	83
III.1.3.3 “Responsabilidad”, un concepto multívoco	83
III.2. El deber jurídico como presupuesto en cualquier relación de responsabilidad	89
III.2.1 Concepto de deber jurídico	89
III.2.2 Fuentes del deber jurídico	91
III.2.2.1 La norma jurídica	92
III.2.2.2 La voluntad	95
III.3 La relación de responsabilidad	97
III.3.1 La conducta contraria al deber	97
III.3.1.1 Acción	99
III.3.1.2 Omisión	100
III.3.2 Producción de una afectación con la conducta contraria al deber	102
III.3.2.1 Afectación pecuniaria – afectación moral	103
III.3.2.2 Daños – Perjuicios	108
III.3.3 Nexo causal entre la conducta y la afectación	110
III.3.4 Grados de responsabilidad	114
III.3.5 Resarcimiento de la afectación	117
III.3.5.1 Nacimiento de la obligación de resarcir	118
III.3.5.1.1 Reconocimiento voluntario	119
III.3.5.1.2 Declaración gubernamental	120
III.3.5.2 Formas de resarcir la afectación	121
III.3.5.2.1 Devolución de la situación a su estado primitivo	122
III.3.5.2.2 Reparación	123
III.3.5.2.3 Indemnización	124
III.3.5.2.4 Los daños y perjuicios con relación a las anteriores hipótesis.	125
III.3.5.2.5 El problema de la cuantificación	126
III.3.5.3 Materialización del resarcimiento	134
III.3.5.3.1 Resarcimiento voluntario	135
III.3.5.3.2 Resarcimiento forzoso	136
III.3.6 Excluyentes de responsabilidad	141
III.4 Tipos de responsabilidad	147
III.4.1 La responsabilidad penal	148
III.4.2 La responsabilidad administrativa	152
III.4.3 La responsabilidad civil	158
III.4.4 Teoría unitaria de la responsabilidad	159

III.5 Los sujetos implicados en la relación de Responsabilidad	163
III.5.1 El sujeto pasivo (Derechos y Obligaciones)	164
III.5.2 El sujeto activo (Derechos y Obligaciones)	166
III.6. El estado en Relaciones de Responsabilidad	167
III.6.1 El Estado como víctima de un acto contrario al deber	167
III.6.2 El Estado como autor de un acto contrario al deber	168
III.6.2.1 Responsabilidad por actos legislativos	169
III.6.2.2 Responsabilidad por actos jurisdiccionales	177
III.6.2.3 Responsabilidad por actos administrativos	182
III.7 Evolución de la responsabilidad estatal por actos administrativos	184
III.7.1 La administración nunca es responsable	186
III.7.2 La administración sólo es responsable por actos de gestión	188
III.7.3 La administración siempre puede ser responsable	189
III.7.3.1 Criterio Subjetivo	192
III.7.3.2 Criterio Objetivo	192

Capítulo IV Análisis histórico legislativo del Artículo 113 constitucional y de algunas leyes que contemplan de la Responsabilidad Estatal. 195

IV.1 Evolución del Artículo 113 constitucional	195
IV.1.1 El Artículo 113 constitucional a partir de 1917	202
IV.1.1.1 Texto original	202
IV.1.1.2 Alcance de dicho texto	202
IV.1.2 El Artículo 113 constitucional a partir de 1982	203
IV.1.2.1 Modificación al texto original	203
IV.1.2.2 Alcance de dicha modificación	203
IV.1.3 El Artículo 113 constitucional a partir del 2002	206
IV.1.3.1 Modificación al texto constitucional	206
IV.1.3.1.1 Iniciativa del PRI	209
IV.1.3.1.2 Propuesta del PAN	209
IV.1.3.1.3 Propuesta de la Presidencia de la República	210
IV.1.3.1.4 Texto aprobado	211
IV.1.3.1.5 Alcance de dicho texto	212
IV.2 Legislación secundaria que contempla Responsabilidad Estatal	213
IV.2.1 Ley de Depuración de Créditos	213
IV.2.2 Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal	217
IV.2.3 Código Financiero del Distrito Federal	223
IV.2.4 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos	226
IV.2.5 Leyes de Responsabilidad Patrimonial de los Estados de Colima y de Jalisco	230
IV.2.6 Proyecto de Ley Federal Reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución federal	234

Capítulo V Análisis de la reforma del año 2002 al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 241

V.1. Texto constitucional	241
V.1.1 Alcance del término “Estado” en el nuevo Artículo	

113 constitucional	242
V.1.2 Alcance de la expresión “actividad administrativa irregular”	244
V.1.3 Alcance del término “Daños”	257
V.1.4 Alcance de los términos, “bienes y derechos”	258
V.1.5 Alcance del término “Indemnización”	260
V.1.6 Lo “objetivo” en la responsabilidad del Estado	262
V.1.7 Lo “directo” de la responsabilidad del Estado	266
V.1.8 Naturaleza Jurídica del derecho contenido en el Segundo Párrafo del Artículo 113 constitucional (¿Garantía?)	267
V.1.9 El ejercicio procedimental de este derecho	269
V.2 Articulado transitorio	271
V.2.1 Inicio de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado Mexicano	271
V.2.2 La adecuación de la Legislación Secundaria para hallarse conforme al nuevo Artículo 113 constitucional	272
V.2.3 Requisitos ineludibles para la obtención por parte del particular de una indemnización	276
V.2.3.1 Prosecución de un “procedimiento”	276
V.2.3.2 La disponibilidad presupuestaria	280
Conclusiones	285
Bibliografía	289

Prólogo

Cuando el autor de un trabajo se encarga de elaborar el prólogo de su obra, tiene la oportunidad de platicarle a sus lectores algunas circunstancias que disfrutó y/o padeció en su labor creativa; por ello, enseguida aprovecharemos el espacio para exponer tres puntos: las razones que nos llevaron a elegir para nuestra tesis el tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, los motivos que tuvimos para pedirle al Maestro Alfonso Nava Negrete que nos asesorara en el desarrollo de la presente investigación y la enorme ayuda que recibimos de muchas personas para culminar este trabajo.

La elección del tema fue un tanto complicada, pues tuvimos que descartar otros tópicos que también nos resultaban intrigantes, a guisa de ejemplo citaremos algunos de ellos: la naturaleza jurídica de la clausura, como sanción y como medida precautoria, la conveniencia de que los verificadores administrativos sean quienes expresamente estén facultados para imponer y ejecutar clausuras inmediatas cuando en la visita de verificación detectan la violación a normas administrativas, que ponen en riesgo la seguridad de las personas; la inadecuada designación de la "Sociedad" como sujeto pasivo en algunos delitos, por no ser una persona jurídica y en consecuencia, por no poder ser titular de bienes jurídicamente tutelados; otro tema que también se quedó en el camino, fue la viabilidad en la aplicación de la teoría del delito a la materia de responsabilidades administrativas, pues en principio, toda violación a los deberes de los servidores públicos es una conducta, típica (en sentido amplio), antijurídica, culpable y punible; asimismo, también pensamos como posible tema de tesis, la creación de células territoriales para la organización de consultas para la aprobación o rechazo de propuestas de reformas a determinados artículos constitucionales; o bien la creación del Registro Nacional de Domicilios Procesales; temas todos ellos, que no dejaremos en el olvido, sino que mantendremos en suspenso, pues estamos ciertos de que en un futuro no muy lejano habremos de abordarlos. Teniendo entonces la baraja abierta, nos decidimos finalmente a estudiar la Responsabilidad Patrimonial del Estado como tema para nuestra tesis profesional, entre otras razones, porque es un tema poco tratado en la doctrina nacional, porque su incorporación al derecho positivo mexicano no ha cumplido ni una sola década, porque tiene como protagonista al Estado, que en tiempos recientes ha sido víctima de múltiples ataques, fruto de la desinformación y del desconocimiento que se tiene de la diferencia de lo que es el Estado y lo que es el Gobierno, además, escogimos

ese tema porque a decir verdad, es una herramienta indispensable en todo Estado de Derecho, pues no resulta justificable que se excluya al Estado del deber de indemnizar los daños que sus trabajadores indebidamente le ocasionen a los particulares; además, creímos conveniente estudiar este tema para dejar patente que en ocasiones los buenos proyectos legislativos son arruinados con la incorporación de términos oscuros y repentinas modificaciones, que lejos de enriquecer la iniciativa correspondiente, la vuelven ininteligible, pues las adiciones quedan como parches y las supresiones generan lagunas, en tanto que no suelen quedar debidamente integradas y menos aún explicadas en la discusión parlamentaria; pero sobre todo, porque nos daba la oportunidad de abordar un tópico en el que confluyen diversas ramas del derecho: la constitucional, la administrativa, la civil, la penal y la procesal.

Expuestas las razones que nos llevaron a escoger nuestro tema, ahora le explicaremos a quien tenga estas páginas en sus manos, los motivos que nos impulsaron a solicitarle al Maestro Alfonso Nava Negrete que fuera nuestro asesor en la presente tesis; sabemos que es poco ortodoxo tratar esto, sin embargo, como tributo a la honestidad, hemos decidido concedernos esa licencia. Con Don Alfonso iniciamos el estudio del Derecho Administrativo y del Derecho Fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y en su cátedra adquirimos el interés por las relaciones existentes entre el Estado, el Gobierno y el gobernado, además, de él aprendimos lo complicada que es esta relación, pues las decisiones gubernamentales frecuentemente se ven afectadas por los compromisos, las amistades, el desconocimiento de la ley o la discrecionalidad de la Autoridad, y también de él aprendimos que en tales casos se vuelve necesario que los particulares combatan este tipo de actos ante los Tribunales, pues de no hacerlo (decía Nava), implícitamente promueven la reproducción de ese tipo de conductas indebidas; por ello decidimos recurrir a él, pues el presente trabajo, por sobre todas las cosas, aborda el aspecto más álgido de la relación Estado-Gobierno-Gobernado, que se presenta cuando sin sustento legal alguno es materialmente lacerada la esfera de derechos del gobernado como consecuencia de la acción o la omisión de un empleado público; por ello, creímos que lo mejor sería abordar esa situación jurídica con el apoyo de quien despertó nuestro interés al respecto. Paralelamente, también esa decisión obedeció a la confianza que desde siempre generó el Maestro en nosotros, pues en su clase y fuera de ella, estableció con nosotros y en general con

todos sus alumnos una comunicación franca y sincera, que nos permitió en todo momento, preguntar, opinar y cuestionar sin temor a la censura.

Pasando al tercer componente de este prólogo, diremos por una parte, que nos llena de vergüenza haber terminado hasta ahora esta investigación, pues teniendo a nuestra disposición todo el apoyo necesario, no lo supimos aprovechar; no obstante, como nuestra vocación no es la de mártir, ni tenemos por característica el pesimismo, también diremos que al mismo tiempo nos llena de felicidad culminar este trabajo en los términos en los que lo presentamos, pues es fruto de aproximadamente cuatro años de investigación accidentada y de experiencias significativas, adquiridas en la 11ª Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (como prestador del Servicio Social en la ponencia de la siempre cordial Magistrada Herrera), en la Delegación Tlalpan (como Verificador Administrativo), en el Órgano Interno de Control de Compañía Mexicana de Exploraciones, S.A. de C.V. (como Analista en materia de Responsabilidades Administrativas) y como miembro fundador de un despacho independiente que recién cumplió 4 años de vida, pero principalmente es reflejo de las enseñanzas de nuestros profesores de la Facultad de Derecho, de entre quienes recordamos con especial afecto a Alfonso Nava Negrete, Luis Javier Garrido, Julián Güitrón Fuentesvilla, María Leoba Castañeda, Omar Olvera de Luna, Eduardo López Betancourt, Roberto Terrazas Salgado, Alfredo Sánchez Alvarado, Carlos Rodríguez Manzanera y a los ya desaparecidos Enrique Sánchez Bringas, Delfino Solano Yáñez, Alfredo Saleme, María Isabel González y Ernesto Gutiérrez y González, maestros todos ellos que dejaron huella en nuestra formación como abogado, y a los que debemos sumar a un par de maestros que sin ser abogados, también contribuyeron en nuestra formación, hablamos en específico de Carmen Christlieb (de la Facultad de Ciencias) y Ariel Contreras (de la Facultad Filosofía y Letras), quienes en un seminario inductivo para la formación de profesores para el bachillerato de la UNAM, nos enseñaron que en la educación está la clave del cambio nacional.

Asimismo, es insoslayable reconocer que de entre las circunstancias invaluable que siempre tuvimos a nuestro favor, está el esfuerzo de las dos instituciones más importantes: nuestra familia y nuestra Universidad, que incesantemente removieron todos los obstáculos que negligentemente colocó el autor de estas líneas en el camino hacia su titulación; además, deseamos recordar que a lo largo de estos años de investigación, fuimos apoyados en todo momento por nuestros amigos de trincheras

jurídica: Félix Cortez, Santos Hernández, Isabel Ordóñez, Francisco Pérez, Claudia Cervera, Carmen Hernández, Michelle Muciño, Adriana Arroyo, Omar Herrera, Nelli Toxqui, Jorge García y Orlando Morales, colegas con los cuales hemos visitado paradisíacas regiones del mundo jurídico; y por otros amigos que sin estar vinculados a lo jurídico, siempre nos tendieron gentilmente su mano, hablamos muy en especial de Alejandra Vargas, Gabriela y Daniel Bautista, Karla Villaseñor, Alejandra Hernández, Iris Suárez, Blanca Jiménez, Elizabeth Garfias, Carlos García, Armando Salazar, Yenifar Gómez y Azucena Montoya.

Asimismo y para finalizar este rosario de agradecimientos, debemos reconocer que estamos en permanente deuda con Nieves Galicia Jiménez, una mujer que siempre confió en este proyecto y que sin pedir garantía de por medio le apostó todo a mi persona; sin su impulso, tenacidad, alegría, esperanzas, cálida presencia y permanente apoyo en todos, absolutamente todos los órdenes, este barco jamás habría llegado a feliz puerto.

A continuación damos formal inicio a la exposición de nuestro tema, esperando responder adecuadamente al apoyo recibido y a las expectativas generadas, cumpliendo de esa manera la esperanza depositada hace 60 años por Ignacio Villalobos en los estudiantes universitarios, cuando en su libro “La crisis del Derecho Penal”, impulsó a la juventud a tener “...valor para ser innovadores, pero en el sentido de un progreso objetivo, real y aceptado por la razón, no por la sugestión de las palabras en boga o por temor a la crítica... <teniendo presente> que una profesión científica no es sólo un modus vivendi, sino una categoría, una dignidad que hay que merecer y una responsabilidad que sólo puede afrontarse con inteligencia, con trabajo y con moralidad inquebrantable...”.

Francisco Javier Vargas García

Introducción.

La tarea primordial de todo expositor es generar interés en el receptor de su mensaje, pues de otra manera, corre el riesgo de invertir tiempo y esfuerzo en una empresa viciada de origen; por ello, con la presente introducción, deseamos despertar a quien tenga estas páginas en sus manos, lo que se conoce como la “cosquilla intelectual”, o sea, el interés en el tema que constituye la sustancia de este trabajo, haciéndole ver lo provechoso que le resultará dedicarle algunas horas al mismo, pues si bien es cierto que este trabajo es una concisa tesis de licenciatura, también es cierto que el autor de la misma, al concebirla, gestarla y presentarla, ha puesto la mirada muy en alto, y ha querido redactarla de una manera tal, que atraiga la atención de los que vivimos del Derecho y en el Derecho, pero además, la de los curiosos que sin estudios jurídicos oficiales, se interesan por estas cuestiones, por el mundo de la política, el Estado, las leyes, la justicia y la realidad mexicana.

Nuestro tema es la Responsabilidad Patrimonial del Estado, una figura controversial que se incorporó de una muy fallida manera a la Constitución Federal en nuestro corriente siglo XXI. Consiste básicamente en que el ciudadano común, puede confrontar directamente en los Tribunales a la máxima autoridad nacional: el Estado, con la finalidad de obtener la reparación del daño que éste le ocasione, a través de sus empleados, sin respaldo legal alguno que lo justifique.

Hemos querido abordar la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, desde una óptica amplia, que nos permita entender adecuadamente su complejidad; por ello, arrancamos nuestro análisis, estudiando a nuestro protagonista: el Estado; y al documento que le da forma, que le señala sus objetivos y le impone límites y condiciones en su actuación: la Constitución. Estamos convencidos de que a algunos les parecerá insensato abordar temas tan bastos en un trabajo tan sencillo

como el presente, no obstante, en nuestra defensa argumentamos que como la presente tesis aborda la incorporación al máximo ordenamiento jurídico nacional, del mecanismo a través del cual, un ciudadano cualquiera, puede reclamarle al Estado, detenedor legítimo del poder público, el pago de una indemnización, por el daño indebidamente irrogado a su esfera de derechos, bien vale la pena recordar, aunque sea someramente, qué es la Constitución y quién es el Estado, para así poder resaltar la pertinencia de la incorporación a nuestro máximo ordenamiento de la figura de la responsabilidad patrimonial estatal.

Sobre esa misma base, en nuestro segundo capítulo, explicamos la amplitud de la actividad estatal, pues en la medida en que ésta les ocasione daños indebidos a los particulares, es que habrá de configurarse la responsabilidad del Estado. A ese respecto, desde ahora avisamos que a lo largo de este trabajo, se ha utilizado el término "acto de gobierno", y no tanto "acto estatal o de Estado", porque el gobierno, es quien a través de sus integrantes, realiza actos concretos, a diferencia del Estado, que dada su naturaleza de persona moral, carece de materialidad física y no puede ejecutar por sí ningún acto. A nuestro parecer, la distinción Estado-Gobierno, es un tema muy interesante, que debiera ser conocido por cualquier mexicano, para que al momento de participar en política, se sintiera orgulloso de criticar y proponer cambios sustanciales en el Gobierno, procurando paralelamente el respeto irrestricto al Estado, pues como lo decimos en este trabajo, la naturaleza del Gobierno es el cambio, la del Estado es la continuidad y quietud; aquellos que piensen que lo anterior es una contradicción, seguramente encontrarán interesantes planteamientos en nuestro capítulo segundo.

En el capítulo tercero, el más amplio, estudiamos lo relativo a la responsabilidad, una figura que llamó nuestra atención desde que iniciamos nuestros estudios en la Facultad de Derecho de la UNAM, y

que hemos querido abordarla como se merece, esto es, con amplitud y valiéndonos lo mismo de la teoría general del derecho, que del derecho civil, penal y administrativo, resaltando en todo momento, que se trata de una figura común a todo el derecho, lo cual justifica nuestra idea de aplicar o recuperar la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad. Estudiamos la responsabilidad de inicio a fin, analizando lo mismo las diversas acepciones que dicho término tiene, que la manera en que surge, los casos que la excluyen, y la manera en que se repara.

La evolución del artículo 113 de la Constitución, que es el continente de la responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano, la analizamos en el cuarto capítulo de nuestra tesis, tomando como punto de partida para nuestro análisis el siglo XIX, estudiando también, el tratamiento que se le ha dado a esta figura en algunos ordenamientos secundarios, leyes ordinarias que sin tener como base algún precepto constitucional concreto, crearon para el Estado deberes de indemnizar.

El quinto capítulo, que es la cúspide de nuestro trabajo, está dedicado al análisis de la reforma constitucional de mérito, y su lectura le permitirá al lector del presente trabajo, comprender el alcance de tan relevante modificación a nuestra Carta Magna, las contradicciones contenidas en los dictámenes de las Cámaras Federales, y la interpretación que recientemente dio nuestro Tribunal Constitucional, al precepto constitucional que nos ocupa. Lo cual a final de cuentas, constituye nuestra humilde aportación al foro nacional, pues en la actualidad hay pocos trabajos que se metan de lleno a este tema.

Como es natural, en las últimas páginas del presente trabajo el lector encontrará la relación del material bibliográfico que utilizamos para respaldar nuestra investigación y las conclusiones a las que arribamos, sin embargo, sano resulta advertir que a lo largo de estas páginas se

encuentran sembradas diversas conclusiones, que con el objeto de no saturar el apartado final de la tesis se omitió su repetición.

Esperamos que el presente trabajo sea de utilidad para todo aquel que le prodigue un poco de su atención, pues es fruto del esfuerzo de un orgulloso egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Capítulo I El Estado y la Constitución.

I.1. El Estado.

El primero de los puntos que deben examinarse para entender adecuadamente lo relativo al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, recién incorporada al artículo 113 de nuestra carta magna, es “El Estado”, un tema sin duda complejo, que ha sido estudiado desde los más divergentes puntos de vista, por quienes se dicen ser los más versados en el conocimiento de “lo humano”, respecto del cual se han creado múltiples teorías, algunas de las cuales, al parecer son irreconciliables. Afortunada o desafortunadamente, en el presente estudio, no se busca decidir en definitiva cuál de las múltiples teorías formuladas respecto de la naturaleza jurídico-político-social es la universalmente válida, no obstante, debido a que aquí se pretende estudiar con seriedad una figura jurídica en la cual el Estado es el protagonista de este trabajo (como héroe o villano), resulta ineludible que el autor de estas líneas asuma una posición clara en torno a la naturaleza del Estado, la cual <sea dicho de una vez>, coincide con los planteamientos generalmente aceptados en esta materia, aunque con pequeñas variantes.

Siguiendo las líneas trazadas por Carlos Strasser¹ y por Ikram Antaki², consideramos que el ser humano es una criatura de la naturaleza, que al igual que cualquier otro ser viviente en este planeta, tiene necesidades individuales y colectivas, de tipo material e inmaterial; ahora, como dichas necesidades generan en el individuo malestar, disgusto y en ocasiones un peligro para su vida, el humano busca afanosamente encontrar el remedio para ese malestar, es decir, busca saciar sus necesidades. Algunas de ellas son fácilmente satisfechas por

¹ Vid. STRASSER, Carlos. Teoría del Estado. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996. 1ª parte.

² Vid. ANTAKI, Ikram. Manual del ciudadano contemporáneo. Ariel. México, 2000. Capítulo I.

el hombre, pues los satisfactores respectivos se encuentran en abundancia y alcanzan para todos aquellos que los necesitan, piénsese por ejemplo en la necesidad de proveer de oxígeno al sistema respiratorio o en la de recibir calor y luz solar, situaciones en las cuales el humano y cualquier ser vivo en general, disfruta del satisfactor sin necesidad de competir. Por desgracia, no ocurre lo mismo para todas las necesidades, ya que existe gran cantidad de éstas, para las cuales los satisfactores son escasos, en tales situaciones surge el conflicto, baste traer a la mente el pleito que tienen cada tarde las hienas contra el chita por el alimento, el combate habido entre dos carneros por la pareja para el apareamiento o más contemporáneamente, la pugna entre dos grupos de campesinos por “la tierra”, es más, no resulta disparatado incluir en el gran saco de los conflictos el desaguisado que se da cotidianamente en las escuelas preparatorias (e incluso Universitarias) por las bancas del final del salón de clases; como se ve, cada uno de los citados pleitos o disgustos giran en torno de un satisfactor escaso, que como vimos, puede ser de la más distinta naturaleza, pero que a final de cuentas es una necesidad pues existe un sujeto que lo desea y que si no lo obtiene, lucha de una u otra forma, por conseguirlo o arrebatarlo. Como quiera que sea, desde el momento en que existe una necesidad en varios individuos que no puede ser satisfecha por todos ellos de manera simultánea, nace el conflicto.

La humanidad ha vivido entre problemas y siempre vivirá entre ellos y nadie tiene porque asustarse ya que eso es parte de lo cotidiano, pues en igual circunstancia se encuentran todos nuestros compañeros de vida en la tierra; por suerte, en algún momento de la evolución humana, ésta especie o cuando menos algunos sectores de la misma, se hartaron de la situación constante de pugna y decidieron unir fuerzas para -entre todos- cubrir sus necesidades de manera más sencilla y para

someter a aquellos que amenazaren privarlos del disfrute de sus satisfactores, creando asociaciones para obtener la protección y el aseguramiento de los satisfactores individuales de cada uno de los miembros del grupo.

Ocurrido lo anterior, la humanidad se dividió en minúsculos grupos de individuos que ya no libraban batallas uno contra uno, sino de grupo contra grupo³, en las cuales es de suponerse que vencía el grupo más hábil, el más fuerte y/o el más numeroso; como quiera que haya sido en realidad el desarrollo de los combates (la investigación respectiva se la dejamos a los antropólogos), llegó un momento en el que el conglomerado humano, asentado de manera estable en cierta región geográfica, decidió poner un nuevo freno a los conflictos que ahora eran de mayor escala, y para tal efecto, encargó a un puñado de personas el mantenimiento de la convivencia pacífica entre los habitantes de la región, lo cual se consiguió mediante el uso (que degeneró en abuso) de la fuerza resultante de sumar las fuerzas individuales de todos los integrantes de la región, creándose en ese momento el poder colectivo que tomaría la forma y nombre de poder público cuando se instauraron reglas de convivencia y de organización, surgiendo de tal manera, el gobierno y su inseparable función de crear y hacer cumplir las reglas de convivencia a favor de la colectividad.

Mucho tiempo transcurrió y múltiples instituciones se crearon a partir de la rústica creación del gobierno y del poder público, pero de ello no hemos de ocuparnos, pues divagaríamos sin necesidad; baste decir entonces, que la vida del humano fue haciéndose menos salvaje, en tanto que los conflictos comenzaron a solucionarse de manera más pacífica, con menos violencia, lo cual resultó atractivo para los

³ Vid. RUSSELL, Bertrand. Autoridad e Individuo. 5ª ed. Fondo de Cultura Económica. tr. M. Villegas. México, 1967. Capítulo I.

integrantes del grupo, ya que podían buscar y disfrutar sus satisfactores con menos preocupación. Así, paulatinamente fue progresando la humanidad hasta que se crearon civilizaciones bien organizadas, en las que la figura del gobierno ya no era un incipiente y titubeante invento, sino que por el contrario, era un elemento clave en la vida cotidiana, v. gr. Egipto o Mesopotamia.

El gobierno se volvió por lo tanto una figura indispensable en cualquier civilización, sin embargo, con el pasar de los siglos, se descubrió que al estar el poder en manos de un individuo o de un grupo de individuos, se producía el inconveniente de que éstos podían ejercerlo para los fines que ellos quisieran y sin recato alguno, por ello, con el transcurrir de las décadas, los grandes grupos sociales asentados en diversos países (aún no Estados), decidieron cambiar la situación y encargar el ejercicio del poder a una institución, a un ente ficticio, carente de malas intenciones o torcidos intereses: el Estado, una persona moral que persiguiera la obtención de los ideales comunes de la mayoría, que por lo tanto y dada su naturaleza bondadosa no pudiera ser depuesta en el ejercicio del poder, aunque sí pudieran serlo en cambio, las personas físicas que materializaban en hechos concretos las actividades encomendadas al Estado, esto es, el gobierno del Estado.

Entrando ahora a la evolución del término “Estado”, debemos recordar que dentro de las civilizaciones griega y romana, las figuras “poder público” y “gobierno” sí existían, no así, el término “Estado” que es de cuño relativamente reciente, en el largo camino de la historia, o si existía, tenía una significación diferente a la utilizada ahora: “los griegos no poseyeron en realidad un vocablo cuya significación expresase, de modo preciso, la relación en que se encontraban los territorios de la Hélade respecto de sus habitantes... a la organización de una comunidad que hoy nosotros denominamos Estado, ellos la designaban

polis, concepto idéntico al de ciudad... los romanos denominaron originariamente civitas a la ciudad Estado. Pero más tarde, como objeto de la consideración filosófica también a la comunidad de individuos, usaron la designación de res pública para expresar con ella “la cosa común” es decir, lo que jurídicamente correspondía al conjunto de funciones y de bienes pertenecientes a todos los ciudadanos. Más tarde utilizaron ésta última para expresar a la comunidad política misma... <La> expansión territorial... <produjo una> transformación conceptual. Se usaron así los términos de res pública primero y de imperio después no para expresar al Estado romano mismo, sino para designar al poder de mando... reservándose las expresiones populus y gens para denominar ya al pueblo todo, ya a un conjunto de familias integrantes del pueblo... no obstante estas denominaciones usuales, Ulpiano y Aurelio Víctor emplearon respectivamente los términos status reipublicae y status romanus para referirse al Estado romano considerado como entidad jurídico política”⁴

Llegada la Edad Media, el concepto de “Estado” aún no aparecía, pues si bien es cierto que existieron términos relacionados, tales como “land, civitas, tērra y burg” los mismos únicamente se referían a lo que ahora conocemos como “territorio” o superficie material del Estado. Fue Italia el sitio donde comenzó a utilizarse el término “lo stato” para designar a toda organización jurídico política y a su forma de gobierno, siendo Maquiavelo, el primero en utilizar dentro de una publicación tal sentido, asimismo a Bodin debe atribuírsele la distinción entre lo que es el Estado en sí y la forma del mismo. En los siglos XIX y XX, el término Estado adquirió particular importancia y su estudio se intensificó, no obstante ello, lejos de lograrse la unificación de criterios en torno a la naturaleza y composición del Estado, lo único que se logró fue la

⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo X. Driskill, Buenos Aires, 1989. pp. 816 - 817.

formulación de teorías divergentes que por su complejidad, producen más preguntas que respuestas; desatando más polémicas de las ya existentes.⁵

I.1.1 Concepto de “Estado”.

Pretender citar, exponer y comparar un número considerable de las múltiples definiciones elaboradas en el siglo recién pasado para explicar la naturaleza y fines del Estado es una tarea titánica, que por su dimensión no puede ser abordada en este estudio, bástanos por lo pronto, enunciar algunas de esas definiciones y citar algunos de los campos de “lo social” que han abordado el tópico estatal.

Desde un punto de vista sociológico el “Estado” puede identificarse con la sociedad, pues representa la totalidad orgánica y funcional de la vida humana; no obstante ello, también dentro de ese punto de vista, existen voces que contraponen al Estado y a la Sociedad, identificando a aquél con lo artificial y ajeno a la naturaleza humana y a ésta como la situación normal de la vida colectiva humana, haciendo radicar la disociación, en el hecho de que teóricamente en la Sociedad sin Estado el hombre se comporta con plena libertad, mientras que en la Sociedad con Estado el hombre actúa en forma reprimida y por tanto innatural⁶.

Desde un diverso ángulo, los historicistas identifican al “Estado” como el actuar pasivo de la humanidad y a la “Historia” como su actuar dinámico, es decir, cuando algún acontecimiento rebasa los límites de la monotonía o cotidianeidad deja de ser estático y se convierte en histórico⁷.

Desde un punto de vista político - jurídico, aquellos que consideran existente la noción de “Estado” desde la antigüedad, afirman que Platón

⁵ Ídem.

⁶ op. cit. p. 818

⁷ Ídem.

concebido al Estado como un organismo (constituido por individuos) equiparable al hombre, que observa un comportamiento semejante al habido entre el ser humano y sus órganos; por su parte Aristóteles consideró al Estado como una alianza o asociación permanente hecha para realizar un fin particular que es el logro de la virtud y la felicidad de todos los hombres, es la síntesis social suprema, que de acuerdo al tenedor del poder supremo se puede clasificar en monarquía, aristocracia y democracia (si el poder se ejerce en beneficio de la colectividad), tiranía, oligarquía y demagogia (si el poder no se ejerce en beneficio de la colectividad); Cicerón por su parte, consideró al Estado como un orden creado por la naturaleza, estructurado por el instinto humano tendiente siempre a la vida social, políticamente ordenada; algunos filósofos cristianos tomaron como punto de partida el hecho de que Dios es el centro generador de todo poder y en ese entendido el Estado sólo podía ser concebido como producto de origen divino, dentro del cual la Iglesia debe ser la institución fundamental, San Agustín mencionó que el Estado debe apoyar a ésta en la consecución de sus fines, esto es, el Estado debe estar subordinado a la Iglesia, Santo Tomás tuvo una concepción menos radical y mencionó que la finalidad del Estado es establecer un orden de vida dentro del cual se debe buscar la satisfacción de las necesidades humanas en tanto éstas están determinadas por la Providencia; Maquiavelo por su parte cambió la manera de abordar el problema estatal y abandonó el romanticismo conceptual que imperaba y con particular objetividad comenzó a formular teorías producto de la observación de la realidad imperante en su entorno y en su época; Bodin identifica y fusiona el poder y la soberanía con el gobierno; llegados nuevos tiempos, Hobbes presenta una teoría que no a todos agrada pero que resulta creíble, basándose en el egoísmo nato del hombre y en la necesidad de una convivencia social

ordenada, postula que para lograr el orden social los individuos deben renunciar parcialmente a su consustancial libertad ilimitada, conferirla al monarca y facultarlo para crear y aplicar las leyes necesarias para hacer efectiva la citada convivencia pacífica; avanzados ya los estudios sobre el ejercicio del poder, Montesquieu pugna por la instauración de sistemas en los que exista una división total de los órganos funcionales del Estado, argumentando que solo el poder puede detener los excesos del poder; Rousseau aporta al estudio del poder y la sociedad su teoría contractualista, que se basa en el hecho de que el proceso de corrupción humana se inició y se acentuó conforme se consolidó la propiedad privada, la cual ha desjerarquizado la bondad humana creando un plexo de privilegios y subordinaciones que solo pueden ser eliminadas a través de la Constitución de un “Estado social” que restituya en parte la igualdad y asegure la libertad; ya en épocas más próximas, y dentro de lo que ya podría llamarse con justicia Teoría del Estado, el alemán Gerber intentó una sistematización científica del Estado, considerándolo desde un aspecto jurídico puro, sin inclusión de cuestiones éticas y sociales, postula que el pueblo se convirtió por virtud del Estado en una colectividad jurídica, en una personalidad jurídica consciente de sí misma y capaz de querer, ejercitante de un poder de dominar designado poder público; Max Seydel criticó a Gerber asegurando que el Estado no tiene ninguna personalidad jurídica, pues ésta es atributo de personas físicas, el Estado en cambio, es un conjunto de hombres que habitan un territorio y que están dominados por una voluntad superior, la cual por supuesto, no la ejerce el Estado, sino un soberano o dominador; Jellinek impactó al mundo jurídico con sus ideas al postular la conceptualización del Estado en dos vías no necesariamente desvinculadas entre sí, la social y la jurídica, correspondiendo a la primera de ellas definir al Estado como “la unidad de asociación dotada originariamente de un

poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio” y a la segunda como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio...o... la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”; Duguit, pugna por el abandono de toda teoría sustentada en concepciones apriorísticas, y se da a la tarea de integrar una teoría que se adecue a la realidad, poniendo particular acento en la inexistencia de legitimidad o ilegitimidad en el poder político, en la distinción gobernantes – gobernados, y en la causa finalista del Estado: el servicio público (lo indispensable para la vida social); llegados nuevos tiempos, el tan vitoreado Hans Kelsen, con una visión demasiado jurídica afirmó que el Estado es un sistema normativo o cuando menos, la más alta expresión de su unidad; para finalizar este recuento teórico debemos decir con justicia que el último gran autor causante de revuelo mundial por sus concepciones del Estado, lo fue Heller, quien habiendo observado los múltiples debates generados en torno a este tema, descubrió con particular sapiencia que el Estado es un producto del acontecer humano y que por lo tanto, su suerte va de la mano de la realidad cambiante del ser humano, que no es un producto estático, sino por el contrario dinámico, en el que existen elementos constantes (territorio y población) y elementos variantes, que en un momento y en un lugar determinado puede considerarse como fundamentales, pero que con el paso de los años pierden esa calidad, dicho autor identificó al Estado como una función social, como el sujeto organizador y activador de la cooperación social en un territorio exclusivo, que actúa de manera autónoma y al cual se le atribuye, con necesidad política, el gobierno, es en suma, una unidad soberana organizada de decisión y de acción que existe en la multiplicidad de centros reales que estructuran el todo social,

que puede aplicar, de forma exclusiva, el poder físico coactivo en la ejecución de sus decisiones⁸.

Tomando un poco de cada uno de los autores anteriormente nombrados, modestamente, nosotros entendemos al Estado como una persona jurídica que a través del ejercicio legítimo e independiente del poder público que detenta, pretende la obtención del orden y el bien común entre las personas que se hallan en el territorio donde despliega tal potestad.

I.1.2 Elementos del “Estado”.

Nuestra definición de “Estado” es integradora de diversos elementos que se fusionan en un todo distinto a la simple yuxtaposición de los componentes, no obstante ello, conviene puntualizar a continuación cuál es el alcance de cada uno de esos elementos componentes, mismos que para efectos del presente trabajo serán considerados con igual importancia o jerarquía, integrados al todo llamado “Estado” en un mismo momento, es decir, no discutiremos si tal o cuál elemento es mayormente constitutivo del Estado o si se requiere de la primigenia integración del elemento “A” con el elemento “B”, para después poder sumar el elemento “C”.

Entremos pues al análisis de los componentes del ente jurídico “Estado”: El territorio, el pueblo soberano, el poder público y el gobierno independiente.

I.1.2.1 El Territorio.

Suele decirse que “territorio” es un término que deriva etimológicamente de la raíz correspondiente a “tierra”, sin embargo, José López Portillo apunta que para el jurista Perasi, territorio es un término

⁸ op. cit. pp. 822 – 853.

que proviene de la raíz “terreo territo” que significa terror o espanto, notas con las que bien puede identificarse el ejercicio del poder público o a la soberanía en la más radical de sus diversas acepciones⁹.

En su obra “Génesis y Teoría general del Estado Moderno”, López Portillo acertadamente menciona que existen tres teorías explicativas de lo que jurídicamente debe entenderse al hablar del territorio. La primera de ellas ve al territorio como un objeto sobre el cual, el Estado, como corporación o persona jurídica, puede hacer y deshacer a su antojo, un bien sobre el cual, el Estado ejerce un derecho real equivalente al de propiedad, y por ende, el territorio se encuentra dentro del patrimonio de la persona jurídica estatal¹⁰. La segunda de las teorías considera al territorio como elemento esencial para la integración del Estado, algunos autores, se enfrascan en discusiones relativas a determinar si el territorio efectivamente es un elemento del Estado o en realidad es un presupuesto; consideramos innecesario hacer eco a ese debate, sencillamente nos limitamos a dejar constancia al respecto. La tercera de las teorías apuntadas en el texto de mérito ve al territorio como límite para el ejercicio del poder público, es decir, el Estado como sujeto detentador y ejercitante exclusivo del poder público en un área geográfica tridimensional (suelo-aire-mar, o bien, longitud, latitud y profundidad) tiene la facultad de crear normas jurídicas, mismas que en principio sólo habrán de tener por destinatarios a aquellos individuos que se encuentren <de forma constante o transitoria> dentro de la referida circunscripción geográfica, el territorio sirve por lo tanto como un criterio

⁹ LÓPEZ PORTILLO Y PACHECO, José. Génesis y teoría general del Estado. 3ª ed. IEPES-PRI. México, 1976. p. 451.

¹⁰ Férreo crítico de esta postura es **Jellinek**, quien al respecto manifiesta que “Jamás puede el Estado directamente... ejercer dominio sobre el territorio...<pues éste> se exterioriza por acciones físicas...el dominio sobre el territorio es imperium...el derecho al territorio...es reflejo del dominio sobre las personas...” JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. 1ª ed. en español, 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica. tr. Fernando de los Ríos. México, 2004, p. 372.

determinante o identificador de las personas sobre las cuales el Estado habrá de ejercer el poder público que detenta, pues todo aquel que se encuentre en el área geográfica determinada por las leyes como espacio terrenal correspondiente a un Estado, se hallará sometido al poder público correspondiente a ese Estado, y a contrario sensu, en principio todos los individuos que se hallen fuera del espacio territorial donde un Estado ejerce el poder público de manera exclusiva no se encuentran obligados al cumplimiento de las normas emitidas por éste, ni pueden ser sancionados por ese Estado, al no cumplir lo preceptuado por una norma vigente solo en aquel espacio territorial, en suma, esta concepción del territorio es indispensable para fijar el espacio geográfico de validez de una norma jurídica y el espacio competencial del Estado¹¹.

Algo hay de cierto y compartible en cada una de las concepciones antes anotadas, por ello no dudamos en hacer nuestros los comentarios del maestro Ignacio Burgoa, quien de manera textual expone “...conclusión... el territorio como elemento del Estado es el espacio terrestre, aéreo y marítimo sobre el que se ejerce el imperium o poder público estatal al través de las funciones legislativa, administrativa y judicial o jurisdiccional, o sea, la demarcación geográfica dentro de las que éstas se desempeñan... el ejercicio extraterritorial de las citadas funciones es inadmisibile... Además, todos los bienes de cualquier especie que en él se hallen o que natural o físicamente lo compongan, son susceptibles de ser materia de las mismas funciones, es decir, del imperium del Estado. Sin embargo, tales bienes pueden ser igualmente objeto de dominium estatal en una perspectiva o relación jurídica

¹¹ LÓPEZ PORTILLO y PACHECO, José. op. cit. pp. 451–452.

diferente, esto es, no como materia sobre la que se ejerce el poder público, sino como elementos que integran el patrimonio del Estado”¹².

Para el caso particular de México, es del todo aplicable lo sostenido por el maestro Burgoa, pues efectivamente, en la extensión geográfica respectiva sólo el Estado Mexicano puede desplegar su imperium sobre las personas que se encuentran en el mismo, además, desde otro punto de vista, el Estado Mexicano, para lograr sus fines, legalmente puede explotar esas tres dimensiones geográficas: aire, tierra/mar y subsuelo.

A efecto de recordar cuál es el alcance del territorio correspondiente al Estado Mexicano, enseguida transcribimos un par de artículos constitucionales idóneos al respecto:

Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

...

<Sexto Párrafo> La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

Artículo 42.- El territorio nacional comprende:

I.- El de las partes integrantes de la Federación;

II.- El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

¹² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 18ª ed. Porrúa. México, 2006. p. 163.

- III.- El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV.- La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V.- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI.- El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

Analizado que fue el primero de los elementos de nuestra definición de Estado, pasaremos enseguida estudio, del segundo de los elementos de tal corporación jurídica, el pueblo, con su ineludible carácter, en nuestro sistema jurídico vigente, de “soberano”.

I.1.2.2 El Pueblo Soberano (y referencias paralelas sobre la Población).

A excepción del último párrafo, consideramos poco criticables y sí en cambio muy compartibles las aseveraciones hechas por Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllón en el Diccionario Jurídico Mexicano, al definir el término “pueblo”, por tal motivo consideramos indispensablemente honesto transcribir el desarrollo de esa voz:

“Pueblo. I. (Del latín *populus*) Término que tiene diversos sentidos, de los cuales se desarrollarán los siguientes: el geográfico (pueblo como ciudad o villa); el demográfico (pueblo como conjunto de habitantes de un territorio); el sociológico (pueblo como nación); y el jurídico-político (pueblo como unidad titular de la soberanía y como elemento constitutivo del Estado).

“II. En geografía política, pueblo se refiere a un centro de población de pequeñas dimensiones... en virtud del uso predominantemente coloquial de “pueblo” en esa acepción, no existe un

criterio uniforme para aplicarlo a un determinado centro de población, y en muchas ocasiones tal denominación no tiene importancia práctica. Los criterios que sirven para considerar a un centro de población como pueblo se encuentran en las leyes orgánicas municipales de las entidades federativas y atienden principalmente al número de habitantes, y en algunos Estados, a los servicios con que cuenta la población. Es necesaria una declaración de la legislatura estatal para que un centro de población adquiriera la categoría política de pueblo.

“III. En cuanto el término “pueblo” se refiere al conjunto de habitantes de un territorio, alude al sentido más propio de la población <demográfico>. La Ley General de Población regula los fenómenos que afectan al volumen, dinámica, estructura y distribución de la población en el territorio nacional.

“IV. Desde una perspectiva sociológica “pueblo” se identifica con nación, esto es, el conjunto de seres humanos unidos por un sentimiento de pertenencia nacional. Este sentimiento se funda en una pluralidad de factores: entre los más significativos se encuentran la afinidad racial, la comunidad cultural – en especial lengua y región – y la comunidad de destino político. Una comunidad nacional es el resultado de una larga y compleja evolución histórica y social en la que ninguno de los elementos mencionados puede constituirla por sí solo, dada la dificultad de determinar la relevancia específica de éstos en la realidad...

“V.1) La teoría del pueblo como toda comunidad política titular de la soberanía aunque con antecedentes en derecho romano y en la ideas contractualistas de fines de la edad media, alcanza su expresión más acabada en el pensamiento de J. J. Rousseau.

“Este autor se pregunta cómo se forma un “yo común” a partir de voluntades aisladas. En su explicación, diferencia entre voluntad de todos y voluntad general. La primera es la mera suma de voluntades

individuales. La segunda es cualitativamente distinta, y se define como la búsqueda del interés general de la sociedad. De este modo, el conjunto de individuos se constituye en un pueblo, que es soberano porque no puede más que querer el interés general, y no puede tener más que una voluntad general –cuya expresión es la ley- a la cual quedarán sometidas las voluntades individuales en virtud del pacto social.

“Resulta así que en lugar de la persona particular de cada contratante, el acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo. La persona pública que así se constituye toma el nombre de República, o cuerpo político. Los asociados “toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana y súbditos por estar sometidos a las leyes del estado”...

“Las ideas de Rousseau son las que permean el constitucionalismo mexicano. Aparecen en su mayor pureza en los artículos 2º y 5º de la Constitución de Apatzingán de 1814, antecedentes del artículo 39 de la Constitución vigente según el cual la soberanía nacional reside originariamente en el pueblo, y el poder dimana directamente de éste y se instituye para su beneficio.

“2) Desde el punto de vista jurídico, y en el ámbito de la teoría tradicional del Estado, el pueblo es uno de los elementos constitutivos de éste.

“Así, para Jellinek el pueblo es tanto sujeto como objeto de la actividad del Estado, cualidades que han sido diferenciadas gracias a la moderna teoría de la soberanía. “Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho”.

“De aquí resulta que el individuo posee una esfera de derecho público, que en la práctica se traduce en una serie de derechos fundamentales que aquél tiene frente al poder del Estado.

“Para Kelsen el pueblo son los seres humanos que residen en el territorio estatal, considerados unitariamente. Así como el Estado sólo tiene un territorio, del mismo modo sólo tiene un pueblo, y así como la unidad del territorio es jurídica, lo mismo ocurre con el pueblo.

“En consecuencia, el pueblo del Estado son los individuos cuya conducta se halla regulada por el orden jurídico nacional; trátase, en última instancia, del ámbito personal de validez de dicho orden.

“Un individuo pertenece al pueblo de un Estado sólo si queda incluido en el ámbito de validez de su orden jurídico. Por otro lado, el pueblo sometido al poder de regulación de un Estado no es idéntico a la suma de sus nacionales, pues extranjeros y apátridas también se encuentran sujetos a él. Para resolver este problema, Kelsen establece que el ámbito personal de validez del orden jurídico nacional se halla limitado por el derecho internacional”¹³.

En esencia coincidimos con lo apuntado en el citado diccionario jurídico, pues efectivamente “pueblo” es un concepto que se utiliza para designar lo mismo a sujetos que a objetos, esto es, se emplea para hacer referencia a un sitio y para designar a los individuos habitantes de una región geográfica determinada, haciendo referencia o no a su participación en la toma de decisiones fundamentales para la adecuada convivencia social.

Diferimos, por otra parte, con los citados autores en cuanto a su criterio de encasillar al término “población” dentro del área demográfica; consideramos por el contrario que “pueblo” y “población” son conceptos

¹³ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. T. IV (P-Z). 13ª ed. Porrúa. México, 1999. pp. 2640-2641

de índole jurídica, que se refieren efectivamente a un conglomerado inmenso de personas, pero que se diferencian en que el primero de los términos se refiere al conjunto de individuos facultados por la ley para participar en la toma de las decisiones políticas fundamentales del Estado, y por su parte, el segundo de los términos equivale a la suma de los individuos que habitan (aunque sea transitoriamente) el territorio donde el Estado ejerce su imperium y cuya conducta, por lo tanto, se encuentra regida por la normatividad emitida por Estado al que se atribuye el territorio de referencia¹⁴.

Pueblo y población, son conceptos tan próximos, que el primero queda subsumido en el segundo, pues todos aquellos que participan en la toma de las decisiones fundamentales del Estado se encuentran obligados por la normatividad emitida por éste, sin embargo, no todo individuo sometido al derecho emanado del Estado tiene la capacidad para participar en la toma de las decisiones fundamentales de éste.

Con mucha razón, algunos preferirán la utilización del concepto “ciudadanía” en lugar de “pueblo” para designar a la colectividad de personas facultadas para participar en la fijación de las directrices más rudimentarias y fundamentales de un Estado, y esto resulta sin duda válido, no obstante, el suscrito considera que “pueblo” es un término con mayor fuerza emotiva y por lo tanto se prefiere su uso en este trabajo.

Se resalta al pueblo y se deja en segundo plano a la población, porque desde una óptica jerárquica <como la asumida en este trabajo> tiene mayor importancia el que ordena <el pueblo> y no el que obedece <la población>; cierto es que no existe Estado sin población, pero menos

¹⁴ La distinción apuntada es del todo aplicable a las Repúblicas como la existente en México, sin embargo, a no dudarlo, a lo largo de la historia han existido organizaciones socio-políticas (países), en los cuales la soberanía reside en alguien distinto a un gran conglomerado social al que nosotros llamamos pueblo, en tales casos, creemos que no existe Estado (en los términos en que actualmente se le concibe), ni existe pueblo, existen Países con Gobierno y Población.

aún puede haber Estado sin pueblo, pues no habría sujetos que con ánimo fundador dieran origen a un ente jurídico capaz de instaurar el orden e impulsar el bien común entre las personas habitantes de cierta demarcación geográfica, ni habría sujetos facultados para transformar las estructuras del Estado y para dirigir grosso modo el rumbo de éste.

Desde nuestra óptica, el pueblo tiene mayor relieve que la población, y por lo tanto, es a aquél y no a ésta a quien se le da un trato conceptual preferente, sentimos diferir con otros, pero lamentaríamos más dejar a un lado nuestra personal visión en la materia.

Visto lo anterior, pasemos ahora al estudio de la soberanía, que a decir de Héctor González Uribe, con quien compartimos posición ideológica "... no siempre aparece con suficiente claridad en la mente de los juristas... Su significado primordial es el que corresponde a su origen etimológico (del latín SUPERARE: sobrepujar, sobresalir, superar; de donde viene SUPERIRITAS: primacía, superioridad) e indica un poder supremo, que está por encima de todos y tiene la primacía entre otros poderes. Este poder supremo sería el analogado principal... "soberanía": poder supremo... tres artículos constitucionales consagran el principio de la soberanía nacional en términos solemnes y definitivos <artículos 39, 40 y 41>... El artículo 39... <establece que> el conjunto de seres humanos que habitan en el territorio de México y tienen características comunes de civilización, de cultura espiritual y de aspiraciones a la libertad y a la independencia se estima capaz de regir sus destinos en forma autónoma, por medio de un poder supremo, no sometido a ningún otro, ni en el interior ni en el exterior... poder supremo que proviene del pueblo... El artículo 40 habla de la forma de gobierno. No utiliza expresamente la palabra "soberanía", pero al mencionar la "voluntad del pueblo mexicano" se está refiriendo, a esa capacidad del pueblo para

governarse como le parezca mejor, sin tener que recurrir a otro poder más alto, con lo cual no queda duda de que se trata de la soberanía...”¹⁵.

Aurora Arnáiz Amigo menciona acertadamente sobre el particular que “Por soberanía se entiende, según se desprende de las consideraciones generales antedichas, la voluntad política suprema de un pueblo, creadora de los principios jurídicos. Es la facultad, otorgada por el pueblo al Estado, para crear y garantizar el derecho positivo... La vida del hombre, dentro de una asociación humana y política exige el reconocimiento a una voluntad soberana rectora. Lógica e históricamente esta voluntad pertenece al pueblo por propio derecho”¹⁶.

Por nuestra parte, consideramos que efectivamente la soberanía es la facultad exclusiva e inobjetable que se tiene para decidir en única instancia la estructura y rumbo del Estado; en el caso mexicano, la Constitución reconoce como titular de dicha facultad al pueblo, por lo tanto, corresponde a éste decidir de qué manera habrá de ejercerse el poder público, cómo puede accederse a dicho ejercicio, quién será el encargado de tal ejercicio y cuáles serán las áreas en las que el poder público tendrá mayor atención y cuáles son las áreas en las que el mismo no puede tener ingerencia. A este respecto, hacemos nuestra la aclaración de Aurora Arnáiz “El pueblo, reunido en ciudadanía, es el sujeto activo de la soberanía. Los ciudadanos aislados o asociados, supeditados a la obediencia, son los sujetos pasivos de las leyes”¹⁷, es decir, la soberanía corresponde al pueblo como colectividad y no a cada uno de los integrantes del pueblo.

Lo antedicho no son sueños bucólicos, es reflejo de la realidad, pues tras serias convulsiones políticas, el pueblo se ha organizado en

¹⁵ GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Hombre y Estado. Porrúa. México, 1988. pp. 215–221.

¹⁶ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. Soberanía y potestad. T. I. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1971. pp. 40-41.

¹⁷ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. op. cit. p. 108.

grandes grupos que de diversas maneras logran hacer escuchar sus ideales y en mayor o menor medida implantarlas en la configuración del Estado; en ese sentido, compartimos lo dicho por Arnáiz Amigo en su libro “Soberanía y potestad” al afirmar que existen momentos en los cuales el pueblo por imprudencia se desinteresa en la toma de las decisiones fundamentales del Estado, situación que deriva en la toma de decisiones autoritarias, lastimosas quizá del propio pueblo, pero no por ello, debe decirse que el pueblo ha perdido la soberanía, pues ésta le es congénita, y en el momento en que se decida, podrá hacerla valer con brío y señorío.

Para el ejercicio de la soberanía el pueblo no cuenta con medios estrictamente directos, pues resulta imposible una deliberación simultánea y coordinada entre varias decenas de millones de individuos, por ello, el propio pueblo ha creado organizaciones de muy diversa denominación e índole v. gr. asociaciones políticas, partidos políticos, sindicatos, ligas obrero-campesinas, comités estudiantiles, asociaciones comunales, círculos culturales, etc., que representan el sentir de diversos grupos del pueblo, los cuales con su acción e insistencia logran de la mayoría de los integrantes del pueblo, la aceptación y la adopción de su criterio como el correcto y adecuado. Se toma por lo tanto como acuerdo emanado del pueblo, toda aquella determinación respaldada por la mayoría de los individuos integrantes del pueblo, respaldo que puede expresarse con la acción (promoción) y con la omisión (aceptación).

El pueblo, como se dijo, es quien toma las determinaciones de mayor envergadura en un Estado; al ser tales resoluciones poco prácticas por etéreas, se vuelve indispensable la concreción de las mismas, su transformación en leyes e instituciones. La tarea de concretización de las ideas emanadas genuinamente del pueblo y la función garante del cumplimiento de tales ideas, corresponde al Estado,

a través de su brazo funcional: el gobierno, concepto del cuál hablaremos en el siguiente apartado.

El pueblo crea al Estado para conseguir dos objetivos: el orden y el bien común. Utiliza entonces al Estado como instrumento para la consecución de esos fines, dotándolo de lo que llama Jellinek un poder de dominación o de mando suficientemente correspondiente a la dimensión de su tarea en el área geográfica denominada “territorio del Estado”, ahora, como el Estado es un ente incorpóreo, se vuelve indispensable la existencia de un elemento funcional, de un conjunto de personas capaz de realizar la tarea encomendada al Estado por el pueblo, esto es, el gobierno.

Es correcto afirmar en la parte final de este apartado que el pueblo es el titular de la soberanía, luego, el Estado no es el titular de esa soberanía, lo es en cambio de la potestad, que no es otra cosa que la facultad para materializar en leyes e instituciones los dictados del soberano. Mario de la Cueva respecto de la soberanía acertadamente apuntó que “la doctrina de la soberanía del pueblo... significa que la base de la vida política de las comunidades humanas es el pueblo, lo cual conlleva... que el Estado no puede ser un ente que exista en sí y para sí: si todo el poder político radica en el pueblo... y consecuentemente, si nadie, ya sea persona física o jurídica, puede atribuirse la titularidad del poder ni ejercer más atribuciones de las que le ha concedido el pueblo, el estado sólo puede ser la suma de las jurisdicciones creadas por el pueblo para la efectividad del orden jurídico creado por el mismo pueblo en su constitución”¹⁸.

Resta solamente puntualizar sobre este tópico que compartimos la idea que considera a la soberanía como un derecho de exclusividad

¹⁸ CUEVA, Mario de la. La idea del Estado. 5ª ed. UNAM-Fondo de Cultura Económica. México, 1996. p. 133.

existente al interior de un Estado, pero que al exterior, esto es, en la relación Estado – Estado, no puede existir la pretendida soberanía pues “...en su aspecto externo, la llamada soberanía debe entenderse, más bien, como autonomía, autodeterminación, independencia, libertad, puesto que ningún Estado soberano en su régimen interno puede ser considerado como supremo en el orden internacional...”¹⁹; la soberanía, por lo tanto, desde un punto de vista interno es un derecho exclusivo de decisión que corresponde únicamente al pueblo, según lo preceptúa el artículo 39 de la Constitución Federal, y desde el punto de vista externo, puede ser entendido como el mismo derecho de exclusividad pero respecto de Estados o grupos extranjeros, que lleva implícito un deber de medida, de no intromisión en la toma de decisiones hecha por los pueblos de otros Estados, de cuyo cumplimiento depende en buena medida la tranquilidad en el ejercicio de la llamada soberanía interna.

Estudiemos pues al gobierno, brazo funcional del Estado, que a través del ejercicio del poder público, despliega la potestad derivada de la soberanía del pueblo.

I.1.2.3 Poder público y gobierno independiente.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española “poder” proviene del latín “potere”, y significa entre otras cosas ~. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo; ~.Tener más fuerza que alguien; ~.Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo; ~.Gobierno de un país. ~.Acto o instrumento en que consta la facultad que alguien da a otra persona para que en lugar suyo y representándole pueda ejecutar algo; ~.Posesión actual o tenencia de algo; ~.Fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío;

¹⁹ GONZÁLEZ URIBE, Héctor. op. cit. p. 220.

~.Suprema potestad rectora y coactiva del Estado²⁰; las acepciones resaltadas con negritas son las que consideramos más adecuadas para explicar el punto que se desarrolla en este apartado.

El poder (sin adjetivos) junto con Bodeheimer²¹ y tomando en cuenta las acepciones recién apuntadas, lo definimos como la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia que al respecto opongan otros individuos u otros grupos; es por lo tanto, una facultad que se tiene para imponer patrones de conducta y en un momento dado reprender a todo aquél que ose desobedecer tales reglas de conducta; recibe el calificativo de público el poder cuando es ejercido (o se dice que es ejercido) en pro de los intereses del pueblo. Ahora, si se analiza con detenimiento lo apuntado, se concluirá con todo acertadamente que dentro del territorio de un Estado, existen muchos individuos con “poder”, pues de una o de otra manera, imponen a uno o varios individuos una forma de ser y de actuar sea a través de la utilización de sus recursos económicos, de sus encantos físicos o afectivos, de su jerarquía familiar, de su prestigio y/o de su posición social, sin embargo, y esto es lo importante, dentro del territorio controlado por el Estado sólo existe dentro un ente suficientemente legitimado para reprender la inobservancia de sus instrucciones: El Estado mismo, pues él, como persona moral, tiene intrínsecamente la posibilidad de ejercer el poder de referencia, es decir, de acuerdo con la naturaleza y los fines del Estado, sería inconcebible éste si se encontrara desposeído de la citada facultad preceptuadora y sancionadora, misma que por cierto, debe aparecer consignada en el primigenio ordenamiento jurídico.

²⁰ Diccionario de la Lengua. 20ª ed. Consultado en la p. Web oficial de la Real Academia Española (<http://www.rae.es>)

²¹ BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. 2ª ed. en español. Fondo de Cultura Económica. tr. Vicente Herrero. México, 1964. p. 15.

Importante resulta ahora precisar que el titular original del poder público, de la facultad ordenadora y sancionadora, es el pueblo, sin embargo, para efectos prácticos el ejercicio de tal facultad lo delega a una persona moral²², el Estado, quien aunque lo detenta y lo ejerce no lo tiene como propiedad, pues al Estado se le permite el ejercicio de tal facultad con el único propósito de que logre el orden y el bien común al interior de un territorio, observando en todo momento las restricciones que para tal efecto se hayan contenidas en dos diversos tipos de normas jurídicas: aquellas las que acertadamente se cataloga de “derechos fundamentales” y aquellas que fijan de manera específica el ámbito competencial de la actividad estatal, es decir, al mismo tiempo en que se le otorga al Estado la capacidad para imponer el orden y buscar el bien común a través de la realización de diversos actos jurídicos (emisión de normas, ejecución de las mismas y sanción a los desobedientes de la norma) y actos físicos (organización y utilización de recursos humanos y materiales), se le imponen al Estado todas las restricciones comprendidas en los siguientes principios: 1. El Estado puede hacer todo aquello que le está explícita e implícitamente permitido por las normas jurídicas; 2. El integrante de la población del Estado puede realizar todo aquello que no le está explícita o implícitamente prohibido por las normas jurídicas y 3. El Estado nunca puede transgredir so pretexto de ejercer sus facultades, los derechos consignados en las normas jurídicas calificadas como fundamentales.

El poder público lo identificamos por lo tanto con el “imperium” respecto del cual Jellinek decía que es un poder de mando, referible a

²² Por tal motivo coincidimos con Serra Rojas quien afirma: “todo grupo humano que se propone fines, necesita entregar la dirección del mismo a una persona o grupo de personas a los que reviste de la suficiente autoridad o poder para imponer sus resoluciones... ni aún en aquellas democracias directas en las que la participación del pueblo es mayor que en otras, se puede prescindir de los conductores, de los guías, de los directivos...” SERRA ROJAS, Andrés. Teoría del Estado. 12ª ed. Porrúa. México, 1993. p. 304.

los hombres, que se observa cuando el Estado ordena a los hombres obrar de una cierta manera²³, poder que el Estado ejerce de manera legal y legítima, lo cual se explica diciendo que “entre legitimidad y legalidad existe la siguiente diferencia: la legitimidad se refiere al título del poder, la legalidad al ejercicio. Cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga el derecho de tenerlo (no sea usurpador). Cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo detenta lo ejerza no con base en el propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (no sea un tirano). Desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; la legalidad es lo que establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido. Todavía más, lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario”²⁴.

Tomando en cuenta que el Estado es una persona moral, una corporación, salta a la vista de inmediato que no puede ejercer de manera directa el citado poder público, necesita por lo tanto (al igual que todo ente jurídico colectivo) un aparato funcional, es decir, un conjunto de personas físicas que ejecuten de manera directa, en la realidad material, las tareas encomendadas al Estado, a tal estructura humana se le denomina gobierno.

Gobierno, es un término que proviene del latín gubernationis, gubernare, gobernar, y que en el lenguaje usual se identifica con diversos conceptos: dirigir, regir, administrar, mandar, conducir o guiar. Técnicamente puede definírsele como el agrupamiento de personas que ejercen el poder público, es Asimismo, la dirección o el manejo de todos

²³ JELLINEK, Georg. op. cit. p. 371

²⁴ BOBBIO, Norberto, y BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político. Enlace-Grijalbo. Tr. José Fernández Santillán. México, 1984. p. 30.

los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo²⁵. El gobierno, como ejecutor material de las tareas encomiadas al Estado, en el desempeño de su labor debe permanecer ajeno a toda influencia, es decir, debe ser independiente de cualquiera otra fuente de poder (poder de facto o poder público extranjero), esto es, el gobierno debe permanecer firme en el cumplimiento de su función de materializar los fines del Estado (por ello anteriormente denominamos al gobierno como elemento funcional del Estado); a su vez, la función gubernamental, tiene principalmente tres vertientes: la legislativa, la judicial y la ejecutiva, sobre las cuales habremos de hablar más adelante, baste decir en este apartado que al gobierno <como estructura funcional> le corresponde llevar a los hechos los encargos realizados al Estado por el pueblo soberano, el gobierno es la herramienta material del Estado y el poder público es la herramienta formal del mismo.

I.1.3 Personalidad jurídica y patrimonio estatal.

Usualmente se define la personalidad jurídica como la aptitud de un ente para ser sujeto en el derecho, para intervenir en actos jurídicos, o dicho en otros términos, la cualidad de un sujeto para tener jurídicamente el rol de centro de imputación normativa²⁶, de ahí que compartamos la idea ampliamente sostenida que ve en el Estado a una persona jurídica, pues es un ente (un ser, un algo) susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones, en tanto que el sistema normativo le impone una gran cantidad de tareas o deberes a realizar de una manera determinada y paralelamente le otorga una serie de facultades o derechos generalmente necesarios para cumplir con los citados deberes; compartimos por ello lo dicho por Serra Rojas cuando afirma que "...El

²⁵ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. T. II (D-H). 13ª ed. Porrúa. México, 1999. pp. 1536 - 1537

²⁶ Diccionario Jurídico Mexicano op. cit. T. IV (P-Z). p. 2400.

Estado como persona jurídica tiene capacidad para realizar la esfera de competencia que la ley le señala para actuar, a través de sus órganos, y se actualiza en la voluntad de los funcionarios subordinados a la ley. La jurisdicción es la potestad general derivada del mandato legal que entrega al Estado el conocimiento de un gran número de asuntos. Hay jurisdicción administrativa y jurisdicción contencioso administrativa, la primera reside en la administración, la segunda en declarar el derecho. Mas hay una jurisdicción legislativa como una jurisdicción en materia judicial, la primera para elaborar las normas, la segunda para declarar el derecho...”²⁷. Es el Estado por lo tanto una persona jurídica reconocida en el Derecho, más por necesidad que por voluntad, pues si el Estado fuere un ente desprovisto de personalidad jurídica, no estaría en posibilidad de entrar como sujeto en las múltiples relaciones jurídicas en las que su participación es indispensable, es decir, se encontraría al margen del derecho, lo cual no es concebible si se toma en cuenta que la tarea encomendada al Estado (el orden y el bien común) solo puede lograrse a través de la conjunción de acciones de hecho y de derecho; un “Estado” sin personalidad jurídica no sería Estado, pues no tendría deberes ni derechos, no tendría competencia y en ese sentido, no podría hacer nada, así de simple.

Por su relevancia y saliendo un poco de los criterios tradicionales que rigen un trabajo de este tipo, transcribimos una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se observa con claridad cómo el máximo Tribunal de nuestro país trata con enorme naturalidad el tema de la personalidad jurídica estatal:

No. Registro: 817,341
Tesis aislada
Materia(s): Constitucional

²⁷ SERRA ROJAS, Andrés. op. cit. p. 198.

Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Informes
Informe 1933
Tesis:
Página: 107

ESTADO MEXICANO. La personalidad del Estado, con la plenitud de derechos que el pueblo le ha otorgado, se deriva directamente de la Ley Constitucional y no de la ley común, de tal manera que no es una creación del Código Civil, como tampoco las facultades que ostenta son atributos concedidos por dicho Código, por lo que en modo alguno podría conceptuarse como una persona moral de derecho civil; y si bien el artículo 38, fracción I, del código de 1884, y el 25 del Código Civil vigente reconocen a la nación como persona moral y por ende, con capacidad jurídica, se trata evidentemente de un reconocimiento y no de una creación.

Juicio ordinario. Procurador General de la República. La publicación no menciona la fecha de resolución, el sentido de la votación ni el nombre del ponente.

La otra cuestión que consideramos importante tratar en este apartado, es lo relativo al patrimonio del Estado, para tal efecto hacemos nuestra la definición de Gutiérrez y González quien expresa que éste es “El conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona que constituyen una universalidad de derecho...”²⁸; ahora bien, refiriendo de manera expresa tal definición al Estado, tenemos que el patrimonio estatal es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos del Estado que constituyen una universalidad de derecho y que deben ser utilizados para la consecución de los fines propios del Estado, esto es, para la obtención del orden y el bien común entre la población que se halla en el territorio sobre el cual el Estado ejerce su “imperium”. O dicho en las elocuentes palabras del

²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio. 7ª ed. Porrúa. México, 2002. p. 62.

maestro Burgoa, dicho "patrimonio se forma por todos aquellos bienes que el orden jurídico fundamental imputa en dominio al Estado y que obviamente son distintos de los que componen la esfera jurídica económica de los sujetos físicos o morales que existen dentro del territorio estatal... se infiere que hay dos tipos de dominio, a saber, el estatal y el no estatal"²⁹.

Si el pueblo ha encomendado al Estado la obtención de ciertas tareas (orden y bien común), resulta indudable que para el desempeño de su cometido se vuelve indispensable proveerlo de manera constante de bienes materiales e inmateriales, esto es, de cosas y de derechos o facultades, pues de otra manera no podría interactuar con el resto de los sujetos de derecho, con las demás personas, en tanto que no tendría instalaciones, ni vehículos, armamento, es más, ni papelería, y de igual manera, tampoco tendría recursos para pagar los respectivos sueldos a los miembros del gobierno, pero peor aún, no tendría facultades para hacer nada <competencia>, ni tendría por lo tanto, la posibilidad de exigir a alguien un comportamiento determinado y en su caso sancionar el incumplimiento a la directriz trazada, ya que carecía de imperium.

Habiendo estudiado la figura del Estado, expondremos a continuación, de manera sumaria, una diversa pieza clave dentro del rompecabezas jurídico, la Constitución, que constituye el segundo de los cimientos del presente estudio, mismo que como es sabido, tiene por objetivo explicar el alcance jurídico del segundo párrafo del artículo 113 constitucional, en el cual, "se sienta en el banquillo de los acusados" al Estado.

²⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. op. cit. p. 163

I.2. La Constitución.

I.2.1. Concepto.

Tomando en cuenta que la Constitución (o cuando menos una parte de la misma) es el objeto de análisis del presente trabajo, resulta obligado exponer los clásicos tres puntos de vista utilizados en los trabajos jurídicos para exponer el alcance de un término, en ese entendido, el término Constitución habremos de estudiarlo desde las ópticas etimológica, gramatical y jurídica, muy semejantes resultan entre ellas, sin embargo, tienen diferencias que vale la pena hacer notar.

I.2.1.1 Concepto etimológico de “Constitución”

Recordando que se califica como etimológico al concepto que se avoca al análisis de las palabras de acuerdo al origen que tienen, a título personal, tras analizar lo sostenido por Rolando Tamayo y Salmorán en la parte inicial de su libro “Introducción al estudio de la Constitución”, consideramos no errado afirmar que el término “Constitución” tiene dos diferentes conceptos etimológicos, uno griego (πολιτεία) y uno latino (Constitutio).

La palabra Πολιτεία <Politeia> trasladada al castellano significa “Constitución o condición de ciudadano, derecho de ciudadanía; Estado; República”³⁰. Tamayo y Salmorán con mucha cautela precisa que Πολιτεία es traducida por la inmensa mayoría de filólogos como “Constitución”, pero ciertamente dicho término posee más de una acepción, aclarando que en todo caso todas ellas aluden a la πολις <POLIS>, es decir, a algo propio de la comunidad política e

³⁰ SEBASTIÁN YARZA, Florencio I. Diccionario griego-español. Sopena. Barcelona, 1964. Citado en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. 2ª ed. UNAM. México, 1986. p. 23.

independiente, circunscribiéndose por lo tanto el término Πολιτεία solamente a cuestiones relacionadas con la πολις.³¹

El autor de referencia, utilizando como base el texto “Constitución de Atenas” de Aristóteles, manifiesta que para los griegos Πολιτεία era la forma de ser de la polis (1), entendida ésta como un todo compuesto de ciudadanos, cuya diferente composición permite distinguir a una polis de otra; (2) otra forma de entender a la Πολιτεία es como distribución de las funciones o los roles de los ciudadanos; (3) una diversa manera de entender dicho término es identificándolo con el esquema o patrón gubernamental ideal, el modelo a seguir; (4) otra concepción de la Constitución se encuentra cuando Aristóteles y Temístocles se refirieron a la Constitución, entendiéndola como el gobierno o la administración de la polis; (5, 6 y 7) una adicional forma de explicar lo que era Constitución para los griegos es utilizando ese término para referirse a la legislación en general, a un conjunto específico de leyes que estructuraban a la polis y/o a una serie de reglas que fijaban la competencia de diversos funcionarios³².

Por cuanto se refiere al término latino Constitutio, el autor en cita menciona que dicha palabra proviene del verbo latino Constitutuere que significa poner, colocar, levantar, construir y fundar. Constitutio, a decir de Tamayo y Salmorán, tiene, en principio, varios significados, de entre los cuales, los siguientes son los más importantes: a) Estado, postura, condición, carácter, la forma de ser de algo; b) Arreglo, disposición, orden u organización; y c) Norma; asimismo, debe destacarse que en la jerga forense significó “constituir, crear una situación, relación u obligación”, sin embargo, poco a poco, con el término Constitutio se fue

³¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. op. cit. p. 24.

³² op. cit. pp. 30 – 36.

haciendo referencia a un acto legislativo en general o a su resultado³³. Respecto de esto último es oportuno recordar que desde los inicios del principado en Roma el emperador tenía facultades para proponer normas jurídicas, cuya observancia quedaba supeditada a la aprobación respectiva del senado, sin embargo, con el pasar de los años tal aprobación se volvió un mero trámite formal y la propuesta del emperador se consideró en sí misma una norma jurídica. Por su importancia, el autor tan recurrido en este apartado hace ineludible referencia a una Constitución del emperador Caracalla por virtud de la cual todos los habitantes del Imperio organizados en civitates con autonomía local, obtuvieron ciudadanía romana, lo cual hizo que por Constitutio se entendiera poco a poco la fundación o establecimiento de una civitates o comunidad política y el otorgamiento de cierto status a sus componentes: la ciudadanía, no obstante lo anterior, será en el período Bizantino cuando el término Constitución comience a significar casi todo lo que hoy en día se quiere incluir en esa palabra, pues en el Imperio de Oriente además de convertir diversas comunidades en civitates, la constitución se va a ocupar de regular la marcha y organización del imperio³⁴.

I.2.1.2 Concepto gramatical de “Constitución”

De acuerdo a lo escrito por la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua, por Constitución debe entenderse lo siguiente:

“Constitución. (Del lat. constitutio, -onis). 1. f. Acción y efecto de constituir. 2. f. Esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás. 3. f. Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado. 4. f. Cada una de las ordenanzas o estatutos con

³³ op. cit. p. 39.

³⁴ op. cit. pp. 48 y 49

que se gobernaba una corporación. 5. f. Estado actual y circunstancias de una determinada colectividad. 6. f. Biol. Naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo. 7. f. Der. Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política. ORTOGR. Escr. con may. inicial. 8. f. Der. En el derecho romano, ley que establecía el príncipe. ~ apostólica. 1. f. Documento papal, en forma de bula, rescripto o breve, que contiene alguna decisión o mandato. ~ pontificia. 1. f. bula (? documento pontificio de interés general). Constituciones apostólicas. 1. f. pl. Cierta colección de reglas canónicas atribuidas a los apóstoles, pero cuyo verdadero autor se ignora.”³⁵

1.2.1.3 Concepto jurídico de “Constitución”

Prácticamente todos aquellos autores que abordan el tema de la Constitución, citan a todos aquellos pensadores que según su criterio merecen un lugar dentro de su obra por la relevancia de sus aseveraciones, nosotros para no herir susceptibilidades haremos también un recorrido por tales senderos, aunque marginalmente y a través del pie de página³⁶, por lo tanto, no nos detendremos a criticar

³⁵ op. cit.

³⁶ CONSTITUCIÓN: 1) Menciona **Aurora Arnáiz Amigo** en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (op. cit. T. I, p. 638) que según **Schmit** la Constitución es la manera de ser de un Estado, por cuanto la unidad política de un pueblo; que el doctrinario francés **Sieyès** declara que la Constitución comprende a la vez la formación y la organización interior de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca; por su parte Manuel **García Pelayo** refirió respecto de la Constitución que es un concepto poco concreto, al que suele añadirse un adjetivo, que termina sustantivando el referido concepto; por su parte **Bryce** dijo al respecto que la Constitución es el complejo total de leyes que comprenden los principios y las reglas por los que la comunidad está organizada, gobernada y defendida; 2) **Ignacio Burgoa Orihuela** en su Derecho Constitucional Mexicano (op. cit. pp. 320 y 321) dice que el concepto Constitución se subsume en dos tipos genéricos: I. La real, ontológica, social y deontológica y II) La jurídica positiva; ocurriendo que dentro de la primera puede ubicarse el ser y modo de ser de un pueblo, en su existencia real dentro del devenir histórico, la cual a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural

tales o cuales definiciones, lo que enseguida haremos será fijar nuestra posición jurídica respecto del término Constitución, para después ahondar sobre las implicaciones que el mismo tiene.

Junto con Tamayo y Salmorán, utilizamos un concepto de Constitución tan amplio que es susceptible de ser aceptado aún en los regímenes jurídicos en los cuales no existe un cuerpo de leyes nombrado “Constitución” o en aquellos que carecen de Constitución escrita; compartimos la idea que ve en la Constitución “una función esencial... que permite identificar los diferentes elementos que forman

(elemento ontológico), el desideratum o tendencia para mantener, modificar o cambiar esos aspectos (elemento deontológico o deber ser), este tipo de Constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición sine qua non de su identidad (Constitución real), así como en su propia finalidad (Constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica, siendo pues la Constitución teleológica los objetivos de la Constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por los factores reales de poder; por otra parte lo que dicho autor entiende por Constitución jurídico positiva es un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real o la teleológica, cuya participación dentro del orden jurídico del Estado es de particular importancia, en tanto que el vasto conjunto de normas secundarias (todas aquellas que no son primarias o constitucionales) emanan de las normas constitucionales y deben estar ajustadas a esta últimas, Asimismo, el autor de comento menciona que la evolución en los contenidos de las constituciones jurídico positivas (contenido político exclusivamente en un principio, luego se agregó el contenido liberal individualista y finalmente se adicionó el contenido de corte público subjetivo social) impide elaborar un concepto unitario y unívoco, no obstante afirma que Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que a) establece su forma y la de su gobierno, b) crea y estructura sus órganos primarios c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados; 3) **Jorge Carpizo** (Estudios constitucionales, 7ª ed. Porrúa. México, 1999, p. 293) relata que **Fernando Lasalle** habla de la Constitución como la suma de los factores reales de poder de una nación; que **Carlos Smith** respecto de la Constitución afirma que son las decisiones políticas del titular del poder constituyente, decisiones que afectan al propio ser social, que **Herman Heller** ve a tal concepto como un ser al que dan forma las normas, y que **André Hauriou** la concibe como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos; 4) **Hans Kelsen** en “Teoría General del Derecho y del Estado” (2ª ed., 5ª reimp., UNAM, tr. Eduardo García Máynez, México, 1995, pp. 146 y 147) de la Constitución dice que “representa el nivel más alto dentro del derecho interno... en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. La Constitución en sentido formal es el documento solemne que lleva este nombre, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material” 5) Finalmente **Jellinek** (op. cit. pp. 457-479) respecto de la Constitución dice que ésta “abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado... En general, la respuesta consiste en hacer notar que comprende aquella los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos”

un orden jurídico”, siendo por lo tanto la Constitución el “conjunto de normas que son establecidas por el primer acto creador del sistema <legal>, normas que determinan las formas y procedimientos de creación del orden jurídico”³⁷, integrado por “normas que confieren facultades, cuya función normativa consiste en otorgar poderes, investir o habilitar a ciertos individuos para que realicen actos jurídicos válidos... facultades <que normalmente> son acompañadas con las condiciones que deben revestir los actos que las aplican, así como las características y alcances que habrán de tener las normas que surjan del ejercicio de estas facultades, como quiera que sea, el rasgo esencial de estas normas es conferir facultades...”³⁸; en consecuencia, decimos que la Constitución es el primer y más importante conjunto de normas dentro de un ordenamiento jurídico, cuya función consiste en especificar a quién y bajo que condiciones le corresponde la facultad de emitir nuevas normas jurídicas integrantes del sistema, quién tiene la autoridad para interpretarlas o aplicarlas en casos concretos y quién será el encargado de ejecutarlas, hacerlas cumplir o velar por su observancia.

I.2.2. Función de la Constitución

La función constitucional por excelencia es la de proporcionar abastecerle a un sistema jurídico su cimentación y proporcionar el criterio de identidad sistemático, es decir, establecer en términos concretos qué normas pertenecen al sistema que ella protagoniza.

Las funciones constitucionales básicas son dos: 1) el otorgamiento de facultades en el más alto nivel para crear el resto de normas que habrán de formar parte del sistema normativo que ella encabeza; y 2) conferir facultades para hacer cumplir todas las normas integrantes del

³⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. op. cit. p. 290.

³⁸ op. cit. pp. 293 - 294.

sistema jurídico. Ambas funciones tienen un contenido eminentemente jurídico, pero también implican un aspecto inherente al derecho: lo político, lo relativo al poder; por tal motivo consideramos que la función constitucional es político-jurídica, y por tal motivo, respetamos y explicamos en apartados diferentes ambas esferas, que no se confunden a pesar de estar sumamente próximas, pues es por todos conocido que la jurisprudencia no es gemela de la ciencia política.

I.2.2.1 Función Política de la Constitución

Hablar de la función política de la Constitución constituye una expedición al intrincado mundo del poder, el cual si bien no nos resulta desconocido, si nos resulta ajeno a nuestros dominios, razón por la cual, la abundancia deseada para abordar este tema tendrá que ser canjeada por una prudente precisión ideológica, que en todo caso queda resumida al asegurar que el derecho necesita del poder para cumplir su tarea de regular la conducta humana, pues sin la posibilidad de someter a las personas a la observancia de una regla de comportamiento, el derecho se vuelve inútil y prescindible.

I.2.2.1.1 Establecimiento del Poder Público

El poder es la posibilidad que un sujeto tiene de someter a otro a la realización de algo, ese poder en general adopta el carácter de público cuando su titular lo ejercita en representación y beneficio de la colectividad. El poder in genere siempre ha existido y siempre existirá, pues es un fenómeno natural (no necesariamente cultural) que puede ser apreciado en múltiples campos de la vida silvestre y que paralelamente se presenta en la vida humana entre millones de individuos a cada instante.

El Derecho funciona básicamente a través del binomio normativo precepto-sanción, el precepto establece un deber, y la sanción establece la reprimenda que corresponde a una persona ante el incumplimiento del deber impuesto por la norma. La Constitución como conjunto de normas primeras del sistema jurídico, está constreñida (en virtud de su función iniciante del orden jurídico) a facultar a alguien para crear el precepto, la sanción y a facultar a alguien para imponer y ejecutar dicha sanción. Al integrarse el Derecho por reglas de conducta, resulta afortunado afirmar que en el Derecho el poder tiene una manifestación muy importante, a la que arbitrariamente hemos decidido denominar “poder jurídico”, ahora, si afirmamos que el sistema jurídico o Derecho, se inicia o nace con la Constitución (entendida en los términos anteriormente apuntados), validamente puede afirmarse que el “poder jurídico” igualmente nace con la Constitución, pues ésta le permite a una o a varias personas regular a través de la emisión de normas, la conducta de todo aquel individuo cuya situación fáctica encuadre dentro de la hipótesis prevista por la propia norma como condicionante para su aplicación, es decir, faculta a alguien para ejercer el “poder jurídico”, mismo que debido a su posibilidad de ser ejercido sobre una inmensidad de personas recibe el calificativo de “público”, adjetivo que igualmente le es atribuido en función del fin que supuestamente tiene: beneficiar al gran conglomerado.

Poder jurídico público (también llamado simplemente Poder Público) es la facultad que tiene una persona o un grupo de personas para regular³⁹ la conducta de todas aquellas que la norma fija como sus destinatarias. Nace en el mismo momento en que se crea el sistema jurídico y su titularidad la especifica el orden jurídico: sea atribuyéndolo directamente a un grupo de personas físicas (el Gobierno sin Estado) o

³⁹ A través de la emisión de normas jurídicas integrantes del sistema jurídico, aplicación de las mismas y ejecución de sanciones.

indirectamente a un grupo de personas físicas que están subordinadas a una persona moral (el Gobierno en el Estado), pues recuérdese que poder y gobierno existen desde inmemorables tiempos, sin embargo la configuración y concepción del Estado Contemporáneo, no es tan añeja.

La Constitución al facultar a alguien para crear y ejecutar el sistema normativo, implícitamente crea un poder legal e inviste a quien se lo confiere de una capacidad controladora de conductas que recibe el título de “poder jurídico público” o simplemente “poder público”.

I.2.2.1.2 Limitación del Poder Público.

La función constitucional primordial en el terreno político consiste en crear el poder público y atribuir su ejercicio a ciertas personas, que deberán ejercerlo en los términos que la Constitución y las normas derivadas de ésta lo señalen. Como el poder público, formalmente implica la creación y aplicación de normas, el poder sigue la suerte de éstas, y por lo tanto, el ámbito de aplicación o validez de aquellas constituye al mismo tiempo el límite fáctico del ejercicio del poder público. Los ámbitos a que nos referimos son cuatro por excelencia: el material, el espacial, el personal y el temporal.

El material se refiere al tipo de situaciones o de conductas (positivas o negativas) que habrán de ser reguladas por las normas del sistema jurídico; el espacial se encarga de precisar dentro de qué territorio habrá de producir sus efectos la norma; el personal identifica las personas (físicas o jurídico colectivas) que serán sujetos de la aplicación de la norma y el temporal especifica el momento a partir del cual comenzará a producir sus efectos reguladores la norma. Hans Kelsen dijo al respecto que “como las normas regulan la conducta humana, y ésta tiene lugar en el tiempo y en el espacio, las normas son válidas para cierto tiempo y para un espacio determinado... para ser válida, tiene que

serlo no sólo en cierto tiempo, sino también para cierto territorio... Podemos, por tanto, hablar de la esfera temporal y de la esfera territorial de validez de una norma. Para determinar cómo deben los hombres conducirse, es necesario determinar cuándo y dónde habrán de comportarse en la forma prescrita. Cómo habrán de conducirse y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma... la cuestión concerniente a quién debe observar u omitir determinada conducta... <es> la esfera personal de validez de la norma”⁴⁰.

De ahí resulta que el poder público tiene su límite en la naturaleza propia de la materia prima con la que trabaja, las normas jurídicas, y por lo tanto, su ejercicio no es (en teoría) arbitrario, omnímodo e infinito, sino que está se delimitado por la Constitución y las leyes que de ella emanan.

I.2.2.1.3 Distribución y organización en el ejercicio del Poder Público.

Insistiendo en cuanto a que el poder público es el ejercicio de las facultades reguladoras de la conducta, resta comentar que dependiendo de lo establecido en la Constitución dicha facultad y tal ejercicio corresponderá a una o a varias personas, si el poder se reparte entre varias personas u órganos podremos hablar de una distribución del poder, en el caso contrario nos encontramos ante la concentración unipersonal y absoluta del poder público. En los casos en los cuales efectivamente se distribuye el poder político, la Constitución y varias normas del sistema iniciado por aquella tienen a su cargo la tarea de especificar la competencia que cada uno de los investidos de poder público tiene, especificando además cuáles son los requisitos que debe

⁴⁰ KELSEN, Hans. op. cit. p. 49

cubrir una persona para poder ser investida de poder público, así como el procedimiento que ha de observar en el despliegue de la facultad conferida por la norma.

Así por ejemplo, el artículo 50 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el legislativo federal se integra por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores; previendo en sus artículos 55 y 58, cuáles son los requisitos que deben satisfacer las personas que pretendan ocupar dichos cargos.

I.2.2.2. Función Jurídica

La Constitución es un conjunto de normas, por ello, lo que puede decirse de ellas desde la teoría del derecho es en esencia lo mismo que podría decirse respecto de cualquier otra norma; donde hallamos la diferencia de las normas constitucionales con el resto de las normas integrantes del sistema es en la función especial que éstas tienen respecto de todas las demás normas integrantes del referido sistema jurídico, de esto es de los que a continuación disertamos.

I.2.2.2.1 Fuente de validez de todo el sistema jurídico interno

Hans Kelsen mencionó con mucha razón que “cuando una norma es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de la primera... la norma que regula la creación de otra, es superior a ésta... <por lo tanto> El orden jurídico no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles...<dentro de la cual> la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”⁴¹, por tal motivo, afirmamos que como dentro de un sistema jurídico las

⁴¹ KELSEN, Hans. op. cit. p. 146.

primeras facultades para crear, interpretar y hacer cumplir el ordenamiento legal son conferidas por la Constitución, todos los actos jurídicos que impliquen el ejercicio de tales facultades tienen como origen de validez⁴² a la Constitución.

Al ser la Constitución el conjunto de normas que inician un sistema normativo, tiene la inmanente función de proporcionar validez a todo el resto de las normas creadas a partir del correcto ejercicio de las facultades conferidas por ella para tal efecto, esto es, si las facultades conferidas por la Constitución para crear el resto del entramado jurídico integrante del sistema fueron ejercidas en la forma especificada por la Constitución, dichas reglas de conducta serán válidas y por lo tanto obligatorias, lo cual no ocurrirá si una norma es elaborada sin apego a las órdenes previstas en la Constitución.

I.2.2.2.2 Materialización de las funciones políticas de la propia Constitución

La función a la que ahora nos referiremos es el punto de contacto entre la política y el derecho. Lo político, ya dijimos, es lo relativo al ejercicio del poder; ahora, cuando el poder que se ejerce es conferido por la norma iniciadora del sistema o alguna norma derivada de ella a ciertos individuos, para que éstos regulen la conducta de una colectividad específica mediante la emisión de normas y realización de actos que implican la interpretación y el cumplimiento de éstas, con el primordial propósito de obtener el orden y el bien común entre los individuos integrantes de la citada colectividad, nos encontramos frente al llamado poder público.

⁴² “Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o – lo que es lo mismo- a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuya conducta regula” (KELSEN, Hans. op. cit. p. 35)

La constitución al iniciar el sistema jurídico paralela e indefectiblemente comienza la regulación del poder público, esto es, mediante normas denominadas “de derecho público” crea el poder público (la facultad para crear normas, para interpretarlas y aplicarlas a casos concretos y para hacerlas cumplir a pesar de la voluntad en contrario de los sujetos sometidos al imperio de la ley), atribuye a personas físicas o morales su ejercicio (crea atribuciones y reglas de competencia), señala los límites formales y materiales que tal ejercicio habrá de tener (crea los procedimientos necesarios para desplegar tal potestad y en muchos casos especifica las materias en donde el poder público no puede intervenir o en caso de que sí pueda, especifica hasta que punto, precisa asimismo los ámbitos temporales, espaciales, materiales y personales de vigencia de una norma).

En pocas palabras, la Constitución tiene la función de crear el marco o los límites en el ejercicio del poder público.

I.2.2.2.3 Primigenia regulación de las relaciones jurídicas.

Al ser el Derecho un fenómeno social, necesariamente debe estar referido a interacciones personales, a conductas de una persona con relación a otra u otras; en ese sentido, si la Constitución inicia el sistema jurídico (el Derecho) dentro de un territorio, por lógica comienza la regulación de las relaciones entre los diversos individuos sometidos a la aplicación de las normas pertenecientes al sistema.

Empieza por distinguir dentro de la población a los individuos investidos con la facultad para ejercer el poder público y a los individuos no facultados para tal efecto, para así comenzar la regulación de las relaciones habidas entre ellos, en función del ejercicio del poder público, esto es, establece los criterios más elementales de convivencia entre los diversos ejercitantes del poder público, establece los límites en el

ejercicio del poder público y crea las reglas más elementales de convivencia poblacional, v. gr. La igualdad entre y dentro de los géneros (artículo 4), el respeto a la libertad de expresión (artículo 6), el establecimiento de la garantía de seguridad jurídica (artículo 14) o la instauración de un régimen de propiedad privada de los medios de producción (artículo 27), etc. Fija por lo tanto la Constitución en muchas ocasiones los lineamientos elementales de la convivencia interna entre la colectividad, los principios que regirán algunos de los puntos más neurálgicos de la convivencia social.

Finalmente sobre el particular, es justo dejar anotado que en los casos en que el ejercicio del poder público se encarga no a un individuo o conjunto de sujetos, sino a una persona jurídica llamada “Estado”, la Constitución tiene que definir la estructura de este ente jurídico, especificando cuál es su territorio (artículo 42), por quiénes se conforma el pueblo que le autoriza ejercer el poder público sobre toda la población respectiva (artículos 34, 35 y 39), quién, de qué manera y bajo qué circunstancias habrán de materializar los objetivos del Estado, es decir, quién o quiénes serán los encargados de llevar a los hechos la función del Estado (Título II, y especialmente los artículos 41 y 79).

Capítulo II La actividad gubernamental.

II.1. El gobierno y su actividad.

En el capítulo anterior, al estudiar los elementos del Estado, abordamos la figura “gobierno”, dijimos en aquel momento, y reiteramos ahora que “Técnicamente puede definírsele –al gobierno- como el agrupamiento de personas que ejercen el poder público, es Asimismo, la dirección o el manejo de todos los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo”⁴³; dada la importancia de tal vocablo, en el presente capítulo procuraremos identificar con claridad al gobierno y a su actividad, procurando eliminar de esa manera las confusiones terminológicas que se presentan con bastante frecuencia.

II.1.1 Concepto de gobierno.

El concepto que hemos utilizado para el término “gobierno” lo consideramos correcto, sin embargo, al ser breve puede dejar al lector con importantes dudas, por tal motivo, en este momento iniciaremos la revisión de varios conceptos un tanto más explícitos de lo que es el gobierno. En la Enciclopedia Jurídica OMEBA observamos que Antonio Castagno (encargado de desarrollar la voz “gobierno” dentro de la citada Enciclopedia) hace suyas las manifestaciones de Adolfo Posada, al asegurar que “el gobierno es algo del Estado y para el Estado, pero no es el Estado”; comparte la idea que ve el origen de la palabra Gobierno en un vocablo que los romanos tomaron de la civilización helénica en donde originariamente significaba “guiar la nave”, y transcribiendo a John Friske, asegura que “la comparación entre gobernar y guiar ha sido muy feliz. Gobernar no es mandar en la forma que el amo manda a sus esclavos, sino que es emitir órdenes y dar instrucciones para el bien

⁴³ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. op. cit. 1999. p. 1537.

común, porque los intereses del hombre que está en el timón son los mismos que los de la tripulación de la nave... Gobierno entonces es la dirección o el manejo de todos los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo...”; partiendo de lo antedicho, apunta Castagno que “es el Estado el que ostenta el poder... pero el ejercicio de ese poder corresponde al Gobierno”⁴⁴.

Rafael de Pina, por su parte, opina que Gobierno es “en sentido amplio, el conjunto de órganos mediante los cuales el Estado actúa en cumplimiento de sus fines, en sentido restringido, conjunto de órganos superiores del Poder Ejecutivo, bajo la presidencia del Jefe de Estado”⁴⁵.

A su vez Alberto Garrone afirma que “es el conjunto de órganos encargados del ejercicio del poder público. Conjunto de instituciones o de individuos que están por encima de los demás, o sea, que ocupan el vértice dentro de la jerarquía total. El gobierno se diferencia del Estado en que éste está formado por toda la colectividad humana que tiene soberanía sobre un determinado territorio, es decir, la colectividad política íntegramente considerada, en tanto que el gobierno es la organización del poder constituido al servicio del Estado”⁴⁶.

Los anteriores son conceptos que consideramos coincidentes con nuestro punto de vista respecto de lo que el gobierno es dentro del Estado: el conjunto de individuos que ejercen el poder público detentado por el Estado, ahora comenzaremos a distinguirlo de otras figuras que le son afines, pero no necesariamente idénticas.

⁴⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XIII. Driskill, Buenos Aires, 1989. pp. 309 - 327. Voz “Gobierno” a cargo de Antonio Costagno. En este mismo sentido Guillermo CABANELLAS, quien en su DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL manifiesta que “el gobierno... representa el medio para que el Estado subsista y cumpla sus fines” (T. IV. 2ª ed. Heliasta. Buenos Aires, 1981. p. 182)

⁴⁵ DICCIONARIO DE DERECHO. Por Rafael de PINA y Rafael de PINA VARA. 27ª ed. Porrúa. México, 1999. p. 303.

⁴⁶ DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO PERROT. Tomo II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 205.

II.1.2 Distinción del término “Gobierno”.

II.1.2.1 Distinción de los términos “Gobierno” y “Estado”.

Sin perjuicio de lo ya dicho, en este apartado diremos que el Gobierno es el conjunto de individuos que materialmente ejercen el poder público dentro de una comunidad y que el Estado es una persona moral a la cual el pueblo soberano le ha encargado la realización de dos fines: el orden y el bien común de la mencionada comunidad.

El Estado como persona jurídica carece de materialidad, es intangible en estricto sentido, sin embargo, para la realización de sus funciones cuenta con un “ejército” de funcionarios, servidores y empleados públicos, que realizan de manera inmediata lo encargado al Estado.

Una nota característica del Estado es que sus elementos suelen conservarse de manera bastante estable; son pocas las ocasiones en que varía el territorio, la composición no cuantitativa del pueblo, la soberanía continúa residiendo en éste y el gobierno también existe en todo momento, con independencia de su estructura; por el contrario la composición del gobierno suele ser bastante variable pues dependiendo de los éxitos o fracasos que se tengan en la cotidiana ejecución del poder público, se crearán o suprimirán carteras o secretarías, se nombra o destituye a algún funcionario, se modifican competencias, se reestructuran los recursos humanos y materiales, etc. Por su naturaleza el gobierno puede cambiar constantemente, ya que su deber es producir resultados concretos; cada ocasión en que no se logren éstos será conveniente modificar parte de la estructura gubernamental sea en el aspecto de los planes y programas o en la estructura humana o funcional; el Estado sólo suele sufrir modificaciones cuando el pueblo que le da vida se halla en situaciones de crisis tales que se vuelve

imperativo revisar el pacto fundamental que lo mantiene cohesionado y regulado. El éxito del gobierno lo determinan los hechos materiales: mientras mayor orden y bienestar común logre en las casas y en las calles, en mayor medida estará triunfando en su tarea, pues estará satisfaciendo los fines del Estado. El éxito del Estado lo determinan los sentimientos del pueblo: mientras más seguro y unido se sienta el pueblo mayúsculo será el triunfo del Estado.

Se insiste por última vez: el Estado tiene dos funciones, el orden y el bienestar común, pero al ser el Estado un ente ficticio o intangible, se ve en la necesidad de encargar la materialización de esas funciones a un conjunto de personas que recibe el nombre de gobierno, que están a cargo del diseño y ejecución de las estrategias necesarias para hacer cumplir los objetivos del Estado, si los planes y las acciones del gobierno son ineficaces lo correcto será remover a las cabezas correspondientes.

Lo anterior no nos impide advertir que en múltiples ocasiones los integrantes del gobierno rebasan los límites de sus funciones y con entero cinismo permanecen en el gobierno a pesar de ser ineptos, sea a través de la manipulación o de la violencia; en esos casos me atrevería a decir que se trata de un amotinamiento gubernamental, en tales condiciones el gobierno tiene de rehén al Estado, y solo el pueblo soberano deberá, por la buena o por la mala, regresarle al Estado la batuta de la conducción del destino común. El Estado está formado de ideales, el gobierno de cuestiones materiales.

II.1.2.2 Distinción de los términos “Gobierno” y “Autoridad”.

Rolando Tamayo y Salmorán con mucho atino apunta que “I. La palabra “autoridad”... significa dentro del lenguaje ordinario: “estima, ascendencia, influencia, fuerza o poder de algo o alguno”, “prerrogativa”, “potestad”, “facultad”. Los efectos jurídicos reflejan esa complejidad

polivalencial... III. Los juristas entienden por "autoridad": la posesión de quien se encuentra investido de facultades o funciones o la "fuerza, ascendencia y obligatoriedad". Por extensión la expresión se aplica para designar a los individuos y órganos que participan del poder público, nombrando así a los detentadores (legítimos) del poder... El significado jurídico relevante de la noción de autoridad presupone la idea de una investidura (i. e. potestad, función). La noción de autoridad jurídica gira, así, alrededor del concepto de facultad la cual indica el poder o capacidad de un individuo (o grupo) para modificar la situación jurídica existente. El concepto jurídico de autoridad indica que alguien está facultado jurídicamente para realizar un acto válido, presupone la posesión de capacidad o potestad para modificar válidamente la situación jurídica de los demás. El orden jurídico otorga a los individuos investidos como órganos del Estado, a los que se les denomina "autoridades", la facultad de obligar (o permitir) a los demás mediante actos de voluntad. X tiene autoridad sobre Y, si, y solo si, X puede hacer que Y haga o se abstenga de hacer algo (esto es, sólo si X está facultado para cambiar la situación jurídica de los demás)... las relaciones de autoridad no son sino relaciones de dominio... sólo el dominio ejercido por los órganos del Estado es un dominio en virtud de autoridad...Un individuo (o grupo) tiene autoridad si su poder descansa en el orden jurídico de la comunidad, si es la autoridad legítima..."⁴⁷

Al hacer referencia al término Autoridad, el maestro Ignacio Burgoa manifiesta que "Este importante concepto tiene dos acepciones jurídicas. Según la primera equivale a poder, potestad o actividad que es susceptible de imponerse a algo, y, referida al Estado, como organización jurídica y política de la sociedad humana; implica el poder

⁴⁷ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. I. op. cit. Voz a cargo de Rolando Tamayo y Salmorán, pp. 286 y 287

con que éste está investido, superior a todos los que en él existan o puedan existir, y que se despliega imperativamente, en tal forma, que a nada ni a nadie le es dable desobedecerlo o desacatarlo, en una palabra es el poder de imperio, emanado de la soberanía, cuyo titular real es el pueblo... también por autoridad se entiende, el órgano del Estado, integrante de su gobierno, que desempeña una función específica tendiente a realizar las atribuciones estatales en su nombre. Bajo este aspecto el concepto de autoridad ya no implica una potestad, sino que se traduce en un órgano del Estado, constituido por una persona o funcionario o por una persona moral o cuerpo colegiado, que despliega ciertos actos en el ejercicio del poder de imperio... el elemento de diferenciación entre autoridades propiamente dichas y los órganos del Estado que no son tales y a los que podríamos calificar de auxiliares de las mismas, estriba en la naturaleza de las funciones que ambos realizan... las autoridades están investidas con facultades de decisión y ejecución... se reputa autoridad aquel órgano del Estado que es susceptible jurídicamente de producir una alteración, creación o extinción, en una o varias situaciones, concretas o abstractas, generales o particulares, públicas o privadas, que pueden presentarse dentro del Estado, alteración, creación o extinción, que se lleva a cabo imperativamente considerada... a diferencia de los órganos autoritarios, los llamados auxiliares carecen de facultades de decisión y ejecución y de la potestad para ejecutar..."⁴⁸

Desde una posición ligeramente cargada hacia el Derecho Administrativo, el maestro Alfonso Nava, escribe con acierto que autoridad "...es la persona física, trabajador del Estado dotada de poder público. De ordinario es quien representa al órgano administrativo, pero

⁴⁸ BURGOA O., Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 8ª ed. Porrúa. México, 2005. pp. 62 y 63.

puede no serlo y estar investida de ese poder... En rigor, los funcionarios públicos siempre están dotados de autoridad, es decir, están provistos de poder público, de poder de decisión y ejecución. Pueden si la ley los autoriza, trasladar parte de esa autoridad a otros funcionarios y empleados públicos a través de un acto de delegación de facultades, en forma temporal o indefinida...”⁴⁹.

De lo apuntado se advierte que “autoridad” es aquella persona física o moral que cuenta con determinada capacidad de influencia o con cierto poder, y por lo tanto, lo mismo un sacerdote, un chamán, un líder de comerciantes y los miembros del gobierno, son autoridades, sin embargo, la práctica jurídica a restringido ese término de una manera tal, que únicamente se considera como “autoridad” en el ámbito jurídico a aquellos individuos investidos con facultades para ejercer en la realidad concomitante el poder público, ése será el sentido que habremos de darle al término autoridad.

Autoridad es aquella persona facultada para ejercer el poder público, el Estado como persona jurídica es la máxima autoridad dentro de su territorio, ahora, como no puede ejercer directamente tal poder, transmite su ejercicio a una serie de personas físicas a las que habrá de conocerseles como autoridades, y que vistas en grupo, dan lugar a la integración del gobierno.

Complementando lo anterior, afirmamos que todos los miembros del gobierno son autoridades. El resto de individuos que trabajan para el Estado sin ejercer el poder público y que acatan las instrucciones de los miembros del gobierno (p. ej. recolectores de basura, mecanógrafos, intendentes o choferes) son trabajadores o empleados públicos in genere, sus actos en un principio no pueden catalogarse como de

⁴⁹ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. I. op. cit. Voz a cargo de Alfonso Nava Negrete, pp. 287 y 288.

gobierno, pues no implican un ejercicio del poder público, sin embargo, debido a que son consecuencia inmediata del ejercicio del poder público (instrucciones) debiera equipararseles a actos de gobierno, aún y cuando estricto sentido no lo son.

Autoridad entonces, es todo individuo facultado para ejercer el poder público, es decir, capacitado para crear y/o modificar y/o extinguir y/o ejecutar, con sus actos y decisiones hechas a nombre del Estado, determinadas situaciones jurídicas. Las autoridades son una especie del género “trabajadores del Estado”, tienen poder de decisión y ejecución de actos que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas.

II.1.2.3 Distinción de los términos “Gobierno” y “Ente Público”.

Un término muy socorrido en la jerga jurídica es “Ente Público”, sin embargo, pocos son los diccionarios jurídicos que lo explican, y menores son los que le dedican más de dos líneas. Observemos cómo se define el término “ente” en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española: “(Del lat. ens, entis, ser). 1. m. Fil. Lo que es, existe o puede existir. 2. m. entidad (? con personalidad jurídica, particularmente si se halla relacionada con el Estado). Ente público Radiotelevisión Española. 3. m. coloq. Sujeto ridículo o extravagante.”⁵⁰, “El que es o existe.- Ser.- Entidad u organismo”⁵¹; “(Del lat. ens, entes, p a. dado por los escolásticos al v. esse) Lo que es, existe o puede existir. 2. Empresa pública, en especial la televisión (sic). 3. Organismo que posee personalidad jurídica... Ente público. Organismo de derecho público que forma parte de la administración del Estado, dotada de personalidad jurídica propia así como capacidad plena para realizar sus

⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua. 22ª ed. www.rae.es

⁵¹ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. A cargo de Guillermo Cabanellas de Torres. Heliastra. Buenos Aires, 1988. p. 116. Idénticas palabras utiliza el DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. 27ª ed. Heliastra. Buenos Aires, 2000. p. 390.

fines. En... <el> ordenamiento español reciben este nombre: la Administración del Estado, la de las comunidades autónomas, la local (provincial, municipio, islas), las entidades del ámbito territorial inferior al municipio, las áreas metropolitanas y mancomunidad de municipios y la administración institucional (corporaciones y organismos autónomos)...”⁵²; “Lo que es, existe o puede existir. Entidad, organismo o persona jurídica...”⁵³. Por su parte “ente público” es definido (en voz por separado) de la siguiente manera “Organismo público. Todo sujeto de derecho público que tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Lo son también las empresas públicas”⁵⁴.

Consideramos que ente público es un término aún pendiente de ser definido con abundancia por la doctrina latinoamericana y en particular por la mexicana, no obstante ello, del análisis realizado a los diccionarios antes citados y de lo contenido en diversas tesis jurisprudenciales emitidas por nuestro Poder Judicial Federal⁵⁵, nos atrevemos a decir que entes públicos son todas aquellas personas jurídicas públicas que coadyuvan con el Estado para la obtención de sus fines, es decir, todos aquellos organismos públicos (personas morales) creados por voluntad del Estado para la realización de alguna actividad que de una o de otra manera queda implícita dentro de las funciones encomendadas al propio Estado: el bien común y el orden.

⁵² DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS. A cargo de Ricardo Villa – Real M. y Miguel Ángel del Arco Torres. Comares. Granada, 1999. p. 175.

⁵³ DICCIONARIO JURÍDICO. A cargo de María Laura Valetta. 2ª ed. Valetta ediciones. Buenos Aires, 2001. p. 278.

⁵⁴ DICCIONARIO JURÍDICO. A cargo de José I. Fonseca – Herrero y Ma. Jesús Iglesias Sánchez. COLEX. Madrid, 1999. p. 207.

⁵⁵ DISCO COMPACTO IUS 2007. Elaborado por la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis obtenidas tras anotar en apartado de Consulta Tradicional las palabras “ente público”.

Los entes públicos tienen personalidad jurídica propia, diversa a la del Estado, surgieron de la necesidad del Estado de realizar parte de sus actividades con mayor eficacia y eficiencia, lo cual, solamente podía lograrse otorgándoles personalidad jurídica a lo que en otras condiciones habrían de ser muy seguramente órganos centralizados del gobierno, pues sólo teniendo personalidad jurídica propia sería posible actuar sin ataduras de hecho y de derecho, es decir, sin tanto control jerárquico que anquilosara en la praxis su actividad jurídica.

Gobierno y ente público son conceptos muy utilizados en la doctrina y en la práctica mexicana, en ocasiones se utilizan erróneamente como sinónimos y por tal motivo nos hemos visto en la necesidad de precisar que los entes públicos son parte del gobierno, pero no son el gobierno. La diferencia sustancial entre ente público y gobierno, radica en el hecho de que el primero es una corporación con personalidad jurídica <el ente>, y el segundo es un conjunto carente de tal personalidad <el segundo>; así es, el gobierno es un complejo conjunto de personas (físicas y morales), a las que se les asigna la calidad de autoridades públicas, las físicas son funcionario, las morales son entes públicos.

Los entes públicos son personas morales cuya existencia depende de la voluntad estatal, que realizan actividades específicas para el Estado y no para sí, son parte del gobierno en cuanto realizan actividades encomendadas constitucionalmente al Estado (implícita o explícitamente), pero no son el gobierno pues éste es un conjunto que las aglutina junto con las personas físicas que ejercen el poder público y que para actuar jurídicamente se valen de la personalidad jurídica unitaria del Estado.

Hechas las anteriores aclaraciones, consideramos suficientemente abordado el tema distintivo de los protagonistas de nuestra tesis: el Estado y el Gobierno. Pasaremos a estudiar ahora el acto de gobierno.

II.2. El acto de gobierno.

Cuando dijimos que el gobierno se integra por un ejército de personas (físicas y morales), implícitamente dejamos ver que tales personas realizan actividades tendientes a lograr de la manera mayormente posible los fines del Estado: el orden y el bien común. Como es de suponerse, el solo hecho de reunir personas bien intencionadas no sirve de nada si éstas se mantienen pasivas, es necesario que actúen, es indispensable que realicen actividades de muy diverso contenido para lograr la realización o concreción de los fines antes citados, se requiere de su acción para materializar los etéreos objetivos. Dichos actos habremos de llamarlos desde ahora y durante todo este trabajo Actos de Gobierno, sin embargo, conscientes de la polémica existente en torno a la utilización de tal idea, haremos una revisión a las posiciones litigantes: la que compartimos y que ve en el acto de gobierno la realización de cualquier actividad de los tres poderes y de los entes públicos, y su contraria, la posición que distingue únicamente en los actos de gobierno a los actos inimpugnables que emite el Poder ejecutivo. La primera postura la llamamos “Acto de gobierno en sentido amplio” y a la segunda “Actos de gobierno en sentido estricto”.

II.2.1 El acto de gobierno en sentido amplio.

Al hablar de Gobierno y del acto de gobierno, utilizamos el sendero trazado por Ignacio Burgoa, para afirmar con él que dicho término "... presenta varias acepciones. Desde el punto de vista orgánico entraña el

conjunto de autoridades del Estado, entendiéndose entre ellas no sólo a las administrativas sino a las legislativas y judiciales formalmente consideradas... indebidamente... <también> se ha identificado con los órganos del Estado en que se deposita el poder ejecutivo, excluyéndose los otros tipos... denota las tres funciones en que éste <el poder público estatal> se manifiesta... el acto de gobierno es el mismo acto de autoridad con sus elementos esenciales que son: unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad..."⁵⁶.

Un acto puede ser calificado como "de gobierno" cuando es realizado por alguna persona que actúa so pretexto o en virtud de las facultades competenciales correlativas a su cargo, es decir, cuando se ejerce el poder público. Paralelamente, creemos que como en la consecución de los fines del Estado, se requiere no solo la toma de decisiones sino también la realización de actos materiales que transformen las palabras en obras, dichos actos materiales al ser consecuencia inmediata de las decisiones que reflejan el ejercicio del poder público, deben equipararse a actos de gobierno pues son la materialización de éstos; en consecuencia las acciones de un Médico Cirujano miembro de la Secretaría de Salud o del Instituto Mexicano del Seguro Social, de algún Profesor o Bibliotecario de la Secretaria de Educación Pública, de algún asesor de la Cámara de Diputados, por el controlador de alguna Base de Datos de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, o quizá en la actividad realizada por alguna Secretaria mecanógrafa del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o del Poder Judicial de la Federación debe ser equiparado al acto de gobierno para que de llegar a causar consecuencias de derecho éstas puedan ser analizadas e imputadas al gobierno. Sugerimos hablar de

⁵⁶ BURGOA O., Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. op. cit. pp. 206 - 207

actos de gobierno por equiparación o de actos para gubernamentales. Quizá en este momento no se aprecie la importancia de esto, pero cuando entremos al estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por irregular funcionamiento de su gobierno, nos daremos cuenta de la importancia de equiparar en el trato a los actos de gobierno (decisión y ejecución) y a los actos de gobierno por equiparación (actos materiales).

II.2.2 El acto de gobierno en sentido restringido.

En el Diccionario Jurídico Mexicano al definirse lo que es el acto de gobierno, se dice que “I. Por acto de gobierno se entiende un acto del poder ejecutivo que trasciende más allá de lo ejecutivo y que, en razón de su contenido político, escapa del control jurisdiccional, tanto de orden judicial como administrativo. II. La teoría del acto de gobierno nació en Francia, durante el siglo XIX, como resultado de decisiones del Consejo de Estado (Supremo Tribunal Judicial) a través de las cuales, este tribunal rechazó entrar al estudio de actos tomados por cuestiones políticas. De esta manera, en sus orígenes, la teoría del acto de gobierno se asociaba a la criticable “razón de Estado”. A través de la teoría del acto de gobierno, el Juez (tanto judicial como administrativo), rechazaba la posibilidad de revisar decisiones gubernamentales tomadas por razones de alta política. En 1875, el Consejo de Estado revisó la teoría del acto de gobierno, considerado hasta entonces exclusivamente como un acto tomado por cuestiones políticas... El Consejo de Estado estatuyó que la calificación de un acto como de gobierno no pertenece al arbitrio de la autoridad emisora; sino que está limitada a los objetos por los que la ley ha estimado necesarios confiar al gobierno los poderes generales, en casos en los que los derechos de los ciudadanos se encuentran subordinados al interés general del Estado. Sin embargo, la ley no define las hipótesis en las que la autoridad puede emitir un acto de gobierno.

Por esta razón a partir de una serie de decisiones judiciales la doctrina elaboró empíricamente una “lista de actos de gobierno”, entendiendo por ella una serie de actos que por su propia naturaleza escapan del control jurisdiccional. En esta lista se encuentran actos como los relativos a las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, las relaciones con otros gobiernos y organismos internacionales; los actos de guerra, los decretos de gracia, así como de algunas otras medidas de política interior. Conceptos similares a la teoría francesa del acto de gobierno encontramos en otros países tales como Inglaterra, Estados Unidos., Italia y España. En este último país existe incluso una reglamentación de este tipo de actos. III. Es importante precisar que un acto de gobierno es un acto de poder... Un acto de gobierno no está sujeto a la discusión de los gobernados sino que su justificación se la va a dar la oportunidad en la toma de decisiones. Declarar la guerra a un enemigo significa comprometer a todos los habitantes de un país, a un sistema de vida restringido. Sin embargo, cuando es preciso hacerlo los gobernantes deben tomar en consideración el bienestar de la mayoría de los miembros de su país. Por lo que se considera que los actos de gobierno se caracterizan por tener un fin político, por su objeto y en razón de su oportunidad. IV. Los principales autores administrativistas mexicanos, al referirse al acto de gobierno señalan que dichos actos se han caracterizado sucesivamente a causa de su fin político y a causa de su objeto, por constituir parte de la actividad de gobernar distinta a la de administrar. Esta última postura, implica subrayar la distinción de la función ejecutiva en administrativa y gubernativa. La primera se refiere a la observancia y la aplicación de la ley, que generalmente implica la afectación de la esfera jurídica de los particulares. En la función gubernativa, sostiene Fraga, el Ejecutivo se define por la situación que guarda dentro del Estado, con relación a éste y a los demás poderes en

que se divide el ejercicio de la soberanía (sic); es decir, tanto con los otros poderes federales, como con los de los Estados. Asimismo, se deben incluir las relaciones diplomáticas. Para el maestro Miguel Acosta Romero, los actos de gobierno no existen; se trata de actos políticos. En realidad, se confunde con frecuencia a los actos de gobierno con los políticos, ya que sobre estos últimos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado claramente que no son sujetos a revisión jurisdiccional, sin embargo, creemos que sí existen diferencias, puesto que, en nuestro país, el acto político se asocia a los relacionados con los procesos electorales, mismos que debemos claramente distinguir claramente con el contenido del acto de gobierno. En este sentido es importante subrayar, que ni la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni la legislación interna hacen ninguna referencia a los actos de gobierno... En realidad, la noción de acto de gobierno es un concepto que ha creado la doctrina para explicarse algunos casos en los que un acto de autoridad no es susceptible de ser revisado jurisdiccionalmente. Pocos son los países que cuentan con una reglamentación expresa de estos actos (España); por lo que en los países en donde este término no ha sido recogido por la legislación su delimitación solo puede hacerse de manera empírica y casuística... En todo caso, debemos anotar ciertos elementos que debe reunir un acto de gobierno. El acto de gobierno es un acto discrecional que emite el ejecutivo en ejercicio de sus funciones gubernativas, no de las administrativas. Pero por tratarse de acto de Estado debe cumplir con los requisitos que impone nuestra estructura de Estado de Derecho... El acto de gobierno es, en consecuencia, un acto discrecional de la autoridad ejecutiva (en sus funciones gubernativas) relacionado con los otros poderes, o con otros Estado y organismos internacionales, que por su objeto y naturaleza no es susceptible de ser revisado por la autoridad

jurisdiccional (sea judicial o administrativa). Sobre estas bases podemos pensar que se consideran como ejemplo de actos de gobierno los que tienen por objeto la perfección del territorio del país contra una agresión del exterior; la expedición y reglamentación de leyes; el mantenimiento de la ley y el orden; la ayuda en los grandes desastres nacionales y la protección de las personas o sus bienes; la concesión de indultos; la expulsión de extranjeros cuya permanencia en el país sea considerada inconveniente; proponer a la Comisión Permanente convocar al Congreso de la Unión a sesiones extraordinarias; ejercer la iniciativa de una ley y el derecho de veto; las relaciones internacionales de nuestro país.⁵⁷

Sobre esta forma de ver el acto de gobierno, creemos junto con Ríos Elizondo que “si bien es cierto no existe un acto de gobierno con categoría jurídica distinta al del acto administrativo también es verdad que entre uno y otro existen diferencias que ameritan un tratamiento diverso y un análisis concienzudo de las peculiaridades del llamado acto de gobierno... A nuestro entender, el titular del poder ejecutivo gobierna o administra la cosa pública, como órgano del Estado colocado en el más alto nivel jerárquico, pero, obviamente, esta inmensa, compleja y delicada tarea la realiza con un heterogéneo equipo humano, en aplicación del principio de la división del trabajo y con arreglo a las técnicas de organización y métodos que recomienda la Ciencia de la Administración Pública, y todo ello, desde luego, ejecutando las disposiciones contenidas en las normas jurídicas vigentes y que, normalmente – mas no necesariamente-, repercuten en la esfera jurídica de los particulares. No obstante, la naturaleza propia de esta función estatal las más de ellas concedidas en la Constitución que, en principio,

⁵⁷ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. T. I. op. cit. Voz a cargo de Francisco Javier Osornio C. y Alfonso Luna S. pp. 81 a 83.

no tienen efectos individuales, las cuales engloban a los llamados actos de gobierno. Nosotros consideramos que sólo distorsionando la naturaleza misma de las cosas, sería posible afirmar que el llamado acto político o de gobierno no es acto administrativo, en cuanto que es realizado por el poder ejecutivo al cual corresponde ejercer la función administrativa –criterio formal- y a final de cuentas, en su mayoría, produce efectos que inciden en el ámbito jurídico individual –criterio material-. Así por ejemplo, las iniciativas de leyes que el titular de dicho Poder envía al Poder legislativo, habrán, tarde o temprano, de causar efectos concretos una vez puesta en vigor la ley; lo mismo puede decirse de una declaración de guerra, o de un estado de sitio; de tratados internacionales que obligan, a la nación y, con ello, a los individuos o grupos a que se refieran; etc. Por otra parte, algunos de estos actos llamados políticos o de gobierno no producirán, ciertamente, efectos en los derechos de los particulares, pero esto no tiene significación porque generalmente los actos que se realizan en la administración interna tampoco tienen repercusión en lo particular. Nadie, estamos seguros, podría señalar la línea que supuestamente divide a los actos de gobierno de los actos administrativos... Podemos señalar que el acto de gobierno es sólo una modalidad del acto administrativo, por cuanto presenta ciertas características que le dan fisonomía, las cuales derivan del ejercicio de facultades especiales que la constitución otorga al titular del Poder ejecutivo, tal es el caso tantas veces señalado, de las declaraciones de guerra, de estado de sitio y de suspensión de las garantías individuales; así como también de la intervención del Jefe del Estado en el proceso creativo de las leyes, sea enviando a las cámaras legisladoras iniciativas de leyes o decretos, o bien promulgándolas o vetándolas. Por la misma razón, será acto de gobierno la convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias... Sea lo que fuere, todo acto del

Poder ejecutivo, cualquiera que sea el nombre que se le aplique, debe estar sujeto al control jurisdiccional si se reconoce la existencia de un Estado de derecho, y , por tanto, de lo que se ha dado en llamar “imperio de la ley”, salvaguarda de los derechos del hombre...”⁵⁸.

Hay a no dudarlo dos posiciones contrapuestas respecto del acto del gobierno, la amplia y la restringida, ambas tienen argumentos considerables, sin embargo, una vez citadas ambas visiones, justo es decir que preferimos adherirnos a la concepción amplia del acto de gobierno, aquella que no lo restringe a una mínima parte de las actividades del titular del poder ejecutivo, sino que lo concibe como la acción o inacción de aquellos órganos creados ex profeso para la realización de los fines del Estado. En algunos de casos, sin duda resulta útil conservar el esquema que impide controvertir ciertos actos de autoridad, pues de acuerdo a las circunstancias apremiantes no se puede perder tiempo en la discusión y resolución de la controversia, ya que en muchos casos hay un auténtico estado de necesidad que justifica la inamovilidad del acto; deseable será encontrar la manera de someter al análisis y revisión jurídica a este tipo de actos, pero como ése no es el objeto de este estudio, dejamos la interrogante y su respuesta como un tarea pendiente de ser abordada en un estudio diverso.

II.3. Las funciones de gobierno

Sabiendo que el gobierno tiene como tarea la consecución de los fines del Estado, se entiende que debe realizar todos los actos que de hecho y de derecho resulten indispensables para tal efecto mediante el ejercicio del poder público y el acatamiento de las normas jurídicas respectivas. Tradicionalmente se han dividido los actos gubernamentales en tres grandes funciones o grupos: los legislativos, los ejecutivos y los

⁵⁸ RÍOS ELIZONDO, Roberto. El acto de gobierno. Porrúa. México, 1975. pp. 421 a 423.

jurisdiccionales; en seguida habremos de conceptuar y diferenciar cada una de éstos, pero antes, aclararemos que gran parte de los textos jurídicos consultados, al desarrollarse este tema los autores hablan de las funciones del Estado, nosotros –siguiendo el concepto que de “gobierno” da Burgoa- hemos considerado más apropiado hablar de las funciones de gobierno porque es éste quien inmediatamente las realiza, son los integrantes del gobierno quienes con actos concretos ejercen el poder público, por tal motivo es a ellos a quienes hemos querido atribuirles las funciones.

Tradicionalmente se ha visto que toda actividad encaminada a lograr el orden y el bien común entra en alguna de estas tres esferas: la legislativa, la ejecutiva o la jurisdiccional; a cada una de estas esferas se llama funciones porque función es un rol o cargo que implica obligaciones y facultades⁵⁹. La existencia de tres funciones no significa que haya tres poderes; lo que ocurre es que el poder público (capacidad para obtener de los gobernados el acatamiento de las instrucciones fundadas en ley en pro del beneficio de la colectividad) es único y le corresponde al Estado, pero a la hora de transformar la grandiosa palabra “poder público” en actos concretos, resulta que dichos actos a pesar de provenir de órganos de gobierno y de ser resultantes del ejercicio del poder público por individuos u órganos legalmente facultados por la ley son de distinto tipo, pues presentan características propias que los diferencian a unos de otros. La división funcional del ejercicio del poder público obedece no sólo a la intención de evitar la peligrosa concentración personal del ejercicio poder, también a criterios de eficacia y eficiencia pues cada una de las tres diversas funciones tiene características distintas que requieren atención especial que no podría darse en estos tiempos modernos.

⁵⁹ www.rae.es

Nos dice Carlos María Bidegain que la doctrina de la distribución funcional del poder, es bastante antigua, que antes de Montesquieu, Aristóteles y Platón en Grecia, Polibio en Roma y Santo Tomás de Aquino ya la comenzaban a esbozar, pero que sin duda fue el primero de los nombrados quien culminó el desarrollo de estas ideas que también reciben el nombre de separación, distinción o división de poderes, a la cual sin duda contribuyó grandemente John Locke. Los principios rectores de esta doctrina se sintetizan de la siguiente manera: a) la distinción de tres especies o funciones en el poder público (Montesquieu sí hablaba de poderes y no de funciones); b) el desempeño de esa tres funciones por distintas personas y c) el recíproco control; que resumidos en un enunciado quedan así integrados “para preservar la libertad, es necesario distribuir las funciones del poder entre distintos órganos dotados de capacidad suficiente para controlarse recíprocamente”. Esta teoría hace de la ley el eje por donde gira la organización gubernamental: un órgano la crea, otro la ejecuta y uno más la interpreta e impone sanción para el caso de desobediencia; esto sin duda es un éxito en la lucha contra el absolutismo⁶⁰.

Los principios rectores de la división de funciones están muy arraigados en el Derecho Positivo Mexicano, muestra de ello la da el Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y que no podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo

⁶⁰ BIDEGAIN, Carlos María. Cuadernos del curso de Derecho Constitucional. T. III. 3ª reimp. de la 1ª ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1991. p. 97-100.

párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Como puede verse, si bien es cierto que existe una distinción del ejercicio del poder público en tres grandes sectores que representan tres diversas funciones, también es cierto que la propia Constitución prevé casos de excepción a la regla genérica de división de funciones, por tal motivo, cobra importancia lo dicho por Bidegain cuando afirma que realmente las funciones corresponde preponderantemente a un órgano, mas no le corresponden de manera absoluta, “la constitución asigna la función legislativa principalmente al Congreso, la función administrativa principalmente al Presidente y la función jurisdiccional a la Corte Suprema y demás tribunales inferiores. Ello nos permite comprender inmediatamente que una parte de la función legislativa, de la administrativa y de la jurisdiccional puede estar asignada a otros órganos que aquel que la desempeña en forma principal”⁶¹. Paralelamente, debemos recordar junto con Daniel Moreno que el ejercicio de cada una de estas funciones no necesariamente implica un escudriñamiento de parcelas de poder, pues en la innumerable cantidad de ocasiones existe la participación, colaboración o concurrencia de los órganos en el ejercicio de determinada actividad, pues ésta no resulta exclusiva de una sola función, piénsese por ejemplo en la facultad contemplada en la fracción I del Artículo 71 de iniciar leyes que tiene el ejecutivo <y en el pretendido derecho de iniciar leyes que quería otorgársele a la Suprema Corte de Justicia de la Nación> o de la rendición de cuentas que en términos del Artículo 93 deben realizar los secretarios de Estado⁶².

Para poder distinguir las diversas funciones gubernamentales, recurriremos a los criterios materiales y formales de diferenciación, éstos

⁶¹ Ídem. p. 120.

⁶² MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. 4ª ed. Pax – México. México, 1978. p. 395

a decir de Cipriano Gómez Lara consisten en lo siguiente “El criterio formal toma en cuenta únicamente órgano del cual emana esa función. Así todas las funciones del ejecutivo serán administrativas; y todas las funciones del poder judicial serán jurisdiccionales. Como se ve, la distinción de funciones con base al criterio formal, es simplista y, a nuestro modo de ver, no resuelve el problema... El criterio material atiende a la esencia o naturaleza intrínseca de la función o del acto, independientemente de la autoridad de la cual la función o el acto emanen. Es decir, el criterio material va al fondo o a la esencia de la cuestión... En todo, siempre hay una apariencia exterior (forma) que oculta lo interior, lo esencial o interno (fondo)”⁶³. Sobre este mismo tópico cabe apuntar que Nava Negrete nos invita a ser conscientes de que estos criterios de identificación de la naturaleza de los actos de gobierno no puede equipararse en exactitud a una fórmula química, pero sin duda ayudan las más de las veces a determinar ante los tribunales y la misma administración cuál es la naturaleza del acto: El criterio material “atiende a la naturaleza del órgano de donde proviene el acto... el material hace caso omiso de la naturaleza del órgano autor del acto y se atiende a la naturaleza intrínseca de éste...”⁶⁴. Puede ocurrir que haya correspondencia entre el órgano y el acto, pero esto no es forzoso, es decir, puede ocurrir que un acto materialmente legislativo sea emitido por el órgano legislativo, pero también puede ocurrir que tal órgano realice un acto intrínsecamente administrativo.

⁶³ GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría general del proceso. UNAM. México, 1974. pp. 132 - 133.

⁶⁴ NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano. 3ª ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2007. pp. 163-164.

II.3.1 La Función Legislativa

II.3.1.1 Actos formalmente legislativos

Jorge Fernández Ruiz comenta que “con un criterio orgánico y subjetivo, en sentido formal se entiende la actividad desarrollada por el órgano legislativo en ejercicio del poder público”⁶⁵.

Como el criterio formal atiende al sujeto u órgano del cual emana el acto de gobierno muy ilustrativo nos resultará recordar que los artículos 50 <para lo federal> y 116 <para lo local> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen de manera expresa la función legislativa, esto es, determina que dentro del gobierno existirá una autoridad encargada de elaborar la normatividad regente de la convivencia al interior del territorio mexicano al establecer en su artículo 50 que “El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores”, a su vez, el artículo 116 fracción II, al hablar de las “Legislaturas de los Estados” establece cuáles serán los órganos encargados de la función legislativa en dicho nivel. Partiendo de esto, puede afirmarse que todo acto proveniente del Congreso General o de alguna de las mencionadas Legislaturas Estatales, será un acto formalmente legislativo. En el caso del Distrito Federal, en términos de lo dispuesto por la Base Primera del Artículo 122 de la Ley Fundamental a quien le compete la función legislativa es al mismo tiempo que al Congreso de la Unión a un órgano llamado Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Evidente es que el acto formalmente legislativo por antonomasia es la ley resultante del desarrollo del procedimiento legislativo. Ejemplos concretos hay a pasto pues los códigos civiles y penales son productos netamente legislativos, desde el punto de vista material y formal, en igual

⁶⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Poder legislativo. Porrúa – UNAM. México, 2003. p. 176.

situación se halla la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal o la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

II.3.1.2 Actos materialmente legislativos

Los actos materialmente legislativos son aquellos que con independencia del órgano de gobierno del que provengan constituyen auténticas leyes; de ahí que resulte imperativo determinar lo que es una ley desde el punto de vista material. Ignacio Burgoa afirma al respecto que "...si el poder público equivale a la actividad de imperio de Estado, y si una de las funciones en que se desarrolla es la legislativa, ésta consiste, por ende, en la elaboración de leyes. El concepto de ley, cuya especificación permite distinguir esa actividad de las funciones administrativas y jurisdiccionales en que también se traduce el poder público y que tan diversamente se ha pretendido definir por la doctrina, debe analizarse conforme a un criterio material según el cual redeterminan sus atributos esenciales que lo distinguen de los demás actos de autoridad. La ley es un acto de imperio del Estado que tiene como elementos sustanciales la abstracción la imperatividad y la generalidad y por virtud de los cuales entraña normas jurídicas que no contraen su fuerza reguladora a casos concretos, personales o particulares numéricamente limitados, presentes o pretéritos, sino que la extiende a todos aquellos, sin demarcación de número que se encuadren o puedan encuadrarse dentro de los supuestos que prevean... Al efecto Duguit <Manuel de Droit Constitutionnel> ha dicho "Desde el punto de vista material, es ley todo acto que posee... el carácter intrínseco de ley, y esto con entera independencia del individuo o de la corporación que realiza el acto. Es, pues, acto legislativo según su propia naturaleza,

puediendo se al mismo tiempo ley formal, pero también no serlo, como frecuentemente sucede.”⁶⁶

En tales condiciones, será un acto materialmente legislativo, aquel que sin importar de cuál de los diversos órganos gubernamentales provenga cuando en un acto se “...establezcan normas jurídicas con la tónica señalada (Abstracción, Imperatividad y Generalidad), será siempre una ley en su contextura intrínseca o material, aunque no provengan del órgano estatal en quien se deposite predominantemente la función legislativa... <de ahí> que no todo acto que emane de dicho órgano es una ley si sus notas esenciales son la concreción, la personalidad y la particularidad que caracterizan a los actos administrativos y jurisdiccionales... ley no sólo es aquella que expide el órgano investido preponderantemente con la facultad legislativa, como el Congreso de la Unión, sino que su misma naturaleza la tienen los actos de otras autoridades del Estado, siempre que ostenten los atributos de abstracción, generalidad e impersonalidad. Esto ocurre con los llamados reglamentos Heterónomos o Autónomos que elaboran el Presidente de la República o los Gobernadores de las entidades federativas... se concluye que no todo acto del órgano legislativo es una ley, a pesar de que tenga esa denominación... el poder legislativo, como actividad o función de imperio del Estado, es susceptible de ejercerse por cualquier órgano de autoridad, según la competencia respectiva que establezca la Constitución... el poder público estatal es indivisible... no existen, en consecuencia, varios poderes legislativos, sino uno solo, como tampoco existen varios poderes ejecutivos o judiciales... lo que sucede es que opera un sistema de distribución competencial entre las autoridades federales y las de los Estados miembros... si se confunde, el poder con

⁶⁶ BURGOA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. op. cit. pp. 609 - 611.

el órgano que lo ejerce, puede incorrectamente hablarse de poder legislativo federal y poder legislativo local...⁶⁷

Queda claro entonces que todo acto que establezca normas jurídicas generales, abstractas e imperativas con justicia recibirá el calificativo de acto materialmente legislativo, pues cuenta con todas y cada una de las características propias de la ley. Un reglamento emanado del Poder Ejecutivo y cierto tipo de Acuerdos Judiciales de los Consejos de la Judicatura sin duda merecen el calificativo de leyes y ciertamente lo son en sentido material, pues reúnen las características que los doctrinarios han detectado en la ley. La función legislativa hecha por el poder ejecutivo la encontramos cuando el órgano ejecutivo expide reglamentos v. gr. Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 2001 y el Reglamento de Tránsito del Distrito Federal Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 30 de diciembre de 2003, expedidos por el Presidente de la República y por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal respectivamente.

II.3.2 La Función Jurisdiccional

II.3.2.1 Actos formalmente jurisdiccionales

Los Artículos 49, 94, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contemplan la función Judicial Federal, Estatal y del Distrito Federal y designan a los órganos encargados del desempeño de tal función. Para el nivel federal se establece textualmente en el Artículo 94 la composición del Poder Judicial, cuando se dispone que:

⁶⁷ Ídem, pp. 611-612

“Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

En el caso de los Entidades Federativas, el Artículo 116 establece que la función judicial se ejercerá por los tribunales que al respecto se establezcan en las constituciones locales. Por su parte, el Artículo 122 en la Base Cuarta, hace lo propio para el Distrito Federal, encomendándole la función jurisdiccional local al Tribunal Superior de Justicia.

Todo acto emanado de algún órgano perteneciente al Poder Judicial Federal o Local, desde el punto de vista formal, será jurisdiccional. “El acto jurisdiccional se caracteriza por se un acto jurídico; puede ser definido desde el punto de vista formal tomando en cuenta el órgano que lo ejecuta. Simplemente se dice que el contenido de la función judicial es el que lleva a cabo el órgano que según la Constitución de un Estado, está encargado del poder judicial; pero surge el mismo problema que para la función legislativa, el poder judicial puede ejecutar actos de naturaleza distinta y no es posible designar como actos judiciales a un conjunto de actos diferentes desde el punto de vista de su estructura interna. La definición formal sólo sirve para tomar en cuenta los recursos que proceden contra el acto judicial. Desde el punto de vista material, no nos sirve como elemento de diferenciación, entre las distintas actividades del Estado...”⁶⁸.

La función formal y materialmente jurisdiccional la observamos tanto en una sentencia de un Juez de Distrito que tiene por acreditada la plena responsabilidad del procesado en la comisión de un delito contra la salud, como en una diversa emitida por un Juez de lo Familiar que disuelve el matrimonio existente entre una pareja por haberse

⁶⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría General del Estado. México, 1968. p. 335.

demostrado la causal de divorcio invocada por el actor; en ambos casos la sentencia proviene de un Juzgador adscrito al Poder Judicial. En contrapartida, sólo será formal y no materialmente jurisdiccional el nombramiento que se haga de una persona como Secretario de Acuerdos, como Magistrado o Juez.

II.3.2.2 Actos materialmente jurisdiccionales

Desde el punto de vista material, es decir, atendiendo a la naturaleza del acto gobierno, puede decirse que se está en presencia de un acto materialmente jurisdiccional cuando se concreta en rigor a crear situaciones jurídicas individuales; ya que por virtud del acto jurisdiccional se aplica la norma general y se crea la norma individual, que es la sentencia. La función jurisdiccional en su sentido material “es una actividad jurídica del Estado, por virtud de la cual manifiesta su voluntad con la intención de modificar el orden jurídico existente y resolver con la fuerza de verdad legal, un conflicto de derecho, creando una situación jurídica individual, de carácter definitivo e irrevocable entre los litigantes”⁶⁹.

Rojina Villegas pone énfasis en la definitividad del acto jurisdiccional para diferenciarlo del administrativo (en semejante sentido se pronuncia también Gabino Fraga). Gómez Lara ubica las siguientes distinciones entre dichos actos gubernamentales: La función jurisdiccional debe ser provocada; la jurisdicción implica necesariamente una relación de estructura triangular, entre el estado por una parte, y los dos contendientes por la otra, mientras que en la administrativa la relación es lineal entre el gobernante y el gobernado; la jurisdicción

⁶⁹ Ídem, p. 344.

siempre tiene como antecedente un litigio, la administración no necesariamente⁷⁰.

La función jurisdiccional realizada por el ejecutivo la observamos de lunes a viernes en los Tribunales Agrarios, en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, así como en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo o en el Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; todos ellos sin duda alguna resuelven mediante la emisión de una sentencia fundamentada en la ley, los conflictos que se les presentan para su conocimiento, por tal motivo, sus sentencias o laudos son calificadas de formalmente administrativas y materialmente jurisdiccionales.

Buen ejemplo de acto materialmente jurisdiccional es el laudo que condena al patrón al pago de las prestaciones reclamadas en la demanda por la verificación de un despido injustificado o la emisión de una sentencia que declara la nulidad de una resolución determinante de un crédito fiscal por no contener firma autógrafa del funcionario legalmente facultado para ello. La función jurisdiccional ejercida por el legislativo la encontramos cuando el legislativo se constituye en gran jurado, en términos del artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o bien cuando, el Congreso de la Unión resuelve lo relativo a la declaratoria de procedencia.

II.3.3 La Función Administrativa

II.3.3.1 Actos formalmente administrativos

“Con el criterio formal, la función Administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo”⁷¹. En México, el Artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en el nivel federal el poder ejecutivo se

⁷⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano. op. cit. pp. 135 y 136.

⁷¹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 49ª ed. Porrúa. México, 1969. p. 53.

deposita en un solo individuo: El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. No obstante ello, toda la estructura que conforma la administración pública, centralizada y paraestatal se considera parte del Poder Ejecutivo, y en consecuencia se considera que todo acto emanado de ellos es de naturaleza administrativa, máxime si se toma en cuenta que el Artículo 90 constitucional establece que “La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.”.

Actos formalmente administrativos los encontramos en los reglamentos expedidos por el órgano legislativo (lo mismo el de Verificación Administrativa, que el del Registro Público de la Propiedad o el de la Ley Aduanera); de igual manera un típico acto formalmente administrativo lo encontramos en la imposición de multas administrativas por infracciones a los reglamentos; otro clásico se halla en la expropiación realizada en términos de lo dispuesto por el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II.3.3.2 Actos materialmente administrativos

De acuerdo al administrativista mexicano, Gabino Fraga, el acto se reputa materialmente administrativo cuando el Estado realiza bajo un orden jurídico la ejecución de actos materiales o actos jurídicos que determinan situaciones jurídicas concretas; que se distingue de la actividad materialmente legislativa en tanto que en ésta nunca se realizan actos materiales, ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales. Y de la función jurisdiccional se distingue en que la

actividad administrativa no supone la existencia previa de un conflicto, ni interviene con el fin de resolver una controversia para dar estabilidad al orden jurídico. La función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos mediante medidas de vigilancia; pero cuando el conflicto ha surgido, se entra al dominio de la función jurisdiccional⁷². Desde un enfoque ligeramente diverso Nava Negrete afirma que se está frente a un acto materialmente administrativo cuando se realiza una actividad sometida a la ley que tiene como propósito atender el interés público, cubrir las necesidades de servicio y obras públicas que requiere la colectividad; es en suma un acto creador de situaciones jurídicas individuales y dirigido a satisfacer necesidades colectivas⁷³.

La función administrativa ejercida por el legislativo o el judicial se encuentra cuando éste adquiere materiales de trabajo por la vía de la licitación pública o la adjudicación directa (computadoras, curules, papel, etc.), cuando se nombran empleados (secretarios, choferes, etc.). Acto materialmente administrativo es la concesión en la prestación de un servicio o en la explotación de un bien. Otros casos de intervención del órgano legislativo en actividades administrativas se encuentran en las facultades del Congreso para admitir nuevos Estados y formar nuevos dentro de los límites de los ya existentes. Cuando interviene para arreglar las diferencias no contenciosas que tenga lugar a propósito de los límites territoriales se da entre diversas entidades federativas. Uno más, lo encontramos en su facultad de examinar la cuenta que anualmente debe presentar el ejecutivo. Asimismo, las actividades realizadas por los Jueces en torno a la Jurisdicción Voluntaria, pues en tales casos no existe ninguna controversia, sino que por mandato de ley,

⁷² FRAGA, Gabino. op. cit. p. 63.

⁷³ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 167.

se requiere el desarrollo público de un procedimiento (serie de pasos encaminada a la obtención de un fin), ante la autoridad jurisdiccional, para la emisión de una resolución.

Para ilustrar de mejor manera lo antedicho, enseguida transcribimos la siguiente tesis:

No. Registro: 26,871
Precedente
Época: Quinta
Instancia: Tercera Sala Regional Hidalgo-México
Fuente: R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año II. No. 22. Octubre
2002.
Tesis: V-TASR-XXXIII-221
Página: 325

RESOLUCIÓN MISCELÁNEA DE COMERCIO EXTERIOR PARA 1999.- ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA LOS CONTRIBUYENTES, POR ESTAR EXPEDIDA EN USO DE FACULTADES REGLAMENTARIAS CONFERIDAS AL PODER EJECUTIVO, Y COMPARTIR LOS ATRIBUTOS DE LA LEY.- De conformidad con lo establecido por el artículo 89, fracción I de nuestra Carga Magna, el Presidente de la República como Titular del Poder Ejecutivo Federal, cuenta, entre otras, con la facultad reglamentaria para expedir disposiciones generales y abstractas que tienen por objeto la ejecución de la ley; de ahí que, los actos emitidos en uso de esas facultades reglamentarias, deban considerarse formalmente administrativos y materialmente legislativos, es decir, que participan de los atributos de la Ley, y comparten además su obligatoriedad. En consecuencia, si la Resolución Miscelánea de Comercio para 1999, es una disposición de carácter general y abstracto, emitida por el Poder Ejecutivo para reglamentar la correcta aplicación y observancia, entre otros, de la Ley Aduanera, tiene carácter obligatorio para los contribuyentes. (23)

Juicio No. 4625/00-06-03-2.- Resuelto por la Tercera Sala Regional Hidalgo México, el 4 de junio de 2001, por unanimidad de votos.- Magistrada Instructora: Rosa María Corripio Moreno.- Secretaria: Lic. María de Lourdes Acosta Alvarado.

Capítulo III. La Responsabilidad.

III.1. Concepto del término Responsabilidad.

Como el objetivo primordial de este trabajo es el estudio de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, incorporada recientemente al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, justo es precisar el alcance y las implicaciones de la figura “responsabilidad” dentro del sistema jurídico.

Es muy curioso que los Manuales de Derecho Civil, Penal y Administrativo al abordar este tópico entran directamente al estudio en particular de los casos generadores de “responsabilidad”, sin embargo, poco dicen de la figura “in genere”, es más, casi en todos los libros se aborda la responsabilidad desde una sola de sus facetas (la penal, la administrativa o la civil) y se deja de lado la conceptualización genérica de esta figura trascendente en cualquier sistema legal; modestamente trataremos de rescatar en próximas líneas la idea de la responsabilidad jurídica única, es decir, aplicable a todas las ramas del derecho.

III.1.1 Concepto Etimológico del término Responsabilidad.

Rolando Tamayo y Salmorán en el Diccionario Jurídico Mexicano explica que responsabilidad es un término cuyo origen se encuentra en el latín “respondere” que significa “prometer, merecer, pagar, etc.”, por su parte “responsus (responsable)” significa “el obligado a responder de algo o de alguien”⁷⁴. Agrega este profesor universitario que el término de referencia está íntimamente relacionado con los siguientes dos términos: “spondere”, una expresión solemne utilizada en la “stipulatio”, declaración en la cual un individuo asumía una obligación, y con

⁷⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. pp. 2824-2825.

“sponsio” palabra que designa la forma más antigua de la obligación⁷⁵, de ahí que se relacione siempre a la responsabilidad con una obligación.

III.1.2 Concepto Gramatical del término Responsabilidad.

La Real Academia Española la “responsabilidad” de la siguiente manera: “1. f. Cualidad de responsable. 2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. 4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. ~ subsidiaria. 1. f. Der. La que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona. de ~. 1. loc. adj. Dicho de una persona: De posibles y digna de crédito.”⁷⁶. Las diversas acepciones recogidas por la Real Academia Española nos serán muy útiles en el siguiente punto, pues desde ahora se ve la multiplicidad de acepciones que el término en estudio tiene.

III.1.3 Concepto Jurídico del término Responsabilidad

III.1.3.1 Sentido Amplio.

“En una concepción amplia, se puede entender por responsable a todo el que debe cumplir. El vendedor del cajón de vino, por ejemplo, es responsable para hacer efectiva su entrega al comprador y, obviamente, por no hacerla efectiva en caso de incumplimiento. Se abarca así la conducta debida, y la sanción por no adecuarse a ella; o es dable

⁷⁵ La “sponsio” era una promesa en la cual se utilizaba el verbo latino “spondere”, que tenía matices religiosos y sólo podían realizarla los partícipes de la religión romana, algo imposible para los extranjeros; por ello, a fin de adaptar el Derecho a las necesidades cotidianas surgió la “fideipromissio”, una figura secular que se convirtió en una especie del género “stipulatio” Vid. MARGADANT S. Guillermo. Derecho Romano. 6ª ed. Esfinge. México, 1975. p.387.

⁷⁶ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. 22ª ed. op. cit. www.rae.es

calificar como responsable al deudor que no ha cumplido y está sujeto a las acciones del acreedor. Al no haber acatado el comportamiento de la deuda, esto es, el comportamiento debido como prestación, el acreedor puede ejecutarlo forzosamente, obtener la ejecución por otro a su costa, o reclamarle indemnización...”⁷⁷. En un sentido amplio, por responsabilidad se entiende la situación en la que se encuentra el deudor de alguna prestación, lo mismo antes de que se vuelva exigible su deuda, que cuando ya lo es y puede ser forzado a cumplirla.

III.1.3.2 Sentido Restringido.

En sentido estricto, se le asigna la calidad de responsable a la persona que por no haber cumplido una obligación o deber, es susceptible de ser condenado al pago de una indemnización. Esta acepción es la que comúnmente se le da al concepto, en cuanto se le asigna el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento⁷⁸. El significado anterior puede observarse en lo dicho por Guillermo Cabanellas cuando afirma que la responsabilidad es “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”⁷⁹.

III.1.3.3 “Responsabilidad”, un concepto multívoco.

El término en estudio tiene diversas acepciones, a continuación anotaremos las más significativas siguiendo las explicaciones de Pablo

⁷⁷ Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. A cargo de José Alberto Garrone. T. III. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 513.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Diccionario de Derecho Usual a cargo de Guillermo Cabanellas. T. III. 9ª ed. Heliasta. Buenos Aires, 1976. p. 574.

Larrañaga ⁸⁰ que esquematiza con claridad el pensamiento de connotados teóricos del Derecho; junto con tal autor diremos que para Alf Ross el concepto de responsabilidad es uno de los llamados "términos sistemáticos", es decir, una de esas palabras que carecen de referente en la realidad y que tienen como razón de ser la expresión de una correlación sistemática entre una pluralidad disyuntiva de hechos y una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas. Con dicha palabra se crean vínculos entre hechos y consecuencias, sin que llegue a confundirse con los propios hechos o las consecuencias respectivas. Existen para este autor dos grandes tipos de responsabilidad: La responsabilidad como exigibilidad y la responsabilidad como sancionabilidad, conceptos en principio diferentes por sus implicaciones, pero que sin embargo, se encuentran al momento de hacer referencia a la culpabilidad, pues al derecho le importa averiguar si quien ha realizado una acción incorrecta o ilícita, por la cual se le exigen cuentas (responsabilidad exigibilidad), la realizó bajo ciertas condiciones (culpabilidad) de modo que deba ser sancionado por ello (responsabilidad sancionabilidad).

Hans Kelsen por su parte el estudiar el concepto de responsabilidad – comenta Larrañaga- lo hace relacionándolo con las nociones de obligación jurídica o deber, diciendo que quien tiene el carácter de responsable es porque resulta sancionable, ya que de conformidad con la normatividad vigente ha efectuado un acto antijurídico.

De entre los juristas, apunta Larrañaga ⁸¹, el que más ha contribuido al estudio de la responsabilidad es Hart, quien utiliza un método bastante efectivo para abordar este tópico, pues en lugar de

⁸⁰ Vid. LARRAÑAGA, Pablo. El concepto de responsabilidad. 1ª ed. 1ª reimp. Fontamara. México, 2004.

⁸¹ Ídem.

utilizar la clásica búsqueda del género próximo y la diferencia específica, utiliza la contextualización del término. Hart ubica el término "responsabilidad" dentro de distintas frases, en cada una de las cuales dicho término tiene una significación diferente; así el autor de referencia encontró cuatro grandes clases de responsabilidad:

- a) Responsabilidad como capacidad,
- b) Responsabilidad como factor causal,
- c) Responsabilidad como conjunto de derechos y deberes inherentes a un cargo o rol social, y
- d) Responsabilidad como sancionabilidad.

La "Responsabilidad como capacidad" es el conjunto de aptitudes psíquicas normales que a un individuo cualquiera le dan la posibilidad de entender, razonar y controlar su conducta; se trata esencialmente de una cuestión psicológica inherente a los seres humanos en general. La responsabilidad entendida en este sentido es fundamental para el derecho, pues de la existencia de las aptitudes en cita, depende en muchas ocasiones la producción de ciertos efectos normativos, esta acepción está muy relacionada con el diverso término de imputabilidad. La frase que Hart utiliza para la explicación de la responsabilidad en el sentido ya apuntado es la siguiente: "Se rumoraba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones"; se observa con claridad que en este caso la responsabilidad sí va enfocada hacia la especificación de cualidades mentales, esto es, de entendimiento, comprensión y toma de decisiones.

La "responsabilidad como factor causal" es la segunda clase de responsabilidad que encuentra Hart; con ella se refiere a aquellos casos en los cuales el término en estudio se identifica con la causación de

efectos, esto es, que a partir de la realización o verificación de la conducta "X", se produjo un resultado "Y"; utilizar en este sentido el término en estudio es fundamental, pues se emplea para la identificación del hecho que produjo cierto resultado, y para la individualización del sujeto que realizó la conducta productora del resultado discutido, lo cual en un momento dado, constituirán en tratándose de personas, la condición inmediata para su sancionabilidad. La oración que sirvió de base para encontrar este sentido del término responsabilidad fue el siguiente: "El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco".

Una diversa manera de concebir a la responsabilidad, "responsabilidad como conjunto de derechos y deberes inherentes a un cargo o rol social", la encuentra Hart al afirmar que ésta tiene lugar cuando se le invoca para hacer referencia a un conjunto de deberes y derechos propios de la calidad subjetiva que una persona tiene, esto lo derivó Hart al analizar la frase: "Como capitán del barco, X era responsable de...", en la cual se observa que se hace referencia a una serie de conductas exigibles para una determinada persona en atención al rol o papel que desempeña; así por ejemplo aquella persona a la cual se le atribuye la calidad de "padre" le surgen deberes tales como suministrarle alimentos a sus hijos, también puede emplearse como ejemplo el caso del "vendedor", que por asumir ese carácter tiene el deber de entregarle a su contraparte el objeto vendido, ya sea de manera real, jurídica o virtual.

La última de las clases de responsabilidad descritas por Hart, es la "responsabilidad como sancionabilidad" y se presenta cuando una persona es pasible de una pena o de pagar una compensación por ciertas eventualidades de acuerdo a las normas jurídicas vigentes. La frase empleada por Hart para afirmar lo anterior es la siguiente: "En un

proceso judicial que se le siguió (al capitán del barco), fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes”.

Abundando sobre la equivocidad del término en estudio, es bueno recordar que Tamayo y Salmorán acierta al afirmar que el concepto de “responsabilidad” ha sido objeto de muchas controversias entre juristas, ya que existen un sinnúmero de “teorías” que explican su fundamento y alcances. Se considera que constituye un concepto jurídico fundamental; sin embargo, la noción de responsabilidad no es exclusiva del discurso jurídico ya que también se recurre a él dentro de lo moral y lo religioso, así como en el lenguaje ordinario. Dicho iusfilósofo explica la polisemia del término responsabilidad recurriendo también al pensamiento de Hart y de Kelsen; debido a que la postura de tales autores ya fue expuesta en líneas anteriores, sólo a través del pie de página es que anotaremos lo dicho por Tamayo⁸², ya que no es la intención de este trabajo detenerse

⁸² “Para determinar el significado de “responsabilidad” es necesario hacer alusión a aquellos usos de “responsabilidad” que están, de alguna manera presupuestos a la noción jurídica de responsabilidad... el profesor Hart <en *Punishment & responsibility*, Oxford University Press, 1973> ilustra la polisemia y equivocidad de este concepto... Como capitán de un barco, X era responsable de la seguridad de sus pasajeros y de su tripulación. Sin embargo, en su último viaje X se embriagó todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que se encontraba a bordo. Se rumoraba que X estaba loco; sin embargo, los médicos consideraron que era responsable de sus actos. Durante todo el viaje se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes en su carrera mostraban que no era una persona responsable. X siempre sostuvo que las excepcionales tormentas de invierno fueron las responsables de la pérdida del barco, pero en el proceso judicial instruido en su contra fue encontrado penalmente responsable de su conducta negligente y... en un juicio civil fue considerado jurídicamente responsable de la pérdida de vidas y bienes. El capitán aún vive y es moralmente responsable de por la muerte de muchas mujeres y niños...

“En este pasaje se pueden distinguir cuatro sentidos de “responsabilidad”: 1) Como deberes de un cargo: “es responsabilidad del capitán...”, “es responsabilidad de los padres...”. Las responsabilidades como deberes que corresponden a un cargo, sugieren la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad. 2) Como causa de un acontecimiento: “la tormenta fue la responsable de la pérdida...”, “la larga sequía fue la responsable de la hambruna...” 3) Como merecimiento, reacción o respuesta: “fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes...”, “el que cause un daño a otro es responsable de...”... 4) Como capacidad mental: “fue encontrado responsable de sus actos...”.

“<Otro significado que encuentra la dogmática jurídica para responsabilidad es el siguiente> Un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado (H. Kelsen). En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de

demasiado en este punto, en todo caso remitimos al lector interesado a observar cómo llega este autor a las mismas conclusiones que Larrañaga, agregando ilustrativos y valiosos ejemplos.

De lo antes escrito, podemos afirmar que los mexicanos Larrañaga y Tamayo, valiéndose en gran medida de lo aportado por el renombrado Profesor de Oxford, nos han mostrado la variedad de significados que tiene el término “responsabilidad”; por tal motivo, resulta indispensable aclarar que en el presente trabajo, habremos de utilizar preferentemente el sentido de “responsabilidad” como sancionabilidad, es decir, como condicionante para la imposición a una o varias personas de una sanción en términos de lo preceptuado por el sistema jurídico; no obstante ello, también recurriremos al empleo de las otras acepciones, aunque con menor frecuencia, en todo caso, el contexto indicará al lector cuál de las distintas “responsabilidades” es la usada.

acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación. La responsabilidad es en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.”

“De ahí que es responsable de un hecho ilícito (delito) aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que el hecho ilícito se imputan. Aquel que sufre la pena de prisión que se impone al homicidio, es responsable del delito de homicidio. De la misma forma, aquel que sufre la pena por el delito de robo es responsable del delito de robo. Por regla general, el autor de un hecho ilícito es su autor. En efecto puede suceder que un individuo sea el autor del acto ilícito y que otros sean los responsables del mismo, es decir, los que deban sufrir las consecuencias de sanción que a ese delito le corresponden, de conformidad con una norma jurídica. El precepto bíblico “Yo soy Yahvé tu Dios, un Dios celoso, que castigo la maldad de los padres (los hechos ilícitos de los padres) en los hijos hasta la tercera y cuarta generación (Éxodo, XX, 5)” es un buen ejemplo en el que aprecia que los autores del acto ilícito (en el caso, los padres) y los responsables del mismo (los hijos hasta la tercera y cuarta generación), los cuales deben sufrir las consecuencias, pueden ser diferentes individuos. Esto, que es un rasgo común del derecho primitivo, se presenta siempre que los hechos ilícitos son realizados por un órgano o miembro de un ente o persona colectiva (sociedades mercantiles, corporaciones, municipios, Estados, etc.). Típica es, en este caso, la responsabilidad que surge en ocasión de un ilícito internacional. Cuando, p. e., miembros del Estado A (un contingente militar) ocupan un territorio del Estado B, la sanción que B aplica (represalias o guerra), como consecuencia de este acto, se dirige contra todos los individuos que pertenecen al Estado A no sólo a aquellos que cometieron el hecho ilícito...” Diccionario Jurídico Mexicano op. cit. pp. 2824-2825.

III.2. El deber jurídico como presupuesto en cualquier relación de responsabilidad

Para que pueda configurarse la "responsabilidad como sancionabilidad" dentro de un sistema jurídico, es requisito sine qua non la existencia previa de un deber jurídico y la trasgresión al mismo. El deber jurídico es por lo tanto un elemento que debe existir indefectiblemente para analizar la posible configuración de la responsabilidad, sin él jamás podrá surgir ésta; por ello, el deber jurídico es un presupuesto de la responsabilidad, pues siempre que se inicia el procedimiento para la determinación o no de responsabilidad se parte de la existencia de un deber jurídico, pues cuando se sabe de la inexistencia de éste resulta inútil iniciar o continuar el procedimiento de referencia, ya que nunca se podrá determinar la responsabilidad partiendo de esa base. Enseguida estudiaremos lo que diversos estudiosos del derecho apuntan para definir al deber jurídico y abordaremos las maneras en que dicho deber surge, o sea las fuentes del mismo.

III.2.1 Concepto de deber jurídico

En el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española se define al deber de la siguiente manera "(Del latín debere). 1. tr. **Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.** 2. tr. Tener obligación de corresponder a alguien en lo moral. 3. tr. Cumplir obligaciones nacidas de respeto, gratitud u otros motivos. 4. tr. Adeudar (- tener una deuda material con alguien). 5. tr. Tener por causa, ser consecuencia de"⁸³.

Por deber jurídico los juristas entienden el comportamiento requerido por el derecho, la conducta obligada de conformidad con una

⁸³ www.rae.es

norma de un orden jurídico histórico (nacional o internacional). Todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. De acuerdo con lo anterior, se puede caracterizar el deber jurídico como la conducta prescrita por el derecho, el comportamiento que debe observarse. La imposición de deberes es uno de los rasgos más característicos del derecho; cuando una norma jurídica le impone a un individuo un patrón de comportamiento, es que a éste le ha surgido un deber jurídico.

Carlos Cossio al definir el deber jurídico, utiliza un término hermanado con el mismo: derecho subjetivo. Para este autor ambos términos se hayan relacionados en cuanto hacen referencia a la conducta humana jurídicamente relevante, pues cuando la norma jurídica le autoriza a un individuo la realización de una conducta, se está en presencia del derecho subjetivo; en cambio cuando a un sujeto se le prohíbe la realización de alguna conducta, se observa la imposición de un deber jurídico⁸⁴.

El deber jurídico es una especie del género de los deberes. Encuentra su signo distintivo en dos circunstancias: En primer lugar se encuentra especificado en las normas jurídicas, es decir, existe si y sólo si hay una norma emitida por el o los órganos legislativos correspondientes que lo incluyan o lo protejan, de suerte tal que un deber jurídico no puede existir sin alguna norma jurídica que lo cobije. En segundo lugar, el deber jurídico existe con independencia del reconocimiento que del mismo pueda practicar el sujeto cuya conducta constituye el objetivo del deber jurídico.

El deber jurídico puede coincidir en contenido y estructura con deberes morales y religiosos, pues todos ellos pretenden la obtención de

⁸⁴ COSSIO, Carlos. Teoría Ecológica del Derecho, citado en ROJAS R. Abelardo. El derecho subjetivo y el deber jurídico. Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho UNAM. México, 1954. p. 103.

una conducta debida y valiosa, piénsese por ejemplo en la prohibición para privar de la vida a otro ser humano, que desde el punto de vista jurídico, moral, social y religioso se encuentra prohibido. La nota más distintiva del deber jurídico respecto del resto de los deberes, radica en que éste únicamente puede hallarse a la luz de las normas jurídicas y nunca sin ellas, lo mismo recogiendo al deber jurídico en una norma específica que protegiéndolo mediante el sistema de normas⁸⁵.

Abelardo Rojas, comenta que para Kelsen el deber jurídico es la norma jurídica en relación con el individuo, el deber jurídico es la obligación de abstenerse de realizar la conducta contraria a la norma, que en consecuencia se halla sancionada. John Austin, opina que el deber jurídico es la conducta contraria a aquella a la que el orden normativo enlaza una sanción. El propio Abelardo Rojas luego de citar y criticar a tales autores, opina que el deber jurídico es la inaptitud jurídica para hacer o para omitir lo que la norma prohíbe, una acción o una omisión. García Máynez (citado por Rojas) al abordar el tema de referencia, opina que el deber jurídico es "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera, cierta conducta, positiva o negativa". De lo anterior se deriva que se tiene un deber jurídico de hacer u omitir algo, si carecemos de la posibilidad de optar entre hacerlo y omitirlo⁸⁶.

III.2.2 Fuentes del deber jurídico.

Luis Díez Picazo comenta que en el lenguaje ordinario, por fuente se entiende el sitio del cual emana el agua de manera normal y natural; por ello no resulta extraño suponer que la palabra fuente rápidamente fue tomada por los estudiosos del derecho para emplearla sin reparo,

⁸⁵ ROJAS R. Abelardo. op. cit. pp. 103-107.

⁸⁶ *Ibidem*. pp. 113-123.

agregando que no es exclusivo de los juristas el uso metafórico de esta palabra, ya que historiadores y periodistas la utilizan de manera recurrente para referirse al documento o conjunto de elementos informativos que dan sustento a su investigación, de suerte tal que las fuentes son los puntos de los cuales se extrae la información. Las fuentes son entonces en sentido metafórico el punto inicial, el origen y principio de algo⁸⁷. Como el tema que nos interesa en este momento es el de las fuentes del deber jurídico, habrá que decir al respecto que el origen y principio del deber jurídico lo encontramos en dos grandes actos jurídicos, uno de ellos es la norma jurídica y el otro es el acto jurídico resultante de la libre manifestación de voluntad, no contradictoria a lo ordenado por el sistema jurídico.

III.2.2.1 La norma jurídica

La norma jurídica es una regla de conducta obligatoria que rige el actuar de las personas que se encuentran en las circunstancias que constituyen sus condiciones de aplicabilidad. La fórmula esquemática de las normas jurídicas es la siguiente “Si A es, entonces B; si no es B, entonces C”⁸⁸, “A” constituye la hipótesis normativa, “B” representa el deber jurídico o conducta exigida y “C” hace referencia a la sanción derivada del incumplimiento del deber jurídico (“B”).

García Máynez comenta que la palabra norma tiene dos sentidos: uno amplio con el cual se alude a aquellas reglas de comportamiento, obligatorio o no; y uno estricto que se refiere a reglas que imponen deberes o confieren derechos⁸⁹. Las normas jurídicas, al igual que otras normas (por ejemplo las morales o las sociales), imponen deberes, sin

⁸⁷ DIEZ ~ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. 3ª ed. Ariel. Barcelona, 1999. pp. 110-112.

⁸⁸ TERÁN, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. Porrúa. México, 1952. pp. 90 y 107.

⁸⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. op. cit. p.4.

embargo, las jurídicas se distinguen del resto de las normas al tener como características: la bilateralidad, la heteronomía, la coercitividad y la exterioridad. La bilateralidad consiste en que al mismo tiempo en que a una persona le surge un deber, a otra persona le nace el derecho de exigirle a la primera el cumplimiento de su deber; Rojina Villegas al exponer la bilateralidad menciona que ésta implica la facultad de exigir y recibir en el acreedor, y el deber de prestar en el deudor⁹⁰. La heteronomía consiste en que la norma jurídica emana de una persona diferente al propio obligado; Carlos Rodríguez Manzanera comentaba en su clase de Teoría del Derecho⁹¹ que esta característica ahora también es entendida por algunos en el sentido de que con independencia del sujeto autor de la norma, la misma debe ser acatada. La exterioridad de una norma jurídica se refiere a que éstas únicamente tienen como objetivo la regulación de las conductas humanas que resultan visibles en el mundo fáctico, o sea, acciones u omisiones, sin invadir la esfera de lo onírico o puramente intelectual, los sueños, deseos o pensamientos carentes de materialización; la norma jurídica busca la conformidad externa del sujeto con la norma, soslayando hasta cierto punto la conformidad o inconformidad interna que el normado pudiera tener con la disposición⁹². La coercitividad está presente en todas las normas jurídicas debido a que el obligado por ellas se encuentra en una situación por virtud de la cual puede ser constreñido a cumplir con lo ordenado por el precepto, sin su voluntad y aún en contra de su voluntad⁹³.

⁹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. El Nacional. México, 1943. p. 74.

⁹¹ Notas de clase tomadas por el autor de este trabajo. Grupo 0003, Facultad de Derecho, UNAM. Semestre 2000-1.

⁹² VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al estudio del derecho. Porrúa. 9ª ed. México, 1990. p.54.

⁹³ DORANTES TAMAYO, Luis. ¿Qué es el derecho? 2ª ed. UTEHA. México, 1970. p.101.

La norma jurídica al imponer patrones de conducta que resultan obligatorios, contiene deberes jurídicos, o sea, conductas debidas, cuyo cumplimiento está garantizado por todo un arsenal de instituciones y mecanismos jurídicos. La principal fuente del deber jurídico es la norma jurídica, pues dentro de la misma es que se encuentran la mayor cantidad de deberes legales⁹⁴; no obstante ello, es imperativo dejar apuntado que no sólo en la norma jurídica se encuentran los deberes jurídicos, también se les halla en manifestaciones de voluntad (que es el siguiente punto a tratar), que ciertamente necesitan ser acordes con el sistema normativo.

Una precisión importante que vale la pena resaltar es que cuando en este trabajo nos hemos referido a la norma jurídica como fuente del deber jurídico distinta a la manifestación de voluntad, hemos querido aludir preferentemente al conjunto de disposiciones generales surgidas con motivo del ejercicio del poder público, es decir, a los actos materialmente legislativos. Lo cual no implica que escape de nuestra vista que la doctrina incluye dentro del concepto de “norma jurídica” a los contratos y a las sentencias o resoluciones⁹⁵, que carecen de generalidad, sin embargo, con el único propósito de emplear un lenguaje más sencillo es que decidimos usar el término de norma jurídica en los términos ya apuntados; en todo caso, para salvar cualquier clase de desatino terminológico dejamos apuntado que desde el punto de vista estricto todo deber jurídico tiene como origen la norma jurídica (sea ésta general, particular o individualizada), pues en la misma se contempla el comportamiento que el destinatario de la norma debe cumplir, so pena de ser sancionado.

⁹⁴ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO op. cit. p. 815.

⁹⁵ RECASEN SICHES, Luis. op. cit. p.174.

III.2.2.2 La voluntad.

Al estar provisto el ser humano de libre albedrío, tiene la posibilidad de actuar e interactuar de la manera que considere más pertinente o mayormente benéfica para sus intereses. El libre albedrío se manifiesta en las esferas interna (pensamiento) y externa (conducta). Al derecho sólo le corresponde abordar el aspecto externo del ejercicio del libre albedrío, es decir, sólo le compete regular conductas que en lo cotidiano se presentan en forma de acciones u omisiones. La exteriorización del libre albedrío siempre implica la toma de decisiones pues a través de un proceso mental se direcciona la aplicación de recursos y esfuerzos en cierto sentido y con un objetivo.

Cuando el ser humano lleva a la realidad sus decisiones expresa su voluntad, es decir, proyecta en el plano de lo fáctico sus deseos a través de conductas positivas (acciones) o negativas (omisiones), que pueden ser simples o complejas, simples cuando para la creación del acto interviene exclusivamente una voluntad, o bien complejas cuando concurren dos o más voluntades para la creación del acto correspondiente. Las manifestaciones de voluntad pueden realizarse de manera expresa (también llamada directa) o bien de forma tácita (indirecta), estamos en presencia de una declaración expresa cuando a través de hechos o signos se le revela al destinatario de la declaración la intención del declarante, tanto en manifestaciones verbales, como en manifestaciones gráficas inequívocas; las declaraciones indirectas de voluntad se observan en hechos y circunstancias de las que se infiere con un margen relativamente grande, el sentir y la decisión de una persona⁹⁶.

⁹⁶ Dentro de nuestra legislación vigente encontramos contemplada la situación anteriormente expuesta en el Código Civil Federal que en su artículo 1803 dispone respecto de los contratos (y por

En muchas ocasiones el deber jurídico, la conducta debida, no se encuentra especificado en una norma jurídica de carácter general, sino que es resultado de una simple manifestación de voluntad o de un acuerdo resultante de una negociación, un convenio o contrato (que la doctrina llama en ocasiones norma jurídica particular). Sólo cuando un compromiso asumido en ejercicio de la voluntad se encuentra protegido (aunque no necesariamente regulada o contemplado) por una norma jurídica general es que podemos decir que se trata de un auténtico deber jurídico.

Las manifestaciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos reciben el nombre de actos jurídicos. En todas las ramas del derecho es posible observar actos jurídicos y hechos jurídicos⁹⁷; por el momento sólo nos interesa dejar registrado que las manifestaciones de voluntad relevantes para el derecho deben ajustarse a lo dispuesto por el sistema normativo, de lo contrario, se corre el riesgo de que el sistema de sanciones jurídicas se active y genere la inexistencia, nulidad o ineficacia del acto jurídico respectivo o hasta se llegue a imponer alguna pena o medida de seguridad.

Muchos son los deberes que las personas (físicas o morales) deben cumplir, algunos se contemplan en las normas jurídicas generales y otros son resultado de una decisión tutelada (mas no impuesta) por el sistema jurídico, por ello, se dice sin vacilación que la voluntad externada también en ocasiones es fuente de deberes jurídicos.

extensión al resto de los Actos Jurídicos) que el consentimiento "...será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y el tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo...".

⁹⁷ Hechos de la naturaleza o del ser humano que generan efectos legales, sin que se haya querido la producción de tales efectos originalmente.

III.3. La relación de responsabilidad.

Para que a una persona, física o moral, le sea atribuida la calidad de responsable (responsabilidad sancionabilidad) o reconozca tener tal calidad, es indispensable analizar su conducta (positiva o negativa), para observar la trasgresión o no de un deber jurídico; y en caso de que afirmativamente se concluya que un individuo transgredió alguno de los múltiples deberes que le corresponden de acuerdo a la legislación vigente o de sus compromisos asumidos, dentro de la relación de responsabilidad habrá que determinar si dicha transgresión causó alguna afectación a la esfera jurídica de otro u otros individuos, para que en un momento posterior se analice la manera de resarcir a los afectados. En los próximos párrafos abordaremos el largo sendero que debe andar el afectado por la violación de un deber jurídico.

III.3.1 La conducta contraria al deber.

La rama del derecho que más páginas ha dedicado al estudio genérico de la conducta contraria al deber jurídico es el Derecho Penal, en este estudio recurrimos a diversos autores de tal sector de la doctrina para abordar este tópico, no tenemos empacho en decirlo, realmente vemos con buenos ojos que poco a poco se vayan difuminando las gruesas líneas que impiden tratar un mismo tema desde la óptica de dos ramas jurídicas.

Comenta Eduardo López Betancourt que "la conducta se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito"⁹⁸, diremos junto con él que es voluntario porque se trata de una decisión libre de la persona que la realiza y que tiene un propósito porque siempre lleva implícita una finalidad, un

⁹⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. 5ª ed. Porrúa. México, 1998. p.83.

objetivo. Jiménez Huerta acierta al decir que conducta es un termino amplio que tiene como virtud acoger las diversas maneras en las cuales el hombre manifiesta externamente su voluntad, tanto las que implican un movimiento muscular, como aquellas que implican inercia, inactividad⁹⁹.

Al derecho sólo le interesan las manifestaciones de voluntad, no la voluntad en sí, pues jurídicamente es irrelevante una simple voluntad carente de materialización o de actos tendientes a su concreción, ya que a nadie le importa -en el terreno estrictamente legal- que alguna persona desee matar a otra o pretenda incumplir sus obligaciones alimentarias o fiscales si tal intención únicamente se queda en la esfera de los propósitos, por el contrario, cuando se realizan actos preparatorios o de materialización de la voluntad el derecho comienza a intervenir, regulando la propia acción u omisión y las consecuencias de la misma.

Tres componentes tiene la conducta: Uno interno -la voluntad-, otro externo -su manifestación- y otro teleológico -finalidad-; concurren de una manera tan indisoluble que sólo es posible separarlos desde la comodidad del escritorio para analizarlos uno por uno. El elemento interno se refiere a la voluntad, a la toma de decisiones que el individuo realiza en su esfera personalísima, no se refiere en este caso a la genérica capacidad jurídica para obrar, exclusivamente se alude a que en toda actividad o inactividad concreta y específica el individuo decide llevarla a cabo las más de las veces, pues el cuerpo humano de ordinario no se mueve solo, requiere de una decisión: la firma de un cheque, la discusión y aceptación de un convenio, el disparo de un arma de fuego, la construcción de una casa, la apertura de un establecimiento mercantil o la negativa para salir de un inmueble son conductas en esencia diferentes, no obstante, coinciden en cuanto representan la toma

⁹⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del delito. UNAM. México, 1950. p.10.

de una decisión que acciona o detiene el movimiento corporal. La voluntad es entonces una instrucción psíquica que mueve o detiene al cuerpo de una persona. El elemento externo tiene lugar cuando el aspecto corpóreo de la realidad humana hace o deja de hacer, en cualquier escala. "En sus manifestaciones externas la conducta puede asumir dos formas diversas de presentación: movimiento -acción positiva- o inercia -acción negativa- corporal. Como movimiento corpóreo la conducta se manifiesta casi siempre en la actividad de los miembros, esto es, de los órganos por medio de los cuales el hombre realiza la mayor parte de las modificaciones del mundo exterior, aunque también puede manifestarse en otros movimientos musculares de órganos diversos, como por ejemplo, en una palabra, un beso, en un gesto o en una mirada"¹⁰⁰. El aspecto teleológico de la conducta es el conjunto de objetivos y propósitos que llevan al sujeto a tomar decisiones que se traducen en movimiento o inercia.

III.3.1.1 Acción.

Guillermo Cabanellas menciona que "acción" es uno de los conceptos más amplios dentro del derecho, proviene del latín "AGERE" que significa hacer u obrar. La vida supone en todo tiempo una actividad corporal, la inacción absoluta sólo puede darse con la muerte y en la nada¹⁰¹. El autor de referencia explica que en sus significados más generales, acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. López Betancourt afirma que la acción jurídicamente relevante tiene lugar cuando un sujeto realiza actividades (movimientos) que producen consecuencias en el mundo jurídico, siendo 3 sus elementos integrantes: a) Movimiento; b) Resultado y c) Relación de causalidad.

¹⁰⁰ GRISPIGNI, Diritto Penale. Vol. II. p.31, citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. op. cit. p. 23.

¹⁰¹ Diccionario Jurídico Elemental. pp. 16-17

El movimiento tiene lugar cuando alguno de los miembros o componentes del cuerpo humano deja el reposo y se activa, desplazándose espacialmente; así por ejemplo, cuando tocamos, asimos, pateamos o caminamos, los dedos, las piernas o las manos se desplazan de un sitio hacia otro. El resultado es la consecuencia que la acción trae consigo, puede que esas consecuencias sean benéficas (en cuyo caso no habrá sanciones) o perjudiciales (situación en la cual seguramente serán impuestas sanciones); creemos que de hecho toda acción relevante en el mundo jurídico tiene un resultado formal que se determina respondiendo la siguiente interrogante ¿Al realizar la acción se cumplió o no con la normatividad vigente? Ahora bien, existen también acciones que producen resultados materiales y no exclusivamente formales (cumplimiento o incumplimiento de los deberes jurídicos que impone el sistema normativo legal), el resultado material tiene lugar cuando es modificada la realidad apreciable a través de los sentidos, cuando se modifica palpablemente alguna esfera jurídica. La relación de causalidad es el puente existente entre el movimiento y el resultado, es el nexo que los vincula¹⁰².

Reyes Calderón, refiriéndose a Carrara, comenta que éste hacía una puntual distinción entre acto y acción, diciendo que la primera se compone de un movimiento y la segunda de una serie de movimientos, de suerte tal que apretar una tecla es un acto y escribir a máquina es una acción¹⁰³.

III.3.1.2 Omisión.

La Real Academia Española define a la omisión de la siguiente manera: “Omisión. (Del latín *omissio*, -onis). 1. f. Abstención de hacer o

¹⁰² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. op. cit. pp. 88-97.

¹⁰³ REYES CALDERÓN, José Alfredo. Acción y Omisión. Cárdenas. México, 2001. pp. 66.

decir. 2. f. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. 3. f. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto”¹⁰⁴.

La omisión desde el punto de vista legal no es una simple y llana inercia o ausencia de movimiento, ya que de aceptar a la omisión como una ausencia cinética o inacción completa podríamos decir que las piedras o las paredes son omisivas al grado extremo; la omisión que es relevante en materia jurídica tiene lugar cuando una persona no hace algo determinado y específico que de conformidad con la normatividad vigente debía realizar; implica contener el movimiento corporal, que de ordinario es posible, manteniendo la fuerza muscular como mera potencia no ejercida. Negarle existencia a la omisión (vista como contención de la potencia corporal) sería “tanto como negarle realidad a la energía que contiene una pila eléctrica, solamente porque nuestros sentidos nos muestran a ésta como algo inerte y carente de todo movimiento perceptible”¹⁰⁵.

Los elementos integrantes de la conducta omisiva son: 1. Conducta pasiva; 2. Deber jurídico de obrar; y 3. Resultado (formal o material). La conducta pasiva es la contención de energías corporales productoras de movimiento; el deber jurídico ya fue explicado en este estudio, no obstante diremos sencillamente que es la exigencia que el sistema normativo hace a una persona para que actúe de cierta manera, estableciendo sanciones para el caso de que no actúe de la manera exigida; con relación al resultado remitimos al lector de este trabajo al punto inmediato anterior de este trabajo, pues en acción y en omisión el resultado puede ser material (mutación sensible) o formal (violación al sistema jurídico que no cambia la realidad apreciable).

¹⁰⁴ www.rae.es

¹⁰⁵ REYES CALDERÓN, José Alfredo. op. cit. p. 193.

III.3.2. Producción de una afectación con la conducta contraria al deber.

Afectar, según lo define la Real Academia Española es “...Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente” ¹⁰⁶, nosotros hemos tomado en este sentido el término afectación, es decir, como una mutación adversa en el campo jurídico, por ello decimos que al ser el humano una criatura social, prácticamente todas las conductas que despliega producen efectos en el campo de lo individual y lo social, de esta manera ocurre que en ocasiones se le causan detrimentos a alguien, y al mismo tiempo (esto ocurre cada vez que se quebranta un deber jurídico) se produce una afrenta al sistema normativo y al Estado como ente colectivo, pues cada violación al sistema de leyes fomenta la realización de adicionales quebrantamientos a las normas y los deberes jurídicos. Hemos preferido usar el término afectación y no daño, porque a éste se le suele identificar restrictivamente con el menoscabo, sin embargo, es prudente dejar asentado que “algunas corrientes doctrinarias, sostienen la existencia de una doble acepción del daño. En sentido lato, se lo identifica con la pérdida o menoscabo de un bien jurídico, de un derecho subjetivo o de un interés, como si fueran equivalentes. Dentro de esta significación, el daño existe en todo acto ilícito, desde que implica una injuria a un derecho o a un interés de otra persona. Esta intrusión ilegítima en la esfera de derechos ajenos dinamiza las acciones de prevención y cesación, para lograr el restablecimiento del equilibrio alterado. Es el alcance asignado al término “daño” en el derecho penal, y también, en sentido amplio, en el derecho civil. A su vez en sentido estricto, como elemento de la responsabilidad civil, el daño se define por sus repercusiones en la

¹⁰⁶ www.rae.es

esfera patrimonial o extrapatrimonial del damnificado... Alfredo Orgaz fue el precursor de la teoría del daño consecuencia... identifica al daño, en sentido amplio, con “la ofensa o la lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”. Todo acto ilícito, en cuanto implique una invasión en la esfera jurídica ajena, genera un daño, aunque no deteriore sus valores económicos ni haya lesionado sus afecciones legítimas. De esta forma – ejemplifica Orgaz-, el simple uso de una fotografía de otro, sin la autorización de esa persona, otorga a la misma la acción para hacer cesar el uso ilícito, aún cuando no se haya generado un menoscabo económico o un daño moral indemnizable”¹⁰⁷.

Como se ve, existe una doctrina que postula la existencia de la afectación en todo acto antijurídico, nosotros nos adherimos a tal posición, pues creemos que toda violación a la ley afecta la seguridad de las personas pues crea condiciones para la propagación de ilegalidades. De ahí que digamos que todo acto violatorio de un deber jurídico produce un resultado formal (violación a la norma jurídica), aunque no necesariamente un daño material. A continuación examinaremos algunas clasificaciones del daño, atendiendo al tipo de bienes que merma y a las implicaciones que el mismo tiene. En el presente trabajo haremos referencia preferente a las afectaciones que directamente son percibidas por cualquiera de manera individual, el daño o perjuicio directo y personal.

III.3.2.1 Afectación pecuniaria - afectación moral.

Salvador Ochoa Olvera al estudiar los diferentes tipos de daños que pueden producirse en las relaciones interpersonales reguladas por el derecho, explica que la clasificación por excelencia es la que divide al daño en patrimonial y moral. Para nosotros es incorrecta esta

¹⁰⁷ AGOGLIA, María Martha. El daño jurídico. Enfoque actual. La ley. Buenos Aires, 1999. p. 14.

terminología debido a que los derechos de la personalidad también están contenidos en el patrimonio de las personas, ya que éste constituye el continente de derechos y obligaciones, de ahí que negarle un lugar a los derechos de la personalidad dentro del patrimonio es arrojarlos al limbo, a un sitio etéreo que sencillamente no existe en el mundo jurídico, por tal motivo, preferimos hablar de derechos y afectaciones patrimonial pecuniarias y patrimonial morales; ahora bien, debido a que el criterio aún predominante dentro de la literatura jurídica es el que considera como correcta la dicotomía patrimonial – moral, habremos de explicar las afectaciones en dichos términos, sin que ello implique una claudicación en nuestro pensar.

Para el autor en mención, estamos en presencia del daño patrimonial cuando se merma un bien susceptible de apreciación económica, ya que con relativa facilidad puede asignársele un valor monetario, grande o pequeño, pero específico de acuerdo a valores de cambio en el mercado¹⁰⁸. Ochoa Olvera al afirmar lo anterior utiliza una concepción clásica del patrimonio, que en palabras de Jorge Sánchez Cordero se define como "el conjunto de bienes y de obligaciones de una persona y se le considera como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad jurídica; pudiéndose distinguir una parte activa del patrimonio: la reunión de los bienes y derechos de la persona; pero exclusivamente aquellas que puedan tener una apreciación económica (quien dice patrimonial, dice pecuniario); de ahí que se excluyan los derechos extra patrimoniales que no son exclusivamente los derechos políticos, sino también algunos derechos civiles (patria potestad, derechos de la personalidad). Es de considerarse dentro del patrimonio

¹⁰⁸ OCHOA OLVERA, Salvador. La demanda por Daño Moral. Mundo Nuevo. México, 1991. p. 7.

también una parte pasiva: las deudas de la persona"¹⁰⁹. Rojina Villegas al considerar correcta la distinción entre daño patrimonial y daño moral, menciona que el uno se refiere a todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que la víctima legítimamente debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho; por su parte, define al daño moral como toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones ¹¹⁰. Para estos autores todo lo que integra el patrimonio es pecuniario, es económico, de ahí que cuando hablan de daños patrimoniales hacen referencia a los que son de fácil equiparación monetaria; nosotros –insistimos- creemos junto con Gutiérrez y González que el patrimonio no se limita a lo pecuniario¹¹¹, de ahí que prefiramos llamarle daño o afectación pecuniaria a lo que la doctrina tradicional refiere como daño patrimonial; Manuel Bejarano también se opone a la utilización del término “daño patrimonial” en el sentido predominante y en su lugar utiliza el término “daño económico”¹¹².

¹⁰⁹ SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho Civil. UNAM. México, 1981. pp. 679 - 680.

¹¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. V. Vol. II. 7ª ed. Porrúa. México, 1998. pp.129 - 130.

¹¹¹ Gutiérrez y González define al patrimonio como el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho, agregando que el patrimonio está formado por dos grandes campos: el económico o pecuniario, y el moral, no económico o de afección, al cual también puede designársele como derechos de la personalidad. De ahí que afirme dicho jurista que el patrimonio tiene tres características: 1. Comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción alguna sobre la naturaleza intrínseca de cada uno, lo que implica que se les de un trato genérico, considerándoseles por tanto como una universalidad; y 2. Entran en él tanto bienes que representan un valor pecuniario, como bienes que tienen un valor de afección o moral. Se llega a esta conclusión de manera muy sencilla: todos los autores coinciden en afirmar que al patrimonio lo integran -esencialmente- bienes, ahora, si por bien entendemos todo aquello que nos resulta provechoso, no hay razón suficiente para excluir a los bienes que implican cuestiones afectivas, pues son provechosos para toda persona tanto un millón de dólares en algún banco de las Islas Caimán como la pulcritud de la reputación social. (GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio. 7ª ed. Porrúa. México, 2002. pp. 52 - 53).

¹¹² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla. México, 1980. p.237.

La investigadora Alicia E. Pérez Duarte, siguiendo los lineamientos de la postura conservadora, ve en el daño moral aquel detrimento no patrimonial (afectivo) cierto y personal, que sufre una persona por la conducta ilícita de otro, lo cual se traduce en una subjetividad que dificulta su valoración¹¹³.

Sobre el daño moral existe una tesis sumamente ilustrativa que muestra el acogimiento que esta figura ha tenido dentro del foro mexicano, en ella podemos observar tanto el concepto de daño moral, una breve nota histórica y los elementos integrantes de tal figura; dicha resolución dice lo siguiente:

No. Registro: 185,571

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Noviembre de 2002

Tesis: I.3o.C.368 C

Página: 1131

DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se estableció por primera vez el concepto de daño moral en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, como la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho, actividad, conducta o comportamiento ilícitos. Los tratadistas conciben

¹¹³ PÉREZ DUARTE y N., Alicia Elena. El daño moral. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XVIII. Número 53 Mayo-Agosto 1985. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. p. 631. En este mismo sentido PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. III. 5ª ed. Porrúa. México, 1980. p.185.

el daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor notable en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, entre otros. Sobre esa base, para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos: a) la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal; y, c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 3203/2002.

En la actualidad es la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, la que regula el daño moral en el Distrito Federal, toda vez que los artículos correspondientes del Código Civil Local fueron derogados.

Con una visión más amplia, comenta Ernesto Gutiérrez y González que “daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física, o el desprestigio de una persona, física o moral, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor”¹¹⁴, con lo cual, abandona la postura tradicional que únicamente admite el daño patrimonial cuando éste se produce a raíz de un hecho ilícito, además con mucho atino expresamente incluye como sujeto pasivo o víctima del daño patrimonial a las personas jurídico colectivas, lo cual en términos generales suele ser descuidado por la mayor parte de los autores que abordan el tópico.

¹¹⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 13ª ed. Porrúa. México, 2001. p. 604.

III.3.2.2 Daños - Perjuicios.

Joaquín Escriche en su célebre diccionario menciona que por daño debemos entender el detrimento o menoscabo que por malicia, dolo, culpa o caso fortuito se presenta en la persona o hacienda de otro; ocurriendo que cuando el detrimento fue ocasionado con dolo seguramente traerá consigo consecuencias tales como la imposición de un castigo, ahora bien, si el origen del menoscabo está en la imprudencia, probablemente únicamente se le constriña al responsable a la simple reparación del mismo¹¹⁵.

La palabra daño proviene del latín "**damnum**" que significa daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien¹¹⁶. El antecedente más conocido de la reparación del daño se encuentra en el derecho romano, pues en los capítulos primero y tercero de la "**Lex Aquilia**" regulaba la responsabilidad (sancionabilidad) derivada de la producción de un daño en la propiedad ajena. Dicho ordenamiento legal contempló la indemnización por la destrucción de alguna cosa o la muerte dada a un esclavo ajeno, asimismo, únicamente reguló los daños económicos antijurídicos, o sea los ocasionados de forma intencional o culposa, por lo que sobra decir que no contempló la llamada responsabilidad objetiva. Para el cálculo de las indemnizaciones respectivas, tal ordenamiento únicamente consideraba el valor de mercado para el cálculo de la indemnización, quedando excluido por consecuencia todo valor sentimental que el objeto pudiese producirle al dueño de la misma¹¹⁷.

¹¹⁵ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. T. I. Manuel Porrúa. p. 531.

¹¹⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. T. II. p. 811.

¹¹⁷ MARGADANT, Guillermo F. op. cit. pp. 436 y 437

En nuestra legislación vigente el artículo 2108 del Código Civil Federal define al daño de la siguiente manera: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". Ernesto Gutiérrez y González afirma que la anterior definición <contemplada en el Código Civil> es limitada pues solamente se refiere a daños sufridos a partir del incumplimiento de un contrato, con la finalidad de incluir todo tipo de daño originado por la violación de un deber jurídico afirma que "daño es la pérdida o menoscabo que sufre en su patrimonio una persona, por una conducta lícita o ilícita de otra persona, que la ley considera para responsabilizar a ésta"¹¹⁸.

Perjuicio, de conformidad con lo previsto por el artículo 2109 del Código Civil Federal es "la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". Gutiérrez y González propone como definición de perjuicio "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, de no haber generado otra persona la conducta lícita o ilícita que la ley considera para responsabilizar"¹¹⁹. Guillermo Cabanellas afirma que estricto sentido técnico perjuicio es "la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción y omisión ajena culpable o dolosa; a diferencia del daño o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado"¹²⁰.

Daño y perjuicio son conceptos tan próximos que Rafael de Pina los agrupa en la categoría de daño lato sensu, para así englobar en una misma categoría a estas variantes de la afectación patrimonial pecuniaria: 1) La pérdida de un bien (daño emergente, o simplemente daño) y 2) la no obtención de la ganancia o beneficio que se ha dejado

¹¹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op. cit. p. 604.

¹¹⁹ Ídem. p.605.

¹²⁰ CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p.303.

de percibir como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico (lucro cesante o perjuicios)¹²¹.

III.3.3 Nexo causal entre la conducta y la afectación.

Para poder fincarle responsabilidad a una persona es indispensable que se demuestre la relación de causalidad entre la afectación ocasionada y la conducta respectiva. Debe llegarse al convencimiento y a la demostración de que una conducta determinada (por ejemplo el manejo inadecuado de una sustancia explosiva que estalla) ha sido la causa de un resultado dañoso (la destrucción de un bien alcanzado por el impacto).

La relación de causalidad es un elemento que requiere de pruebas, en ocasiones algunas de ellas son muy complejas y requieren en ocasiones la participación de expertos en materias bien especializadas, pongamos como ejemplo el caso de los alimentos manipulados genéticamente, a los cuales se les atribuye la producción de alteraciones en la salud humana, específicamente la producción de cáncer; en este caso es indudable que el juzgador requerirá para la comprobación del nexo causal de la opinión de profesionistas versados en la materia, pues se trata de un tema que por su complejidad no puede ser entendido a partir de conocimientos básicos, será indispensable la intervención de genetistas, biólogos, químicos y oncólogos, etc.

Un severo problema que se presenta en la determinación de responsabilidad es la concurrencia de causas, esto se presenta cuando la producción de un resultado dañoso probablemente se debe a más de una conducta o bien a una sucesión continua de hechos.

A criterio nuestro, Jorge Bustamante¹²² es uno de los autores que

¹²¹ PINA, Rafael de. op. cit. p.184.

analizan de manera más clara las principales teorías que explicativas del nexo causal y del problema de la concurrencia o sucesión de causas, diremos entonces junto con él que tales teorías básicamente son las siguientes:

A) Teoría de la equivalencia de condiciones. Los principales postulantes de esta teoría fueron Mill y Von Buri, ellos aseguraban que todas las condiciones positivas y negativas concurrían necesariamente en la producción del resultado, de suerte tal que suprimir una sola de ellas implicaba la desaparición del resultado. Esta teoría tiene en su contra el hecho de que remite hacia el infinito la causación del daño, pues todo acto tiene un antecedente y en esa tesitura, nunca podrá detenerse la remisión hacia el pasado en gran cantidad de casos.

B) Teoría de la causa próxima. Según esta teoría, sólo se llama causa a aquella condición temporalmente más cercana a la realización del daño, el resto de acontecimientos que participaron en la producción del daño son simplemente condiciones, mas no causas. El problema de esta teoría, que aparentemente es la más lógica, es que en muchas ocasiones el acontecimiento más próximo de hecho no es el productor del resultado; piénsese por ejemplo en la muerte de una persona enferma, producida a raíz de la ingesta de un veneno contenido en un envase que decía contener un vitamínico, en este caso, el verdadero causante del deceso es quien colocó el veneno y no quien de buena fe suministró al enfermo dicho veneno disfrazado de vitamínico.

C) Teoría de la condición preponderante. Esta posición consiste en ubicar dentro de las causas concurrentes a aquella que de manera más decisiva rompió el equilibrio resultante del choque de las fuerzas que por un lado impulsaban el mantenimiento de la situación y las que

¹²² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. 8ª ed. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1993. pp. 261-264.

buscaban la variante, el cambio.

D) Teoría de la causa adecuada. A decir de Bustamante, ésta es la posición predominante, fue formulada por Von Kries, para quien la causa es el hecho que natural y ordinariamente produce el resultado, de ahí que a las condiciones que no lo producen normal y regularmente, sólo se les considere como antecedentes o factores concurrentes. De lo que se trata entonces, es de formular un juicio de probabilidad, determinando cuál de los distintos factores que intervinieron es el idóneo y más posible productor del resultado, en condiciones normales, y salvo prueba en contrario desde luego.

Un aspecto también importante dentro de este tema es el relacionado con la interrupción o desaparición del nexo causal, las principales causas de interrupción son las siguientes¹²³:

a) La existencia previa de una condición diversa a la generada por el agente que produce el mismo resultado que presumiblemente se habría producido por la acción u omisión del agente, tomemos como ejemplo la muerte de una persona “Q”, a la cual la persona “K” le suministra un químico asfixiante y la persona “L” le retira en un diferente momento la careta oxigenante, es obvio que la conducta de “L” no puede ser realmente considerada la productora de la muerte, pues la conducta de la persona “K” hizo irrelevante el actuar de “L”, pues con careta o sin careta, la muerte de “Q” se habría dado a causa del químico asfixiante.

b) La condición concomitante que desenvuelve su propio curso causal con exclusión del efecto causal de la conducta del presunto responsable; pongamos el caso de una edificación (E2) situada entre dos edificios poco estables (E1 y E3) que se hayan recargados en aquel. Si a causa del repentino derrumbe de E3 se produce la destrucción de E2, resulta claro que es el dueño de E3 es quien deberá responder por

¹²³ Ídem.

los daños de los diversos edificios, principalmente de E2, pues el repentino curso que tomó la situación de su construcción fue la que ocasionó el daño, con independencia de que E1 también estaba ejerciendo una carga sobre E2.

c) La condición superveniente que no es una secuela del curso causal desenvuelto por la conducta del supuesto victimario¹²⁴; usaremos como ejemplo el caso de un técnico en reparación de televisores, que coloca en el aparato de uno de sus clientes un conjunto de resistencias de media-baja calidad, si el televisor de mérito llegara a sufrir una descompostura a raíz de una inusual descarga eléctrica que inutiliza lo mismo a televisores nuevos que viejos o reparados, es indiscutible que este solo hecho es el que trajo como consecuencia la descompostura del aparato y no las reparaciones mediocres del técnico, pues los resultados adversos de éstas sólo se verían a mediano plazo, de ahí que la descarga inusual es la causa de la descompostura y el responsable de la misma es quien deberá asumir los daños, sólo si el televisor se hubiere descompuesto por la colocación de las resistencias de baja calidad es que el técnico tendría que asumir la reparación del daño.

d) La fuerza mayor o la fuerza física superior irresistible que lleva a actuar al agente en contra de su voluntad; pongamos el caso del conductor de un automóvil que es arrastrado y causa destrozos luego de ser arrastrado por el viento producido por un huracán; y

e) La colocación voluntaria de la víctima en la situación productora del hecho dañoso¹²⁵, por ejemplo, cuando una persona decide unilateralmente (sin permiso alguno) habitar un edificio en ruinas, luego de que éste sea derrumbado no podrá reclamar ninguna clase de

¹²⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual en *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año I, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 377.

¹²⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. 10ª ed. Tecnos. Madrid, 1992. pp. 275 - 276.

indemnización por la destrucción accidental de los muebles que había instalado en el inmueble de referencia.

Un caso muy interesante se plantea cuando después de un primer efecto generador del daño se produce otro hecho que es susceptible de producir el mismo daño ante lo cual es válido preguntarse si las consecuencias del primer hecho se encuentran interrumpidas (suprimidas) o solo disminuidas. Pongamos el caso de una persona ha roto unos cristales, los cuales, se habrían roto de todas maneras por una fuerte explosión que sobrevino el día siguiente. Hay opiniones extremas atienden al resultado final y deciden, en consecuencia, que es responsable el autor del primer hecho o bien el del segundo hecho. “Una postura más ecléctica propone distinguir entre los daños ya realizados cuando el segundo hecho interviene y los daños que no son inmediatos: sobre los primeros responde el agente del hecho originario; sobre los segundos media una concurrencia de causas que aparejará una distribución de la carga del daño. Hipótesis similares se presentan, con relativa frecuencia, ante tratamientos médicos sucesivos, en los que se discute en qué medida una mala práctica plural, a partir de delegaciones del enfermo, ha incidido en el resultado final”¹²⁶.

III.3.4 Grados de responsabilidad.

En la producción de una afectación patrimonial usualmente sólo interviene la conducta (activa o pasiva) de una persona, es decir, un individuo le causa a otro un daño o un perjuicio; sin embargo, en otras ocasiones la afectación de referencia es producto de la intervención de varias personas, ello produce el gran problema de determinar si todas ellas deben responder por el resultado y en su caso cuál debe ser la proporción o porción de indemnización que deben cubrir. A tal

¹²⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. op. cit. p. 380.

determinación suele llamársele graduación de responsabilidades.

En el derecho penal la figura de la graduación de responsabilidades es harto frecuente, se recurre ordinariamente a ella tanto en la doctrina como en los tribunales; desafortunadamente en materia civil y administrativa resulta muy difícil hallar estudios al respecto, por tal motivo acudiremos a la pluma autorizada del penalista Fernando Castellanos para decir junto con él que dependiendo de la manera en que se haya actuado en la producción del hecho ilícito es que podrá atribuírsele a cada persona una forma de participación específica, de suerte tal que podremos llamarle con todas las consecuencias jurídicas implícitas: Autor si pone la causa eficiente para la producción del resultado; coautor si junto con varios lo produce; cómplice si únicamente auxilia de manera indirecta¹²⁷. De ahí que cuando se habla de “grados de responsabilidad” se quiere hacer referencia a la cualificación de las diversas conductas participantes en la producción de un resultado dañoso. El autor en cita aplaude la clasificación de la participación hecha por el jurista italiano Giuseppe Maggiore: Según el grado la participación puede ser principal o accesoria; según la calidad puede ser moral o física; de acuerdo al tiempo puede ser anterior, concomitante o posterior; con relación a la eficacia es posible que sea necesaria y no necesaria¹²⁸.

En las restantes ramas del derecho, es muy raro encontrar autores que hagan una diferenciación específica entre los diversos grados de participación aún y cuando resulta evidente que cuando hay concurrencia de conductas lo correcto es la delimitación y determinación de la medida en la que habrán de responder todos aquellos que por su comportamiento se convirtieron en partícipes del acontecimiento dañoso.

¹²⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 39ª ed. Porrúa. México, 1998. p.298.

¹²⁸ Ídem.

No suele hablarse en el derecho civil o en el administrativo de autores intelectuales y materiales, autores principales o cómplices, a lo más que se llega en tratados especializados es a establecer diferentes tipos de participación, así por ejemplo, Bustamante¹²⁹ comenta que se distinguen las siguientes modalidades de plural participación en la producción de resultados dañosos:

1. Intervención conjunta o común. Se presenta cuando varias personas cooperan en la producción de un solo resultado. En este caso, se parte de la idea de que los participantes conciben conjuntamente el resultado ilícito, o en el mejor de los casos, antes de actuar imprudentemente tuvieron la posibilidad de prever el resultado.

2. Intervención acumulativa. Tiene lugar cuando varias personas intervinieron <casi simultáneamente> ejecutando actos independientes los unos de los otros, pero que de hecho producen idénticas consecuencias. Supóngase por ejemplo que a un mismo sujeto le es suministrado veneno por dos distintos individuos, o bien cuando a un mismo río un par de fábricas de la misma industria le arrojan residuos igualmente contaminantes.

3. Intervención disyuntiva o alternativa. Se hace referencia a este tipo de responsabilidad cuando el hecho se atribuye a dos personas diferentes ante la imposibilidad para identificar a la que realmente ocasionó el daño.

Jorge Mosset ejemplifica diversas soluciones adoptadas en el derecho inglés para los casos de pluralidad de conductas:

“a) La teoría de la proporcionalidad, según la cual la reparación, la condena a indemnizar, ‘debe ser proporcionada a la probabilidad de causación del daño’. La doctrina estadounidense establece, que si en un caso determinado hay el treinta por ciento de probabilidades de que el

¹²⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. op. cit. pp.584 - 585.

demandado haya originado el daño, éste deberá resarcir el treinta por ciento del total de la afectación producida.

“b) La teoría de la persona ‘más probablemente víctima’ (most likely victim), en virtud de la cual, en los supuestos en que haya varias personas que aleguen haber sufrido un daño, se debe resarcir a la que pruebe una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado.

“c) Una tercera teoría es la de ‘la responsabilidad empresarial o industrial (industry-wide or enterprise theory of liability), que se aplica en los supuestos en que hay varios demandados que son fabricantes de un determinado producto, habiendo todos ellos desarrollado la misma práctica fabril que puede haber dado lugar a responsabilidad. Cada uno responde de acuerdo con ‘su parte o presencia en el mercado’ (market share liability).

“d) Como variante, la denominada ‘teoría holandesa’, frente a la imposibilidad de probar el vínculo causal, ante el elevado número de posibles agentes, hace solidariamente responsable a todos. Se le conoce como de la causalidad alternativa (alternatieve causaliteit).”¹³⁰

III.3.5 Resarcimiento de la afectación

Debido a que los hechos dañosos generan una afectación adversa en el patrimonio de una persona, la ley ha creado en beneficio de ésta el derecho al resarcimiento, en las próximas líneas expondremos lo que constituye el resarcimiento, desde qué momento debe realizarse y los problemas que acarrea en cuanto a su cuantificación y ejecución. Nuestro punto de partida es el término “resarcimiento”, definido por la Real Academia Española como “Indemnizar, reparar, compensar un

¹³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. op. cit. pp. 376-377.

daño, perjuicio o agravio”¹³¹.

III.3.5.1 Nacimiento de la obligación de resarcir.

Tradicionalmente son dos las teorías que explican el nacimiento de la obligación de resarcir, en torno a ellas se agrupa el pensamiento de los juristas clásicos y modernos; según indican los hermanos Mazeaud, la primera de estas teorías hace surgir el deber de resarcir el daño ocasionado inmediatamente después de haberse producido el resultado dañino, la otra posición postula que el derecho de la víctima (obligación del causante del daño) surge tan luego como se desarrolla todo un procedimiento y se dicta una resolución que queda firme¹³².

Los Mazeaud afirman que una diferencia significativa entre las mencionadas posturas está en el hecho de que para algunos la sentencia que condena a la reparación de un daño es de índole constitutiva (pues crea un derecho), mientras que los defensores de la posición contraria sostienen que la sentencia de referencia no crea ningún derecho, pues lo que realmente ocurre es que tan solo se verifica o confirma la existencia de ese derecho, nacido al producirse el daño, razón por la cual debe hablarse de una sentencia declarativa y no constitutiva. El civilista mexicano Rafael Rojina Villegas opina que el deber de indemnizar nace por la simple realización del hecho ilícito, es decir, en el mismo momento en que éste tiene lugar¹³³.

Desde otra óptica, que analizaremos en los dos incisos siguientes, la obligación de indemnizar también puede decirse que nace a través de una declaración de voluntad del responsable del hecho dañoso o bien a través de una resolución.

¹³¹ www.rae.es

¹³² MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda. Vol. II. EJE. Tr. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1969. p. 390-391.

¹³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. op. cit. pp. 159-160.

III.3.5.1.1 Reconocimiento voluntario

Al predominar en el derecho la idea de que el hombre tiene y es en sí mismo libre albedrío, el sistema jurídico les ha reconocido a las personas la posibilidad de modificar su esfera jurídica a través de la realización de actos estrictamente unilaterales.

En muchas ocasiones, cuando un hecho humano trae consigo la producción de un resultado dañino, los participantes del mismo (autor y víctima del hecho) desean darle pronta y eficaz solución, deciden poner remedio al mal acaecido a través de una discusión privada, de la cual puede resultar el reconocimiento de la responsabilidad por parte de alguno de ellos. En estos casos, los tribunales y los procedimientos quedan fuera, no son convocados a participar en la determinación de "responsabilidad", pues ya se cuenta con una solución para el conflicto, uno de los implicados en la situación productora de daños ha decidido responder por el acontecimiento con independencia de que si ha analizado la situación de manera prudente o apresurada; con los elementos de hecho que tiene a la mano ha llegado a la conclusión de que el resultado le es imputable a él y como consecuencia de ello, decide que es él quien debe hacerse cargo de las consecuencias adversas que su conducta generó. Piénsese por ejemplo en el caso de un par de automovilistas que tras sufrir una colisión, llegan a la conclusión de que uno de los mismos, al no frenar a tiempo, produjo el impacto correspondiente, motivo por el cual se compromete a pagar los gastos derivados del choque; en este caso observamos cómo a través de una manifestación de voluntad ha nacido la obligación de resarcir el daño producido, pues siendo honestos, de no ser por tal reconocimiento el derecho a recibir el resarcimiento del daño (y la obligación de solventarlo) estarían dependiendo de una resolución que así lo ordenara.

Quizá la manera más frecuente de resolver problemas en los cuales se ha producido un daño (regularmente de poca monta) es el reconocimiento de la propia responsabilidad, pues a pesar de que en la actualidad decimos con frecuencia inusitada que la violencia y la ilegalidad abundan, cierto es que la mayor parte de los problemas son solucionados a través de lo que la doctrina denomina autocomposición, es decir, el arreglo del asunto por parte de los implicados. Si la solución de todos los problemas fuera encargada a los tribunales, difícilmente éstos se darían abasto y la inmensa mayoría de las controversias se quedarían sin solución jurídica oportuna.

III.3.5.1.2 Declaración gubernamental.

Desafortunadamente no siempre se logra la solución de la controversia por la vía de la autocomposición, pues no se asume voluntariamente el deber de indemnizar la afectación, ya que en ocasiones la divergencia habida entre los implicados llega a límites insuperables, ya sea por cuestiones básicas (determinación de responsabilidad) o por cuestiones accidentales (cuantificación exacta del daño causado o manera de indemnizar); en tales casos se vuelve necesaria la intervención de un tercero en el asunto, que bien puede asumir la función de mediador, conciliador, árbitro o juzgador, la diferencia que hay entre cada una de estas figuras la dejamos como materia para un trabajo diverso, bástenos decir ahora que se diferencian en cuanto a sus facultades, a la coactividad de las decisiones que toman, y el rol que desempeñan, sin embargo, encuentran su punto de convergencia en cuanto a que llegado el caso todos ellos plantean soluciones al conflicto expuesto ante ellos; en todo caso, la opción más socorrida para la composición de un litigio mediante la intervención de un tercero es el proceso jurisdiccional, y a éste nos avocaremos.

El proceso jurisdiccional está constituido por una serie de actos realizados ante un juzgador, que escucha a los contendientes en igualdad de circunstancias, recibe de éstos las pruebas que demuestren o desvirtúen sus aseveraciones y determina a quien le asiste la razón y en que grado, mediante la aplicación al caso concreto de la norma jurídica.

Una de las cuestiones más distintivas del proceso jurisdiccional radica en la ejecutividad que tienen las resoluciones emitidas en el mismo, ya que pueden hacerse cumplir a pesar de la voluntad del obligado, empleándose para ello la pluralidad de herramientas de hecho y de derecho que el sistema normativo pone a disposición del Estado.

El Estado entra a la determinación de responsabilidad, cuando a través de sus órganos jurisdiccionales tramita y resuelve una controversia de ese tipo, recibiendo diversas afirmaciones, refutaciones y probanzas para llegar al convencimiento de que un sujeto es o no causante de una afectación susceptible de ser reparada en los términos ordenados por la legislación vigente y que no se encuentra legalmente justificada.

III.3.5.2 Formas de resarcir la afectación

Debido a que el legislador tiene como función primordial la aprobación de normas jurídicas tendientes a crear o mantener una armónica convivencia social, se ha querido que en caso de configurarse la responsabilidad por la ocurrencia de un hecho dañoso, la víctima del mismo sea protegida y mediante la realización de alguna conducta, su esfera de derechos sea aliviada del mal perpetrado.

Existen varias formas de mitigar la afectación adversa, algunas consisten en hacer cesar el mal y otras consisten en pagar el equivalente

monetario de la afectación. Los hermanos Mazeaud¹³⁴ explican que son dos los grandes sistemas de reparación del daño: La reparación en especie y la reparación por un equivalente:

La primera de ellas, la reparación en especie “consiste en la reposición de las cosas en el estado en que se encontraban; la misma borra el daño”. La reparación por un equivalente “consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquel de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo”.

Nosotros no desconocemos la clasificación anteriormente apuntada, la creemos vigente y representativa del pensamiento jurídico tradicional, sin embargo, creemos más conveniente una clasificación tripartita, que integra: La devolución de la situación a su estado primitivo, la reparación y la indemnización (pago de daños y perjuicios).

III.3.5.2.1 Devolución de la situación a su estado primitivo.

Cuando el daño ocasionado se hace consistir en la privación de un objeto o un derecho, porque otro se lo ha apoderado indebida e ilegalmente, la primordial y óptima solución al conflicto es la devolución de la cosa o el derecho a su legítimo tenedor, piénsese por ejemplo en el caso de una persona cuya heredad ha sido invadida y de facto se encuentra en poder de otro, no cabe duda que la solución más importante al conflicto derivado de esta situación es la devolución del inmueble objeto de la litis. En el caso de los derechos, un ejemplo muy ilustrativo lo encontramos cuando una persona usurpa el nombre artístico de otra, en este caso claramente se está violando el derecho a la explotación exclusiva del nombre artístico, previsto en la Ley Federal del Derecho de Autor (Artículos 173 fracción III y 179), y como consecuencia de ello, lo primordial es cesar la violación a la exclusividad

¹³⁴ MAZEAUD, Henri, León y Jean. op. cit. pp. 394– 395.

de referencia, permitiéndole exclusivamente su uso a quien haya registrado tal nombre.

La devolución de la situación a su estado primitivo, desde nuestra posición incluye no sólo la entrega de objetos o el desuso de derechos, sino que también abarca aquellos casos en los que se reponen objetos fungibles, por ejemplo, cuando ha sido descompuesto el motor o la polea de alguna grúa y se le coloca uno nuevo, o bien cuando habiéndose derribado una cerca, se erige una nueva.

III.3.5.2.2 Reparación.

Una diversa manera de hacerse cargo de los daños ocasionados a una persona, es la reparación de los mismos, ésta es una postura desdeñada por la literatura jurídica que de hecho tiene gran frecuencia en el acontecer cotidiano. La Real Academia Española, en su diccionario de la lengua menciona que el verbo reparar proviene del latín "reparâre" y significa "Arreglar algo que está roto o estropeado; Enmendar, corregir o remediar; Desagraviar, satisfacer al ofendido; Remediar o precaver un daño o perjuicio"¹³⁵. Consiste entonces la reparación en rehabilitar un objeto que perdió funcionalidad en un adverso percance.

Es fácil encontrar en la cotidianeidad ejemplos de reparación de daños ocasionados, baste mencionar el compromiso asumido por un automovilista cuando golpea el automotor de otro conductor, mediante dicho acuerdo aquél se obliga a realizar en favor de éste los trabajos de hojalatería necesarios para devolverle a la pieza impactada la forma original. Resulta claro que en este caso no se le está entregando a la víctima del hecho dañino ni un objeto nuevo, ni se le está dando el equivalente monetario de la afectación; en ese sentido no es correcto decir que se están devolviendo las cosas a su estado original porque

¹³⁵ www.rae.es

realmente ningún objeto dañado vuelve a ser igual, a menos de que sea repuesta o sustituida una pieza componente, en cuyo caso sólo podemos decir que efectivamente vuelve a ser igual en cuanto a su funcionamiento. Reparar, desde nuestra óptica sólo se refiere a la reconstrucción de algo a partir de las piezas originales, sin incorporar nuevas (excepto adhesivos o sujetadores), la reparación está presente cuando se suelda alguna pieza suelta, cuando se le retira pátina a un cuadro, cuando se zurce una tela o cuando se endereza un riel o varilla.

En todo caso, creemos correcto decir que la reconstrucción es una reparación *stricto sensu*, y junto con el resto de las maneras de resarcir el daño constituyen la reparación *lato sensu*.

III.3.5.2.3 Indemnización

Indemnizar significa "Resarcir de un daño o perjuicio"¹³⁶ de acuerdo a lo escrito por la Real Academia Española, sin embargo, esta acepción es excesivamente incluyente, por tal motivo, adoptaremos en este trabajo el criterio de Bustamante, quien afirma que la indemnización consiste en "el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio... Usualmente se le denomina resarcimiento por equivalente"¹³⁷; de ahí que para nosotros indemnizar signifique pagar los daños y/o perjuicios pecuniarios ocasionados en la esfera de derechos de la víctima de un hecho dañino; pago que en todo caso debe hacerse entregando el numerario equivalente al detrimento causado. Junto con los Mazeaud creemos que el dinero recibido por concepto de indemnización puede ser empleado por la víctima del hecho dañino de la manera que mejor le convenga, es decir, no necesariamente tiene que aplicarse a la adquisición de un bien con

¹³⁶ www.rae.es

¹³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. op. cit. p. 76.

cualidades o características semejantes o idénticas a las del objeto destruido o dañado, lo que se busca en todo caso es reajustar el aspecto pecuniario de la víctima del hecho dañino, ingresándole una cantidad idéntica a la perdida o injustamente dejada de percibir, ya que la institución jurídica de la indemnización no tiene como propósito enriquecer a alguien, por el contrario pugna por evitar el ilegal empobrecimiento de la víctima del hecho productor de daño.

III.3.5.2.4 Los daños y perjuicios con relación a las anteriores hipótesis.

Ya se dijo que daño es todo menoscabo o detrimento sufrido en el patrimonio, y que perjuicio es la privación de ganancias que en caso de no haber ocurrido el suceso dañino, se habrían obtenido. Ahora bien, cuando en líneas anteriores hemos hecho referencia a tales daños y perjuicios únicamente nos hemos referido a los sucesos que dan lugar a la indemnización de los mismos; ahora toca decir que en las relaciones de responsabilidad paralelamente se habla de daños y perjuicios para aludir tanto a las indemnizaciones compensatorias (estudiadas en el punto anterior), como a las moratorias, que en seguida abordaremos.

Se dice que existen daños y perjuicios moratorios, cuando habiéndose reconocido o declarado la existencia de responsabilidad y el deber de reparar el daño, tal reparación (lato sensu) no se realiza a tiempo, y muy por el contrario, llega a realizarse con retraso, lo cual ocasiona que adicional e independientemente de los daños y perjuicios ocasionados en un primer momento, también deba cubrirse las consecuencias dañinas del retraso en el cumplimiento del deber del daño primigeniamente ocasionado.

III.3.5.2.5 El problema de la cuantificación

Eduardo Zannoni al referirse al tema de la cuantificación del daño acierta al decir que esta tarea tiene como propósito lograr la fijación de la cifra que genera en la víctima del suceso dañoso una especie de indiferencia respecto a haber sufrido o no haber sufrido el daño¹³⁸.

Cuantificar significa establecer una cantidad, en el caso de las indemnizaciones se dice que se procede a la cuantificación de éstas cuando se pasa a especificar la cantidad de dinero a la cual se equipara el daño ocasionado, numerario que en su caso debe entregársele a la víctima del hecho o en algunos casos a sus herederos.

El problema de la cuantificación es y seguirá siendo un mal recurrente en los sistemas jurídicos, pues siempre se correrá el riesgo de encontrar inconformidad con la decisión cuantificadora, ya que el responsable del daño alegará un exceso y la víctima se quejará de una infravaloración, máxime si se encuentran en los fallos de los tribunales decisiones notoriamente divergentes en la resolución de problemas similares, a decir de Julio César Rivera, esto se ha traducido en los Estados Unidos en una situación absurda que quiebra la situación económica de muchos y/o mantiene en el desamparo a muchos otros; de ahí que múltiples aseguradoras rechacen tomar riesgos de responsabilidad civil; cita como ejemplo el caso de un gato cuya defunción se tradujo en el pago de una indemnización a su dueño por parte del Estado, que ascendió a la cantidad de 5,050 dólares¹³⁹.

Dos son los sistemas adoptados generalmente para la cuantificación del daño: la cuantificación legal y la cuantificación judicial.

¹³⁸ ZANNONI, Eduardo A. Significado y alcance de la cuantificación del daño (Una aproximación generalizadora). En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. p. 4.

¹³⁹ RIVERA, Julio César. Cuantificación legal y judicial. En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. p. 16.

En el primero de ellos la ley especifica cuál es el monto a pagar por el daño ocasionado, en esos casos, la labor del juzgador de los daños se constriñe a determinar la existencia o no del daño injustificado y condenado por la ley; en caso de resolver afirmativamente sólo le resta remitirse a la tabla de daños para reproducir en su sentencia o resolución el monto de la indemnización. En el caso de la cuantificación judicial lo que ocurre es que el juzgador del evento dañino analiza todas y cada una de las pruebas aportadas en el juicio, no solamente para determinar la existencia o no del daño injustificado y condenado por la ley, sino que también le corresponde asignarle valor o equivalencia al daño. Algunos autores añaden dos elementos más a la lista de sistemas para la cuantificación del daño; incluyen a la cuantificación convencional, surgida a partir de una transacción o de una cláusula penal; y a la cuantificación arbitral, en la cual se determina el valor del daño a través de la opinión de un tercero ajeno a la relación de responsabilidad o a la relación procesal.

La legislación mexicana contempla todos los antes mencionados sistemas de cuantificación del daño, la cuantificación legal se observa de manera clara en la Ley Federal del Trabajo, que en sus artículos 492 (con relación al extenso numeral 512) y 495 establece los montos de la indemnización (específicamente pensión) que una persona debe recibir a causa de un accidente o riesgo de trabajo. Dichos artículos textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 495. Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad permanente total, la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario.”

“Artículo 492. Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad permanente parcial, la indemnización consistirá en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación

de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total. Se tomará el tanto por ciento que corresponda entre el máximo y el mínimo establecidos, tomando en consideración la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas, semejantes a su profesión u oficio. Se tomará asimismo en consideración si el patrón se ha preocupado por la reeducación profesional del trabajador.”

“Artículo 514. Para los efectos de este Título, la Ley adopta la siguiente:

TABLA DE VALUACION DE INCAPACIDADES PERMANENTES

Miembro superior

Pérdidas.

1. Por la desarticulación interescapulotorácica de 80 a 85%
2. Por la desarticulación del hombro de 75 a 80%
3. Por la amputación del brazo, entre el hombro y el codo, de 70 a 80%
4. Por la desarticulación del codo, de 70 a 80%
5. Por la amputación del antebrazo entre el codo y la muñeca, de 65 a 75%
6. Por la pérdida total de la mano, de 65 a 75%
7. Por la pérdida total o parcial de los 5 metacarpianos, de 60 a 70%
8. Por la pérdida de los 5 dedos, de 60 a 70%
9. Por la pérdida de 4 dedos de la mano, incluyendo el pulgar, según la movilidad del dedo restante, de 55 a 65%
10. Por la pérdida de 4 dedos de la mano incluyendo el pulgar y los metacarpianos correspondientes, aunque la pérdida de éstos no sea completa, de 60 a 70%

...

404. Si la marcha es posible con muletas, de 50 a 70%

Clasificaciones diversas

405. Por enajenación mental que sea resultado de algún accidente o riesgo de trabajo 100%

406. La pérdida de ambos ojos, ambos brazos arriba del codo, desarticulación de la cadera de ambos lados o de un brazo arriba del codo y de una pierna arriba de la rodilla del mismo lado, lesión medular por cualquier traumatismo que

produzca parálisis completa de los miembros inferiores con trastornos esfinterianos, enajenación mental incurable, se considerarán como incapacidad total permanente 100%

...

409. Las cicatrices producidas por amplias quemaduras de los tegumentos serán indemnizadas tomando en cuenta la extensión y la profundidad de las zonas cicatrizales, independientemente de las perturbaciones funcionales que acarreen en los segmentos adyacentes.”

Por su parte, el ordenamiento legal que se erige como principal exponente de la cuantificación judicial de los daños es el Código Civil Federal, que en sus artículo 2110 y 2115 establece las bases de la libertad del juzgador para determinar la cuantía de la indemnización disponiendo respectivamente que “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse” y que “Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación”. La valoración judicial del daño se refleja en la jurisprudencia que a continuación se transcribe, en la cual se uso como fundamento el citado Artículo 2110:

No. Registro: 184,165

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVII, Junio de 2003

Tesis: I.7o.C. J/9

Página: 727

DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTÓNOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN QUE SE

FUNDEN, EN TANTO ESTA ÚLTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN. Si bien conforme a lo dispuesto por el artículo 2110 del Código Civil Federal, tales renglones deben ser el resultado del incumplimiento de una obligación, no puede sostenerse que ante tal supuesto el afectado forzosa y necesariamente sufra pérdida o menoscabo en su patrimonio o se vea privado de cualquier ganancia lícita de acuerdo con los artículos 2108 y 2109 del propio ordenamiento, pues casos habrá en que aun ante el deber incumplido ninguna afectación de aquella índole traiga consigo. De lo anterior se sigue que no basta con demostrar el extremo aludido para sostener que se materializaron los daños y perjuicios, que por lo mismo deben probarse en forma independiente, ya que sostener lo contrario conduciría a decretar una condena en forma automática aun en aquellos casos en que no se resintió ninguna de las afectaciones a que se hizo mérito. Tal es el sentido de la jurisprudencia que puede verse en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, página 357, que dice: "DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENÉRICA.-Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los códigos procesales de los Estados de la República que tienen iguales disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia.". Desde el momento en que el criterio exige las pruebas del derecho a ser indemnizado, éste no puede ser otro que la presencia de la pérdida, menoscabo o privación que ya quedaron mencionados y, por tanto, si no quedan acreditadas no habrá lugar a la condena por daños y perjuicios, aunque prevalezca la relacionada con que la obligación debe cumplirse.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1177/93. Amparo directo 3123/2001. Amparo directo 466/2002. Queja 90/2002. Amparo directo 154/2003.

La cuantificación convencional, puede adoptar básicamente dos formas: la transacción y la cláusula penal. La figura de la transacción se encuentra definida en el propio Código Civil Federal que en su artículo 2944 dispone que es "un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura". Por su parte, la cláusula Penal está contemplada en el artículo 1840 del mismo ordenamiento, que establece "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios"; se observa entonces que en México los partícipes de una relación convencional pueden prever sucesos dañinos, poniéndoles solución de antemano al especificarse el monto a pagar en caso de la ocurrencia de tales eventos lesivos. Julien Bonnecase respecto de la cláusula penal afirma que "Las partes pueden determinar con anterioridad el monto de los daños y perjuicios mediante la cláusula penal. En esta forma se evitan todas las dificultades sobre el monto de los daños y perjuicios, los litigios y peritajes... (con ella se tiene la ventaja de que) no hay necesidad de investigar si el cumplimiento de la obligación causa o no un daño"¹⁴⁰.

La cuantificación arbitral es una consecuencia de la capacidad de los contendientes para someter sus diferencias al criterio de uno o más árbitros. En el Título Octavo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal observamos una regulación bastante clara del juicio arbitral a nivel local; nos interesa dejar transcritos sólo tres ilustrativos artículos de esta figura procesal:

¹⁴⁰ BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. t. III. 3ª reimp. Cárdenas. tr. José M. Cajica Jr. México, 2002. p. 435

Artículo 609.- Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.

Artículo 628.- Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula, se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia.

Artículo 631.- Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios, a las partes y aun imponer multas; pero para emplear los medios de apremio deben ocurrir al juez ordinario.

De todo lo anterior se desprende que la legislación mexicana tiene en general un sistema mixto de cuantificación del daño y de la indemnización. De hecho la legislación civil también es mixta a ese respecto, pues en tratándose de daños corporales remite a la legislación laboral y con ello adopta el sistema legal de cuantificación, dejando para el resto de los casos la libre apreciación del juzgador para la determinación de los daños y la cuantificación de las indemnizaciones. Véase para comprobar lo antes dicho el siguiente Artículo 1915 del Código Civil Federal:

Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la

víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

Dos aspectos adicionales cuyo tratamiento resulta indispensable son: Los criterios para la determinación de la extensión de la indemnización y los rubros que la misma debe comprender.

Para explicar los criterios tomados en cuenta para determinar el alcance de la indemnización a cubrir, recurriremos a Rosa Nélide Rey y a Antonio Juan Rinessi, quienes al hacer un breve recuento de derecho comparado, mencionan que tales criterios pueden dividirse en tres grandes bloques: el objetivo, el subjetivo y el mixto. El objetivo tiene como principal exponente al Derecho Alemán, que en su Código Civil para nada toma en cuenta factores subjetivos; en cambio, el Código Suizo de las obligaciones especifica que en proporción de la culpabilidad está la extensión del resarcimiento, por tal motivo califica a este criterio como subjetivo; finalmente, el criterio francés es señalado como mixto debido a que en el caso de las relaciones contractuales la responsabilidad derivada del incumplimiento de las mismas sí encuentra diferencia en cuanto al incumplimiento doloso o culposo del convenio correspondiente, mientras que en las relaciones extracontractuales no se hace distinción alguna¹⁴¹.

En cuanto a los rubros que la indemnización debe comprender, los autores en cita comentan que una justa indemnización debe cubrir: a) Capital. Comprende los diversos daños por los que se demanda (por ejemplo daño emergente y lucro cesante); b) Intereses. Se deben desde

¹⁴¹ NÉLIDA REY, Rosa y RINESSI, Antonio Juan. La cuantificación del daño. Sus implicaciones. En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2001. pp. 51 - 52.

la mora del deudor y en la órbita extracontractual, aunque no hayan sido reclamados; c) Costas. Los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación; y d) Gastos extrajudiciales. Erogaciones realizadas para investigar, trasladar, comprobar o mantener en determinado estado el bien dañado, trátase entonces de gastos realizados a causa del evento dañino, pero antes del inicio del proceso o paralelamente a la tramitación del mismo¹⁴².

Una cuestión que por ningún motivo debe perderse de vista es que la indemnización tiene como objetivo primordial borrar el daño causado, no enriquecer a la víctima o ni empobrecer al responsable del daño.

III.3.5.3 Materialización del resarcimiento

Cuando se ha determinado inobjetablemente que una persona es responsable de la afectación sufrida por otra, y que en consecuencia, aquél debe indemnizar a éste, surge un nuevo problema, la transformación del resolutivo o de la manifestación de voluntad en una efectiva reparación del daño. La transformación de la resolución en situaciones concretas. Marty afirma que "normalmente la ejecución debe ser voluntaria. El deudor cumple lo que ha prometido... pero si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor podrá recurrir a la ejecución forzosa"¹⁴³.

En sentido concurrente Guadalupe Carrera asegura que el cumplimiento o ejecución de las obligaciones puede darse de dos distintas formas, la voluntaria (normalmente espontánea) o la forzada, en la cual no es el deudor quien cumple la prestación que está a su

¹⁴² op. cit. p. 53.

¹⁴³ MARTY, G. Derecho Civil. Vol. II. Cajica. tr. José M. Cajica Jr. Puebla, 1952. p. 11.

cargo¹⁴⁴. Visto lo anterior, procedemos a explicar las diferencias entre el cumplimiento voluntario y el forzoso del deber de reparar el daño.

III.3.5.3.1 Resarcimiento voluntario

Cuando se dicta una resolución que declara responsable a alguien de un suceso dañino, o bien, alguien asume tal calidad de responsable sin que previamente se haya emitido laudo o sentencia respectiva, tal determinación o compromiso son sencillamente decisiones que requieren de concreción mediante actos materiales, la manera ideal de lograr esto es a través del cumplimiento voluntario, es decir, cuando el responsable da cumplimiento al deber de indemnizar sin necesidad de ser forzado a ello por alguno de los órganos del Estado, podemos decir entonces que de esa manera el responsable del daño paga el deber u obligación de indemnizar.

Con relación a lo anterior, creemos conveniente hacer nuestro lo dicho por G. Marty, cuando afirma que "en el lenguaje jurídico la palabra pago no designa únicamente, como en el lenguaje corriente, la entrega de dinero, el pago es la ejecución voluntaria de toda obligación"¹⁴⁵; así pues, cuando se dice que el responsable de un hecho dañino paga voluntariamente la indemnización correspondiente, se está diciendo que el resarcimiento del daño o perjuicio tiene lugar.

Puede decirse entonces que la ejecución voluntaria de una obligación en general y del deber de reparar el daño en específico tiene lugar cuando el deudor de motu proprio satisface, cumple, hace efectivo y da realidad a la satisfacción de su obligación. Ante su negativa, expresa o tácita, de cumplir con aquello a que está obligado, el acreedor (la víctima del hecho lesivo –en el tema que estudiamos-) debe ocurrir a

¹⁴⁴ Diccionario de Derecho Procesal. Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Oxford. México, 2004. p.109.

¹⁴⁵ MARTY, G. Ídem.

los órganos de la jurisdicción para que éstos procedan a la coacción¹⁴⁶. En todo caso existen dos clases de ejecución: voluntaria y forzosa, "en el primer caso, no es más que el cumplimiento del mandato jurisdiccional; en el segundo supone la violación o falta de cumplimiento de dicho mandato, conforme a la sanción, que está llamada a actuar en el supuesto de la violación del precepto"¹⁴⁷.

III.3.5.3.2 Resarcimiento forzoso

Cuando por el contrario, hallamos que frente al deber de indemnizar existe resistencia o disidencia por parte del obligado a reparar el daño, es necesario solicitarle al Estado el uso de la fuerza para lograr directamente del responsable o a costa del responsable la reparación del daño o perjuicio ocasionado. La forma tradicional en que ocurre esto es la siguiente: Tras el dictado de una sentencia, resolución o laudo, la parte vencida debe asumir una de dos actitudes posibles, la conformación o la impugnación de la determinación de mérito, con la peculiaridad de que agotados todos los recursos o medios de impugnación, sólo habrá lugar a la resignación ante lo resuelto en última instancia.

Los diferentes ordenamientos jurídicos procesales suelen especificar un procedimiento específico para llevar a los hechos las determinaciones tomadas en una sentencia o resolución, pues tal y como afirma Couture (citado por Guadalupe Carrera) en la ejecución forzada "...a diferencia de la ejecución voluntaria, no es el deudor quien satisface su obligación. Ante su negativa, expresa o tácita, de cumplir con aquello que está obligado, el acreedor debe ocurrir ante los órganos

¹⁴⁶ FLORES GARCÍA, Fernando. Teoría general de la composición del litigio. Porrúa. México, 2003. pp. 590-591.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 592

de la jurisdicción. Éstos proceden, entonces coercitivamente...”¹⁴⁸ , Escriche por su parte apunta que ejecución es la “aprehensión que se hace en la persona o bienes del deudor moroso, por mandamiento del juez competente para satisfacer a los acreedores. Trabar ejecución es hacer embargo en los bienes del deudor para el pago de la deuda y costas que ocurran”¹⁴⁹ .

La ejecución procesal tiene lugar cuando se configura la ejecutoriedad de la resolución correspondiente, lo cual se presenta en los siguientes casos: Cuando no existe la posibilidad de interponer recurso, cuando existiendo tal posibilidad se manifiesta la conformidad con el fallo, o bien, cuando habiendo sido interpuesto el recurso éste es desestimado, rechazado o resuelto y con él se agota la materia¹⁵⁰ .

Eduardo Pallares con acierto afirma que la ejecución de las sentencias constituye el respeto irrestricto a lo ordenado por el artículo 17 de la Constitución Federal, pues en tal numeral se proscribe el uso de la fuerza no estatal para cumplimentar las resoluciones que ponen fin a una controversia judicial. Tal precepto establece "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... 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...".

Los principios que rigen la ejecución , a decir del autor recién nombrado son los siguientes:"a) El de eficiencia, según el cual la ejecución debe realizarse en forma tal que tenga debido cumplimiento la resolución que se lleva delante; b) El de humanidad, que exige no se

¹⁴⁸ Diccionario de Derecho Procesal. Ídem

¹⁴⁹ ESCRICHE, Joaquín. op. cit. T. II. p. 605.

¹⁵⁰ CORTÉS FIGUEROA, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso. 2ª ed. Cárdenas. México, 1975. p. 364.

causen gravámenes innecesarios al ejecutado ni se traspasen ciertos límites contrarios a la conciencia jurídica que hoy impera, tales como las prohibiciones relativas a la prisión por deudas, embargar ciertos bienes, derecho a percibir alimentos; c) El principio de respeto a los derechos de terceros, cuyo contenido es que la ejecución únicamente debe afectar al deudor y a su patrimonio, y no a terceras personas cuyos bienes y derechos han de ser respetados al efectuarse aquella; d) El principio de economía nacional, que tiene como fin impedir hasta donde sea posible, que con la ejecución se originen trastornos a la economía social. Por ejemplo, en los juicios de quiebra o de concurso, se ha de procurar conservar la empresa o negocio de que se trate; e) La ejecución puede ser de carácter singular o bien de naturaleza universal...; f) La naturaleza y los procedimientos de la vía de apremio se condicionan por el contenido de la resolución que va a ejecutarse; g) Las ejecuciones también (en ocasiones) son provisionales...;"¹⁵¹.

Lo importante en todo caso es recordar que la ejecución forzosa de una sentencia tiene como eje fundamental el cumplimiento de lo ahí resuelto y nada más, valiéndose de todos los medios que la ley ponga al alcance del juzgador o autoridad ejecutora correspondiente, léase: exhortación, concesión de plazo, embargo y remate, rompimiento de cerraduras, aprehensión, desalojo, demolición, restricción, intervención, etcétera.

Citaremos dos ordenamientos legales (uno federal y otro local) en los cuales puede observarse la manera autorizada por la ley para que el Juzgador o la Autoridad competente dé cumplimiento a una determinación del tipo sentencia o resolución administrativa definitiva, en primer término citaremos al Código Federal de Procedimientos Civiles

¹⁵¹ PALLARES, Eduardo. La vía de apremio. La legitimación en la causa. La acción oblicua. Cuestiones procesales diversas. Botas. México, 1946. pp. 35 - 36.

que establece diversas maneras de ejecutar una sentencia (artículos del 420 al 424); acto seguido citaremos la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal que contempla medidas totalmente distintas a las recogidas por el Código de referencia, pero que en todo caso también constituyen maneras distintas de ejecutar una resolución, ambos ordenamientos -con independencia del nivel gubernativo o de la materia- nos permiten observar con claridad la figura en estudio:

Código Federal de Procedimientos Civiles

Artículo 420 Cuando la obligación consiste en la ejecución de un hecho o en la prestación de alguna cosa, se fijará al obligado un plazo prudente, para su cumplimiento...

Artículo 421 Si, pasado el plazo, el obligado no cumpliere, se observarán las reglas siguientes: I.- Si el hecho fuere personal del obligado, y no pudiere prestarse por otro, el ejecutante, podrá reclamar el pago de daños y perjuicios... II.- Si el hecho pudiere prestarse por otro, el tribunal nombrará persona o personas que lo ejecuten, a costa del obligado... o se resolverá la obligación en daños y perjuicios, a elección del ejecutante; III.- Si el hecho consiste en el otorgamiento de un documento, lo hará el tribunal, en rebeldía del ejecutado, y IV.- Si el hecho consistiere en la entrega de alguna finca o cosas, documentos, libros o papeles, se hará uso de los medios de apremio, para obtener la entrega. La desocupación de una finca sólo puede ordenarse en sentencia definitiva...

Artículo 423 Cuando se trate de sentencia que condene a no hacer, su ejecución consistirá en notificar, al sentenciado, que a partir del cumplimiento del término que en ella misma se señale, o del que, en su defecto, le fije el tribunal prudentemente, se abstenga de hacer lo que se le prohíba...

Artículo 424 En cualquier otro caso en que se despache ejecución, mandará el tribunal que se requiera al deudor, para que, en el acto de la diligencia, cubra las prestaciones reclamadas, y que en caso de no hacerlo, si no hubiere bienes embargados afectos al cumplimiento de la obligación,

o los que hubiere no fuesen suficientes, se le embarguen los que basten para satisfacer la reclamación.

Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal:

Artículo 13.- El acto administrativo válido es ejecutorio cuando el ordenamiento jurídico aplicable, reconoce a la Administración Pública del Distrito Federal, la facultad de obtener su cumplimiento mediante el uso de medios de ejecución forzosa.

Artículo 14.- La ejecución forzosa por la Administración Pública del Distrito Federal, se efectuará respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

- I. Apremio sobre el patrimonio;
- II. Ejecución subsidiaria;
- III. Multa; y
- IV. Actos que se ejerzan sobre la persona.

Tratándose de las fracciones anteriores, se estará a lo que establezcan las disposiciones legales aplicables, sin perjuicio de las facultades de ejecución directa a que se refieren los artículos 17, 18 y 19 de esta Ley.

Si fueren varios los medios de ejecución admisible, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

Si fuere necesario entrar en el domicilio particular del administrado, la Administración Pública del Distrito Federal deberá observar lo dispuesto por el Artículo 16 Constitucional.

Artículo 14 BIS.- Procede la ejecución forzosa una vez que se agote el procedimiento respectivo y medie resolución de la autoridad competente en los siguientes casos:

- I.- Cuando exista obligación a cargo de los propietarios o poseedores de los predios sobre los que la autoridad competente haya decretado ocupación parcial o total, de retiro de obstáculos que impidan la realización de las obras de

utilidad o interés social, sin que las realicen en los plazos determinados.

II.- Cuando haya obligación de demoler total o parcialmente las construcciones que se encuentren en estado ruinoso o signifiquen un riesgo para la vida, bienes o entorno de los habitantes, sin que ésta se ejecute.

III.- Cuando exista la obligación de reparar las edificaciones que así lo requieran de acuerdo con el reglamento de construcciones del Distrito Federal y no se cumpla con ella.

IV.- Cuando los propietarios o poseedores hubieran construido en contravención a lo dispuesto por los programas, siempre que dichas obras se hubieran realizado con posterioridad a la entrada en vigor de los mismos, y no se hicieran las adecuaciones ordenadas, o bien no se procediera a la demolición ordenada en su caso; y

V.- Cuando los propietarios de terrenos sin edificar se abstengan de conservarlos libres de maleza y basura.

El costo de la ejecución forzosa se considera crédito fiscal, en los términos del Código Financiero del Distrito Federal.

Para cerrar este tema diremos junto con Cipriano Gómez Lara que mediante la ejecución, el vencedor en un procedimiento “echa a andar la maquinaria estatal para que, inclusive a través del uso de la fuerza pública, se imponga el sentido de la resolución, aún en contra de la voluntad del obligado. Si se logra la ejecución, con ello se habrá satisfecho el derecho y la pretensión” cerrándose el proceso y sus acciones afines¹⁵².

III.3.6 Excluyentes de responsabilidad

Todo sistema jurídico que contemple la figura de la responsabilidad forzosamente debe incluir casos de excepción, pues no

¹⁵² GÓMEZ LARA, Cipriano. op. cit. p. 298.

resulta correcto dejar de tomar en cuenta que en ocasiones las circunstancias pueden cambiar radicalmente la conceptualización de un suceso y en consecuencia, puede llegar a atenuarlo o hasta eximirlo de responsabilidad, lo correcto en todo marco jurídico es tener una visión amplia de los acontecimientos dañinos, evitando la aplicación ciega y rasa de la fórmula daño = responsabilidad, pues esto sólo es la generalidad, mas no la totalidad del mundo de los daños y la responsabilidad.

Diversos son los autores que abordan el tema de las excluyentes de responsabilidad, sin embargo, el criterio que adoptaremos mediante la exposición en incisos será el trazado por el jurista argentino Jorge Bustamante¹⁵³, pues lo consideramos el más completo, haciendo desde luego agregados bien específicos de otros autores que en todo caso indicaremos con precisión.

a) Ausencia de daño o perjuicio. Se presenta cuando no logra demostrarse la existencia de un menoscabo o de la privación de una ganancia no puede emitirse con justicia una sentencia condenatoria en contra del demandado o acusado, pues no existe evidencia de que exista algo que por su causa haya desaparecido o se haya estropeado y en todo caso no existiría manera de concretar la sentencia de responsabilidad, pues no puede repararse un daño inapreciable.

b) Inimputabilidad. Se presenta cuando una persona carece de raciocinio, pues no es jurídicamente correcto atribuirle responsabilidad alguna, entendida ésta como el reproche y sanción por la realización de una conducta dañina; a final de cuentas la responsabilidad se le fincará al titular de la patria potestad o tutela del inimputable, pues el inimputable como tal, es decir como persona física, no es quien habrá de responder por el daño causado.

¹⁵³ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. op. cit.

c) Inculpabilidad. Se presenta cuando una persona es forzada o inducida mediante engaños a realizar una conducta que a la postre produce un daño, sin que tenga la posibilidad de actuar en sentido contrario.

d) Incausalidad. Se presenta cuando no existe el nexo de causalidad al que se aludió en abundancia en páginas anteriores. Citemos como ejemplos de esta situación a la fuerza mayor (fenómenos de la naturaleza) y a la fuerza humana externa (acción de un tercero, ajeno al causante y a la víctima del daño).

e) Justificación del hecho. Se presenta cuando por algún mandato de ley o por la voluntad de la víctima del daño se produce el detrimento. Dentro de las justificaciones derivadas de la legislación o en su caso de los principios generales del Derecho encontramos las siguientes:

1) Estado de necesidad. Ocurre cuando para salvaguardar a una persona o a sus bienes de un peligro, se lesionan bienes ajenos o a un tercero. Las condiciones para que tal lesión esté justificada son: Que se haya llegado al estado de necesidad sin culpa del autor del hecho dañino; que el riesgo no se pueda evitar de otra manera más que ocasionando daño a la persona o bienes de un tercero; que el peligro sea real, inminente y actual; y además, que la lesión ocasionada sea cuantitativa y cualitativamente menor a la lesión evitada;

2) Legítima defensa. Es la repulsa o defensa que se asume ante un ataque ilegítimo, real, actual e inminente, por virtud del cual se le causa un daño al agresor, combatiéndose la fuerza con la fuerza. Las condiciones para que la defensa se considere como excluyente de responsabilidad son éstas: La agresión que origina la defensa debe ser injusta, ilegítima e ilegal; el ataque debe ser actual (comenzado y no terminado); deber existir racionalidad en los medios empleados para la

defensa; y finalmente, la defensa no debió tener como antecedente una provocación hacia el agresor;

3) Autoayuda. En este caso lo que ocurre es que una persona ejecuta actos que evitan un mal para sí, pero que paralelamente puede llegar a generarle un daño a una diversa persona, piénsese por ejemplo en el caso de una persona que al ahuyentar a un animal bravío de sus terrenos, éste se traslada hacia otra finca y causa destrozos en la finca colindante;

4) Ejercicio de un derecho. Cuando alguien es titular de un derecho, lo más lógico es que lo ejerza, pues un derecho no ejercido es idéntico –de hecho- a la carencia del mismo. Ahora bien, el ejercicio de un derecho en ocasiones puede llegar a producir daño en los bienes o la persona de un tercero, por ello, el propio sistema normativo ha previsto de manera generalizada que el ejercicio de los derechos no es absoluto ni irrestricto, el abuso de los derechos se considera objeto de sanción. Para que el ejercicio de un derecho se considere correcto y no dé lugar a la generación de responsabilidad es necesario que se den las siguientes circunstancias: debe darse el ejercicio dentro de los límites fijados por la ley; el ejercicio debe satisfacer los fines del derecho, especificados en la propia norma jurídica; y finalmente cuando la norma especifica la manera en que debe ejercitarse el derecho, forzosamente debe ejercerse de la manera específicamente ordenada, so pena de merecer una sanción.

Las excluyentes de responsabilidad derivados del consentimiento o la voluntad de la víctima, se dividen en dos grandes bloques según el tipo de consentimiento, expreso o tácito.

En el caso del consentimiento expreso tenemos como casos específicos a la cláusula de irresponsabilidad o renuncia al derecho de ser indemnizado y el perdón. traeremos a la mente la renuncia al derecho de exigir indemnización derivada de la evicción, prevista en el

Artículo 2121 Código Civil para el Distrito Federal que textualmente dispone “Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción, y aun convenir en que ésta no se preste en ningún caso”; como puede verse aquí lo que ocurre es que previo a la realización de una conducta dañina (v. gr. la evicción) se conviene la irresponsabilidad del posible dañador. Otro caso de consentimiento expreso está en el perdón, figura en la cual el deudor a pesar de haber causado una afectación es exentado por la víctima del acontecimiento lesivo de cumplir con su deber de la reparar la afectación.

Por su parte, las excluyentes de responsabilidad derivadas del consentimiento tácito son los siguientes:

l) Actos de abnegación. Cuando una persona salva espontáneamente del peligro claro e inminente a otra, realizando acciones que le producen a sí mismo lesiones o daños, estamos en presencia de una conducta de abnegación o piedad; quien se sacrificó realmente no tiene derecho a exigirle indemnización a aquel que le infirió un mal en virtud del acto de sacrificio. En el Diccionario de la Real Academia Española se define la abnegación como “Sacrificio que alguien hace de su voluntad, de sus afectos o de sus intereses, generalmente por motivos religiosos o por altruismo”¹⁵⁴. Para Bustamante sí es procedente la exigencia de indemnización cuando el acto de abnegación guarda meridiana proporción entre el valor del bien amenazado y el arriesgado en el acto de salvamento y que además los medios empleados hayan sido coherentes con las circunstancias; por ejemplo, cuando un automovilista vira intempestivamente y se impacta contra algún muro con el único fin de no arrollar a una persona que imprudentemente desobedeció una señal de tránsito que le impedía

¹⁵⁴ www.rae.es

continuar el trote. Es muy delicado este punto y consideramos muy discutible en ciertos casos la exclusión de la responsabilidad por actos de abnegación; en este trabajo nos limitaremos a señalar la inquietud sin abundar más, pues esto nos haría extendernos sobre un solo punto en perjuicio de los demás.

II) Participación en competencia riesgosa. Al someterse un individuo a una contienda autorizada por la ley en la cual han de emplearse la fuerza o la velocidad de tal manera que resulte muy probable la producción de un daño, en él mismo o en el rival, se entiende que la exposición voluntaria al peligro aleja al contrario de la posibilidad de ser llamado a cuentas por la producción de un daño. Sin embargo, esto no es absoluto, pues sí ha lugar a la responsabilidad cuando se transgreden las normas propias de la competición, por ejemplo, cuando un boxeador le propina a su contrincante varios “golpes bajos”.

III) Transporte benévolo. Cuando alguien autoriza a otro a subirse a su vehículo sin mayor intención que aligerarle la carga o abreviarle el camino, no es adecuado jurídicamente decir que es responsable (el anfitrión vehicular) de daños sufridos a raíz de un accidente automovilístico, si éste llegara a ocurrir.

También se traduce en una excluyente de responsabilidad toda aquella situación que desvanezca alguno de los elementos de la relación de responsabilidad: la conducta, la afectación y el nexo causal; debido a que estas figuras ya fueron estudiadas en los puntos III.3.1, III.3.2 y III.3.3 de este trabajo, remitimos a tales apartados al lector del presente documento, evitando de esta manera inútiles repeticiones, dejaremos precisado únicamente que sin conducta, sin daño o sin relación de causalidad hoy día es imposible la configuración de una relación de responsabilidad.

III.4 Tipos de responsabilidad.

Al interior de cada Estado sólo puede existir un sistema normativo, de lo contrario, se corre el riesgo de generar un caos de hecho y de derecho, pues no existiría certidumbre en torno a la regla regente; es conveniente entonces delimitar la acción legislativa de los diversos órganos competentes y circunscribirlos a la elaboración exclusiva de normas correspondientes al nivel de gobierno al que pertenezcan (federal, estatal y municipal, en el caso mexicano).

Lo anterior no es obstáculo para afirmar que el normativo es un sistema, debido a que está constituido por un conjunto estructurado de elementos (normas) que guardan entre sí una relación lógica que los hace funcionar globalmente, de tal suerte que los diferentes elementos del conjunto en mención dan lugar al todo. Evidentemente no todas las normas jurídicas son idénticas en contenido, tienen diferencias que permiten concentrarlas en subgrupos o bloques bastante útiles para la teoría y la práctica; los bloques más grandes que suelen mencionarse en los textos jurídicos son aquellos que clasifican a las normas jurídicas de acuerdo a la materia a la que pertenecen, de ahí que se diga que existen normas constitucionales, penales, civiles, mercantiles, agrarias, del trabajo, administrativas, procesales, etcétera.

Así como hay normas jurídicas de diversas materias, también existen responsabilidades distintas de acuerdo a la materia en donde se localicen las normas que las contemplan; hablamos entonces de que existen básicamente tres tipos de responsabilidades: civil, penal y administrativa. Sin embargo, contrario a lo que pudiera suponerse en un primer momento, sí llegan a concurrir dos o más tipos de responsabilidad

respecto de un mismo hecho¹⁵⁵, es decir, un acto puede generar al mismo tiempo consecuencias en los ámbitos penal (imposición de una pena), civil (pago de daños y perjuicio) y administrativa (inhabilitación o destitución).

III.4.1. La responsabilidad penal.

Los Estados fueron contruidos para la buena atención de los asuntos comunes a todos sus miembros, se erige con la primordial finalidad de mantener en orden a todo el grupo, creando para ello una serie de disposiciones que establecen reglas básicas de comportamiento y castigos para el desacato a las mismas (castigos que luego se transformaron en penas o medidas para la readaptación de los infractores); el quebrantamiento a las normas básicas de comportamiento usualmente se llama delito, las sanciones al desacato de las prohibiciones derivadas de los tipos penales se llaman penas o medidas de seguridad.

El delito, en palabras de Jiménez de Asúa se centra en los siguientes elementos “acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”¹⁵⁶. Al decirse que se trata de un acto, se alude a que únicamente entran como delitos las acciones u omisiones de las personas, no así los simples pensamientos; es típica en virtud de que constituye la materialización de la hipótesis prevista por el llamado tipo penal, que no es otra cosa que la descripción normativa de la conducta prohibida y sancionada; culpable en atención a que le es reprochable la conducta al autor o partícipe de la misma; ahora bien, cuando se expresa que está sometido en ocasiones a condiciones objetivas de

¹⁵⁵ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 368.

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de derecho penal. EPISA. México, 1995. p. 133.

penalidad y a una sanción penal, se hace referencia a que en ciertos casos la ley exige circunstancias adicionalmente para la configuración del delito.

El actual Código Penal Federal en su artículo 7 define al delito como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”; al comentar tal precepto, dos grandes figuras del derecho penal nacional opinan que “no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad para el juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir... <no obstante lo cual, expresan que> el primer elemento “acto u omisión” <es> el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención penal no puede pensarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión los sancionen las leyes penales y por lo mismo no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal...”¹⁵⁷.

Se dice que alguien ha cometido un delito, cuando una persona imputable, ha realizado una conducta, implícitamente o explícitamente prohibida y sancionada por una norma jurídica vigente, sin que opere a su favor alguna causa que desvanezca la ilicitud de su actuar. La realización de un delito se sanciona con la imposición de una pena o medida de seguridad, el objeto de éstas fue en un principio castigar la osadía de quebrantar el orden normativo penal, actualmente se afirma que el objeto de lo que aún sigue llamándose pena es la readaptación del infractor de la ley, es decir, lo que se intenta es generar en el delincuente la convicción necesaria para evitar la violación normativa. Podemos citar como ejemplo ilustrativo el Artículo 231 del Código Penal

¹⁵⁷ CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis. La ley penal mexicana. Botas. México, 1934. p. 39.

Federal que establece la conducta prohibida y la sanción a aquel que la realice (y de tal manera integre lo que se conoce como tipo penal):

Artículo 231.- Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes:

I.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y

II.- Pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos manifiestamente improcedentes o de cualquiera otra manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales.

III.- A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas; y

V.- Simule un acto jurídico o un acto o escrito judicial, o altere elementos de prueba y los presente en juicio, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Cierto es que la responsabilidad penal requiere de integración de los elementos enumerados por Jiménez de Asúa, sin embargo también le resulta aplicable todo lo que se dijo al abordar el tema de la relación de responsabilidad en el punto III.3, pues en el Derecho Penal para condenar a alguien, se exige que haya realizado una conducta productora de una afectación (efectiva o como riesgo cuando menos) y una vinculación entre lo uno y lo otro.

Las ideas asentadas afortunadamente no sólo se encuentran plasmadas en los libros, el Poder Judicial las ha expuesto en sus tesis, tal y como podemos verlo en la siguiente:

No. Registro: 295,940

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación CXX

Página: 1486

RESPONSABILIDAD PENAL. Conforme a la teoría de los actos jurídicos del derecho material, toda conducta injusta, para ser punible, debe subsumirse en un tipo jurídico penal, es decir, el fundamento de la pena está determinado por el delito y por lo tanto el declararse la culpabilidad del concreto súbito de derecho, ésta tiene como exigencia que esté plenamente acreditado el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el agente y el resultado lesivo de bienes jurídicamente protegidos. Pero no es esto sólo; la culpabilidad como fundamento de la pena toma en cuenta las circunstancias especiales en que tuvo evento el acto criminoso, es decir, si cuando el agente modifica el mundo exterior concurren circunstancias constitutivas del tipo que pueden modificarlo, atenuando o agravando la penalidad que debe imponerse a tal comportamiento; dado que ya tornan privilegiado el tipo jurídico penal para los efectos de punibilidad, ya la agravan; pero además, puede ocurrir que no obstante que una conducta humana que causa lesión a bienes jurídicos no sea punible, porque concurre una causa excluyente del injusto, para encontrarse tal acción ausente de antijuridicidad, es decir, se actúa típica, pero no antijurídicamente, tal es el caso del homicidio que es perpetrado en ejercicio de legítima defensa.

Amparo penal directo 3731/51.

III.4.2. La responsabilidad administrativa.

La función principal de la administración pública es la conservación y utilización racional de los recursos que el Estado tiene en su patrimonio para la obtención del bienestar social; ello supone la existencia de una relación paralela entre la Administración Pública y el particular y entre la Administración Pública y el conjunto de trabajadores al servicio del Estado adscritos a la propia Administración Pública; de dichas relaciones se derivan derechos y deberes que al ser incumplidos producen violaciones a la ley que se traducen en “responsabilidad” para los autores y partícipes del hecho ilícito en la esfera administrativa. Tanto para el administrado como para el funcionario público puede generarse responsabilidad administrativa pues uno y otro se encuentran regidos por la normatividad administrativa que les impone deberes.

En primer lugar hablaremos de la responsabilidad administrativa de los particulares, Acosta Romero comenta que al sector del Derecho Administrativo encargado de abordar la temática de las infracciones administrativas algunos suelen mal llamarle Derecho Penal Administrativo, aun y cuando el nombre correcto es Derecho de las Infracciones Administrativas, que en todo caso tiene como objeto los ilícitos que no siendo civiles, ni penales, constituyen una trasgresión a la ley que se sanciona a través de medidas administrativas, como son la clausura, la multa, la privación de la libertad por determinado tiempo que evidentemente no es prisión, etc. y cuyo conocimiento, tramitación y sanción no corresponde a autoridades judiciales, sino a lo que algunos llaman poder sancionador de la administración pública¹⁵⁸. El fundamento constitucional para la imposición de cualquier sanción administrativa por responsabilidad de la misma índole se halla en el Artículo 21 de la

¹⁵⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. 3ª ed. Porrúa. México, 2001. pp. 568-578.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵⁹, que establece en lo conducente que “...Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía...”.

Respecto de los “reglamentos gubernativos y de policía” Juventino Castro comenta que éstos son los reglamentos que por sí mismos establecen una regulación a determinadas relaciones o actividades, se trata entonces de reglamentos “autónomos”¹⁶⁰. Consideramos que una interpretación realista, actual y extensa de la locución “reglamentos gubernativos y de policía” forzosamente nos lleva a entender por tales a todas las normas cuya aplicación compete a la Administración Pública.

El típico reglamento de policía es el que contempla y reprime las llamadas infracciones cívicas; en el Distrito Federal la Ley de Cultura Cívica es la encargada de regular tales infracciones, siendo algunas de ellas la producción excesiva de ruido, el inadecuado uso de servicios o instalaciones públicas, el mal control de animales domésticos, etcétera.

¹⁵⁹ Sin duda es discutible que todo el sistema de sanciones administrativas esté fundamentado en un artículo tan impreciso como el 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues su vaguedad ha dado lugar a discusiones bastante inquietantes en la doctrina mexicana. Entre los detractores de la constitucionalidad de las sanciones administrativas está Servando J. Garza pues afirma que “La claridad del artículo constitucional, destruye toda duda; si las multas establecidas en el Código Fiscal o en la leyes especiales, son sanciones (penas), por su carácter penal (represivo y no reparatorio del derecho violado), carece de competencia la autoridad administrativa para imponerlas. El Artículo 21 sólo autoriza al agente administrativo la imposición de sanciones por faltas a los reglamentos de policía y buen gobierno. Pero no puede admitirse que el Código Fiscal o una ley tributaria sean “reglamentos de policía y buen gobierno””. En posición contraria se encuentran Pablo Macedo y Emilio Pardo Jr. quienes en su momento afirmaron que “la autoridad política o administrativa, para que sus determinaciones sean eficaces y para sancionar de cierto modo los preceptos que dicte en ejercicio de sus funciones legítimas, necesita que se la deje la facultad, no de imponer penas propiamente dichas, es decir, las que requieren un verdadero juicio previo, sino de castigar correccionalmente; para ese efecto, la Constitución estableció como máximo a las penas corporales los arrestos hasta por 36 horas”. Lomelí Cerezo afirma que el Artículo 21 constitucional debe interpretarse teniendo a la vista el contenido del diverso Artículo 89 fracción I, pues dentro de la facultad concedida a la Administración Pública para ejecutar las leyes se encuentra la de emplear los medios coactivos necesarios para tal fin, de suerte tal que si una ley establece que su aplicación corresponde a la Administración Pública y contempla sanciones a los infractores de la misma, le corresponde a la propia Administración Pública la imposición de las sanciones. LOMELÍ CERESO, Margarita. *Derecho fiscal represivo*. 2ª ed. Porrúa. México, 1997. pp. 32 - 35.

¹⁶⁰ CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 10ª ed. Porrúa. México, 1998. p. 54

El Artículo 57 de la Ley Minera es buen ejemplo de una disposición jurídica cuya aplicación compete a la Administración Pública (sin que evidentemente sea un reglamento), que especifica hipótesis productoras de responsabilidad administrativa para el infractor de la ley:

Artículo 57.- Se sancionarán con multa equivalente de diez a dos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, las infracciones siguientes:

I.- Extraer minerales o sustancias sujetos a la aplicación de esta Ley sin ser titular de la concesión minera o de los derechos correspondientes;

II.- Impedir sin derecho la realización de las obras y trabajos previstos por la presente Ley y su Reglamento a persona legalmente autorizada para efectuarlos;

III.- Retirar o destruir las obras permanentes de fortificación, los ademes y demás instalaciones necesarias para la estabilidad y seguridad de las minas;

IV.- Impedir u obstaculizar las visitas de inspección que practique el personal comisionado por la Secretaría;

...

En idénticos términos, podemos citar un diverso ordenamiento (que no es ley), éste de índole local, el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal, que en su Artículo 47 establece la obligación para el particular de realizar el trámite denominado “Registro de Manifestación de Construcción” y en el diverso Artículo 250 establece la sanción ante el incumplimiento de esta obligación:

ARTÍCULO 47.- Para construir, ampliar, reparar o modificar una obra o instalación de las señaladas en el artículo 51 de este Reglamento, el propietario o poseedor del predio o inmueble, en su caso, el Director Responsable de Obra y los Corresponsables, previo al inicio de los trabajos debe registrar

la manifestación de construcción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el presente Capítulo.

No procede el registro de manifestación de construcción cuando el predio o inmueble se localice en suelo de conservación.

ARTÍCULO 250.-Independientemente de la imposición de las sanciones pecuniarias a que haya lugar, la autoridad competente procederá a la clausura de las obras o instalaciones terminadas cuando:

I. La obra se haya ejecutado sin registro de manifestación de construcción, en su caso...

En cada uno de los ordenamientos citados, observamos que al particular le surgen deberes jurídicos con la normatividad administrativa y que a la Administración Pública le corresponde vigilar el acatamiento de tales reglas de conducta y sancionar al particular cuando desobedece éstas.

Dejando por ahora la responsabilidad administrativa de los particulares, abordaremos enseguida la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Gabino Fraga comenta al respecto que ésta se presenta cuando el funcionario público comete una falta en el desempeño de sus funciones, agregando que “Cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones lo hace responsable administrativamente, sin perjuicio de que pueda originarse, además, una responsabilidad civil o penal... Esa responsabilidad no trasciende fuera de la Administración; la falta que la origina se denomina falta disciplinaria; la sanción que amerita es también una pena disciplinaria y la autoridad que la impone es la jerárquica superior al empleado que ha cometido la falta”¹⁶¹. Nava Negrete siguiendo la línea del autor precitado

¹⁶¹ FRAGA, Gabino. op. cit. p. 169.

comenta con acierto que dependiendo del puesto que se ocupe dentro de la estructura funcional o de recursos humanos de la Administración es que se tendrá la obligación de cumplir con determinados deberes, y en función de éstos estará la responsabilidad ¹⁶² (responsabilidad sancionabilidad y responsabilidad como conjunto de deberes inherentes a un cargo) del empleado público.

Podemos redondear la idea de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos mexicanos anotando que en ella “incurren los servidores públicos cuando, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, su conducta contraviene las obligaciones contenidas en el Código de Conducta Administrativa que previenen las 24 fracciones del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos <El artículo que actualmente contiene las obligaciones de referencia es el 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que efectivamente cuenta con 24 fracciones>. Las obligaciones contempladas en este dispositivo tienen como propósito salvaguardar los criterios de legalidad, honradez, imparcialidad, lealtad, economía y eficiencia que se tutelan en el Título Cuarto de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”¹⁶³. Son sujetos de este tipo de responsabilidad administrativa, en términos generales, los funcionarios, empleados y trabajadores adscritos a los gobiernos estatales, municipales y federal, de acuerdo con las correspondientes leyes de responsabilidades y en el ámbito de sus respectivas competencias¹⁶⁴.

Actualmente es el artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos el que

¹⁶² NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 369.

¹⁶³ ORTIZ SOLTERO, Sergio M. Responsabilidades legales de los servidores públicos. 2ª ed. Porrúa. México, 2001. p. 124.

¹⁶⁴ Ídem. p. 137.

contiene la mayor parte de las obligaciones legales de los funcionarios públicos federales, como es bastante largo dicho artículo únicamente transcribiremos algunas de las fracciones correspondientes, que bien vale la pena tener presentes:

Artículo 8. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

I.- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

II.- Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos;

...

V.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos;

VI.- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;

...

XI.- Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios...

XII.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o

comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto...

XVIII.- Denunciar por escrito ante la Secretaría o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la Ley y demás disposiciones aplicables;

...

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

La responsabilidad administrativa no siempre requiere para su configuración de la producción necesaria de un resultado dañino, la afectación que está presente en todo caso es al ordenamiento jurídico y al buen funcionamiento de la administración pública, en algunos casos basta con la simple omisión de alguna conducta para que se presente la responsabilidad administrativa, sin que para ello sea óbice la inexistencia de algún daño. En todo caso, las infracciones administrativas vulneran el orden normativo, afectando con ello la sana y correcta convivencia, sin que ello sea obstáculo para afirmar que en muchos casos sí se presenta efectivamente una merma en el erario público.

III.4.3. La responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es la que mayor amplitud tiene pues no se encuentra limitada como la penal o la administrativa, es decir, no existe

un catálogo o listado de faltas que dan origen a la responsabilidad civil. Algunos preceptos explícitamente indican los casos específicos que generan la responsabilidad civil, como el Artículo 1897 del Código Civil Federal que establece “El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione”; pero la mayor parte de los casos de responsabilidad civil tienen lugar a partir de la fórmula genérica prevista en el Artículo 1910 del ordenamiento en cita que dispone “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”, que da lugar a innumerable cantidad de casos por su amplitud.

“La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en reestablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima...”¹⁶⁵. En la responsabilidad civil es necesaria la existencia de una afectación del tipo “daño o perjuicio”, ahora, como esto ya fue tratado en el punto III.3, remitimos al lector a ese apartado, para no incurrir en innecesarias repeticiones.

III.4.4 Teoría unitaria de la responsabilidad.

Lo que a continuación exponemos encuentra su origen en las ideas que Ernesto Gutiérrez y González expresara en su libro “Derecho de las obligaciones”, bajo el título de “Teoría unitaria de la

¹⁶⁵ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Legis. tr. Javier Tamayo y Jaramillo. Bogotá, 2004. p. 21.

responsabilidad civil”¹⁶⁶, nuestras opiniones ciertamente recogen los planteamientos básicos de dicho autor que tienden a unificar lo que para muchos es irreconciliable, no obstante ello, nosotros hemos querido extender aún más los alcances de la concepción de la responsabilidad, de suerte tal, que para nosotros la responsabilidad civil, la penal y la administrativa comparten esencia y no son realmente tan diferentes.

Como ya se expresó, la responsabilidad es una figura jurídica común a todas y cada una de las ramas del Derecho, a pesar de ello, pocos son los que abordan la responsabilidad sin adjetivos, es decir, no hablan de la responsabilidad en general, por el contrario, exclusivamente suelen estudiar la responsabilidad en alguna de sus tres clásicas modalidades: la penal, la civil o la administrativa.

En nuestra opinión, cuando se habla de algún tipo de responsabilidad, lo que ocurre es que se hace referencia a la materia jurídica que fue trasgredida, de manera tal que cuando se habla de responsabilidad civil implícitamente lo que se está diciendo es que a cierta persona (la responsable) le es imputable y reprochable la violación de una norma de índole civil; de ahí que afirmemos que de hecho hay tantos tipos de responsabilidad como ramas o materias en derecho hay, de ello se desprende que válidamente pueda hablarse adicionalmente de responsabilidad laboral, agraria, comercial, procesal, internacional, etcétera.

Dijimos y sostenemos que los elementos de cualquier tipo de responsabilidad son: Una conducta (acción u omisión) contraria al deber jurídico (nacido de una norma jurídica <general o particular> o de alguna manifestación de voluntad tutelada por la ley); la producción de una afectación (que no necesariamente debe ser material, ya que en muchos casos la afectación es contra la normal convivencia mediante un

¹⁶⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op. cit. Sección Segunda del Capítulo XVI.

desacato a un deber jurídico) y finalmente un nexo causal entre la conducta y la producción de la afectación.

Aplicando lo antedicho a cada uno de los tres principales tipos de responsabilidad, diremos que tanto en la materia civil, como en la penal o en la administrativa, el surgimiento de la responsabilidad (sancionabilidad) se da cuando una conducta productora de una afectación es sometida al tamiz de la legalidad y sale con adversos resultados.

Conducta hay cuando el asesino priva de la vida a su víctima, cuando el arrendatario se niega a devolver en tiempo y forma la localidad arrendada, cuando el propietario o el residente de obra no respeta el proyecto de obra registrado en la Delegación o cuando el funcionario público recibe dádivas del particular a cambio de la realización de un servicio propio de su función; en cada uno de los casos hay un movimiento corporal (acción) o una inactividad (omisión), que son las dos maneras en que se presenta la conducta.

El segundo de los elementos que forzosamente se da en toda relación de responsabilidad es la producción de una afectación, ya sea a un individuo en concreto o a la colectividad, pues como en su momento se dijo afectar no solamente es menoscabar, sino que también es influir desfavorablemente. En los tres tipos básicos de responsabilidad se sanciona la mala influencia, pues una ilegalidad fomenta la producción de otras, sin embargo, es en la responsabilidad administrativa y en la penal en donde se pone el mayor énfasis al respecto, pues gran cantidad de las faltas administrativas no requieren de la producción de un resultado dañino concreto, sino que constituyen una separación a los principios de la buena administración y por ello son sancionados; paralelamente, en el derecho penal mexicano, gran cantidad de tipos penales no exigen resultado material para su configuración, sino que se

limitan a requerir un resultado formal, es decir, una simple violación a la ley. A diferencia de lo anterior, en la responsabilidad civil tradicionalmente sólo se considera importante la afectación en sus especies: daño y/o perjuicio, no así a la influencia negativa.

Lo cierto es que para la responsabilidad penal, civil o administrativa, siempre se exige una afectación, que no forzosamente debe ser material, ya que basta la trasgresión del sistema normativo (también llamado daño jurídico) para considerar actualizado el segundo de los elementos de la responsabilidad, pues la tendencia actual es difundir hasta donde sea posible lo que se conoce como cultura de la legalidad. No obstante lo anterior, estamos conscientes de que para la mayor parte de los tratadistas, el elemento “afectación” no es concebido como nosotros lo planteamos, sino que es tratado únicamente como daño o perjuicio. Al no tener este trabajo la finalidad de agotar este tópico, solamente dejaremos registrado que para nosotros la configuración de la responsabilidad sólo requiere una afectación más no necesariamente un daño. Ahora bien, con el objeto de no distraer la atención del lector en un punto que no es el eje de este trabajo, adelantamos hemos decidido a lo largo del presente estudio hacer mención regular y preferente al daño o perjuicio, más que a la afectación.

Sobre este punto resulta fundamental recordar que tan cierto es que aún las infracciones formales, es decir, las que no causan un resultado material, que las sanciones previstas en sus normas revisten un doble carácter en el propio campo del llamado derecho privado pues “además de la mera restitución, la sanción civil tiene un componente de verdadera sanción, con lo cual puede afirmarse que el fin de la sanción

civil o privada es doble: la restitución de la parte directamente afectada y la prevención de similares ilícitos en el futuro”¹⁶⁷.

El tercer elemento de la responsabilidad es la relación de causalidad, es decir, la correspondencia entre el daño producido y la conducta realizada. Por lo que respecta a la influencia adversa, en ésta se da por entendido que es resultante de una violación injustificada de la ley, es decir, todo acto ilegal es propiciatorio de más conductas de igual calidad pues al atentar contra la cultura de la legalidad, provocan más ilegalidades. En tratándose de afectaciones materiales, necesariamente el menoscabo o la privación de lo legítimamente merecido debe ser consecuencia de la trasgresión al deber jurídico.

Como puede verse, los tres tipos de responsabilidad coinciden en lo elemental, motivo por el cual insistimos que la responsabilidad es única para el derecho, lo único que cambia es la materia que lo regula. No escapa de nuestra vista que para múltiples autores la culpabilidad¹⁶⁸ es un requisito sine qua non de la responsabilidad, sin embargo para nosotros no lo es, pues al estar totalmente aceptada hoy en día la teoría de la responsabilidad objetiva (que prescinde de la culpabilidad), es acertado afirmar que ya no es un elemento de cualquier clase de responsabilidad, sino sólo de algunas de sus especies.

III.5 Los sujetos implicados en la relación de responsabilidad.

En toda relación jurídica, y en toda relación de responsabilidad (que por supuesto es jurídica), forzosamente deben figurar cuando menos dos personas. En el caso de las relaciones de responsabilidad siempre hay un sujeto pasivo y uno activo, uno que padece o reciente y

¹⁶⁷ LARA CHAGOYÁN, Roberto. El concepto de sanción. Fontamara. México, 2004. p. 110.

¹⁶⁸ "(De culpable). 1. f. Cualidad de culpable. 2. f. Der. Reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad." www.rae.es

otro que inflinge o produce, dependiendo de la calidad que se tenga en la relación es que se tendrán ciertos derechos y determinadas obligaciones.

III.5.1 El sujeto pasivo (Derechos y Obligaciones).

La persona que resulta afectada por la violación a un deber jurídico es el sujeto pasivo en la relación de responsabilidad; por lo general, es finito e identificable el grupo de personas que tienen la calidad de sujetos pasivos en este tipo de relaciones, sin embargo, en la actualidad está difundida la creencia de que también puede tener esta calidad la colectividad, es decir, la sociedad o población en bloque de un determinado municipio, colonia, entidad o estado; discutir sobre el particular es innecesario en este trabajo, es una realidad que en otra ocasión habremos de discutir, y que por lo pronto damos por hecho, valiéndonos del más aceptado de los llamados derechos difusos, el de la protección al medio ambiente.

El derecho que en todo caso tiene el afectado por una conducta violatoria de algún deber jurídico es el restablecimiento de la vigencia del orden normativo, o dicho en otras palabras, la persona que ha sido afectada con una trasgresión al sistema jurídico tiene como derecho genérico el exigir que se dé cumplimiento a todas aquellas disposiciones que regulan la responsabilidad, lo cual se traduce en los siguientes derechos concretos:

- Iniciar o solicitar ante alguna autoridad o tercero autorizado (árbitro o mediador, en casos de excepción) que se inicie un procedimiento para lograr la declaración de responsabilidad con las consecuencias jurídicas correspondientes. Entendiéndose por procedimiento de responsabilidad, cualquier serie de pasos

- sistemáticamente organizados y regulados por la ley, a través de los cuales se analiza determinada conducta, para así poder concluir si es injustificadamente violatoria de algún deber jurídico concreto y en su caso es causa suficiente para la imposición de una sanción;
- Participar en el procedimiento de responsabilidad, con el deber aportar o coadyuvar en la recepción y desahogo de las pruebas que demuestren la veracidad de sus afirmaciones, haciendo todas las aclaraciones que considere pertinentes;
 - Impugnar –en su caso- el fallo que declare la inexistencia de responsabilidad;
 - Solicitar la ejecución –en su caso- del fallo que declare la existencia de responsabilidad, sea de manera voluntaria o forzosa, lo mismo en las materias civil¹⁶⁹, penal¹⁷⁰ o administrativa¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ernesto Gutiérrez y González comenta que a la víctima de un hecho ilícito <civil> le corresponden los siguientes derechos:

A) Cuando se ha violado un deber jurídico stricto sensu: A1) Pedir una indemnización; A2) Pago de daños y perjuicios; A3) Exigir el cumplimiento forzado de la prestación de indemnizar a través de: A3.1) Embargo; A3.2) Acción oblicua; A3.3) Acción pauliana y/o A3.4) Acción contra la simulación.

B) Si lo que se ha violado es un contrato, los derechos que la víctima tiene son: B1) Exigir el cumplimiento del contrato; B2) Declarar la rescisión del contrato; B3) Exigir el saneamiento (en caso de evicción o vicios ocultos); B4) Oponer la excepción de contrato no cumplido (contratos bilaterales); B5) Exigir la ejecución forzada de la prestación a través de: B5.1) Entrega de la cosa; B5.2) Embargo; B5.3)Acción oblicua; B5.4)Acción pauliana; B5.5)Acción contra la simulación; B6) Exigir el pago de daños y perjuicios;

C) En el caso de que lo violado haya sido una declaración unilateral de voluntad: C1) Exigir el cumplimiento de la prestación; C2) Exigir el saneamiento (en caso de evicción o vicios ocultos); C3)Derecho de retención; C4) Exigir la ejecución forzada de la prestación por vía de: C4.1) Entrega de la cosa; C4.2) Embargo; C4.3)Acción oblicua; C4.4)Acción pauliana; C4.5)Acción contra la simulación; C5) Exigir el pago del daño y perjuicio; GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. op. cit. p. 976

¹⁷⁰ El Artículo 24 del Código Penal Federal establece como penas y medidas de seguridad las siguientes:

1. - Prisión. 2. - Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3. - Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4. - Confinamiento. 5. - Prohibición de ir a lugar determinado. 6. - Sanción pecuniaria. (Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño...) 8. - Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. 9. -

III.5.2 El sujeto activo (Derechos y Obligaciones).

Dentro de la relación de responsabilidad, la contraparte del sujeto pasivo es el sujeto activo, es decir, aquella persona que por transgredir el orden normativo debe ser sancionada de acuerdo a la norma jurídica aplicable, respondiendo en su caso por el daño ocasionado. Los derechos que a este sujeto le asisten son los siguientes:

- Ser llamado ante alguna autoridad o tercero autorizado (árbitro o mediador, en casos de excepción) ante quien se haya instaurado un procedimiento de responsabilidad;

Amonestación. 10. - Apercibimiento. 11. - Caución de no ofender. 12. - Suspensión o privación de derechos. 13. - Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14. - Publicación especial de sentencia. 15. - Vigilancia de la autoridad. 16. - Suspensión o disolución de sociedades. 17. - Medidas tutelares para menores. 18. - Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

¹⁷¹ El Artículo 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece que las sanciones por falta administrativa consistirán en: I.-Amonestación privada o pública; II.-Suspensión del empleo, cargo o comisión por un período no menor de tres días ni mayor a un año; III.- Destitución del puesto; IV.-Sanción económica, e V.-Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Por su parte, los Artículos 15 y 31, haciendo referencia implícita a la reparación del daño establecen:

Artículo 15.- Procede la imposición de sanciones económicas cuando por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 8 de la Ley, se produzcan beneficios o lucro, o se causen daños o perjuicios, las cuales podrán ser de hasta tres tantos de los beneficios o lucro obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

En ningún caso la sanción económica que se imponga podrá ser menor o igual al monto de los beneficios o lucro obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

El monto de la sanción económica impuesta se actualizará, para efectos de su pago, en la forma y términos que establece el Código Fiscal de la Federación, en tratándose de contribuciones y aprovechamientos.

Para los efectos de la Ley se entenderá por salario mínimo mensual, el equivalente a treinta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Artículo 31.- Si el servidor público presunto responsable confesare su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia la Ley, se procederá de inmediato a dictar resolución, a no ser que quien conoce del procedimiento disponga la recepción de pruebas para acreditar la veracidad de la confesión. En caso de que se acepte la plena validez probatoria de la confesión, se impondrá al servidor público dos tercios de la sanción aplicable, si es de naturaleza económica, pero en lo que respecta a indemnización, ésta en todo caso deberá ser suficiente para cubrir los daños o perjuicios causados, y siempre deberá restituirse cualquier bien o producto que se hubiese percibido con motivo de la infracción. Quedará a juicio de quien resuelve disponer o no la suspensión, destitución o inhabilitación.

- Participar en el procedimiento de responsabilidad, con el deber aportar o coadyuvar en la recepción y desahogo de las pruebas que demuestren la veracidad de sus afirmaciones, haciendo todas las aclaraciones que considere pertinentes;
- Impugnar –en su caso- el fallo que declare la existencia de responsabilidad;
- En el caso de obtener un fallo condenatorio, tiene el derecho de exigir que la ejecución del mismo se cumpla sin extralimitaciones.

III.6. El estado en Relaciones de Responsabilidad

Para el sistema normativo el Estado es una persona jurídica o moral, como consecuencia de ello, las situaciones en las cuales se ve relacionado el Estado son para el derecho hechos, actos o negocios jurídicos (según la doctrina alemana) o bien hechos y actos jurídicos (según el criterio francés). El Estado es partícipe entonces de una innumerable cantidad de relaciones jurídicas, de muy diverso contenido, en algunas de ellas recibe beneficios y en otras se le generan perjuicios, adicionalmente, con algunas interacciones genera provechos y con otras produce afectaciones. El Estado participa continuamente en el mundo jurídico y en el mundo fáctico, por ello cuando altera o se ve desfavorablemente afectado por algún acontecimiento puede ser llamado o llamar a cuentas (en el terreno de lo jurídico) al responsable.

III.6.1 El Estado como víctima de un acto contrario al deber.

Cuando el Estado sufre los efectos de una conducta contraria al deber jurídico que menoscaba su patrimonio o que le impide recibir algo que le corresponde, es que decimos que se erige en víctima de un acto contrario al deber jurídico. El Estado siempre ha tenido la posibilidad de

ser víctima de conductas contrarias al deber, tan es así, que desde siempre ha tenido el derecho de demandar el cumplimiento de toda clase de contratos, la reivindicación o recuperación de bienes estatales, exigir el pago de impuestos o derechos a los evasores o de imponer penas a los saqueadores del erario público, traidores a la patria o destructores de los bienes públicos.

El Estado es el principal obligado a velar por el cumplimiento de las leyes, pues uno de sus fines primordiales es la seguridad, no solo física, sino también jurídica, de ahí que afirmemos que indirectamente toda conducta contraria al deber jurídico es una afrenta al Estado, aunque no le afecte directamente a éste en sus bienes, pues si el Estado permite cualquier clase de violación a la ley, estaría desatendiendo su función de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes.

III.6.2 El Estado como autor de un acto contrario al deber.

Algo muy diferente a lo comentado en el punto anterior ocurre cuando ubicamos al Estado en el otro extremo de la relación, es decir, cuando lo queremos ver como el autor o responsable de una conducta contraria al deber jurídico, que produce una afectación en el particular.

Tal y como lo veremos más adelante el Estado nació con plena impunidad, fue hasta ya bien avanzado el siglo XVIII, que con la revolución francesa comenzó a pensarse de manera seria en la responsabilidad del Estado; dando tumbos, avanzando y retrocediendo, la figura de la responsabilidad ha sido construida con paso lento y titubeante, pues pocas han sido las legislaciones que se han atrevido a colocar en el banquillo de los acusados al omnipotente Estado, ya que prefieren fijar la mirada en la responsabilidad de los servidores públicos, mas no en la del Estado como tal.

En este tema resulta importante recordar que al ser el Estado una persona jurídica carece de materialidad inmediata, por lo tanto, se ve en la imperiosa necesidad de actuar a través del conjunto de personas que integran el cuerpo de trabajadores a su servicio, entre los cuales se encuentran por supuesto los integrantes del gobierno, que como dijimos antes, es el conjunto de personas que jurídicamente representan al gobierno mediante el ejercicio de actos que afectan (positiva o negativamente) la esfera de derechos de los particulares o de otros Estados.

III.6.2.1 Responsabilidad por actos legislativos

Cuando alguna persona, dentro del conjunto de funcionarios públicos y trabajadores al servicio del Estado adscritos al llamado poder legislativo, en ejercicio de su cargo o empleo actúa violando algún deber jurídico y produciendo una afectación, es que estamos en presencia de un hecho u omisión productora de responsabilidad para el Estado, derivada de un acto formalmente legislativo; ahora bien, cuando el hecho u omisión de referencia lo realiza algún funcionario público que está facultado para emitir disposiciones jurídicas de carácter general en virtud de las cuales se produce alguna afectación, es que también hablamos de una conducta productora de responsabilidad para el Estado, pero en este caso resultante de una conducta materialmente legislativa.

Julio César Gamba Ladino dice que para hablar de la responsabilidad del legislador debe tomarse como presupuesto que “El poder público proviene del poder constituyente y sólo puede ejercerse conforme a los mandatos de éste, representados en los fines, valores, principios y derechos consagrados en la carta política. El legislador al ejercer su poder en contravía del sistema axiológico de la Constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del

territorio, actúa en forma ilegítima al margen del derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente. De esta forma, surge la necesidad no sólo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también la de garantizar la reparación de los perjuicios ocasionados por su actuación”¹⁷².

Los sistemas de responsabilidad estatal más avanzados sí contemplan este tipo de responsabilidad; se enfocan principalmente a proteger al particular ante una ley que les afecta injustamente, sea privándolos de un derecho o impidiéndoles el ejercicio del mismo.

León Duguit, al abordar la Responsabilidad del Estado Legislador, mencionó que se ha creído que ésta puede presentarse cuando “1. El legislador hace una ley para impedir o restringir cierta actividad, libre hasta entonces, pero que, en un momento dado, se considera peligrosa para el desenvolvimiento de la actividad física, intelectual o moral del individuo, y, por lo mismo, de la nación... 2. El legislador hace una ley que prohíbe o restringe cierta actividad que no es, en sí misma, nociva ni antisocial... 3. El legislador hace una ley, conforme en sí misma con el derecho, pero que hace más onerosa las obligaciones de ciertos deudores respecto de sus acreedores, o, lo que es lo mismo, disminuye la extensión de las prerrogativas de ciertos acreedores... <y> 4. El legislador hace una ley que, considerada en sí misma, es conforme a derecho superior, pero que tiene por consecuencia hacer más onerosa la situación jurídica en que se encuentra una persona respecto al Estado”¹⁷³, sin embargo, concluye el extinto profesor de la Universidad de Burdeos, que en todos los casos debiera considerarse procedente el

¹⁷² CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A (coordinadores). Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. UNAM. México, 2005. p. 254.

¹⁷³ DUGUIT, León. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Francisco Beltrán. Madrid, 1921. pp. 293 – 294.

pago de una indemnización, excepto en el primero, pues en tal supuesto, la actividad legislativa está encaminada a corregir un error u omisión, reconociendo y sancionando una conducta que *per se* debía estar previamente prohibida.

Dando un salto de tres cuartos de siglo, diremos que Carmelo de Grazia Suárez¹⁷⁴ menciona que el español es un sistema jurídico en el cual sí puede observarse con claridad la responsabilidad del Estado en la esfera legislativa, citando tres supuestos para aclarar su dicho: Las leyes que contienen disposiciones expropiatorias; cuando una ley es declarada inconstitucional y su aplicación produjo perjuicios económicos; y cuando los efectos de la aplicación de una ley merecen algún grado de resarcimiento.

Las leyes expropiatorias a decir del autor en cita, son aquellas que por causas de utilidad pública privan a los particulares de la propiedad de determinados bienes para ingresarlos al patrimonio del Estado o del derecho a explotar cierta industria reservarlo a favor de éste. En ambos casos, lo procedente, de acuerdo la mayor parte de las legislaciones (incluida la nacional), es otorgar una indemnización al particular afectado en su esfera de derechos. En algunos Estados la expropiación la realiza el órgano legislativo (de ahí que citemos tal figura en este rubro), en otros es el órgano ejecutivo el encargado de realizar tal acto jurídico, como por ejemplo en México, en donde la expropiación en el ámbito federal está encomendada al Presidente de la República según se lee en la Ley de Expropiación y en el ámbito local está conferida a los Gobernadores, por ello, las indemnizaciones derivadas de

¹⁷⁴ DE GRAZIA SUÁREZ, Carmelo. Artículo digital La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico Venezolano, Evolución jurisprudencial 1993 - 2003, publicado en www.badellgrau.com/conferencia_cdg_responsabilidad_jm_dominguez_escovar. Página Web en la cual se menciona que lo ahí asentado es la reproducción de la Conferencia dictada por Carmelo De Grazia Suárez el 3 de mayo de 2003, en el marco de las XXVIII Jornadas de "J.M. DOMINGUEZ ESCOVAR" en homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez

expropiaciones no pueden considerarse en nuestra realidad nacional como casos de responsabilidad por actos legislativos como en otros Estados; lo más cercano a la hipótesis que nos ocupa, está en los decretos expropiatorios sobre la industria petrolera¹⁷⁵ en 1938 y la banca en 1982, pero a final de cuentas, en ambos casos se trató de actos formalmente administrativos, pues los decretos correspondientes fueron dictados por el Presidente de la República.

El segundo caso de actos legislativos que dan lugar a indemnización por parte del Estado (según Grazia Suárez), es el de las leyes que son declaradas inconstitucionales. “El ejemplo típico es el de las leyes creadoras de tributos o accesorios tributarios que luego son declaradas inconstitucionales. En estos casos, se reconoce que los particulares tienen derecho a que se les indemnice por los tributos pagados con fundamento en un precepto ulteriormente declarado inconstitucional, ya que, con la declaratoria de inconstitucionalidad, desaparece el "deber jurídico" de soportar la exacción tributaria y, el pago efectuado, se convierte en una lesión antijurídica, que el particular no tiene el deber de soportar”.

¹⁷⁵ Decreto Expropiatorio del Presidente Lázaro Cárdenas del Río.

“Artículo 1º. Se declaran expropiados por causa de utilidad pública y a favor de la nación, la maquinaria, instalaciones, edificios, oleoductos, refinerías, tanques de almacenamiento, vías de comunicación, carros-tanque, estaciones de distribución, embarcaciones y todos los demás bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Compañía Mexicana de Petróleo El Águila, S.A.... Cacalilao, S.A., en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Economía Nacional para el descubrimiento, captación, conducción, almacenamiento, refinación y distribución de los productos de la industria petrolera.

Artículo 2º. La Secretaría de la Economía Nacional, con intervención de la Secretaría de Hacienda como administradora de los bienes de la Nación, procederá a la inmediata ocupación de los bienes materia de la expropiación y a tramitar el expediente respectivo.

Artículo 3º. La Secretaría de Hacienda pagará la indemnización correspondiente a las compañías expropiadas, de conformidad con lo que disponen los artículos 27 de la Constitución y 10 y 20 de la Ley de Expropiación, en efectivo y a un plazo que no excederá de diez años. Los fondos para hacer el pago los tomará la propia Secretaría de Hacienda del tanto por ciento que se determinará posteriormente de la producción del petróleo y sus derivados, que provengan de los bienes expropiados y cuyo producto será depositado mientras se siguen los trámites legales, en la Tesorería de la Federación.

Artículo 4º. Notifíquese personalmente a los representantes de las compañías expropiadas y publíquese en el Diario Oficial de la Federación.

Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo de la Unión a los dieciocho días del mes de marzo de mil novecientos treinta y ocho.”

El último de los supuestos de actividades materialmente legislativas que le generan responsabilidad al Estado es el de las leyes cuya aplicación causa lesiones o alteraciones que merecen algún grado de indemnización o retribución, pues aún y cuando no son inconstitucionales, ni privan ciertamente al particular de un derecho, sí le afectan de alguna manera en las expectativas que tienen de la concreción o afectación de un derecho. El autor en cita comenta que algunos sectores de la doctrina consideran deseable la inclusión de este supuesto en la legislación positiva, sin embargo “el asunto está lejos de ser aceptado pacíficamente en el Derecho comparado”. Podríamos citar como ejemplos de actos legislativos susceptibles de ser indemnizables, sin ser ilegales, la decisión legislativa de congelar rentas o de descongelarlas, o bien, la modificación radical en el régimen de paridad cambiaría entre la moneda nacional y la extranjera.

Siendo Francia y su Consejo de Estado uno de los principales innovadores del Derecho Administrativo en el mundo, justo es observar como ha evolucionado el tema de la responsabilidad patrimonial del Legislativo.

Inicialmente se sostenía que las leyes son actos de soberanía; de manera tal que los daños que causan a los particulares, no podían, salvo disposiciones expresas en contrario, dar lugar a demandas por responsabilidad del Estado ante ningún tribunal. Posteriormente, la jurisprudencia y la doctrina francesa reconocieron al legislador amplios poderes para decidir discrecionalmente la procedencia del pago de alguna indemnización a los particulares afectados por la aplicación de una ley, el legislador decidía entonces cuándo sí y cuándo no indemnizar, lo cual dejaba abierta la posibilidad a perniciosos caprichos. Situación difícil se generaba cuando en el texto legal no se especificaba si había derecho a exigir responsabilidad o no; en esos casos, el

Consejo de Estado determinó que toda ley expedida en interés general excluye el derecho de reparación. De ahí que en Francia no resultara procedente el otorgamiento de indemnización alguna cuando la ley afecta ciertos sectores de la industria como medida económica para controlar el alza de los precios. En todo caso, el juez debía tener en cuenta los principios de equidad, moral social y oportunidad social para reconocer o no el derecho a reclamar y recibir una indemnización. Para los tribunales franceses es procedente la reparación de perjuicios por actos legislativos siempre y cuando se cumpla al menos con los siguientes requisitos: a) Que la propia ley no haya excluido el derecho de reparación; b) Que el perjuicio sea especial y de una gravedad suficiente que exija su reparación, el perjuicio debe extender su espectro a una pluralidad o grupo específico de personas y no a la sociedad en general; y c) Deben valorarse los intereses que la ley perjudica frente a los beneficios de la misma¹⁷⁶.

Garrido Falla, da cuenta de que en Alemania también está contemplada la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos, recordando que en 1981 se promulgó una ley que prevé dos hipótesis de procedencia de este tipo de responsabilidad: 1) Cuando los órganos ejecutivo o judicial, al aplicar una ley posteriormente declarada inconstitucional, causan daños a los particulares, en cuyo caso, aunque éstos deben indemnizar al particular afectado, tales órganos pueden ejercer una acción de regreso en contra del legislador; y 2) Cuando el daño se produce directamente por la simple entrada en vigor de la norma, en cuyo caso sí es procedente demandar directamente al órgano legislativo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A (coordinadores). op. cit. pp. 269 - 270.

¹⁷⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. 10ª ed. Tecnos. Madrid, 1992. p. 251.

En México la legislación no contempla la responsabilidad del Estado por actos legislativos, los proyectos de reforma al artículo 113 de la Constitución General impulsados por el PRI y el PAN implícitamente sí contemplaban este supuesto, sin embargo, en su discusión, el Congreso limitó en mucho el alcance de tales proyectos, de ahí que afirmemos que no es factible hablar hoy en día de una responsabilidad del poder legislativo; de los proyectos en cita hablaremos más adelante, baste por el momento su alusión. El único caso en el que se nos ocurre identificar de una especie de responsabilidad del Estado por actos legislativos, lo encontramos en el caso de la declaración de inconstitucionalidad -vía amparo indirecto- de una disposición fiscal, por virtud de la cual un particular haya tenido que pagar determinadas contribuciones, en cuyo caso, una vez declarada la inconstitucionalidad de dicha disposición, el Estado tendrá que devolver lo pagado, toda vez que la retención de dicho ingreso resultaría injustificado e infundado, más el pago de las actualizaciones correspondiente. Véase lo antes sostenido en las siguientes tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación (hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa):

No. Registro: 170,708

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVI, Diciembre de 2007

Tesis: 2a./J. 221/2007

Página: 204

LEYES TRIBUTARIAS. EL EFECTO DEL AMPARO CUANDO SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE

LAS NORMAS EN QUE SE FUNDÓ EL PAGO DE UNA CONTRIBUCIÓN, CONLLEVA EL DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTERADAS DEBIDAMENTE ACTUALIZADAS (CÓDIGO FINANCIERO DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS). La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que rigen un tributo, derivada del juicio de garantías, tiene como efecto desincorporar de la esfera jurídica del contribuyente la respectiva obligación tributaria, y devolverle el saldo a favor originado con motivo de tal declaratoria. Ahora bien, aun cuando la actualización del monto respectivo para este supuesto no esté expresamente previsto en la norma, el derecho del contribuyente a recibirla deviene de la propia naturaleza del sistema que rige las relaciones entre el fisco y el contribuyente, del que deriva que el monto pagado debe efectuarse en valor presente, pues de otra manera no podría restituirse al gobernado en el pleno goce de la garantía violada en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo.

Contradicción de tesis 190/2007-SS. Tesis de jurisprudencia 221/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del siete de noviembre de dos mil siete.

No. Registro: 19,064

Precedente

Época: Tercera

Instancia: Pleno

Fuente: R.T.F.F. Tercera Época. Año VII. No. 83.

Noviembre 1994.

Tesis: III-PSS-395

Página: 11

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (DEVOLUCIONES). ACTUALIZACION DE DEVOLUCIONES DE IMPUESTOS PAGADOS INDEBIDAMENTE. NO DEBE REALIZARSE CON EFECTOS RETROACTIVOS DE LA NORMA APLICABLE.- En términos del artículo 6º del Código Fiscal de la Federación, las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales. En este orden de ideas, las devoluciones de contribuciones pagadas en exceso siguen la misma suerte. Por tanto, la actualización de devoluciones previstas en el

artículo 17-A y los intereses causados por la devolución, según el artículo 22, preceptos ambos del Código Fiscal de la Federación no pueden retrotraerse a períodos en que no estaban contempladas tales hipótesis. Tal es el sentido de la segunda disposición transitoria del Código Fiscal de la Federación para 1990, pues fue en este año el inicio de la vigencia del artículo 17-A y de la reforma del artículo 22 del propio Código.(2)

Juicio Atrayente No. 8/93/785/92-VII.- Resuelta en sesión de 8 de noviembre de 1994, por mayoría de 4 votos con la ponencia, 1 parcialmente en contra y 1 con los resolutivos.- Magistrado Ponente: Alfonso Nava Negrete.- Secretaria: Lic. Rosa H. Círigo Barrón.

III.6.2.2 Responsabilidad por actos jurisdiccionales

La responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales puede tener su origen en actos formal o materialmente jurisdiccionales, o sea, aquellos que emanan de algún funcionario o trabajador adscrito a algún órgano jurisdiccional, de algún auxiliar de la justicia, o de alguna diversa autoridad que tiene conferida la facultad de aplicar la ley a casos concretos para resolver una cuestión litigiosa en la cual es necesaria su intervención (v. gr. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Tribunal Superior Agrario, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, etc.).

Al igual que en el caso de la responsabilidad legislativa, la judicial en un principio estuvo vedada con el mismo pretexto: “la soberanía” y la “buena fe del juzgador”; sin embargo, poco a poco, dichos dogmas fueron cuestionados y los sistemas jurídicos tuvieron que adaptarse a la realidad, con lo cual, tuvieron que adoptar sistemas de responsabilidad para los encargados de impartir justicia. El proceso evolutivo de la responsabilidad patrimonial del Estado por su funcionamiento jurisdiccional es dividido en tres etapas (sin incluir el largo período de irresponsabilidad total): “La primera se caracteriza por una responsabilidad personal de los jueces por actos culpables, negligentes

o dolosos y por una irresponsabilidad patrimonial del Estado; La segunda fase viene determinada por el reconocimiento de una responsabilidad subsidiaria del Estado por actos ilícitos de los jueces; La tercera fase se caracteriza por una responsabilidad del Estado directa y objetiva, aunque con un grado de extensión o desarrollo diferente, según los ordenamientos jurídicos”¹⁷⁸.

La labor de decidir y tramitar una causa es sin duda difícil y delicada, más aún si partimos de la base de que cada uno de los litigantes “acomoda la realidad” a su conveniencia, para obtener una decisión favorable, aún y cuando en el fuero interno esté plenamente convencido de que la razón le asiste a su contraparte. Por otro lado, también sucede en ocasiones –en las menos afortunadamente- que la rectitud de los juzgadores flaquea y le asignan la razón a quien no la demostró en el expediente. De ahí que la posibilidad de afectar a alguno con el actuar desviado de la maquinaria jurisdiccional siempre existe, por tal motivo, algunos sistemas jurídicos han creado mecanismos para resarcir los daños ocasionados por yerros jurisdiccionales, sin embargo, la amplitud de los mismos es bastante limitada, tanto en cuantía como en materia, pues la mayoría de la literatura jurídica que aborda el tema únicamente la considera procedente en cuestiones penales.

Los casos de responsabilidad patrimonial por fallas en la administración de justicia suelen dividirse en dos grandes grupos: Responsabilidad por errores judiciales y Responsabilidad por funcionamiento anormal o irregular de la prestación del servicio de justicia¹⁷⁹. La responsabilidad estatal por error judicial se define como “aquella responsabilidad objetiva y directa que se origina en una decisión

¹⁷⁸ DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. p. 167-168.

¹⁷⁹ GALLI BASUALDO, Martín. Responsabilidad del Estado por su actividad judicial. Hammurabi. Buenos Aires, 2006. p. 87.

jurisdiccional propiamente dicha, a la cual se arriba sobre la base de conclusiones fácticas y jurídicas que hacen incurrir al juzgador en una equivocación –manifiesta e insanable- y en cuyo mérito se evidencia una resolución desprovista de legitimidad que rompe con la armonía del ordenamiento jurídico”¹⁸⁰ ; la responsabilidad estatal por el funcionamiento anormal o irregular es la que tiene lugar cuando la inadecuada aplicación del derecho se produce por parte del juzgador o algún auxiliar de la justicia en “aquellas actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerían en el ámbito del error judicial”¹⁸¹.

El Estado Francés abrió brecha en 1895 cuando cedió a las presiones que cuestionaron fuertemente ciertas decisiones erradas del poder judicial, y en el artículo 446 del Código de Instrucción Criminal estableció el derecho de recibir una indemnización a favor de las víctimas de un error judicial constatado en juicio de revisión. El actual artículo 626 del Código Procesal Penal galo hace honor a su precedente y otorga a la víctima del error jurisdiccional “una indemnización por el daño material y moral que le haya irrogado la condena, salvo que se demuestre que fue culpable en todo o en parte de la falta de presentación del nuevo medio de prueba o de la no revelación del hecho en tiempo oportuno. Puede <adicionalmente> solicitar también una indemnización, en las mismas condiciones, toda persona que justifique el perjuicio que le haya causado la condena... Esta indemnización será a cargo del Estado...”¹⁸². En términos semejantes está la legislación italiana, que es objeto de críticas por condicionar la procedencia de la

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ Ibídem.

¹⁸² DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. op. cit. p. 180.

indemnización a casos en los cuales la privación de la libertad haya sido superior a tres meses.

En México, lo más cercano que teníamos a los sistemas de responsabilidad mencionados, era lo contemplado en los Código Procesales Civiles, que contemplan un “recurso” denominado “de Responsabilidad”¹⁸³, por virtud del cual, el litigante afectado por decisiones judiciales negligentes o malintencionadamente contrarias a derecho, puede demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubiere producido dicho acto de autoridad; asimismo, en el campo del Derecho Penal, también existen disposiciones dispersas que establecen la procedencia de indemnizaciones por actos jurisdiccionales indebidos, tenemos como ejemplo el Artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece:

“Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del acusado, el juez, a pedimento de cualquiera de las partes interesadas, podrá arraigar al testigo por el tiempo que fuere estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si de ésta resultare que el arraigado lo fue indebidamente, tendrá derecho de exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el arraigo”.

A nuestro parecer, la vanguardia nacional en este rubro la lleva la legislación de Chihuahua, que cuenta con la Ley para exigir Responsabilidad Patrimonial a Jueces y Funcionarios del Ministerio Público¹⁸⁴ del 4 de Enero de 1995.

¹⁸³ Artículo 728 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: “La responsabilidad civil en que puedan incurrir jueces y magistrados, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudica o de sus causahabientes, en el juicio ordinario, y ante el inmediato superior del que hubiere incurrido en ella.”

¹⁸⁴ Dicha ley reglamenta los artículo 159 bis y 388 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, que establecen:

Artículo 159 bis. Los funcionarios del ministerio público que ordenen la detención o retención de alguien sin acatar lo establecido por los párrafos cuarto a séptimo del artículo 16 de la constitución

El derecho a ser indemnizado por haber sido privado injustamente de la libertad desafortunadamente no está muy difundido en nuestras legislaciones locales o federal, este derecho sólo excepcionalmente se contempla en los términos ya apuntados. De ahí que se haya difundido en todas direcciones la chocante frase de que ante un error jurisdiccional lo más que puede lograrse es un “Usted disculpe”. Aún nos falta dar cumplimiento al contenido de los siguientes acuerdos internacionales firmados por nuestro país:

Decreto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Abierto a firma en la ciudad de Nueva York, EE.UU., el 19 de diciembre de 1966): Artículo 14... 6. 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.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Adoptado en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969):

federal y los jueces que ratifiquen esos mandatos, deberán indemnizar al afectado, si hubieren actuado dolosamente o por negligencia grave.

La responsabilidad a que se refiere el presente artículo se determinará conforme a la ley de la materia.

Artículo 388. Son irrecurribles las resoluciones dictadas en procedimientos que se sigan por delito sancionado con pena básica máxima de cuatro años de prisión.

Se exceptúan: A) Las providencias emitidas en los procesos en que tal delito se manifiesta en concurso ideal con otro de mayor pena y

B) las sentencias que impongan prisión sin disfrute inmediato de la condena condicional.

Si una de aquellas determinaciones fuera no solo contraria a derecho, sino con dolo manifiesto o negligencia grave el afectado podrá exigir responsabilidad patrimonial al juez, siempre que no pudiera combatirlas a través de algún medio jurídico.

La responsabilidad a que se refiere el presente artículo se determinará conforme a la ley de la materia.

Como dato adicional, diremos que el monto máximo a obtener por concepto de indemnización es de 365 días de salario mínimo general vigente en la época y lugar en que ocurrió el hecho que motivó la demanda.

Artículo 10. 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.

III.6.2.3 Responsabilidad por actos administrativos

La responsabilidad por actos administrativos es el centro de este trabajo, por tal motivo la estudiamos con amplitud en los próximos capítulos, no obstante ello, es bueno dejar apuntado de una buena vez que ésta se presenta cuando el acto generador de la afectación proviene de algún funcionario adscrito al órgano ejecutivo o la administración pública. La responsabilidad de este tipo es la más comúnmente regulada y sancionada en los diferentes ordenamientos legales del orbe, a diferencia de la responsabilidad originada por actos judiciales y legislativos.

La Administración Pública y el Poder Ejecutivo en general tienen a su cargo la ejecución de las leyes y las políticas públicas del Estado, digamos que a ellos les compete transformar en hechos palpables los preceptos legales que las Cámaras elaboran en representación del pueblo. A la Administración Pública le corresponde administrar el grueso de los recursos del Estado para proporcionarle o bien facilitarle a la colectividad la obtención de los satisfactores necesarios para la tener una sana convivencia social, debiendo realizar para tal efecto un sin número de actos que tienen incidencia en la esfera jurídica de los particulares y del propio Estado. La idea es que la Administración Pública con su actuar únicamente produzca bienestar, sin embargo, la realidad es muy distante de tal arquetipo, por el contrario, en muchos casos el funcionamiento de la Administración Pública produce serias afectaciones a los particulares, piénsese por ejemplo en el caso de las suspensiones o clausuras de construcciones o establecimientos

mercantiles, en ambos casos, la Administración Pública lo que busca es hacer cumplir la normatividad administrativa y así evitar la trasgresión a la misma, sin embargo tales actos jurídicos de hecho generan una molestia en algunos particulares, pues se afecta su esfera de derechos, ya que se les impide continuar construyendo o explotando algún giro, de ahí que sea sencillo advertir que múltiples actos jurídicos administrativos pueden producir alguna afectación a la esfera jurídica de las personas (lo mismo particulares que funcionarios públicos también) y en consecuencia puedan llevar a la producción de responsabilidad.

La evolución de la responsabilidad por actos de la Administración Pública será analizada en el punto siguiente, por el momento basta dejar asentado que este asunto de la responsabilidad patrimonial por actos de la Administración Pública es la punta de lanza en materia de Responsabilidad del Estado, es decir, todo el proceso de sujeción del Estado a regímenes de responsabilidad en los diferentes ordenamientos jurídicos ha tenido como innovador al sector ejecutivo o administrativo del poder público.

La responsabilidad estatal directa por actos administrativos es una realidad hace más de 50 años en varios Estados de Europa, debido a que por la vía jurisprudencial (Francia) o legislativa (España, Reino Unido) diversos sistemas jurídicos han incorporado tal instituto a sus listados de figuras legales. En México, esta institución también tiene una trayectoria considerable en el ámbito fiscal con la Ley de Depuración de Créditos de los años cuarentas, sin embargo, por motivos no registrados en la doctrina, estuvo en franco desuso y no fue sino hasta la promulgación de las reformas al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2002, que la institución jurídica de la “Responsabilidad patrimonial del Estado” recobró brillo dentro de nuestra realidad jurídica y se extendió más allá del ámbito

puramente fiscal, para cubrir todo el espectro del Derecho Administrativo. De todo ello nos ocuparemos con abundancia en los próximos capítulos, de ahí que solamente hagamos en este momento una mera referencia.

III.7 Evolución de la responsabilidad estatal por actos administrativos

El Estado es una persona moral que a estas alturas de la evolución jurídica está sometido a la legislación que él mismo aprueba y vuelve vigente (de ahí que se le llame Estado de Derecho); tiene como razón de ser el logro de ciertos fines (explicados al inicio de este trabajo), para ello utiliza cuantiosos recursos humanos y materiales, agrupados principalmente en el Poder Ejecutivo y la consecuente Administración Pública, que a veces funciona de una manera que no es la ideal, adversa a los particulares en ocasiones. Debido a que el Estado es un ente que carece de materialización específica, tiene que valerse de funcionarios públicos y “trabajadores al servicio del Estado” para concretizar sus funciones, motivo por el cual, lo realizado por dichos funcionarios y empleados afecta directamente al Estado, positiva y negativamente, según sea el caso. Dos son las teorías que básicamente explican lo antedicho: 1) La teoría de la Representación, de cuño civilista, en la cual se afirma que al actuar el funcionario o empleado público como representante del Estado, es a éste a quien le repercute el actuar público de aquél, pues fue el Estado quien le encomendó al funcionario actuar en su nombre y representación al asignarles un trabajo, empleo o cargo; y 2) La teoría Organicista, administrativa ésta sí, postula que al ser el Estado un organismo complejo, para funcionar debe emplear órganos, los cuales vienen a ser sus funcionarios (elemento subjetivo), que en todo caso estarán dotados de competencia (elemento

objetivo), de lo cual se deriva que lo realizado por un órgano, que es una sección o parte del organismo, se entiende realizado por el propio organismo, de manera que si lo hecho por una mano se le imputa a quien la controla, lo realizado por un funcionario le es atribuible al Estado; la teoría organicista se considera hoy día superior a la teoría de la representación¹⁸⁵. Alessi propone como nuevo fundamento de la responsabilidad directa del Estado, una teoría que podríamos llamar de “enlace directo”, consistente en que si por virtud de los ordenamientos jurídicos el funcionario ejerce los poderes soberanos del Estado, también por virtud de dichos ordenamientos, la responsabilidad debe soportarla el Estado ya que si los efectos favorables del ejercicio del poder los recibe el Estado, justo es que también cargue con los efectos adversos, pues el funcionario no hace más que ejercer el poder del Estado; siendo la única condición fundamental el que se trate de actos formalmente estatales¹⁸⁶.

En la evolución de la responsabilidad de la Administración Pública las diversas legislaciones del mundo tienen un pasado común, la total irresponsabilidad del Estado, poco a poco en cada país se han dado pasos para superar tal situación, algunos a través del actuar jurisprudencial de sus tribunales y otros a través de sus legislaciones, enseguida veremos el tránsito de la figura que constituye el objeto primordial de estudio en el presente trabajo en escenarios extranjeros, que sin duda nos influyeron y continúan haciéndolo hoy día.

La idea que hoy justifica de mejor manera la ampliación del sistema de responsabilidad estatal es la llamada Teoría de la Proporcionalidad de Cargas pues considera que cuando “el Estado causa un daño injusto a un individuo, tiene la obligación de indemnizarlo,

¹⁸⁵ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. y LUCERO ESPINOSA, Manuel. Elementos de Derecho Administrativo, 2º curso, 4ª reimp. Limusa. México, 1996. p. 164 – 165.

¹⁸⁶ ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. T. III. 3ª ed. Bosch. tr. Buenaventura Pellisé. Barcelona, 1970. pp. 507-509

ya que nadie está obligado a sufrir en desventaja de otros, las cargas impuestas en interés de todos, puesto que de lo contrario se rompería el principio de igualdad”¹⁸⁷.

III.7.1 La administración nunca es responsable

Aún en las más avanzadas civilizaciones de la antigüedad, el soberano tenía amplios poderes para disponer libremente de personas y bienes, que al ser ejercidos no daban lugar a ninguna clase de reclamación, pues el origen divino del monarca o bien su simple supremacía de facto impedían a cualquier víctima de su actuar hacer alguna objeción, el poder no estaba acotado y el límite de éste lo fijaba su detentador, la ley no reconocía a los miembros de la comunidad derecho individual diferente y opuesto al del jerarca. Roma durante el Imperio dio visos de sensatez política al implantarse el antecedente más remoto de responsabilidad del Estado: “Durante el Imperio Romano el César tenía dos patrimonios, el erario y el fisco, mantenidos con los impuestos y se utilizaban para sostener los servicios públicos. Con ellos Augusto, deseoso de consolidar su prestigio, mandó hacer construcciones y reparar caminos, permitiendo que los accidentes que ocurrieran durante la ejecución de los trabajos, dieran lugar a una acción de las víctimas contra el funcionario, el que se constituía de este modo en responsable directo de acuerdo con las condiciones estatuidas por el derecho privado <pagándose la indemnización con los recursos del “fisco”>... El desarrollo de la teoría del fisco permitió concretar algunos avances hacia la formalización de la responsabilidad del Estado aunque no se llegó a aceptar en forma sistemática y orgánica... ya que el soberano, que ejercía y representaba la soberanía, no podía ser

¹⁸⁷ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. y LUCERO ESPINOSA, Manuel. Ídem.

responsabilizado”¹⁸⁸; al abandonar Augusto el poder la distinción de patrimonios desapareció, “ampliándose la irresponsabilidad del Estado y de su órgano representativo”¹⁸⁹.

En la edad media nada se avanzó, muy por el contrario, debido a que “el rey” necesitaba consolidarse frente a otras figuras de poder como los señores feudales, no fue posible reducir un poco la irresponsabilidad de la autoridad. Existe una expresión que identifica este largo período de penumbra: “*the King can do not wrong*”, formulado por Bracton dentro del common law inglés, mediante la cual se combinaba la potestad imperial romana y la concepción teocéntrica del poder del monarca, según la cual, el rey no podía equivocarse, causar daño o cometer ilícito alguno, dogma que encontraba su complemento en la doctrina de la “sovereign immunity o non suability”, relativa a la imposibilidad de demandar al monarca. Para fortuna de todos, tal situación cambió, aunque no con la celeridad deseada, mediante la introducción de excepciones a tal inmunidad, ya que se creó la “Petition of Rights”, a través de la cual el monarca se daba el lujo de permitir que le demandasen ante los tribunales¹⁹⁰. La fórmula “the King can do not wrong” fue utilizada indiscriminadamente por monarquías y repúblicas, de ahí que Garrido Falla manifieste su extrañeza por el empleo de tal principio en las sentencias de los tribunales norteamericanos pues nunca han contado con rey alguno; esta situación imperó hasta mediados del siglo XX, cuando se aprobó la “Federal Tort Claims Act”¹⁹¹.

Esta cómoda situación para los jefes perduró bastante, a pesar de los cambios en la titularidad de la corona y de los cambios en la forma

¹⁸⁸ BARRAZA, Javier I. Responsabilidad extracontractual del Estado. La ley. Buenos Aires, 2003. p.64

¹⁸⁹ VÁZQUEZ, Adolfo R. Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios. 2ª ed. La ley. Buenos Aires, 2001. p. 42.

¹⁹⁰ DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. op. cit. p. 138.

¹⁹¹ GARRIDO FALLA, Fernando. op. cit. p. 249.

de gobierno, pues por increíble que parezca, ni la mismísima Revolución Francesa optó por la eliminación de tan injusto régimen, pues sólo se limitó a reconocer el derecho de los particulares a recibir una indemnización en virtud de una expropiación decretada, un paso que si bien no fue tan grande como la propia revolución, sí resultó significativo a la postre.

III.7.2 La administración sólo es responsable por actos de gestión

El dique de la irresponsabilidad estatal fue debilitándose gradualmente en Francia, pues comenzaron a aceptarse causales de responsabilidad principalmente en la jurisprudencia, el Consejo de Estado francés dio acceso a las demandas contra actos de la Administración Pública, pero lo hizo únicamente respecto de los llamados actos de gestión, opuestos por antonomasia a los actos de autoridad, que siguieron gozando de total impunidad. “El Estado-poder era, en efecto, el Estado soberano y, en una época en que la responsabilidad estaba ligada sin excepción a la existencia de falta, existía una incompatibilidad absoluta entre las ideas de soberanía y de responsabilidad. Por el contrario, los actos de gestión hechos en interés de los servicios públicos pueden dar lugar a indemnización cuando constituyen falta perjudicial para los ciudadanos”¹⁹². Contra los actos de autoridad no procedía reclamación de indemnización alguna, contra actos de gestión sí.

La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, es la más antigua clasificación de los actos administrativos, su diferencia radica en que los primeros están total o primordialmente regulados por el derecho público y los segundos por el derecho privado, esta clasificación fue posible por estar en boga la teoría de la doble personalidad del Estado,

¹⁹² op. cit. p. 253.

que suponía el desdoblamiento de éste en una persona pública y una privada. “Esa tesis es totalmente inaceptable; la vida real la desmiente de forma objetiva e incuestionable. El Estado, la administración, siempre actúan y se presentan como tales, como poder público, que no se cambia ni altera por la situación de que se sometan o utilicen normas del derecho privado, civil o mercantil... No cambian su naturaleza ni el Estado ni los particulares al utilizar normas de derecho público o privado”¹⁹³.

La responsabilidad del Estado por actos administrativos de gestión suavizó un poco la injustificable idea de irresponsabilidad absoluta del Estado, pues con ella los particulares podían intentar la obtención de una indemnización.

III.7.3 La administración siempre puede ser responsable

Habiéndose obtenido algunos logros en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, el empuje social y la modificación en la concepción que del poder se tenía hizo que en diferentes puntos del globo terráqueo se removieran las grandes barreras ideológicas que sostenían la imposibilidad de demandar al otrora omnipotente Estado.

Se inicia esta etapa cuando el Consejo de Estado galo condenó al Estado francés al pago de una indemnización por “actos de autoridad” en 1902, decisión que fue reiterada mediante la emisión de sentencias semejantes en casos subsecuentes. Romieu, Comisario del Gobierno de Francia y miembro del citado Consejo, sepultó las etapas precedentes cuando afirmó: “Es cierto que durante un largo tiempo la jurisprudencia ha creído poder formular la regla de que los actos de policía y del poder público no eran susceptibles de generar la responsabilidad pecuniaria de

¹⁹³ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 567.

la Administración. Pero se ha terminado por reconocer los inconvenientes, las contradicciones, las consecuencias inicuas a las que podía conducir esta fórmula demasiado absoluta”¹⁹⁴. Cuando el Estado ocasionaba la destrucción de un mueble ajeno por el tránsito de uno de sus vehículos debía indemnizar, cuando se causaban daños a raíz de una declaratoria de guerra no.

Creció entonces la figura de la responsabilidad por actos administrativos, pero para desgracia de los particulares, también crecieron los problemas teóricos y prácticos de dicha figura. Ante esta nueva realidad, el Estado se vio obligado a analizar su situación en los tribunales y descubrió un par de figuras que limitaban la procedibilidad de las demandas en su contra: la falta de servicio y la falta personal.

Todos los sistemas jurídicos –por elemental lógica- otorgaban y continúan concediendo a favor de los actos de la Administración Pública del Estado la presunción de ser legales y de haber sido emitidos o ejecutados de buena fe, sin embargo, la realidad ha demostrado que no siempre se actualiza tal suposición, por ello, el Estado francés afirmó y convenció a los tribunales que cuando el acto de la Administración Pública causaba afectaciones al particular habiéndose realizado de manera diligente o bien con negligencias, errores o fallas leves, pero íntimamente relacionadas con el servicio y fines públicos, la administración ciertamente era quien debía asumir la responsabilidad por el daño; no así en caso contrario, es decir, cuando el acto administrativo estaba marcado por una extralimitación de funciones, dolo, capricho o deliberada arbitrariedad, en cuyo caso, lo correcto era que el propio funcionario o empleado público asumiera de manera personal la responsabilidad respectiva. En el primer caso se hablaba de falta de servicio, en el segundo de falta personal, ésta no generaba

¹⁹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. op. cit. p. 254.

responsabilidad para el Estado francés, aquella sí. Sorprendente resulta que para el año de 1909 el Consejo de Estado, decidió que no era legal ni justo dejar sin indemnización del Estado a la víctima de un acto de la Administración Pública, so pretexto de una falta personal¹⁹⁵. Vaya que los franceses tienen un largo camino recorrido.

Los galos abordaron el tema de la manera antes descrita, en múltiples países como España, México y Argentina, lo que ocurrió fue que al admitirse la posibilidad de que los actos de la Administración Pública pudiera causar daños susceptibles de ser indemnizados, se legisló para que fuera el funcionario público quien cargara con la totalidad de la responsabilidad, la justificación de tal situación estaba en que el Estado como persona moral jamás delinque o actúa negligentemente, ya que esto sólo es propio de las personas físicas. Se reformaron entonces los cuerpos legales y se estableció en esos términos la responsabilidad por actos públicos, responsabilidad que desde nuestra óptica era de los funcionarios y empleados públicos mas no del Estado como tal. El tiempo pasó y llegaron nuevas ideas, se modificó el régimen de responsabilidad estatal y se logró que el Estado asumiera directamente parte del deber de resarcir el daño, como responsable subsidiario (España en 1931, Argentina en 1934 y México en 1994). La institución siguió evolucionando y por fin se admitió la posibilidad de demandar directamente al Estado, en España eso ocurrió en los años 1954 y 1957 con la aprobación de la Ley de Expropiación forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy derogada por la Ley 6/1997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, complementada con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen

¹⁹⁵ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. y LUCERO ESPINOSA, Manuel. op. cit. p. 162.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Los sistemas que recogen la institución de la responsabilidad del Estado por actos administrativos pueden ser clasificados en dos grandes bloques que atienden a la preeminencia que se le dé al aspecto subjetivo o al objetivo, como enseguida lo veremos, aclarándose desde luego, que es posible que coexistan tales criterios, pues uno no excluye al otro.

III.7.3.1 Criterio Subjetivo

Cuando en la responsabilidad estatal por actos administrativos se hace apela al criterio subjetivo, se quiere hacer referencia a que la configuración o no de la responsabilidad patrimonial dependerá de que el actuar del sujeto productor de la afectación, que en específico debe ser un funcionario público o empleado del Estado, se haya dado con dolo o culpa, es decir, que la afectación se producto de un actuar descuidado o deliberado de algún miembro del cuerpo de trabajadores del Estado o de algún funcionario público. De acuerdo a este criterio no hay responsabilidad si no hay conducta de alguno de tales empleados o si hay una conducta diligente, en la cual se tomen todas las precauciones y se practiquen todas las acciones que la prudencia recomienda. Según esta postura el daño no es suficiente para que proceda la indemnización se requiere que el actuar del funcionario o empleado público esté revestido de una antijuridicidad propia del dolo o la culpa.

III.7.3.2 Criterio Objetivo

El criterio objetivo atiende a las cosas, con independencia de las personas; se refiere a que el Estado debe responder ante los particulares de cualquier daño originado por algún objeto cuya vigilancia, control, administración, uso, resguardo, propiedad, posesión o tenencia,

corresponda al propio Estado. Aquí no importa si hubo o no culpa por parte de algún empleado público, si existió o no descuido o negligencia, porque lo que interesa es si el objeto produjo un resultado adverso al particular. La principal limitante que se suele encontrar para la aplicación de este criterio es la culpa de la víctima o el caso fortuito. Este criterio tiene su origen en la llamada “responsabilidad objetiva” del derecho civil. “La antijuridicidad del daño es contemplada en sentido objetivo desde el punto de vista de la posición del sujeto dañado, y existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño”¹⁹⁶.

En esta teoría “se desliga la responsabilidad del concepto de culpa, para entender que quienquiera que ejercite una facultad o realice un servicio, debe de responder de los riesgos que provoca y de los daños que produce, aunque subjetivamente no pueda descubrirse existencia de culpa ni de imprevisión de ningún género...”¹⁹⁷.

Se justifica la vigencia de esta posición cuando se piensa que si toda la actividad del Estado se encuentra encaminada a la obtención de beneficios para la población que aporta recursos económicos a través del pago de contribuciones, las cargas derivadas de la realización de tal actividad no debe ser mayormente soportada solamente por algunos, de ahí que la colectividad (a través del Estado) deba reparar tales afectaciones, haya o no culpa de los agentes administrativos, pues así como disfrutaban de los beneficios, también deben cargar con las adversidades¹⁹⁸.

¹⁹⁶ FARRANDO, Ismael y MARTÍNEZ, Patricia (Directores). Manual de Derecho Administrativo. Depalma. Buenos Aires, 1996. p. 549

¹⁹⁷ ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino. Tratado general de Derecho Administrativo. T. I. Bosch. Barcelona, 1958. pp. 521.

¹⁹⁸ Ídem.

Capítulo IV. Análisis histórico legislativo del Artículo 113 constitucional y de algunas leyes que contemplan de la Responsabilidad Estatal.

IV.1 Evolución del Artículo 113 constitucional

El Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, denominado “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, se integra por catorce Artículos, de entre ellos el que más nos interesa es el 113, pues en su segundo párrafo prevé la figura de la Responsabilidad del Estado, distinta a la propia e individual de los funcionarios públicos.

Dicho Título establece los principios rectores de la función pública y las bases del sistema de responsabilidades aplicable a los servidores públicos, ordenando a todos los encargados de ejercer el poder y los recursos públicos, conducirse de manera legal, honrada, leal, imparcial y eficiente, so pena, de ser procesados y sancionados, en función de la falta y de la naturaleza de su cargo.

Hasta el año 2002, en México no estaba constitucionalmente regulada la Responsabilidad directa del Estado, existían diversas disposiciones legales de nivel federal y local que la preveían, sin embargo, bien puede decirse que tales preceptos carecían de una base constitucional concreta que les suministrara validez. Lo que sí estaba regulado de origen en nuestra actual carta magna vigente, era la Responsabilidad de los funcionarios públicos, que como ya se dijo en el capítulo precedente, es el primer estadio del proceso jurídico y político que sustituye la irresponsabilidad total en el ejercicio del poder a la Responsabilidad directa del Estado.

A continuación enunciamos brevemente los antecedentes constitucionales y preconstitucionales nacionales más importantes del actual Artículo 113 de nuestra Carta Fundamental, dejando asentado

desde ahora que todos ellos se refieren exclusivamente a la figura de la Responsabilidad Civil, Administrativa o Política, de los servidores públicos, pues no fue sino hasta el siglo XIX que comenzó a pensarse sistemáticamente (principalmente en Europa) en la posibilidad de responsabilizar directamente al Estado por los actos de sus funcionarios y empleados. Tomaremos entonces como punto de partida el siglo XIX desde sus inicios, pues en esa época comenzó a concretarse la idea de crear el Estado Mexicano, que logró consolidarse hasta el siglo XX, luego de padecer una gran cantidad de sangrientos tumbos.

El primer antecedente nacional que podemos localizar en el siglo XIX, de la responsabilidad de los funcionarios públicos (y consecuentemente de nuestro actual Artículo 113 constitucional), es el Decreto del 22 de abril de 1811, a través del cual fue abolida la tortura y otras prácticas aflictivas, que preceptuaba: “Queda abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar a los reos por los que ilegal y abusivamente llamaban apremios... sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura... bajo de responsabilidad, y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad...”¹⁹⁹.

El decreto del 14 de julio de 1811 sobre responsabilidad de las autoridades por el incumplimiento de órdenes recibidas de sus superiores, es un precedente importante en nuestro campo de estudio, que en su Artículo 1º ordenó: “Todo general, junta, audiencia, o cualquier otro superior a quien incumba el dar cumplimiento a las superiores órdenes, será responsabilidad de la ejecución de ellas, y privados de sus respectivos empleos, si por culpable omisión, negligencia o tolerancia,

¹⁹⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN LII LEGISLATURA. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. T. XI. 3ª ed. Miguel Ángel Porrúa Librero Editor. México, 1985. p. 113-14 (Sic).

por no aplicar inmediatamente las penas a los desobedientes...”. En ese mismo año, el día 11 de noviembre se emitió un diverso Decreto, por virtud del cual se ordenó a todos los empleados públicos, acatar las disposiciones jurídicas que les fueren notificadas a más tardar al tercer día posterior a su recepción, pues de lo contrario, por ese mismo hecho serían privados de su empleo, procediéndose a la inmediata designación del sustituto²⁰⁰.

El Artículo 253 de la Constitución de Cádiz, estableció la facultad del Rey de suspender a algún Magistrado, cuando le llegaran quejas fundadas del incorrecto proceder de éste²⁰¹.

Llegado el año de 1813 se dio una regulación abundante a la Responsabilidad de los funcionarios públicos ya que en el Decreto del 24 de marzo, se establecieron en el Capítulo I sanciones tales como la destitución e inhabilitación para aquellos jueces que dictaran sentencias contrarias a derecho, así como el pago de costas y de los perjuicios ocasionados; además en materia penal se estableció una sanción considerable, que consistía en sufrir pena idéntica a la condena impuesta (Artículo II); en tratándose de magistrados que hubieren recibido soborno, además de las penas ya mencionadas, sería declarado infame y tendría que pagar como multa el importe de tres tantos del beneficio económico mal habido, suma que de acuerdo al Artículo III habría de aplicarse en beneficio de los centros de instrucción pública. Se prohibieron las prácticas de dar y recibir regalos o dádivas (Artículo IV); además, como causales de inhabilitación también se previeron la conducta disoluta o escandalosa, la ineptitud, la desidia o la lentitud (Artículos VI, VII y XIV). Además, en el capítulo II se hizo referencia no únicamente a los miembros del poder judicial, sino en general a todos los

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ op. cit. p. 113-15.

servidores públicos, disponiendo que también sería sancionada con destitución e inhabilitación, la prevaricación, la ineficacia y el desvío de poder²⁰². Con relación a este Decreto, resulta conveniente confesar la grata sorpresa que nos llevamos al identificar la gran similitud habida entre esta disposición y las Leyes Federales de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Por su parte, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, del 22 de octubre de 1814, en su Artículo 164, contempló la posibilidad de suspender a todos aquellos empleados públicos de los cuales se tuviera sospecha fundada de traición o deslealtad²⁰³.

El Reglamento Provisional político del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822, al igual que los ordenamientos antes citados contempló en su Artículo 63 la posibilidad de separar o suspender a los jueces en el ejercicio de su función, siempre y cuando la acusación hubiere sido legítimamente probada y la sentencia fuere ejecutoria²⁰⁴.

La Constitución Federal de 1824, estableció en su artículo 38 que cualquiera de las dos Cámaras (Diputados o Senadores), podrían conocer en calidad de gran jurado de las acusaciones que contra el Presidente de la Federación, Miembros de la Suprema Corte y Gobernadores Estatales, por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, con la particularidad de que respecto del presidente de la República únicamente preveía dicha posibilidad por los delitos de traición a la patria, cohecho, soborno o por impedir la realización de elecciones de Presidente, Diputados o Senadores; a su vez, el Artículo 40

²⁰² op. cit. pp. 113-15 – 113-19

²⁰³ Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos. Secretaría de Gobernación. México, 2006. p. 42.

²⁰⁴ Ídem, p. 72.

especificó que de constituirse el gran jurado, solamente sería suspendido de su encargo el funcionario respectivo y puesto a disposición del Tribunal correspondiente si en la votación que decidiera sobre la procedencia de la “formación de causa” se obtuvieren cuando menos dos tercios de votos en tal sentido²⁰⁵.

En las Siete Leyes Constitucionales se estableció que el Supremo Poder Conservador solamente era responsable ante Dios y la opinión Pública (Segunda Ley, Artículo 17), no obstante ello, contempló la posibilidad de someter a procedimiento a los miembros de dicho poder por la realización de algún delito, mismo que habría de seguirse ante el Congreso General (Segunda Ley, Artículo 18), que iniciaría la causa ante la Suprema Corte; adicionalmente contempló a favor del Presidente la inmunidad por delitos comunes, y en lo tocante a los delitos oficiales, dicho funcionario recibió el mismo trato que los Magistrados de la Suprema Corte, los Gobernadores y Secretarios de Despacho, es decir, que en caso de ser acusado, la Cámara de Diputados tendría que decidir si era procedente o no la mentada acusación, y para el caso afirmativo, dicha Cámara tendría que nombrar a dos de sus miembros como sostenedores de la acusación ante el Senado, que luego de escuchar al acusado y a los acusadores resolvería la causa, pudiendo imponer la destitución del cargo, y en casos más graves, podía remitir el expediente al tribunal competente para imponer penas de otra índole, previstas en la legislación respectiva²⁰⁶.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana se otorgaron facultades a las Cámaras para conocer de las acusaciones que se formularan en contra de sus respectivos miembros; asimismo, se

²⁰⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS XLIX LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. *Crónicas, Constitución Federal de 1824*. México, 1974. p. 86-87.

²⁰⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN LII LEGISLATURA. op. cit. p.113-23; y SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. op. cit. p. 709.

contempló la posibilidad de incoar un procedimiento de responsabilidad en contra del Presidente por traición a la Patria o a la forma de gobierno, correspondiéndole al pleno de ambas Cámaras resolver la procedencia respectiva (Artículos 76 a 78 y 90)²⁰⁷.

Por su parte, “El Acta de Reformas (1847) Definió la competencia en favor de la Cámara de Diputados como gran jurado para hacer la declaratoria de procedencia contra de los altos funcionarios por delitos comunes u oficiales, asignando a la Suprema Corte la definición de la pena (artículos 12 y 13)”²⁰⁸.

En el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, del 10 de abril de 1865, los Artículos 21, 22 y 23 crearon un Tribunal denominado “de Cuentas” y las figuras de “Comisarios Imperiales y Visitadores”, con competencia para conocer e investigar los abusos o irregularidades cometidas por los funcionarios públicos, sin embargo, dicho Tribunal no tenía competencia para resolver el asunto, pues su labor se constreñía a consignar a los responsables ante el juez competente; por su parte los Visitadores tenían encomendado “enmendar el determinado yerro o abuso cometido”²⁰⁹.

Enrique Sánchez Bringas comenta que la Constitución de 1857, “reglamentó el régimen de responsabilidades públicos del Artículo 103 al 108. De esos ordenamientos destacan las siguientes características: se determinó como responsables por delitos comunes que cometieran durante el tiempo de su encargo y por los delitos o faltas oficiales y omisiones a los miembros del Congreso de la Unión, a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia y a los secretarios de despacho. Dispuso

²⁰⁷ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. op. cit. p. 710.

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos. op. cit. p. 283.

que el presidente de la República, durante su encargo, sólo podría ser acusado por traición a la Patria, violación expresa de la Constitución, ataques a la libertad electoral y delitos del orden común. Reglamentó la figura que ahora se conoce como declaración de procedencia...”²¹⁰.

De igual manera, la Constitución de 1917, inicialmente sólo contempló la responsabilidad del funcionario público y en su Título Cuarto puso el acento en la Responsabilidad Política²¹¹, haciendo poca referencia a la Responsabilidad Administrativa y nula mención a la Responsabilidad Civil del funcionario, y no fue sino hasta el año 2002 que se incorporó la figura de la responsabilidad directa del Estado. Curiosamente, como se verá más adelante, fue en la legislación secundaria en la que se dieron pequeños avances en tal materia, quedando rezagado de esa manera nuestro principal ordenamiento legal. A continuación examinaremos la evolución del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para enseguida comentar algunos ordenamientos secundarios que han sido relevantes en el tránsito de la responsabilidad del Estado, de un estadio que exclusivamente responsabilizaba al funcionario, a uno que responsabilizó directamente al Estado, pasando por uno intermedio, en el cuál, uno y otro compartían responsabilidad (sancionabilidad).

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ Llamada “Constitucional” por José Luis Soberanes, quien la define como “aquella que se hace valer a través del denominado “juicio político de responsabilidad”, en contra de los funcionarios señalados en el Artículo 110 de la Constitución, como son los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación... los secretarios de despacho, los jefes de departamento administrativo... los magistrados de circuito y jueces de distrito... directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos... Las causas de procedencia de la pretensión en dicho juicio... básicamente están constituidas en función de los actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, esto es, cuando exista un ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno republicano, representativo, federal, violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales, ataque a la libertad de sufragio, usurpación de atribuciones así como cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, o a uno o varios estados de la misma o de la sociedad...” (Diccionario de Derecho Administrativo. op. cit. pp. 236 y 237).

IV.1.1 El Artículo 113 constitucional a partir de 1917

IV.1.1.1 Texto original.

El texto que en un principio fue contenido por el artículo 113 de la Constitución Federal fue el siguiente: “La responsabilidad por delitos y faltas oficiales, sólo podrá exigirse durante el periodo en que el funcionario ejerza su encargo, y dentro de un año después”²¹².

IV.1.1.2 Alcance de dicho texto.

Dentro de la Constitución Federal de 1917, el original artículo 113 fue uno de esos preceptos de contenido modesto, pues en sí mismo no contenía una figura impactante o novedosa como los Artículos 3, 27 ó 123, ni regulaba de manera exclusiva alguna materia o establecía alguna competencia, era un precepto que servía de complemento a otros, y que se limitó a señalar el lapso durante el cuál podrían ser sancionados los funcionarios públicos; especificó entonces el término de prescripción para los delitos oficiales, mismo que de hecho era menor al de la mayor parte de los delitos comunes de la época. El antecedente inmediato de este precepto es el artículo 107 de la Constitución de 1857, que establecía exactamente lo mismo, a excepción de un par de palabras y comas, pues textualmente disponía: “La responsabilidad por delitos y faltas oficiales sólo podrá exigirse durante el periodo en que el funcionario ejerza su encargo y un año después”²¹³, lo cual encuentra su natural explicación cuando se recuerda que el Congreso Constituyente de 1916 - 1917 originalmente tenía como misión la redacción de reformas al máximo ordenamiento legal aún vigente en ese entonces, la Constitución de 1857.

²¹² Facsimilar reproducido en TRUEBA URBINA, Alberto. La primer constitución político social del mundo. Porrúa. México, 1971. p. 129 del facsimilar.

²¹³ LOZANO, Manuel de J. Manual práctico de la Constitución y de la Reforma. Herrero Hermanos, Sucesores. México, 1906. p. 35.

IV.1.2 El Artículo 113 constitucional a partir de 1982.

IV.1.2.1 Modificación al texto original.

“Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.”²¹⁴.

IV.1.2.2 Alcance de dicha modificación.

A partir del año de 1982, el artículo 113 constitucional adquirió un nuevo aspecto y se volvió muy frecuente su uso, pues dicho precepto se convirtió en la base legal de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. José Luis Soberanes, al referirse a este Artículo, menciona que “trata lo relativo a la responsabilidad administrativa, de lo cual no habla el anterior título cuarto ni otro precepto constitucional.”²¹⁵.

²¹⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN LV LEGISLATURA. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. T. XI. Serie VI. Miguel Ángel Porrúa. México, 1994. p. 79.

²¹⁵ Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. Nuestra Constitución, Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano. Cuaderno número 22. Comentarios de José Luis Soberanes Fernández. México, 1991. p. 55.

Se establecieron en el Artículo 113 de la Constitución los principios rectores de la función pública y se señalaron los lineamientos elementales para la imposición de sanciones a los infractores de las obligaciones de los servidores públicos.

Los mencionados principios constituyen el mínimo de calidad que debiera esperar el ciudadano común en la actuación de los servidores públicos:

La legalidad consiste en que todo acto de autoridad forzosamente debe estar sustentado en algún precepto jurídico que le permita afectar la esfera de derechos de los particulares; Nava Negrete dice que dentro de un Estado de Derecho el principio de legalidad es el más importante y consiste en que “las autoridades públicas sólo pueden hacer lo que la ley les autorice... la autoridad debe partir de una previa autorización de la ley. Tratándose de competencia de las autoridades se debe ser estricto; ella jamás debe resultar de una interpretación analógica, extensiva, tácita, ni a partir de simples inferencias”²¹⁶.

La honradez es la “rectitud de ánimo, <o bien, la> integridad en el obrar”²¹⁷, y resulta de apegar las conductas a los valores.

La lealtad, de acuerdo a lo sostenido por la Real Academia Española es el “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”²¹⁸, lo cual significa, dentro del ámbito de la Administración Pública, que el funcionario debe encausar todos sus esfuerzos para lograr que el acto administrativo surta plenos efectos y se mantenga con validez, o dicho en otros términos, la lealtad del servidor público se expresa con el compromiso que éste pone al momento de ejercer sus facultades y realizar sus funciones, para que la Administración Pública cumpla con sus objetivos; en el portal Web del

²¹⁶ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. pp. 161-162.

²¹⁷ www.rae.es

²¹⁸ Ídem.

Gobierno de Nuevo León se le define como la "fidelidad al compromiso de defender lo que creemos y en quienes creemos, en los buenos y en los malos momentos"²¹⁹. La enciclopedia jurídica OMEBA, define este término de la siguiente manera: "Que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar, bondad, moralidad, integridad y honradez en el obrar"²²⁰.

Por su parte, la imparcialidad es la "Falta de prevención o designio anticipado a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder rectamente"²²¹; es una actitud que le permite a los funcionarios públicos, tomar decisiones con objetividad, sin compromisos y sin ataduras, o como en la jerga política se dice "sin línea".

La eficiencia en la Administración Pública se refiere a "la promoción de métodos administrativos que produzcan el conjunto más grande de resultados para un objetivo determinado y con el menor costo. La reducción de costos de personal y materiales, en tanto que se logra la máxima precisión, velocidad y simplificación administrativa... Una estructura de organización es eficiente si facilita la obtención de los objetivos deseados, con el costo mínimo o con el menor número de imprevistos"²²².

²¹⁹ En la Página Web oficial del Gobierno del Estado de Nuevo León (www.nl.gob.mx), se señala como Decálogo de la lealtad el siguiente:

- * La persona leal, lo es con la familia, los amigos, las instituciones y nuestra patria.
- * Hablar mal de alguien que no está presente es una falta de lealtad a esa persona.
- * Tener sentido de pertenencia, cuidar nuestros monumentos y reservas naturales.
- * El compromiso con nuestros superiores debe ser total.
- * La palabra dada es sagrada: ser fiel a ella.
- * Pertenecer a un grupo es identificarse con su cultura organizacional, alinear sus principios.
- * Compromiso significa lealtad y es para todos. La unión hace la fuerza.
- * Propiciar un buen ambiente de trabajo es una manifestación de lealtad.
- * Hablar en forma directa y clara, hazlo como les gustaría como le hicieran contigo.
- * Se deben buscar y conocer las virtudes permanentes de las personas con las que convivimos.

²²⁰ Enciclopedia Jurídica OMEBA. op. cit. T. XVII. p. 844.

²²¹ PALOMAR, Miguel. *Diccionario para juristas*. T. I. México, 2000. p. 796.

²²² DICCIONARIO DE POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. T. I. Mario Martínez Silva (Coordinador). Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1978. pp.456-457.

A nuestro parecer, la importancia de esta modificación queda resumida con las palabras de González de la Vega, quien manifiesta: “No escapa a nadie que el título constitucional dedicado a regular la acción del servidor público... es modelo de modernidad... puesto que más allá de resultar un mero catálogo de prohibiciones y procedimientos, tiene el singular carácter de contener una garantía fundamental: el derecho de los pueblos a contar con gobierno probos y calificados y de, en su caso, perseguir y sancionar a quien actúe ilícitamente desde el servicio público.”²²³.

IV.1.3 El Artículo 113 constitucional a partir del 2002

IV.1.3.1 Modificación al texto constitucional

La reforma al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ocurrida en Junio del 2002, que incorporó la Responsabilidad Patrimonial directa del Estado al catálogo de figuras jurídicas vigentes en el Sistema Legal Mexicano, es resultante de una discusión añeja, que tuvo “su primer aire” en tiempos del Presidente Adolfo López Mateos, cuando a éste le fue sugerida por el maestro Antonio Carrillo Flores, la posibilidad de regular adecuadamente en nuestra legislación la figura de la Responsabilidad del Estado, idea que fue rechazada con el argumento de que los recursos del erario eran muy limitados para que además de gastarse en los servicios públicos e inversiones, se usaren para indemnizar por todos los actos irregulares de la Administración Federal²²⁴; razón poderosa que seguramente siguió siendo la excusa precisa para que en los altos círculos del poder político

²²³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. El régimen constitucional de la responsabilidad de los servidores públicos, en Nuevo Derecho Constitucional Mexicano. Porrúa. México. p. 391. Citado por DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. La defensa jurídica de la constitución en México. Orlando Cárdenas Editor. Irapuato, 1990. pp. 163 – 164.

²²⁴ CARRILLO FLORES, Antonio. Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional. UNAM. p.10

no se abordara el tema en el resto del siglo XX, aún y cuando hubo tiempos en los cuales el pueblo de México estuvo preparándose para “administrar la abundancia”.

De acuerdo a la información que tenemos²²⁵, la idea de incorporar la Responsabilidad Directa del Estado resurgió con especial vigor en las postrimerías del siglo XX, gracias a la voluntad concurrente de dos de las fuerzas políticas nacionales más importantes, el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Acción Nacional, que de manera expresa reconocieron el esfuerzo que desde la academia venía dando el Doctor Castro Estrada, para la incorporación de esta figura a la legislación vigente. Nosotros, sin dejar de reconocer el empuje dado por el académico de referencia, creemos conveniente tener siempre en cuenta que la lucha por la incorporación de esta figura, fue impulsada por múltiples teóricos del derecho mexicano, a quienes también se les debe reconocer ese empuje; bástenos recordar que Gabino Fraga, cincuenta años antes de la aprobación de la reforma constitucional que origina este trabajo, criticaba las injusticias de los sistemas jurídicos (como el mexicano) que no contemplaban de manera íntegra el principio de legalidad, al omitir la entrega a favor del particular de una herramienta que le permitiera ser resarcido eficazmente de los daños ocasionados en su contra a causa del funcionamiento del aparato estatal.

El motivo real o fuente material de esta reforma constitucional aún está velado, pues aunque es cierto que existía (y sigue existiendo) inconformidad en la población por los errores de la Administración Pública y el tortuoso camino que debía recorrerse para obtener que ésta corrigiera sus yerros, ciertamente tal malestar no era un reclamo popular tan manifiesto como sí lo era el respeto a la voluntad electoral

²²⁵ Vid. CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva Garantía Constitucional, La responsabilidad patrimonial del Estado. Porrúa. México, 2002.

mayoritaria, la inclusión legal de los pueblos indígenas a nuestra realidad nacional, el rompimiento a las cíclicas y catastróficas devaluaciones de fin de sexenio o bien el combate a la inseguridad y al desempleo.

Nos resulta difícil entender cómo sin un empuje popular tan fuerte esta reforma constitucional tan impactante en las finanzas públicas nacionales prosperó, máxime si se toma en cuenta que en los últimos sexenios se ha reiterado la necesidad de acordar una reforma fiscal integral que le permita al Gobierno Federal tener más recursos. Desde ya decimos que no somos enemigos de esta reforma al máximo ordenamiento, todo lo contrario, creemos que la existencia de esta institución jurídica es indispensable para la consolidación del Estado de Derecho, pero eso no nos obnubila, ni deja de generarnos suspicacias, pues las finanzas nacionales en el año 2000, no eran tan favorables como para que el Gobierno Federal decidiera correr el riesgo de incrementar sus deudas. Compartimos entonces la inquietud planteada por Juan Carlos Marín, en el sentido de que “La aludida modificación constitucional pretende situar a México como uno de los sistemas de responsabilidad civil extra contractual del Estado más “avanzados”, esto es, más generosos y caros del mundo y que, dicho sea de paso, la gran mayoría de países de primer orden no se toman la “molestia” de adoptar como regla de general aplicación. Cabe, entonces preguntarse si resulta sensato que México busque tener en esta materia el sistema más “progresista”; esto es, el más caro del mundo; y si puede exigirse a la actividad administrativa una perfección que en México no se puede exigir a nadie, empezando por los propios tribunales y el poder legislativo”²²⁶. En todo caso, esperamos que la iniciativa no haya sido planeada por afamados abogados que ocupan una curul senatorial con la única y

²²⁶ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano. Porrúa. México, 2004. pp. 3-4.

perversa intención de litigar los asuntos derivados de la aplicación de este precepto constitucional y sus leyes reglamentarias.

IV.1.3.1.1 Iniciativa del PRI

“Artículo 113. ...

Todo aquel que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en forma proporcional y equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Las controversias derivadas de la aplicación de las leyes correspondientes serán conocidas por los tribunales contencioso-administrativos, cuando éstas se originen por la actividad administrativa del Estado.”

Como se ve, esta iniciativa pretendió incorporar a la Constitución Federal la Responsabilidad Estatal Directa por todos y cada uno de sus actos, sin exclusión de materia alguna, establecer que la legislación secundaria se encargaría de fijar la manera en que habría de conseguirse una indemnización proporcional y equitativa, y señalar los órganos competentes para dilucidar las controversias que al respecto pudieran suscitarse a raíz de la actividad administrativa dañina, sin embargo, olvidó contemplar cuál sería el órgano competente para conocer las controversias que se originaran a partir de la conducta dañina de los poderes judicial y legislativo.

IV.1.3.1.2 Propuesta del PAN

“Artículo 113. ...

La Federación responderá directamente por los daños y perjuicios que con su actividad ocasione a los bienes y derechos de los individuos. Estos tienen el derecho a ser indemnizados en forma equitativa,

conforme a lo dispuesto por las leyes que expida el Congreso de la Unión.”

Por su estrecha relación con el tema, debe aclararse que la reforma al 113 iba acompañada de una reforma al artículo 16 Constitucional, en los siguientes términos:

“Artículo 16. ...

Toda persona recibirá una indemnización equitativa cuando, con motivo de la actividad del Estado, sufra un daño en sus bienes o se afecten sus derechos. La obligación del Estado de resarcir daños y perjuicios será directa.”

En esta propuesta resaltan los siguientes aspectos: Era un proyecto que pretendía crear la responsabilidad directa del Estado y como nueva garantía individual la llamada “integridad patrimonial de las personas”²²⁷, es decir, el derecho a ser resarcido equitativamente por cualquier afectación indebida proveniente del poder público, dejando a la legislación reglamentaria el señalamiento de los requisitos para hacer efectivo tal derecho. Preveía implícitamente como fuentes de indemnización a la actividad administrativa, la legislativa y la judicial, siempre y cuando produjeran daños, perjuicios o afectara los derechos de alguna persona.

IV.1.3.1.3 Propuesta de la Presidencia de la República

La Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, junto con algunos miembros de las Comisiones Unidas dictaminadoras de la H. Cámara de Diputados, durante el proceso de discusión de la reforma, propusieron el siguiente texto:

“Artículo 113. ...

²²⁷ CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva Garantía Constitucional, La responsabilidad patrimonial del Estado. op. cit. p. 203.

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo del exceso o defecto en su actividad administrativa, cause en los bienes y derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, lineamientos y procedimientos que establezcan las leyes.”

Esta propuesta establecía como única fuente de Responsabilidad del Estado su actividad administrativa (ya no la judicial, ni la legislativa), siempre y cuando causara daños, y fuera resultante de un exceso o defecto en su ejecución, dejándole a la legislación secundaria el establecimiento de los requisitos que deberían cubrirse para lograr la correspondiente indemnización. En este proyecto también se le incorporaron a la Responsabilidad Estatal, aspectos trascendentales a la postre, que la misma sería objetiva (prescindiendo de la culpa) y directa (no subsidiaría). Como se verá más adelante, éste fue el proyecto más cercano al que terminó aprobándose en el Congreso de la Unión.

IV.1.3.1.4 Texto aprobado

El 14 de Junio del año 2002 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por virtud del cual se modificó el contenido del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo primer párrafo (que hasta entonces era el único) permaneció intacto, agregándosele a dicho precepto un segundo párrafo, que contempla la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

“Artículo 113...

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.”

IV.1.3.1.5 Alcance de dicho texto.

En el siguiente capítulo explicaremos el alcance de tal reforma constitucional, por ello, nos limitaremos ahora a decir, que la reforma al 113 Constitucional es resultado evidente de diversas acciones de cabildeo. Decimos lo anterior porque el resultado producido difiere en gran medida de los proyectos presentados por las fracciones del Partido Acción Nacional y del Revolucionario Institucional, sobre los cuales terminó imponiéndose el impulsado por la Presidencia de la República a través de la Consejería Jurídica.

Con esta reforma se creó la Responsabilidad Patrimonial Directa (no subsidiaria, ni complementaria) y Objetiva (no Subjetiva) del Estado, por los daños que por actos administrativos irregulares (concepto novedoso que abordaremos más adelante) causare a los particulares. Se incorporó entonces a nuestro sistema jurídico una figura de avanzada que si bien es cierto, contiene los errores que en el próximo capítulo señalaremos, también tuvo el gran acierto de regular de una vez por todas el régimen de Responsabilidad a favor del particular; pues hasta antes del 2002, en nuestro máximo ordenamiento legal no existía disposición jurídica alguna que abasteciera de legalidad a los diferentes ordenamientos que comenzaron a establecerle al Estado el deber de resarcir daños originados por el funcionamiento de su Gobierno, como el Código Civil Federal o la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que si bien es cierto, constituían encomiables esfuerzos por abandonar el injusto régimen de impunidad estatal absoluto, también es cierto que carecían de sustento constitucional, pues en nuestra Carta Magna únicamente se preveía la

Responsabilidad Administrativa de Funcionario para con el mismo Estado, mas no con los particulares, pues en ningún precepto se hacía referencia al deber de éstos para indemnizar a los particulares afectados con su comportamiento inapropiado, ilegal o indeseable.

IV.2 Legislación secundaria que contempla Responsabilidad Estatal

Como ya se dijo, antes de la existencia del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, no existía ni un solo precepto que contemplara la figura de la responsabilidad del Estado, ya que los únicos dispositivos existentes en nuestra carta magna se limitaron a crear el marco normativo de la responsabilidad de los servidores públicos como tales, esto es como individuos, mas no la del Estado como persona moral, pues ni siquiera se llevo a hacer referencia a dicha responsabilidad en la modalidad “subsidiaria” que durante muchos años estuvo prevista por la legislación civil local y federal.

IV.2.1 Ley de Depuración de Créditos

El antecedente más raro y significativo de la Responsabilidad objetiva y directa del Estado, incorporada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2002, lo encontramos en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1941, y vigente a partir del día primero del año siguiente, según lo disponía el Artículo transitorio primero²²⁸.

Decimos que es un antecedente significativo, porque contempló de manera amplia la responsabilidad a cargo del Estado, sin limitarla

²²⁸ Código Fiscal, circulares y disposiciones conexas. Edición a cargo de la Dirección General de Estudios Hacendarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 4ª remesa. México, 1959. p. 229.

materialmente, sin condicionarla a que se demandara previamente al funcionario público productor de la lesión y porque le asignó al Tribunal Fiscal de la Federación la competencia para resolver las controversias suscitadas al respecto. Por otra parte, decimos que es un antecedente raro, porque no podemos explicarnos la razón por la cual únicamente fueron interpuestos menos de diez, sí, menos de diez juicios a la luz de este ordenamiento²²⁹.

Esta ley tuvo como propósito establecer un sistema de identificación y pago de créditos a cargo del erario federal, que funcionara y actuara de manera permanente, pues con antelación a su aprobación únicamente existían disposiciones transitorias y específicas para caso especiales²³⁰, no existía entonces, un marco normativo que reconociera el derecho de los particulares a exigir el pago de créditos constituidos a su favor y contra el Estado Mexicano.

Se decidió además, con mucho acierto, que año con año, se debería crear una partida presupuestal para solventar el pago del crédito

²²⁹ CASTRO ESTRADA, Álvaro. op. cit. p. 166.

²³⁰ Podemos citar a guisa de ejemplo la Ley de Pensiones para Viudas y Huérfanos de los soldados insurgentes y españoles, del 23 de febrero de 1822, en la cual se reconoció el derecho de las víctimas de la lucha independentista a ser resarcidos de los daños padecidos. “La Ley de Reclamaciones de octubre de 1855, cuya ley reconoció las deudas contraídas por los caudillos principales de la revolución y mandó se liquidaran para su admisión y pago, es decir, tuvo por objeto indemnizar a las víctimas por daños causados por acciones bélicas.”. En 1960, a propuesta del Presidente Benito Juárez, se expidieron tres leyes para indemnizar a las víctimas de los bombardeos ocurridos en la Ciudad de Veracruz. En los años 1911 y 1913, se emitieron Decretos por virtud de los cuales, se creó la Comisión Consultiva de Indemnización por los daños acaecidos con motivo de la Revolución Mexicana, iniciada en noviembre de 1910. El 24 de noviembre 1917, Venustiano Carranza, expidió la Ley de Reclamaciones que sustituyó a los Decretos recién mencionados, con ella, se crearon dos Comisiones para establecer la responsabilidad del Estado por los daños sufridos a consecuencia del movimiento revolucionario, ocurriendo, que una de dichas Comisiones se encargaría de realizar el estudio y fallo de la procedencia de las reclamaciones presentadas, y la otra, resolvería las inconformidades interpuestas por extranjeros contra los fallos de mérito. Vid. HAMDAM AMAD, Fauzi. Antecedentes y régimen de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. pp. 35 – 39. En INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. INAP. México, 2000.

correspondiente²³¹, pues como es bien sabido, nuestra Constitución exigía (y continúa exigiendo), que todo gasto esté debidamente justificado en el presupuesto correspondiente.

El artículo 10 de la Ley de referencia, constituyó la columna vertebral del sistema de responsabilidad directa a cargo del Estado, y a pesar de que su redacción no fue lo suficientemente clara, la doctrina de la época coincide al señalar que dicho precepto estableció la siguiente regla: "...el Tribunal Fiscal de la Federación es competente para depurar toda clase de créditos que se presenten en contra del Erario Federal, pero siempre y cuando no exista asignación en el Presupuesto del año en el cual nació el crédito, ni tampoco haya partida en el Presupuesto del año siguiente, o sea, que la demanda debe presentarse en el mes de enero posterior al siguiente año en el cual se constituye el crédito en contra del Erario Federal."²³².

La ley en comento, además de regular en forma genérica la responsabilidad del Estado, estableció casos específicos de procedencia de reclamaciones contra la máxima persona moral de derecho público, así, en sus artículos 7º y 8º, contempló la posibilidad de acudir ante el Tribunal Fiscal a efecto de demandar el otorgamiento de una pensión o de variar el monto de la misma.

A su vez, el artículo 2º, fue el encargado de contemplar los casos de incompetencia del Tribunal Fiscal de la Federación en esta materia (nótese que no se habló de casos de improcedencia de indemnización), resaltando de entre ellos los siguientes: Cuando los créditos reclamados representaran un importe inferior a cien pesos; los créditos previamente depurados por la vía contenciosa o convencional, judicial o administrativa; los que derivaran de la expropiación petrolera de 1938;

²³¹ LÓPEZ VELARDE, Guillermo. Apuntes de un segundo curso de Derecho Administrativo. s/e. México, 1951. p. 330.

²³² op. cit. p. 331.

los derivados de expropiaciones realizadas para dotar de tierras y aguas a los pueblos; los derivados de contratos de obras pública; y los que a su favor pudieran tener otras personas de derecho público, tales como Entidades Federativas o Municipios.

Adicionalmente, en el artículo 11, se dispuso que los procedimientos derivados de esta Ley, tendrían que ajustarse a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación, aunque con las siguientes peculiaridades: El estudio de la prescripción de la acción debía realizarse de manera oficiosa, la resolución debía limitarse a declarar la existencia de un crédito a cargo del Erario Federal y a fijar su monto, o a absolver a la “Hacienda Pública”, y además, solamente en el caso de que la reclamación superara el monto de cincuenta mil pesos, procedía el recurso de queja ante el Pleno del Tribunal.

El caso más ilustrativo de la aplicación de esta ley fue consignado por Dolores Herdúan en los siguientes términos: “La viuda de un militar ameritado, obtuvo una pensión de \$4 diarios, que le fue otorgada naturalmente por gracia, mediante decreto del Congreso de la Unión. Por causas que nunca fueron satisfactoriamente explicadas, el Decreto permaneció en la Secretaría de Hacienda, pendiente de ser publicado durante seis largos años, hasta que tras tenaz insistencia de la beneficiaria, apareció en el Diario Oficial. La pensión comenzó a serle pagada a partir de la fecha de publicación; y para entonces, vigente la Ley de Depuración de Créditos, la viuda reclamó ante el Tribunal, a título de indemnización, el pago de una cantidad equivalente al monto de las pensiones que había dejado de percibir desde que el decreto fue expedido²³³ por el Congreso y enviado al Poder Ejecutivo”, la Cuarta Sala conoció del asunto, y tras estudiarlo, lo resolvió el día 29 de

²³³ HERDUÁN VIRUES, Dolores. Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación. Academia Mexicana de Derecho Fiscal. México, 1971. p. 99.

septiembre de 1942, en los siguientes términos: “I. Se declara que ha quedado demostrada la existencia del crédito de \$10,068.00 a que se refiere la parte inicial de la presente sentencia”²³⁴.

Para finalizar los comentarios a la Ley de Depuración de Créditos, recordaremos que aún y cuando el propio Gabino Fraga, reconoció en dicho ordenamiento un avance importante, también lo calificó de insuficiente, pues su redacción conllevaba a suponer que el nacimiento del crédito dependía de la existencia de culpa de parte de la Administración Pública, sin prever la llamada responsabilidad objetiva, en la cual, no se toma en cuenta la intención deliberada o negligente del agente dañoso.

IV.2.2 Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal

Actualmente existe un Código Civil Federal y uno para el Distrito Federal; ambos tienen como origen el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, vigente a partir de 1932; suena simple decirlo, sin embargo, fue mucha la discusión que se suscitó al iniciar este siglo, cuando a raíz de una reforma al Artículo 122 constitucional, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal modificó el viejo Código Civil promulgado por Plutarco Elías Calles (al que en adelante haremos referencia como el viejo Código Civil), pues se alegó que dicho cuerpo legislativo, carecía de facultades para modificar un ordenamiento federal.

A estas alturas, esa discusión está superada y lo cierto es que a partir de una serie de reformas a dicho Código, dos órganos legislativos, el local y el federal, crearon sendos Códigos Civiles²³⁵. Hemos querido referir lo anterior, porque enseguida hablaremos de la regulación dada

²³⁴ Ídem. p. 104

²³⁵ Vid. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. México, 2003. pp. 11 – 15.

por el viejo Código a la Responsabilidad del Estado, para después referir el rumbo que cada uno de los Códigos nuevos, adoptó con el paso de los años.

El viejo Código Civil reguló la figura de la responsabilidad de una manera amplia, previendo tanto la llamada responsabilidad directa, como la indirecta. La primera se presenta cuando el deber de indemnizar recae en la persona que realizó la conducta lesiva; la segunda se actualiza cuando la persona que debe reparar el daño es distinta a la que materialmente ocasionó la afectación, con la peculiaridad de que entre ambas personas existe una relación que los liga, así por ejemplo, el viejo Código Civil estableció (los nuevos Códigos lo reprodujeron) que las personas que ejercen la patria potestad, debe responder de los perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos; adicionalmente, dispuso que cuando los menores produjeran afectaciones patrimoniales lesivas, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de directores de colegios o de talleres, éstos asumirán la responsabilidad (responsabilidad sancionabilidad); asimismo, dispuso que los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. En el caso de las personas morales, éstas debían responder de los actos lesivos, causados por sus representantes en el ejercicio de sus funciones.

Siguiendo esa misma línea, el viejo Código Civil, contempló la Responsabilidad del Estado, ordenando originalmente que ésta sería subsidiaria y sólo podría hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tuviera bienes, o los que tuviera no fueran suficientes para responder del daño causado. Dicha subsidiariedad consistía en que cuando el servidor público causante del

daño no lograra cubrir con sus bienes el importe de la indemnización a la que fuere condenado en juicio, el Estado pagaría el resto.

En opinión del tratadista Rojina Villegas, la base de la responsabilidad del Estado, regulada en el viejo Código, era una culpa “*in eligendo*” reprochable al Estado, por haber hecho una designación torpe respecto del funcionario o empleado público²³⁶.

Por el contrario, Rafael de Pina, opinaba que “no se puede dejar de tener en cuenta a este propósito que el Estado se preocupa cada día más del problema de la selección de sus funcionarios, organizando un sistema de concursos y oposiciones que atiende a garantizar el acierto en la designación, por lo que la afirmación de la existencia, en tales casos, de la llamada culpa “*in eligendo*” carece realmente de fundamento serio. En realidad, los mejores métodos de selección de los funcionarios, utilizados por el Estado, con vistas a la perfección del desarrollo de los servicios públicos, no excluyen en absoluto el riesgo de que sobre todo en el aspecto moral, los buenos propósitos y la atención más cuidadosa resulten, en ocasiones frustrados”²³⁷.

En opinión de Ignacio Galindo Garfias, la Responsabilidad Subsidiaria del Estado, surgía porque el funcionario actuaba como agente o representante del Estado; y derivaba de la “conducta culposa o dolosa del agente del poder público, causante directo del daño, de allí que sea él quien debe responder directamente de la reparación; pero puesto que ha actuado como representante del poder estatal, también debe responder subsidiariamente la persona moral del daño que ha causado el órgano”²³⁸.

²³⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. V. Vol. II 9ª ed. México, 2003. p. 99.

²³⁷ DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. III. 5ª ed. Porrúa. México, 1980. p. 238.

²³⁸ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal comentado. T. IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM / Miguel Ángel Porrúa. T. IV. Comentario de Ignacio Galindo Garfias al artículo 1928. p. 82.

Como se ve, el viejo Código Civil, restringió mucho la Responsabilidad del Estado, pues hizo depender su procedencia de las siguientes circunstancias: Que se demandara en un primer momento al funcionario que directamente ocasionó el menoscabo; que se obtuviere sentencia favorable; que en la etapa de ejecución, quedara demostrada la insuficiencia pecuniaria de dicho funcionario, para indemnizar a la víctima del hecho dañino; iniciar un nuevo juicio, ahora contra el Estado, y obtener la sentencia favorable correspondiente. Lo anterior se observa en las siguientes tesis:

No. Registro: 339,937;
Tesis aislada;
Materia(s): Civil;
Quinta Época;
Instancia: Tercera Sala;
Fuente: Semanario Judicial de la Federación;
Tomo: CXXV;
Página: 1211.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA NACION POR ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS. Del texto del artículo 1928 del Código Civil se desprende que, en primer lugar, debe probarse que el funcionario causó el daño y la cuantía de éste y, en segundo lugar, su insolvencia, por lo que una demanda de esta naturaleza debe dirigirse desde luego contra el propio funcionario, ya que una sentencia condenatoria previa es requisito indispensable para entablar acción contra el Estado. Por consiguiente, si el particular exige del Estado, directamente y sin acreditar la insolvencia del funcionario, el pago proveniente de perjuicios causados por un acta de éste, no demuestra tener derecho ni legitimación para obrar judicialmente. Asimismo, el Estado puede defenderse de la acción ejercida directamente en contra suya simplemente negando que el actor le asista un derecho, puesto que no se acreditan ni éste ni la insolvencia del funcionario.
Amparo civil directo 2893/53.

No. Registro: 345,116;

Tesis aislada;
Materia(s): Civil;
Quinta Época;
Instancia: Pleno;
Fuente: Semanario Judicial de la Federación;
Tomo: XCIX;
Página: 1679.

DAÑOS CAUSADOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, OBLIGACION DEL ESTADO DE RESPONDER DE LOS.

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

Juicio sumario 3/43.

Llegado el año 1994, el legislador federal, decidió reformar el que aquí llamamos viejo Código Civil, y trasladó al artículo 1927, el contenido del artículo 1928, que originalmente contenía la Responsabilidad Civil del

Estado. Además, agregó a la regulación de dicha figura, la modalidad de la Responsabilidad Solidaria, previendo como único caso de procedencia, el de los “actos ilícitos dolosos” cometidos por los servidores públicos.

Gutiérrez y González, con su peculiar estilo, criticó agriamente –no sin razón- dicha reforma, dejando al descubierto el erróneo manejo de los términos jurídicos respectivo, pues dentro de la Teoría del Acto Jurídico, los actos, son manifestaciones de voluntad, tendientes a crear consecuencias de derecho; de ahí que lo preferible hubiera sido hablar de hechos, en lugar de actos, pues aquellos son acontecimientos que producen efectos legales, con independencia de la intención o no de producirlos, y en tratándose de sucesos dañinos, es evidente que su autor jamás tendrá la intención de crear las consecuencias respectivas, o sea, reparar el daño o pagar una indemnización. Además se habla de dolosos, en una forma desafortunada, pues el dolo en materia civil, dista mucho del dolo penal, y en dicha reforma, se utilizó el término “dolo” en la acepción penal, que equivale a intencional; sin embargo, en materia civil, dolo es el conjunto de maquinaciones y acciones tendientes a generar el error en otras personas.

Asimismo, ese mismo autor, contrastando la reforma de mérito, con la Ley de Depuración de Créditos, menciona que “...no se está haciendo un reconocimiento, sino a medias, de lo que ya tenía la víctima del hecho ilícito cometido por el Estado, para hacer efectiva su indemnización directamente contra éste... me parece miserable la dichosa reforma, que sólo devolvió la mitad de lo que ya se tenía como derecho a la indemnización de los particulares, en caso de la responsabilidad por hecho ilícito...”²³⁹.

²³⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. op. cit. pp. 798 – 799.

Durante el año 2000, fueron aprobados los nuevos Códigos Civiles, el Federal y el del Distrito Federal, y ambos se llevaron consigo la mayor parte de las disposiciones contenidas en el viejo Código, incluyendo la regulación de la Responsabilidad subsidiaria del Estado (regla general) y solidaria en el caso de los hechos ilícitos intencionales (regla especial). No obstante ello, pasados unos años, cuando se aprobó la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal, por resultar contrario al nuevo sistema de responsabilidad estatal. En el caso del Distrito Federal, aún y cuando, se hicieron modificaciones al Código Financiero para incorporar la figura de la Responsabilidad Patrimonial Estatal, no se derogó el correlativo artículo 1927 del Código Adjetivo Civil Local.

IV.2.3 Código Financiero del Distrito Federal.

El Código Financiero del Distrito Federal es un cuerpo legal bastante amplio que establece las normas regentes de la relación fisco-contribuyente en la Capital de la República, la distribución de competencias entre los diferentes órganos de la Administración Pública local, que intervienen en la recaudación, administración, control y distribución de las contribuciones recibidas, regula diversos procedimientos administrativos, incluidos los de ejecución y de fincamiento de responsabilidades en contra de servidores públicos, crea múltiples impuestos, derechos y aprovechamientos que eventualmente debemos pagar los habitantes de la Capital Mexicana, así como las sanciones administrativas y penales que puede acarrear el incumplimiento de las disposiciones fiscales locales.

En los Artículos 389 a 392 del Código referido, se encuentra escuetamente regulada la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal. Consideramos que la Asamblea Legislativa pecó de

breve al incorporar dicha figura al ordenamiento de referencia, pues no previó los casos de improcedencia de las reclamaciones, los múltiples supuestos de concurrencia, los tiempos y las formas que deben seguirse para obtener la indemnización, los montos máximos de ésta, la prelación de créditos, etc.

En el Artículo 389, se estableció que de conformidad con la legislación aplicable y con lo establecido en la Constitución y Estatuto, el Distrito Federal tiene la obligación de pagar los daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deben observar; con lo anterior, el Legislador Local equiparó el problemático concepto de “actividad administrativa irregular”, previsto en el Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la actividad administrativa contraria a la ley o a las disposiciones administrativas. Ese mismo Artículo, estableció que antes de proceder al pago de la indemnización correspondiente, se debería comprobar que efectivamente le corresponde al particular, lo cual, es una verdad de Perogrullo, pues no es concebible que se realice un pago, sin saber si éste es procedente o no; mismo que en todo caso, correrá a cargo del presupuesto de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación y entidad, a los que se hayan encontrado adscritos los servidores públicos que los causen, debiendo estarse en todo momento, a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal respectivo.

El Artículo 390, contempla como documentos justificantes del pago de indemnizaciones, las resoluciones firmes dictadas por la Contraloría General del Distrito Federal, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal o cualquier órgano judicial competente; así como las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito

Federal o de la Procuraduría Social del Distrito Federal, que hubieren sido aceptadas por alguna área, unidad, órgano desconcentrado o entidad.

Por su parte, el numeral 391 establece que la Procuraduría Fiscal, con base en la información proporcionada por las dependencias, delegaciones y entidades, es la competente para liquidar el monto de la reparación, en aquellos casos en los cuales estuviere pendiente su cálculo. A su vez el Artículo 392 del Código Financiero, crea la obligación de exigir a los servidores públicos del Distrito Federal, el reembolso por el pago de la indemnización hecha a los particulares, mediante el procedimiento administrativo de ejecución.

La constitucionalidad de los preceptos anteriormente transcritos, fue cuestionada por Diputados de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a través de la Acción de Inconstitucionalidad número 4/2004, resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante las sesiones públicas ordinarias, celebradas los días veintiocho y veintinueve de enero y siete de febrero de dos mil ocho; en las que se determinó parcialmente procedente y fundada la acción promovida, sobreseyéndose lo relativo a los párrafos segundo y tercero del Artículo 389, por haber sido modificados con posterioridad a la interposición de la Acción de Inconstitucionalidad, lo que se tradujo en la realización de un nuevo acto legislativo, susceptible de ulterior impugnación. Se confirmó la validez de los párrafos primero y cuarto del Artículo 389²⁴⁰, así como del numeral 391. Declarándose por

²⁴⁰ Artículo 389.- De conformidad con la legislación aplicable y lo establecido en la Constitución y Estatuto, el Distrito Federal tiene la obligación de pagar los daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deben observar.

Los pagos de indemnización se efectuarán una vez que se haya comprobado que efectivamente le corresponde al particular la indemnización. Dichos pagos atenderán a las disposiciones de este

el contrario, la invalidez del Artículo 392 correspondiente, bajo el argumento de que no respeta la garantía de audiencia a favor del servidor público, pues al preceptuar: “El Distrito Federal exigirá de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares, a que se refiere el artículo 389, mediante el procedimiento administrativo de ejecución.”, no le concede al servidor público, la oportunidad de defenderse y justificar su actuación.

En el Distrito Federal, la Responsabilidad Patrimonial del Estado ya se encuentra prevista, sin embargo, creemos que al estar regulada de una manera tan raquítica, resultará altamente inseguro el obtener un fallo favorable, pues lo más dañino para el titular de un derecho, es que éste haya sido creado de una manera etérea, pues esto puede derivar en la creación de requisitos no previstos para su ejercicio, fruto de la habilidad creativa de los Tribunales, a la hora de interpretar las normas.

IV.2.4 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Estado de derecho, es un término muy socorrido en los discursos oficiales, pareciera que su invocación, acarrea consecuencias mágicas, pues los altos funcionarios mexicanos, creen eliminar toda ilegalidad o tropelía cometida bajo la sombra del poder público con solo pronunciar esas dos palabras. En realidad, lograr la instauración del Estado de derecho, debe ser la aspiración de toda sociedad, pues éste implica la creación y mantenimiento de una situación en la cual lo único que impera

Código y estarán a cargo del presupuesto de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación y entidad, a los que se hayan encontrado adscritos los servidores públicos que los causen.

Tratándose de servidores públicos de los órganos a que se refiere el artículo 448 de este Código, los pagos estarán a cargo del presupuesto de los órganos en que se encuentre adscrito el servidor público que haya causado el daño.

Los pagos a que se refiere este precepto, estarán sujetos en todo momento a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

es la ley y el bien común, en la cual, no tienen cabida los abusos, ni las ilegalidades. “La existencia del Estado de derecho implica que la actuación de la administración de la administración y la de los administrados sea desarrollada bajo un orden jurídico preestablecido, mediante el cual se delimitan los derechos de la población y se establece la competencia de las autoridades”²⁴¹.

El primer gran paso que debe darse para la construcción de un Estado de Derecho, es la promulgación de leyes que fijen con claridad los principios rectores de la conducta de los servidores públicos y las sanciones que su desacato traerá como consecuencia. El segundo gran paso, es la aplicación exacta de dichas leyes, pues una ley positiva pero no vigente, produce el efecto contrario, ya que el destinatario de la norma la pisoteará sin piedad al darse cuenta de que es letra muerta, toda vez que la supuesta sanción, está más lejos que un arco iris.

Lo mismo en tiempos de Benito Juárez, que en los de Porfirio Díaz, han existido disposiciones jurídicas tendientes a controlar la actuación de los servidores públicos, prolijo sería hablar de los antecedentes históricos de nuestra actual legislación en materia de Responsabilidades Administrativas, y nos desviaría del objetivo que tenemos planteado en este capítulo. Lo que en todo caso nos interesa, es dejar asentado que en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y en su antecedente inmediato, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el legislador contempló a favor de los particulares, el derecho a ser indemnizados por la realización en su contra, de actos dañinos o perjudiciales.

²⁴¹ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos. 5ª ed. Porrúa. México, 2005. p. 97.

Así, en el Artículo 77 Bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se contempló a favor de los particulares, el derecho de solicitar directamente a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, la liquidación y pago de una indemnización, en aquellos casos en los cuales, tras la tramitación de un procedimiento administrativo disciplinario, se le hubiere fincado responsabilidad administrativa a algún servidor público, por haber cometido una infracción productora de daños y perjuicios en el patrimonio de un particular. Dicho Artículo, no otorgaba recurso alguno a favor de la víctima del hecho dañino para combatir la determinación que le negare el derecho a la indemnización, únicamente, le dejaba a salvo sus derechos, para que los que los hiciera valer en la vía judicial o administrativa; aunque vale la pena preguntarse, a qué se refería la ley, cuando hablaba de la “vía administrativa”, si se supone que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, contemplaba dicha vía. En tal caso, no le quedaba al particular, más opción, que recurrir a los tribunales de lo civil, y padecer el tortuoso procedimiento que previamente referimos.

El Artículo en cita, también contempló la posibilidad del Estado para repetir en contra de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares. Asimismo, previó la posibilidad de aceptar las recomendaciones provenientes de la Comisión de Derechos Humanos, en las que se propusiere la reparación de daños y perjuicios.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, del trece de marzo de dos mil dos, contempló en sus Artículos 33 y 34 (hoy derogados, tras la promulgación de la Ley

Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado), contempló la figura que venimos estudiando.

El numeral trigésimo tercero de la Ley recién nombrada, igualmente previó a favor de los particulares, la posibilidad de solicitarle a la Administración Pública el reconocimiento, previamente al inicio o hasta dos años después de fincada la responsabilidad en un Procedimiento Administrativo de Responsabilidades (Artículo 34), de su derecho a obtener el pago de una indemnización resarcitoria de los daños o perjuicios causados por algún servidor público, previa dictaminación correspondiente. Asimismo, reprodujo la solución dada por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, para aquellos casos en los cuales, la dependencia o entidad correspondiente, determinara que no era procedente el otorgamiento de la indemnización o si el monto la misma, no fuera satisfactoria para el reclamante, éste tendría “expeditas”, las vías jurisdiccionales correspondientes²⁴².

Igualmente, especifico que “cuando se haya aceptado una recomendación de la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, en la que se proponga la reparación de daños o perjuicios, la dependencia o entidad se limitará a su determinación en cantidad líquida y a emitir la orden de pago respectiva”.

Como era de esperarse, también en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el Estado se concedió la posibilidad de repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Vale la pena comentar, que el Ejecutivo Federal, al ejercer su facultad reglamentaria, facultó a la Dirección General de

²⁴² Vid. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del justiciable, materia administrativa. Poder Judicial de la Federación. 1ª reimpresión. México, 2004. p. 30.

Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de la Función Pública y a los Órganos Internos de Control, para Recibir, tramitar, dictaminar y resolver las solicitudes de indemnización de los particulares (Artículos 38 fracción XIII y 66 fracción VII del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública).

De lo anterior se deduce, que al amparo de la legislación mencionada, el Estado sólo respondía por lo daños ocasionados por los trabajadores a su servicio, en dos casos: Cuando aceptara una recomendación proveniente del Órgano encargado de la protección oficial de los derechos humanos; y cuando luego de seguir un Procedimiento Administrativo de Responsabilidades, se determinara la existencia de responsabilidad administrativa, derivada del incumplimiento de alguna de sus obligaciones propias de los servidores públicos (actualmente contempladas en el Artículo 8º de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos), y la Entidad correspondiente, aceptara asumir la responsabilidad correspondiente, pues de lo contrario, la víctima del hecho dañino, tendría que recurrir ante la jurisdicción civil, a exigir el resarcimiento de los daños, en términos de lo dispuesto por el Artículo 1927 del Código Civil Federal.

IV.2.5 Leyes de Responsabilidad Patrimonial de los Estados de Colima y de Jalisco.

Debido a que el único Artículo transitorio, del decreto por el que se modificó el Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció la obligación de las legislatura estatales, de elaborar dentro del ámbito de sus atribuciones, las normas jurídicas reglamentarias de la Responsabilidad Patrimonial del Estado; dichos órganos legislativos se avocaron al cumplimiento de tal encomienda;

ahora bien, toda vez que los Congresos Estatales de Colima y de Jalisco, fueron pioneros en la creación y difusión de las leyes de Responsabilidad Patrimonial para sus Estados, decidimos estudiarlos muy brevemente en el presente trabajo, sin entrar a detalles, pues ello escapa a nuestro objetivo; lo cual, en todo caso, podrá ser materia de un estudio diferente, en el que se analice comparativamente la legislación aprobada en cada una de las Entidades Federativas integrantes de la República Mexicana.

Dicho lo anterior, iniciaremos diciendo que el Legislador Colimense, el día quince de junio de dos mil dos, es decir, un día después de publicado el decreto modificatorio del Artículo 113 constitucional, aprobó la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima²⁴³, en cuyo Artículo 1º, fijó como objetivo el establecimiento de las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización de las personas que, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran una lesión no generalizada en cualquiera de sus bienes, posesiones o derechos como consecuencia de la actividad administrativa del Estado, sea ésta regular o irregular y sin fundamento legal o causa jurídica que lo legitime, entendiéndose por actividad administrativa del Estado “la que desarrollan el gobierno estatal, los gobiernos municipales, los organismos paraestatales y paramunicipales, así como los tribunales y órganos estatales y municipales administrativos”; con lo cual, evidentemente rebasó el alcance de la reforma constitucional federal, pues ésta jamás planteó la posibilidad de que el Estado respondiera por

²⁴³ De acuerdo a la exposición de motivos correspondiente, el proyecto de Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima, fue presentado el catorce de noviembre del año dos mil. Un dato curioso, que en justicia no debe omitirse en este trabajo, está en el hecho de que Colima, fue la primer Entidad Federativa que incorporó a su Constitución, la responsabilidad patrimonial directa del Estado, aún antes de que el Constituyente Permanente hiciera lo propio en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Vid. CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva garantía constitucional. op. cit. pp. 157 y ss.

su actividad regular. Este dispositivo, consideró susceptible de indemnización el “daño personal” y el moral, siempre que fueran reales, evaluables, superiores en monto al equivalente a veinticinco salarios mínimos y desiguales para el resto de la población (Artículo 5º). Estableció como casos de excepción en la procedencia de la indemnización, aquellos casos en los cuales el origen del daño derivara de fuerza mayor o no fuere previsible su realización, de acuerdo a los avances de la ciencia o la técnica (Artículo 4º).

Acertadamente, la Ley en comento, le otorgó dos vías al particular (Artículo 21), para exigir la indemnización, una consistía en acudir directamente ante la entidad administrativa correspondiente y la otra, en demandar ante el Órgano Contencioso Administrativo, quien en todo caso, será el competente para resolver las impugnaciones a las determinaciones que se dicten en la primer vía (Artículo 28); siendo un año, el término dentro del cual, debe reclamarse la indemnización (Artículo 32).

En función de los ingresos de la víctima del hecho lesivo, estará el monto de la indemnización que eventualmente recibirá, de tal suerte, que las personas de menores ingresos, recibirán la reparación integral de los daños y perjuicios, mientras que las personas con ingresos superiores, recibirán el pago de los daños, mas no los perjuicios, a menos de que se trate de responsabilidad originada por actividad administrativa irregular. Para el caso de daños personales o muerte, se seguirán los criterios previstos por la Ley Federal del Trabajo, aunque aumentados en cuanto a su monto (Artículo 15). Asimismo, al monto de las indemnizaciones, necesariamente tendrían que sumarse los intereses moratorios (Artículos 16 y 17).

Previendo el posible abuso, el Legislador de Colima, decidió que el autor de una reclamación notoriamente improcedente debe ser

sancionado con una multa de entre 20 y 120 días de salario mínimo. Paralelamente, estableció la posibilidad de repetir en contra del servidor público causante del daño, el monto de la indemnización, previa sustanciación, del Procedimiento Administrativo Disciplinario correspondiente (Artículo 36).

Además de crear una distribución de la carga probatoria, de la responsabilidad para los casos de concurrencia, le ley considera como ordenamientos supletorios, al Código Civil de la Entidad y el Código Fiscal (Artículo 9º).

Por lo que hace, a la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios, ésta define como actividad administrativa irregular: “aquella acción u omisión que cause daño a los bienes o derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.

A la luz de esta norma, los particulares, al igual que en Colima, pueden solicitar el resarcimiento de daños y de perjuicios, “personales” y morales, siempre y cuando sean ciertos, evaluables en dinero y desproporcionados a los que pudieran afectar al común de la población (Artículo 4). Siendo los casos que no dan lugar a la indemnización, los originados por caso fortuito o fuerza mayor, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o técnica (Artículo 3).

Para la obtención de una indemnización, la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios, establece un procedimiento, que puede iniciar de oficio o a petición de parte (Artículo 16), correspondiéndole en todo caso, la carga de la prueba al peticionario de la indemnización (Artículo 25), quien en caso

de recibir una resolución adversa, tiene la posibilidad de acudir en única instancia ante el Pleno del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a efecto impugnar dicha determinación.

Para el cálculo de las indemnizaciones, por daños materiales, la Ley remite a la Ley de Expropiación de la Entidad y al Código Local de Procedimientos Civiles (Artículo 10); en lo tocante a los daños sufridos en la integridad física o causantes de muerte, al igual que su similar colimense, la Ley de Jalisco usa como base a la Ley Federal del Trabajo, mientras que para el daño moral, remite al Código Civil (Artículo 11).

A diferencia de la nada novedosa posibilidad de repetir en contra del funcionario causante del daño (Artículo 36 y siguientes), previa tramitación del procedimiento administrativo previsto por la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Jalisco; la Ley en comento exige a cada una de las Entidades cuyo actuar puede producir el deber de indemnizar, la contratación de seguros para hacer frente a dicha eventualidad (Artículo 40).

IV.2.6 Proyecto de Ley Federal Reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Federal (Original y Aprobado).

El día treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; cuyo objeto, de acuerdo a su primer precepto, es “fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado”.

Al realizar esta investigación, nos encontramos con el hecho de que en el Congreso de la Unión, se promovieron dos iniciativas de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, una de ellas la presentó el veintinueve de octubre de dos mil dos, por el Diputado Panista Jaime Salazar Silva²⁴⁴ y la otra fue presentada por varios Senadores Panistas, encabezados por Diego Fernández de Ceballos y Fauzi Hamdam²⁴⁵, el día veinticuatro de septiembre de dos mil dos, siendo esta última, la que se tomó como base para la aprobación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado vigente.

Enseguida explicaremos de manera sucinta y sin entrar a detalles, por no ser el objeto de nuestro estudio, el contenido de la Ley de referencia, anotando desde luego, los puntos en donde la Ley (junto con su proyecto base) y el proyecto no aprobado, dieron un tratamiento marcadamente diferente a un mismo tópico.

El ámbito espacial de la Ley en cita, cuya vigencia inició el primero de enero del dos mil cinco, evidentemente es el territorio nacional, por tratarse de una norma de carácter federal. El ámbito material lo constituye la “responsabilidad administrativa irregular”, definida en el Artículo 1, como “aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.”²⁴⁶. El ámbito personal de la Ley incluye a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Federación, a la Procuraduría General de la República, a los Tribunales Administrativos

²⁴⁴ Vid. <http://www.diputados.gob.mx/servicios/datorele/cmprtvvs/iniciativas/Inic/734/1.htm>

²⁴⁵ Proyecto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Cámara de Senadores. LVIII Legislatura. Año II. Primer Periodo Ordinario. Diario 23, 12 de Noviembre de 2002.

²⁴⁶ En el próximo capítulo someteremos al tamiz de la interpretación judicial el anterior concepto, bástanos en este momento, presentar la definición que en la legislación secundaria se le asignó a tan compleja locución.

Federales, a los Organismos Públicos Constitucionalmente Autónomos y en general a todos entes de índole federal (Artículo 2).

La ley de mérito, otorga a favor de los particulares el derecho de reclamar para sí, el otorgamiento de una indemnización integral (Artículo 12), por el daño (pecuniario, personal y moral) y perjuicio sufrido, dentro del año inmediato posterior (Artículo 25), siempre y cuando éste sea evaluable en dinero, real, directamente relacionados con una persona y desigual a los que pudieran afectar al común de la población (Artículo 4); quedando excluidas, aquellas afectaciones derivadas del caso fortuito, la fuerza mayor o imprevisibles de acuerdo a los avances de la ciencia o la técnica. Indemnizaciones que por regla deberán pagarse de manera pronta y en moneda nacional²⁴⁷ (aunque puede convenirse el pago en

²⁴⁷ Para el cálculo de la indemnización por daños pecuniarios, se deben seguir los criterios establecidos en la Ley de Expropiación, el Código Fiscal de la Federación y la Ley General de Bienes Nacionales, tomando en cuenta valores comerciales (Artículo 13). Para los daños personales, se tomará en cuenta lo previsto en la Ley Federal del Trabajo, para los riesgos de trabajo, además del pago de gastos médicos. Para el caso de muerte, se estará a lo establecido por el Artículo 1915 del Código Civil Federal ("...Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima..."). Finalmente, para el caso del daño moral, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, remite al Código Civil Federal para su cálculo, estableciendo como tope máximo el de 20,000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. (Artículo 14).

El proyecto de ley, establecía los siguientes topes: 1. Cuando la lesión patrimonial no exceda de 500 veces el salario mínimo general vigente diario en el Distrito Federal, se indemnizará en un cien por ciento. 2. Cuando la lesión patrimonial exceda de 500 pero menos de 5000 veces el salario mínimo general vigente diario en el Distrito Federal, se indemnizará hasta en un cien por ciento, dependiendo de la gravedad de falta administrativa y la lesión causada. Pero en ningún caso podrá ser menor al setenta por ciento. 3. Cuando la lesión patrimonial exceda de 5000 pero menos de 10 000 veces el salario mínimo general vigente diario en el Distrito Federal, se indemnizará hasta en un setenta por ciento, dependiendo de la gravedad de falta administrativa y la lesión causada. Pero en ningún caso podrá ser menor al sesenta por ciento. 4. Cuando la lesión patrimonial exceda de 10 000 veces el salario mínimo general vigente diario en el Distrito Federal, se indemnizará hasta en un sesenta por ciento, dependiendo de la gravedad de la falta administrativa y la lesión patrimonial causada. Pero en ningún caso podrá ser menor del treinta por ciento de la lesión causada. (Artículo 11).

especie), so pena de cubrir adicionalmente actualizaciones por el retraso (Artículo 11).

El procedimiento a seguir para la obtención de la indemnización, es radicalmente distinto en la Ley y en el proyecto no aprobado. Mientras que en éste se planteó la creación al interior de cada Ente Público, de un Comité Interno de Reclamaciones²⁴⁸ (idea que no nos parece mala), integrado por un miembro del Órgano Interno de Control, otro de la Unidad Jurídica o su equivalente, y uno más proveniente del área de Administración; mismo que estaría provisto de facultades investigadoras para recabar los elementos de prueba que resultaren idóneos y de la competencia necesaria, para dictaminar el asunto, que de resultar adverso para el particular, éste podría impugnarlo mediante el recurso de revisión, ante la hoy Secretaría de la Función Pública. Por el contrario, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, otorgó al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la competencia para conocer y resolver este tipo de reclamaciones, que necesariamente deben ser planteadas en términos de lo establecido por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (Artículo 18), aún y cuando, el resto del procedimiento, tenga que desarrollarse en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo²⁴⁹, con la peculiaridad, de que el artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, establece que "Las resoluciones del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que nieguen la indemnización

²⁴⁸ Capítulo IV del Proyecto.

²⁴⁹ La ley en su Artículo 19 prevé que "El procedimiento de responsabilidad patrimonial deberá ajustarse, además de lo dispuesto por esta Ley, a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación, en la vía jurisdiccional"; sin embargo, como es sabido, el 1º de diciembre de dos mil cinco, se publicó la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en cuyo Artículo Transitorio Segundo se estableció "A partir de la entrada en vigor de esta Ley se derogan el Título VI del Código Fiscal de la Federación y los artículos que comprenden del 197 al 263 del citado ordenamiento legal, por lo que las leyes que remitan a esos preceptos se entenderán referidos a los correspondientes de esta Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo."

o que, por su monto, no satisfagan al reclamante podrán impugnarse directamente por vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa", lo cual se vuelve un entuerto en sí mismo, pues pareciera que el Legislador quiso equiparar la actuación del Tribunal con la de una Autoridad Administrativa cualquiera, cuyos actos pueden ser anulados por el propio Tribunal; en todo caso, la interpretación literal de dicho precepto conduce a suponer que una Sala es competente para analizar las determinaciones de otra, y en un momento dado, revocar tales resoluciones, lo cual rompería con la estructura horizontal de las diferentes Salas de dicho Tribunal, sin que pueda decirse que dichas controversias pueden ser resueltas por la Sala Superior, en su pleno o secciones, pues la Ley Orgánica del Tribunal, no le otorga dicha competencia, máxime si se toma en cuenta que de un plumazo no puede determinarse que todas esas impugnaciones revisten características "especiales".

Partiendo de la base de que el pago de la indemnización debe distribuirse entre todos los causantes de la lesión (incluyendo a la víctima), el Artículo 27 establece las reglas para repartir la responsabilidad, ordenando para el caso de la imposibilidad para determinar el grado de participación de cada uno de los implicados, éstos responderán de manera solidaria. Mención especial, merece el tratamiento dado a los hechos dañosos originados por la concesión de servicio público, en esos casos, la ley dice que se responderá directamente el Estado, si el origen del daño está en una determinación del concesionario (Artículo 30); en cambio, el proyecto, con una visión más proteccionista, preveía ciertamente lo anterior, pero también ordenaba que "cuando la lesión reclamada haya sido ocasionada por la actividad del concesionario y no se derive de una determinación impuesta por el concesionario, la reparación correrá a cargo del

concesionario, y de ser éste insolvente, la Administración Pública Federal la cubrirá subsidiariamente”.

Ahora bien, toda vez que el pago de indemnizaciones, puede llegar a constituir un gasto importante, el Legislador Federal ha querido que cada Ente Público, lo cargue a su respectivo presupuesto (Artículo 5), en el entendido de que el total de los recursos susceptibles de emplearse para este fin, en conjunto no deben rebasar el equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación²⁵⁰, y que las indemnizaciones que no lograren ser saldadas en un ejercicio fiscal, válidamente pueden ser cubiertas en el siguiente (Artículo 8), para lo cual, los Entes Públicos, deberán tomar las previsiones necesarias al momento de elaborar sus anteproyectos de presupuesto (Artículos 5 y 6).

Réstanos tocar el derecho del Estado para repetir contra los Servidores Públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares. En la ley la mencionada “repetición” es un derecho, en el proyecto se proponía como un deber. Acertadamente, en la Ley se prevé que antes de iniciar la recuperación del egreso, debe seguirse el Procedimiento Administrativo previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en el cual, necesariamente tiene que acreditarse la configuración de una infracción grave, considerando adicionalmente “los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso” (Artículo 31).

²⁵⁰ Equivalente a tres entre diez mil (3/10000), es decir, de cada diez mil pesos, tres pueden dedicarse al rubro del pago de indemnizaciones por responsabilidad patrimonial estatal.

Capítulo V. Análisis de la reforma del año 2002 al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V.1. Texto constitucional

El Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, luego de ser modificado en el año dos mil dos, quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 113. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

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.”

A nuestro criterio, el segundo párrafo del artículo citado, contiene los siguientes elementos: responsabilidad, Estado, actividad administrativa irregular, daños, bienes y derechos, indemnización, así como responsabilidad objetiva y directa; a continuación, procederemos a estudiarlos, para entender en su justa dimensión lo preceptuado en el

párrafo de referencia, echando mano de todo lo expuesto con anterioridad en este trabajo.

Ahora bien, toda vez que el término responsabilidad fue estudiado previamente y con abundancia, simplemente diremos en este apartado que a nuestro parecer, cuando el legislador constitucional utilizó tal vocablo, lo hizo queriendo referirse a la responsabilidad en su acepción sancionabilidad; y además tildó de “patrimonial” a dicha responsabilidad porque ésta surge cuando se menoscaba o lesiona el patrimonio de una persona en específico y porque en caso de configurarse, necesariamente acarrea el deber de pagar una indemnización patrimonial (partiendo de la tradicionalista concepción que identifica a lo patrimonial con lo pecuniario o no moral).

V.1.1 Alcance del término “Estado” en el nuevo Artículo 113 constitucional.

Consideramos que dados los avances y la difusión de la técnica jurídica, a estas alturas, los legisladores debieran ser concientes de que la buena o mala redacción empleada en los cuerpos normativos, incide de manera significativa en el alcance que los tribunales les darán a las mismas, de manera tal que la inadecuada construcción semántica de un precepto, puede traer como consecuencia, que el intérprete judicial le otorgue una significación enteramente diferente a la deseada por el legislador, más amplia o más restringida, pero al fin y al cabo, diferente.

Con relación al término “Estado”, como no observamos ningún pronunciamiento en las exposiciones de motivos de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, que explique el alcance que se le pretendió dar; creemos que dichas Cámaras, junto con las legislaturas estatales, consideraron al Estado, en los términos que expusimos en

nuestro primer capítulo, esto es, como un sujeto de derecho²⁵¹, “al cual se le atribuye potestad, derechos y obligaciones... puede ser acreedor, deudor, accionista, empresario, heredero, legatario, donante, actor y demandado ante los tribunales, en síntesis es una persona jurídica.”²⁵².

En ese entendido, desde nuestra óptica resulta claro que cuando el Poder reformador de la Constitución, empleó el término “Estado”, en el segundo párrafo del Artículo 113, lo hizo, considerando que éste es una persona jurídica, cuya conducta, está regulada por el sistema normativo, y bajo esa premisa, le impuso un deber jurídico específico, el de indemnizar a los particulares por los daños que con su actividad administrativa irregular les irroque.

Consideramos un acierto la utilización del término “Estado” en la reforma que nos ocupa, pues al referirse a la máxima persona moral de Derecho Público, no permite dudas o titubeos a la hora de interpretarlo, a diferencia por ejemplo, del término “Nación”, que se encuentra plasmado en diversos preceptos constitucionales²⁵³ y que dada su carga sociológica, sí puede conducir a diversas interpretaciones.

Así pues, valiéndonos de lo expuesto en capítulos precedentes, consideramos que en la porción normativa “La responsabilidad del Estado...con motivo de su actividad...”, del artículo 113 Constitucional, el Legislador Constitucional, le atribuyó expresamente a la persona jurídica “Estado” la calidad de centro de imputación y la de sujeto pasivo de un deber, en el entendido implícito, de que le surgirá ese deber, por los actos que realice su Gobierno, pues como ya dijimos, el Gobierno es

²⁵¹ KELSEN, Hans. op. cit. p. 215.

²⁵² SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. T. I. 4ª ed. Librería de Manuel Porrúa. México, 1968. pp. 15-16.

²⁵³ “...la idea de “Estado Mexicano” es jurídicamente correcta, pues los nombres “Federación” y “Unión” en puridad terminológica denotan forma estatal, el de “República” una forma de gobierno y el de “Nación” el pueblo mismo como unidad real sociológica, cultural e histórica que se organiza en la persona moral “Estado”...” BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho constitucional mexicano. op. cit. p. 31.

quien materializa los fines del Estado, valiéndose de la personalidad jurídica de éste, y del ejército de funcionarios y trabajadores que están a su disposición. Insistimos, el Gobierno es un grupo, mas no una persona jurídica, el Estado sí lo es, y por consecuencia, cuenta con personalidad jurídica y patrimonio.

V.1.2 Alcance de la expresión “actividad administrativa irregular”.

Al parecer, cuando el Constituyente Permanente utilizó la locución “actividad administrativa” en el Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quiso referirse exclusivamente a los actos formal y materialmente administrativos, es decir, aquellas acciones realizadas con el propósito fundamental de satisfacer una necesidad colectiva por parte de un servidor público adscrito al Poder Ejecutivo, que con su labor, crea consecuencias de derecho.

Arribamos a tal conclusión, porque de acuerdo a las exposiciones de motivos de los dictámenes que terminaron convirtiéndose en texto constitucional positivo, observamos que el Legislador rechazó la idea de incluir en la Responsabilidad del Estado, a toda la actividad formalmente administrativa y a la actividad materialmente legislativa y judicial, pues de manera textual en el Dictamen emanado de la Cámara de Diputados se creyó: "...conveniente proponer que la responsabilidad patrimonial del Estado se aplique exclusivamente a los actos de la administración pública, por lo siguiente: a) No obstante que el Estado puede causar daños por la actuación de cualquiera de sus órganos, es evidente que la mayor parte de ellos, el sector que requiere de mayor protección, es el que corresponde al órgano ejecutivo, a la actividad de la administración pública; b) La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha ubicado y ha avanzado preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo, debido a que se hace recaer sobre los actos

administrativos, que son aquellos que producen efectos singulares y tienen como finalidad la aplicación de una ley. No se niega que se puedan causar daños por actos legislativos, o incluso judiciales, esta es la razón de que en algunas legislaciones extranjeras se contemple la responsabilidad del Estado por "error judicial"; sin embargo la naturaleza y caracteres de los actos legislativos y judiciales, nos lleva a proponer excluirlos, cuando menos por ahora, de la responsabilidad patrimonial. Tratándose de los actos legislativos, tanto leyes como decretos que producen efectos generales, si se hiciera proceder acción de responsabilidad por los daños que causaran, de aquí se podrían derivar graves inconvenientes, por un lado se estaría creando una acción paralela a la de la inconstitucionalidad de las leyes y decretos, pues para que una acción de responsabilidad proceda requiere de un presupuesto de antijuridicidad, al menos en su resultado; y por otro lado podrían sobrevenirse demandas de indemnización masivas, que difícilmente serían soportables con el presupuesto real. En el caso de los actos judiciales, existe el riesgo de estar creando una instancia más de revisión, pues el objeto de la acción tendría que ser el fondo de la sentencia que cause un daño, toda vez que si la sentencia es conforme a derecho, no se puede considerar que su dictado, ni su ejecución, sean antijurídicas ni dañinas. De cualquier suerte, los miembros de estas Comisiones juzgamos que la prudencia aconseja esperar el desarrollo de la doctrina y de la experiencia jurídica, tanto nacional como extranjera, antes de ampliar el régimen de responsabilidad a los actos legislativos y judiciales... concluimos que es preferible no incluir los actos legislativos ni los actos judiciales dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado. Es pertinente hacer la aclaración de que sí quedarían incluidos los daños causados por los actos administrativos que realizan los órganos legislativo y judicial, ya que el criterio de separación seguido es

en razón de su naturaleza y de sus efectos, no así del órgano que lo expide..."²⁵⁴ y en ese mismo la colegisladora, Cámara de Senadores, apuntó: "...aunque no se niega la posibilidad de causación de algún daño por parte de los poderes legislativo y judicial, por lo incipiente del tema y posibles consecuencias no deseables, éstos quedan excluidos por el momento de la responsabilidad patrimonial. Este criterio será el que prevalezca, en tanto la evolución en la experiencia jurídica y la doctrina sobre el particular proporcionen los elementos para ampliar la responsabilidad de los demás órganos del Estado..."²⁵⁵.

De lo cual se concluye, que efectivamente las Cámaras Legislativas Federales, se negaron a incorporar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Responsabilidad del Estado de una manera completa, circunscribiéndola, a la actividad materialmente administrativa, pretextando múltiples razones, de entre las cuales, llama nuestra atención la relativa a la escasez de doctrina jurídica al respecto, pues curiosamente un renombrado jurista francés, a principios de siglo XX, ya daba cuenta de la procedencia de este tipo de indemnizaciones en los siguientes términos: "Durante mucho tiempo no fue posible lograr que se admitiese, verdad es, semejante cuestión... Dos eran las ideas dominantes que descartaban toda responsabilidad del Estado legislador: la idea de la soberanía... y la idea de que el Parlamento soberano formulaba el derecho, no pudiendo hablarse, de una violación al derecho por una ley... Pero esas dos ideas se hallan hoy singularmente en baja... Creemos, pues, que... los tribunales pueden y deben conceder

²⁵⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, por el que se reforma el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (aprobado el sábado 29 de abril de 2000). Cámara de Diputados LX Legislatura, Año III. Gaceta Parlamentaria, número 505, miércoles 3 de mayo de 2000. versión digital.

²⁵⁵ Decreto por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Senadores. LVIII Legislatura. Año II. Primer Periodo Ordinario. Diario 22, 6 de Noviembre de 2001.

una indemnización, incluido si el texto formal de la ley lo prohíbe expresamente. Si no lo hicieran, violarían un principio superior incontestable, que limita los poderes del legislador...”²⁵⁶, por lo que no resulta satisfactorio, bajo ningún concepto, que el Legislador se escude en una supuesta falta de estudios sobre la responsabilidad del Estado por actos legislativos, porque de hecho sí los hay, tanto en Francia, como en España.

Como se ve, hasta en las exposiciones de motivos hubo divergencias en cuanto al alcance de la reforma, pues en las argumentaciones de la Cámara de Diputados expresamente sí se contempló la posibilidad de que el Estado, respondiera por los daños ocasionados por actos materialmente administrativos realizados por servidores públicos adscritos al Poder Judicial o al Legislativo; pero por el contrario, en la exposición de motivos del dictamen aprobado por la Cámara de Senadores, implícitamente se excluyó a este tipo de daños como susceptibles de ser reparados.

En tales circunstancias, y toda vez que el Constituyente Permanente, no especificó en el texto aprobado a qué tipo de actividad administrativa se refería, creemos que la redacción del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, admite una interpretación amplia de la locución “actividad administrativa”, esto es, hace viable la exigibilidad de la responsabilidad del Estado, por actos material y formalmente administrativos, pues como ya dijimos, no estableció ninguna clase de restricción a ese respecto, y donde el legislador no distingue, el intérprete no debe distinguir.

Algunos afirmarían que la legislación secundaria, ya se ha encargado de aclarar el problema antes expuesto, especificando en las leyes de responsabilidad patrimonial lo que el Constituyente Permanente

²⁵⁶ DUGUIT, León. op. cit. pp. 287-297.

quiso regular²⁵⁷. Creemos, sin embargo, que ese razonamiento es hasta cierto punto inválido, pues de acuerdo a nuestro marco legal, la

²⁵⁷ Observemos el tratamiento dado por las legislaciones estatales y federal, a la actividad administrativa, que configura la responsabilidad del Estado:

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL Y MUNICIPAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto regular el derecho a la indemnización del que gozan los particulares en los casos de actuación indebida de la Administración Pública.

...

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS Y SUS MUNICIPIOS.

ARTÍCULO 1. ... 3. Este ordenamiento tiene por objeto reglamentar la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del poder público del Estado. Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los organismos públicos autónomos, los Ayuntamientos de la entidad y, en general todo ente público responderá por los daños que se causen en los bienes y derechos de los particulares con motivo de la actividad administrativa irregular de los servidores públicos que colaboren en dichos entes...

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y MUNICIPIOS DE SAN LUIS POTOSÍ

ARTÍCULO 4º. La obligación de indemnizar los daños que sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, se extiende a las funciones y actos materialmente administrativos que realicen los Poderes estatales Legislativo y Judicial. Igualmente, la obligación indemnizatoria del Estado comprende los daños derivados de la actividad administrativa irregular que se realice en el ámbito de los tribunales administrativos.

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS DE GUANAJUATO

Artículo 2.- Son sujetos obligados por las disposiciones contenidas en la presente Ley, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado, los Ayuntamientos, las dependencias y entidades de las Administraciones Públicas Estatal y Municipales y los Organismos Autónomos que constitucional o legalmente tengan este carácter.

En el caso de los Poderes Legislativo y Judicial, Organismos Autónomos, así como los Tribunales Administrativos, la obligación de indemnizar a que se refiere el artículo anterior, se entenderá exclusivamente por las funciones y actos irregulares materialmente administrativos que realicen.

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE COLIMA

Artículo 1º.-... Se entenderá como actividad administrativa del Estado la que desarrollan el gobierno estatal, los gobiernos municipales, los organismos paraestatales y paramunicipales, así como los tribunales y órganos estatales y municipales administrativos.

...

Artículo 2º.- Para la debida interpretación y aplicación de este ordenamiento se entenderá por:

I. Estado: El gobierno estatal, los gobiernos municipales, los organismos paraestatales y paramunicipales, así como los tribunales y órganos estatales y municipales administrativos.

...

VI. Dependencias: Los órganos de la administración pública dependientes del Poder Ejecutivo.

VII. Entidades: Los poderes legislativo y judicial y los demás órganos específicos señalados en la fracción I de este artículo.

interpretación formal de la Constitución, corresponde en principio a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que una tarde cualquiera, al resolver una acción de inconstitucionalidad, puede declarar contraria a la Carta Magna, los alcances limitativos de dicha norma ordinaria.

Por otra parte, creemos que muy probablemente, en caso de controversia, nuestro criterio no será el adoptado por los Tribunales, pues estamos ciertos de que mientras conservemos intacto el actual sistema constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado, con la finalidad de evitar un caos en el ámbito federal, nuestro Tribunal Constitucional terminará limitando el alcance de la expresión en comento a la actividad materialmente administrativa desarrollada por el Poder

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS

Artículo 1.- ...El presente ordenamiento tiene por objeto fijar las bases, límites y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización... como consecuencia de la actividad administrativa irregular de los Poderes del Estado, sus dependencias y ...

LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE NAYARIT Y SUS MUNICIPIOS

Artículo 2. Son sujetos de esta Ley, los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, los ayuntamientos, los organismos públicos descentralizados estatales y municipales, fideicomisos públicos, órganos jurisdiccionales, y los demás entes públicos.

...

CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL

Artículo 389.- De conformidad con la legislación aplicable y lo establecido en la Constitución y Estatuto, el Distrito Federal tiene la obligación de pagar los daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deben observar.

Los pagos de indemnización se efectuarán una vez que se haya comprobado que efectivamente le corresponde al particular la indemnización. Dichos pagos atenderán a las disposiciones de este Código y estarán a cargo del presupuesto de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación y entidad, a los que se hayan encontrado adscritos los servidores públicos que los causen. (AL PARECER TAMPOCO CONTEMPLA NADA RELATIVO A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL)

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

ARTÍCULO 2.- Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

Ejecutivo, con exclusión de la actividad también materialmente administrativa de los Poderes Legislativo y Judicial, pues la estructura institucional vigente, no permite someter al Congreso de la Unión o a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la jurisdicción del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que es el encargado de tramitar los procedimientos correspondientes. Ahora bien, si llegado el momento, se decidiera que efectivamente la responsabilidad por actividad administrativos, también comprende a los actos materialmente administrativos, provenientes de los Poderes Legislativo y Judicial, lo más sano, a nuestro parecer, será adoptar un sistema distributivo de competencias, parecido al previsto por la legislación jalisciense²⁵⁸, pero si realmente se ha pensado en la posibilidad de ir ampliando gradualmente el espectro de la responsabilidad patrimonial del Estado, pensamos que quizá sería conveniente, de una buena vez, crear un Organismo Constitucional Autónomo que se avocara al estudio y resolución de este tipo de asuntos.

Visto lo anterior, ahora pasamos al tema más espinoso de la reforma, la calificación de “irregular” de los actos administrativos. Por principio de cuentas, diremos que resulta decepcionante que en la

²⁵⁸ Artículo 21.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará a petición de parte interesada, debiendo presentar la reclamación ante:

Por responsabilidad de los Poderes del Estado:

I.- En el Poder Ejecutivo, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la Secretaría de la Gestión Pública;

II.- En el Poder Judicial, ante el Consejo del Poder Judicial; y

III.- En el Poder Legislativo, ante el Congreso del Estado por conducto de la Junta de Gobierno y Coordinación Política.

Tratándose de la responsabilidad de los Organismos Autónomos y sólo para efectos de esta Ley:

I.- En el Instituto Electoral del Estado de Guanajuato, ante el Consejo General;

II.- En el Tribunal Estatal Electoral, ante el Pleno;

III.- En la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado, ante el Procurador;

IV.- En la Universidad de Guanajuato, ante el Rector; y

V.- En el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ante el Pleno.

Por responsabilidad de las autoridades municipales, será optativo para el particular acudir ante el Juzgado Administrativo Municipal correspondiente, o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

reforma al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tuvo como propósito fundamental, consolidar la instauración del “Estado de Derecho”²⁵⁹, y por consecuencia lógica, la seguridad jurídica de los particulares, se haya incorporado el calificativo de “irregular”, a la actividad administrativa, pues es un adjetivo totalmente confuso y carente de precedentes, que difiere por completo de las iniciativas y propuestas que impulsaron la reforma constitucional, y de los ordenamientos jurídicos extranjeros que fueron tomados en cuenta para apuntalar la viabilidad de la modificación a nuestra carta magna; se trata entonces de una expresión completamente ajena a nuestra realidad jurídica, que deja en el limbo, el alcance de la reforma, pues aunque en la legislación reglamentaria, se ha explicado lo que debe entenderse por “actividad administrativa irregular”, no debemos perder de vista que tales definiciones legales, sí pueden ser invalidadas por el Poder Judicial, a través de los medios y recursos de control constitucional²⁶⁰.

La “irregularidad” de los actos administrativos, es un tópico que le quebró la cabeza al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 04/2004, de la que hablamos en el capítulo precedente; básicamente fueron dos las posturas sostenidas al respecto, una de ellas identifica la irregularidad en “cualquier actividad administrativa que cause un daño a los

²⁵⁹ "...la evolución del Estado de Derecho a nivel internacional ha ido afirmando la importancia de establecer un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, como una de las bases de la justicia en el Derecho Público. Los autores de las iniciativas consideran que nuestro sistema jurídico debe responder a estos avances en los sistemas de protección al particular...". Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, por el que se reforma el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (aprobado el sábado 29 de abril de 2000). Cámara de Diputados LX Legislatura. Gaceta Parlamentaria, año III, número 505, miércoles 3 de mayo de 2000. versión digital.

²⁶⁰ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel. Teoría Constitucional. 2ª ed. 1ª reimp. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. México, 2002. pp. 591 y ss.

particulares...”²⁶¹ y la otra por el contrario, interpreta dicho término como “un fenómeno de ilicitud, de ilicitud desde el punto de vista de no aplicación de la ley, o bien, de las disposiciones administrativas”²⁶².

En la misma situación de divergencia interpretativa se encuentra la doctrina nacional, pues Álvaro Castro Estrada, activo académico impulsor de la reforma constitucional, considera que “es evidente que cuando el texto constitucional hace referencia a la voz actividad “administrativa irregular”, no es con el propósito de vincularlo con el término “actividad ilícita”, sino con la obligación esencial de reparar los daños que el Estado haya causado a un particular que no tenga la obligación jurídica de soportar...”²⁶³. Por el contrario, académicos como José Roldán Xopa, afirman “La idea de que lo irregular es el daño que no se tiene el deber jurídico de soportar, significa un salto en el cual, cuando se dice que actividad irregular debe entenderse daño irregular, lo irregular no es la actividad sino el daño, la causa es la consecuencia, ergo, la Constitución no dice lo que dice... En el sistema constitucional mexicano no solamente es relevante el daño sino la causa que lo genera, es decir, la irregularidad de la actividad. Si no fuera así ¿qué caso tendría hablar de actividad administrativa irregular?”²⁶⁴, en ese mismo sentido está Juan Carlos Marín, quien luego de relatar las divergencias habidas en el proceso legislativo reformador de la Constitución, arriba a la conclusión de que el segundo párrafo del

²⁶¹ Palabras del Ministro Genaro D. Góngora Pimentel. Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 29 de enero de dos mil ocho. p. 53.

²⁶² Palabras de la Ministra Margarita B. Luna Ramos. Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 7 de febrero de dos mil ocho. p.27.

²⁶³ CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva Garantía Constitucional. op. cit. p. 68.

²⁶⁴ ROLDÁN XOPA, José. La responsabilidad patrimonial del Estado en México: Hacia una interpretación constitucional alternativa. En MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (Compilador). La responsabilidad patrimonial del Estado. Porrúa-ITAM. México, 2004. pp. 177 y 183

Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente se refiere a la actividad administrativa ilícita²⁶⁵.

Luego de analizar las dos posturas, hemos decidido adoptar la que califica como “irregular”, a la actividad administrativa desapegada a la normatividad que la rige, normatividad que no se agota con las leyes en sentido formal, sino que comprende manuales, circulares, decretos, normas oficiales, lineamientos, oficios, etcétera. Sostenemos nuestra postura en los siguientes razonamientos:

I. Los proyectos de reforma al Artículo 113 constitucional, del PRI y del PAN eran muy claros, y creaban a cargo del Estado el deber de indemnizar a los particulares por la producción de daños en su patrimonio. Se proponía entonces la creación de un sistema de responsabilidad patrimonial amplio, semejante al existe en España, en donde “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

²⁶⁵ “Por otro lado, se dice que el derecho a la indemnización que tienen los particulares lo es por los daños que sufran en sus bienes y derechos producto de la actividad administrativa irregular del Estado; por la otra, sin embargo, se señala que la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado, es objetiva y directa. Esta disonancia entre actividad administrativa irregular y responsabilidad objetiva se explica porque durante la discusión de la reforma constitucional no hubo acuerdo entre quienes eran partidarios de que el Estado sólo respondiera por los daños producidos por su actividad ilícita y aquellos otros que, por el contrario, deseaban una responsabilidad por cualquier actividad del Estado fuera ésta lícita o ilícita. En la negociación, y como última alternativa frente a la clara posibilidad de que se hubiera sancionado expresamente en el texto constitucional que la responsabilidad del Estado fuera solo por su actividad ilícita, se llegó a la fórmula del consenso que finalmente aprobó y que, dicho sea de paso, va a obligar a un importante esfuerzo interpretativo... Lo cierto es que en el proceso de reforma constitucional primó la idea de que la responsabilidad del Estado debía ser por su labor ilícita, anormal, irregular, por exceso o defecto en su actuación”. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano. op. cit. pp. 26, 27 y 32.

servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”²⁶⁶.

Ahora, si el Legislador Constitucional Mexicano, desdeñó los proyectos que de manera clara, creaban las bases de un sistema de responsabilidad patrimonial amplio, debe concluirse que su intención no fue la instaurar dicho sistema, más aún, si se toma en cuenta que en la exposición de motivos de la reforma, expresamente se mencionó que no se consideraba prudente incorporar como indemnizables, los daños ocasionados a causa del funcionamiento normal o regular.

II. Efectivamente, decir que la actividad administrativa es irregular cuando le produce daños a un particular, es una afirmación insostenible, porque en esa lógica, lo irregular sería el daño, mas no la actividad; y si efectivamente ésa hubiera sido la interpretación que el Constituyente Permanente deseaba que se le diera al segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no habría tenido la necesidad de incorporar el calificativo de “irregular”, pues nadie discutiría tal conclusión si en el texto fundamental se dijera que la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Lo cual, al no actualizarse en la especie, nos hace afirmar que el calificativo “irregular”, tiene una función primordial, la de restringir los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, a aquellos actos desapegados a las normas.

III. Uno de los principios básicos de los actos de autoridad, incluidos los administrativos, es que gozan de la presunción de haber sido dictados conforme a las disposiciones jurídicas que los rigen²⁶⁷, por

²⁶⁶ Una explicación abundante del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en España, puede encontrarse en el libro: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. T. II. 6ª ed. Civitas. Madrid, 1999. Capítulo XXI.

²⁶⁷ LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

ello, lo normal o regular, desde nuestra óptica es que se encuentren ajustados a derecho; por consecuencia, aquellos que durante su emisión o ejecución, se desapegaron al marco normativo, deben ser calificados de irregulares o anormales.

Por su idoneidad, a continuación transcribiremos algunos fragmentos de la Sentencia dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 4/2004, que como ya dijimos, se ocupó de analizar el Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los cuales, se establece qué debe entenderse por “actividad administrativa irregular”:

“Del contenido del proceso legislativo en estudio se advierte que, en un primer momento, el Constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo amplio... pero posteriormente se decidió restringir esa primera amplitud, a fin de centrar la calidad de objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquellos actos realizados de manera irregular, entendida ésta sólo como actividad anormal violatoria de la ley... la doctrina predominante sobre el tema es coincidente, al sostener que para actualizarse la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que se colmen los siguientes requisitos:

1. La existencia de un daño, el cual se encuentra definido, en términos del artículo 2108 del Código Civil, como: “La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”.

Artículo 5.- La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el Artículo 3 de esta Ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo.

Artículo 8.- El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

ARTÍCULO 42.- Las resoluciones y actos administrativos se presumirán legales. Sin embargo, las autoridades deberán probar los hechos que los motiven cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

Desde luego, el concepto de daño debe entenderse con todas sus notas características, a saber, que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas.

2. Que sea imputable a la Administración Pública, por ser efecto de su actividad administrativa irregular.

3. El nexo causal entre uno y otro, es decir, que la causa del daño sea la actividad de la Administración Pública o, en su acepción más amplia, del Estado.

Por tanto, es claro que la noción de “actividad administrativa irregular” consignada en el segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución General de la República ha de identificarse con la actuación estatal desplegada sin satisfacer la normatividad propia para la realización de ese acto.”²⁶⁸

Sobre esa misma línea, conviene dejar sentado que no necesariamente todo acto administrativo ilegal, dará lugar al fincamiento de responsabilidad a cargo del Estado, pues deben satisfacerse todos y cada uno de los requisitos previstos por la ley. Tan cierto es lo anterior, que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se pronunció en los siguientes términos:

No. Registro: 42,404

Precedente

Época: Quinta

Instancia: Séptima Sala Regional Metropolitana.

Fuente: R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año VII. No. 84.

Diciembre 2007.

Tesis: V-TASR-XVIII-3017

Página: 153

²⁶⁸ Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 04/2004, promovida ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por Diputados Integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Ministro Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Delgado Durán. pp. 163, 164, 166, 167.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA NULIDAD DEL ACTO DE AUTORIDAD NO PRESUPONE EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.- Dispone expresamente el artículo 20 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que el hecho de que el acto de autoridad administrativa haya sido declarado nulo vía juicio contencioso administrativo, no presupone el derecho a la indemnización; ello, en tanto que con motivo de la actividad administrativa irregular, para que se produzca a cargo del Estado, la obligación de reparar el daño moral que se le imputa, deben coexistir los elementos previstos en el artículo 14 de la citada Ley, consistentes en: ocasionar un daño a los derechos de la personalidad; que se esté en presencia de una actividad irregular imputable a un ente público federal; que haya sido la causa del efecto indicado y la relación de causalidad entre ambos; dicho de otra manera, debe existir una violación a los derechos de la personalidad; la actividad irregular imputable a un ente público federal; y la relación de causa y efecto entre dicha violación y la actividad irregular. En tal virtud, no es suficiente que respecto de una resolución administrativa, se hubiese declarado su nulidad, para que en automático se genere el derecho a la indemnización por daño moral.

Expediente Administrativo de Reclamación Núm. 19299/05-17-07-6.- Resuelto por la Séptima Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 8 de junio de 2007,

V.1.3 Alcance del término “Daños”

En estricto sentido, la reforma constitucional únicamente contempló que el Estado debe pagar los daños que ocasione, mas no los perjuicios. Sabemos de antemano, que el Legislador Constitucional, en la lógica civilista, consideró que con la palabra “daños”, incluía implícitamente a los “perjuicios”; sin embargo, creemos que nada se perdía al utilizar la expresión “daños y perjuicios”, máxime, si en la iniciativa presentada por el Partido Acción Nacional, sí se mencionaban de manera expresa a los daños y perjuicios.

Una cuestión adicional que sobre este tópico consideramos oportuno abordar, es que al no excluirse ningún tipo de daños susceptibles de ser indemnizados, indirectamente quedaron comprendidos todos los posibles daños, patrimonial pecuniarios o morales. A este respecto y con la finalidad de no caer en el chocante vicio de hacer repeticiones innecesarias, remitimos al lector a nuestro tercer capítulo, específicamente al punto “III.3.2 Producción de una afectación con la conducta contraria al deber”, en el que hacemos la distinción entre daños y perjuicios, afectaciones pecuniarias y morales.

En las exposiciones de motivos de los dictámenes de las Cámaras del Congreso de la Unión, no encontramos ninguna referencia expresa sobre este tema, de hecho, en la de la Cámara de Diputados solamente se hace mención de que en México, sí han existido disposiciones jurídicas para regular el pago de daños y perjuicios por parte del Estado; lo cual nos hace suponer que en esta materia, deben servir de guías las disposiciones contenidas en el Código Civil Federal: “Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”, en el entendido de que cuando se hace referencia a los daños, quedan también implícitos los perjuicios.

V.1.4 Alcance de los términos, “bienes y derechos”

Con la finalidad de abarcar un amplio espectro, el Poder Reformador de la Constitución, protegió el activo del patrimonio de los particulares, al tutelar sus bienes y derechos, mismos que creemos quedan definidos con las siguientes definiciones:

“En el ámbito jurídico patrimonial, por bien entendemos todo objeto susceptible de propiedad particular, es decir, lo que por su naturaleza y por no haber una disposición legal que se oponga en su caso, puede pertenecer a una persona en exclusiva, sea ésta de Derecho Privado o de Derecho Público; el Estado mismo inclusive”²⁶⁹.

Los derechos son facultades o aptitudes para realizar cierta actividad, con relación a una persona o a un objeto, que la mayor parte de las veces implica un beneficio de índole pecuniario; en nuestra opinión a este tipo de derechos es a los que se refiere el segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para comprender lo antes dicho, acudiremos a la distinción entre derecho patrimonial y no patrimonial, hecha por Rojina Villegas: “Como la persona tiene un conjunto de derechos que no siempre tienen carácter pecuniario, resulta de aquí que no todo lo que la persona soporta o tiene constituye derechos de carácter patrimonial. Por lo tanto, podemos hacer una clasificación entre derechos patrimoniales y no patrimoniales. Serán patrimoniales aquellos derechos susceptibles de apreciación en dinero, y no patrimoniales los que no puedan apreciarse pecuniariamente... Derechos y obligaciones no patrimoniales. Están, pues, fuera del patrimonio, porque no tienen un carácter pecuniario: 1º. Todos los derechos y todas las obligaciones que tienen un carácter político... 2º. Los derechos de potestad que una persona posee sobre otra... 3º. Las acciones de estado que una persona puede ejercer para defender o modificar su condición personal...”²⁷⁰, enumeración a la cual, agregaríamos los derivados de las relaciones familiares.

En el dictamen de la Cámara de Diputados, se especificó la razón por la cual, se utilizó la locución “bienes y derechos”, en los siguientes

²⁶⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. 3ª ed. Porrúa. México, 1992. p. 301

²⁷⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. op. cit. T. II. p. 34.

términos: “Recogiendo la doctrina imperante, las iniciativas utilizan los términos bienes y derechos y no solamente bienes, con el fin de proteger todos los ámbitos de afectación que pueden ser dañados por la autoridad. Concordamos con esta terminología, tomando en cuenta que los daños no se refieren solamente a los bienes, sino que pueden darse daños, por ejemplo, morales, que deben quedar protegidos.”.

V.1.5 Alcance del término “Indemnización”

En la legislación reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 113 de nuestra Carta Fundamental, observamos que al término indemnización se le está queriendo dar el significado restringido que explicamos en el capítulo tercero de este estudio, es decir, el de pagar una suma de dinero equivalente al daño emergente o lucro cesante.

Creemos que dada la amplitud del aparato estatal, lo más conveniente hubiere sido imponerle al Estado la obligación de resarcir los daños y perjuicios en cualquiera de las diversas modalidades que esto implica, v. gr., a través de la devolución de las cosas a estado que previamente guardaban, el pago de una indemnización en dinero, o la reparación mediante la prestación de un servicio; pues no todo se soluciona con el pago de dinero, que dicho sea de paso, no es mucho desde cierto punto de vista, pues los ingresos públicos están muy comprometidos. Piénsese en el caso de una demolición indebida en una zona popular, ¿qué preferirá la víctima del hecho dañoso, el dinero, que seguramente será poco en atención a la ubicación geográfica, o la reposición de su vivienda?, o en el caso de un accidente de tránsito, ¿qué preferirá la víctima, el pago de una suma de dinero, o el compromiso de parte de las autoridades gubernamentales de que será integral y debidamente atendido en los hospitales públicos?

Sobre la indemnización, curiosamente en la Cámara de origen, se decidió posponer los alcances de la misma, bajo el argumento de que las condiciones y alcances de la misma, debía ser trazados en la legislación secundaria y no en el texto supremo, "...la indemnización debe estar regida por el principio de equidad, atendiendo a que esta institución pretende resolver una problemática propia de la justicia distributiva. En este sentido, en la indemnización debe atenderse a las circunstancias particulares del caso, como pueden ser la gravedad del daño, las condiciones en que se encontraba el bien que resultó dañado, la capacidad económica de la persona lesionada, el posible abuso de poder, la cuantía de los daños, el número de personas afectadas etcétera. Sin embargo, nos parece que corresponde a la ley secundaria establecer y regular las bases sobre las que se aplicará el principio de equidad, que, como lo afirmamos en el inciso a quedaría implícito en el texto constitucional..."; criterio, que también siguió la Colegisladora (Senado de la República) al momento de analizar y aprobar la minuta que le fue remitida, exponiendo lo siguiente: "...Respecto al criterio para el pago de indemnizaciones (sic), el cual omite la aplicación de la proporcionalidad y equidad como parámetros de cuantificación, nos manifestamos de acuerdo con las consideraciones de la minuta al concluir que, el evitar el uso de estos términos dará como resultado "la consagración de un derecho más amplio y contundente" que busca asegurar la justicia -cuyo contenido abarca estos dos principios- apartándose de problemas de interpretación que pudieran entorpecer el ejercicio de este derecho. Finalmente corresponderá a la ley secundaria establecer los márgenes de estos montos atendiendo a las circunstancias particulares del caso...".

V.1.6 Lo “objetivo” en la responsabilidad del Estado

Gutiérrez y González, nos dice que la gran fuente creadora de derechos de crédito indemnizatorios, es el hecho ilícito, que reposa sobre la idea de una culpa (responsabilidad subjetiva); sin embargo, al lado de esa responsabilidad existe otra, que surge a pesar de que la ley autoriza la realización de una conducta o bien, no la prohíbe (responsabilidad objetiva)²⁷¹, en el que se prescinde del concepto de culpa.

En la responsabilidad objetiva, se responde por la producción del daño, con independencia de la culpa, es decir, de la intencionalidad o negligencia en la realización de la conducta; misma que deviene en irrelevante por mandato de ley.

Por lo que hace a la reforma constitucional que nos ocupa, de no haberse incluido la “irregularidad” de los actos administrativos, válidamente podríamos afirmar que al calificarse de objetiva la responsabilidad, el Legislador Constitucional, impuso al Estado, el deber de responder por todos y cada uno de los daños ocasionados a los particulares, siempre y cuando, éstos no tuvieren el deber de soportarlos. Sin embargo, dada la inclusión del calificativo multicitado, creemos que lo acertado es concluir que en la reforma constitucional no cabe desprender de lo “objetivo” en la responsabilidad del Estado, que éste debe responder por absolutamente todos los daños que ocasione, pues como se dijo, de ser así no tendría sentido la inclusión del término “irregular” en el segundo párrafo de referencia, pues con la simple alusión a lo objetivo de la responsabilidad, quedaría abarcada tanto la actividad lícita o normal y la ilícita, anormal o irregular. Arribamos a las anteriores conclusiones, tomando en cuenta lo expuesto ante el pleno, por la Ministra Luna Ramos, en los siguientes términos:

²⁷¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. op. cit. p. 836.

“¿Qué es lo que quiere decir la objetiva? Bueno, la objetiva simplemente que es la teoría del riesgo que es la que implica que en una actividad lícita, incluso, pueda llevarse a cabo alguna situación que ponga en peligro a las personas o a sus bienes y que al ponerla en peligro evidentemente se tenga la obligación de indemnizarla por causarle un daño con motivo de esa actividad, pero la actividad es lícita.

Si nosotros tenemos una fábrica de explosivos que está perfectamente aprobada por las leyes del Estado y cumple con todos los requisitos de permisos y reglamentos, y llega en algún momento dado a explotar y causamos daño a determinadas personas, pues finalmente estaríamos en un caso de responsabilidad objetiva, porque aquí la diferenciación es que no hubo la intención de causar daño, eso es lo que hace la diferencia con la subjetiva, no hubo la intencionalidad; al no haber la intención causé un daño, pero como yo me estoy beneficiando con este negocio, finalmente tengo la obligación de indemnizar a las personas a las que les causé ese daño.

¿Qué es la responsabilidad subjetiva? La responsabilidad subjetiva implica negligencia, implica dolo, implica intencionalidad para efectos de realizar determinada actividad; entonces, la diferencia entre una y otra sería, en principio, una amerita intencionalidad y la otra no tiene porque tener intencionalidad alguna, por eso se conoce en la doctrina como “La Teoría del Riesgo”, “La Responsabilidad del Riesgo”, pero independientemente de esto, lo que está consagrando nuestra Constitución en materia de responsabilidad administrativa sí es una responsabilidad de carácter objetivo; sin embargo, la pregunta, aquí se habían formulado los señores ministros Cossío y el señor ministro Franco, realmente se trata de una responsabilidad objetiva abierta, de una responsabilidad objetiva que implique necesariamente que cualquier actividad lícita pueda provocar que un daño causado con motivo de esa

actividad lícita, necesariamente va a traer como consecuencia que el Estado responda por esa actividad, ahí yo coincido plenamente con los señores ministros Cossío y Fernando Franco, por qué razón, porque la exposición de motivos y todo el proceso legislativo que de alguna manera llevó a cabo el Congreso federal para el establecimiento de la reforma constitucional del último párrafo del artículo 113 constitucional, nos va llevando de la mano de lo que en realidad quiso hacer el Constituyente Permanente.

Si nosotros vemos cómo se inicia esta reforma, veremos que se inicia con una situación, pues podríamos decir –vanguardista- en este sentido y con una situación en la que se pretende que la responsabilidad del Estado sea de tal manera amplia que se considere que cualquier daño causado implicará el pago de una indemnización por parte del Estado, independientemente de que la actividad que lo produzca sea lícita o no; y así vemos desde la exposición de motivos este problema, dice: “Una garantía de integridad patrimonial en favor de los particulares contra la actividad lesiva que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular del Estado”; entonces, qué quiere decir, se comienza con esta iniciativa de manera totalmente abierta, se tiene la idea de que debe darse una responsabilidad amplia, independientemente del tipo de conducta que la establezca, por eso dice: “De tal suerte, que esta nueva concepción permita imputar responsabilidad al Estado, incluso, por el funcionamiento normal de la actividad administrativa”, así comienza pero no termina así, éste es el chiste (sic), finalmente, cuando empiezan las discusiones, ya algunos de los señores ministros han leído algunas de ellas en donde se va viendo cómo conforme van pasando a las diferentes Cámaras se va restringiendo prácticamente esta idea inicial de apertura que se presenta en la iniciativa de ley...

La idea fundamental con posterioridad es restringir precisamente esta apertura, y por qué es restringir esta apertura, simple y sencillamente porque yo creo que se percatan los señores legisladores que de alguna manera no puede establecerse como actividad irregular del Estado que parta de la premisa de que provenga de un acto lícito, por qué razón, porque en ese sentido estaríamos abriendo la responsabilidad a situaciones prácticamente impensadas, inusitadas, pero además, que nos llevarían a una responsabilidad en la que cualquier funcionario diga lo que diga siempre será causa de responsabilidad...

...no puede llegar a tanto y tan es así que los señores legisladores así lo pensaron ya en los dictámenes posteriores, en los que determinaron que no podía referirse a una situación regular, por eso se establece en el texto constitucional que la responsabilidad solamente puede ser por actividad irregular del Estado, y esa actividad irregular yo creo que podemos entenderla como un fenómeno de ilicitud, de ilicitud desde el punto de vista de no aplicación de la ley, o bien, de las disposiciones administrativas como lo está determinando el artículo 389 del Código Financiero, dicen con posterioridad los señores congresistas, dice: En tal virtud, estas Comisiones han estimado que por el alcance nacional de esta iniciativa es prudente evaluar, transcurrido algún tiempo, la operatividad del Instituto Jurídico de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en los términos que más adelante se indican, para posteriormente reexaminar la posibilidad de ampliar la cobertura de responsabilidad del estado, a su actividad lesiva, de carácter regular" ...²⁷²

²⁷² Palabras de la Ministra Margarita B. Luna Ramos. Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 7 de febrero de dos mil ocho. pp. 24 – 27.

V.1.7 Lo “directo” de la responsabilidad del Estado

En el capítulo precedente mencionamos que a la luz del Código Civil Federal, el Estado sí podía ser demandado por los daños ocasionados por los trabajadores a su servicio, sin embargo dicha responsabilidad era indirecta, pues debía demandarse primero al servidor público correspondiente, y luego, habiendo llegado a la etapa de ejecución, si el responsable no tenía suficientes bienes para pagar la indemnización, podría iniciar un nuevo procedimiento, ahora, contra el Estado, quien en un momento dado respondería de manera subsidiaria, es decir, cubriría el resto de la indemnización, que no se hubiere podido saldar con los bienes del servidor público.

Con la reforma constitucional estudiada, se dio un giro a dicha situación, pues se estableció la posibilidad de exigirle directamente al Estado el pago de la indemnización correspondiente, sin la necesidad de acudir a una instancia previa o de demandar a persona alguna diversa al Estado.

“Un régimen de “responsabilidad directa” significa que es el Estado quien responde al reclamo de indemnización que le formulan los particulares cuando la actuación de los servidores públicos les ocasionan lesiones en sus respectivos patrimonios, en la inteligencia de que el Estado se reserva el derecho de repetir lo pagado contra los servidores públicos que con su actuar (o no actuar, en tratándose de una conducta omisiva) hayan incurrido en falta o infracción grave”²⁷³.

Quizá lo “directo” de la responsabilidad estatal, sea lo más claro de la reforma, pues las consideraciones de las Cámaras Federales, al momento aprobar la adición al Artículo 113 constitucional, dejaron en claro, cuál fue el alcance que se le pretendió dar a dicho precepto; véase a continuación la armonía entre lo expuesto por la Cámara de Diputados

²⁷³ CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva Garantía Constitucional. op. cit. p. 225.

y la de Senadores: “El objeto de la presente iniciativa, como se ha mencionado ya en este dictamen, es establecer la garantía de integridad patrimonial a favor de los particulares y el correspondiente deber de la autoridad de indemnizar por los daños causados. Con el fin de lograr este propósito consideramos necesario, como se propone en una de las iniciativas en comento, que en el texto del artículo se señale que la responsabilidad patrimonial del Estado será directa y objetiva, de manera que el legislador quede obligado por el texto constitucional a establecer en ley la responsabilidad directa del Estado, no pudiendo establecer un régimen de responsabilidad patrimonial subsidiaria o indirecta, pues éste es precisamente el status quo que pretende modificarse (Cámara de Diputados)... Será directa, en virtud de que la administración no responderá subsidiariamente por el servidor público relacionado con el daño, sino que podrá exigirse al Estado de manera inmediata la reparación del mismo, por supuesto, dejando a salvo el derecho de repetición en contra del funcionario por parte de la autoridad. (Cámara de Senadores)”.

V.1.8 Naturaleza Jurídica del derecho contenido en el Segundo Párrafo del Artículo 113 constitucional (¿Garantía?).

Álvaro Castro Estrada, dice que el segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye una garantía constitucional, aún y cuando, “...se adoptó la técnica de no enunciar como garantía individual la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que, por ello, dejara de serlo...”; nosotros, concientes del alcance del presente trabajo, y sabiendo la responsabilidad que implicaría sostener o debatir que la responsabilidad del Estado es o no una garantía individual, modestamente nos limitamos a seguir el criterio adoptado por Sánchez Bringas, cuando al hacer

referencia a este tipo de disposiciones habla genéricamente de los “Derechos del Gobernado”; y adoptamos la anterior postura, no tanto por su comodidad, sino porque entrar al debate de lo que realmente debe considerarse o no una garantía constitucional, nos desviaría aún más, pero en todo caso y con el propósito de tocar levemente el tema, diremos que si consideramos a las garantías constitucionales como “aquellos derechos que...el Constituyente ha considerado conveniente incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor”, pues evidentemente estaremos en presencia de una garantía; ahora bien, si consideramos a las garantías, como “el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo se ha transgredido por un órgano de autoridad política”, pues evidentemente no hablaríamos de un medio de control de la constitucionalidad, pues en nada se parece al amparo, a las controversias constitucionales, al juicio político, acciones de inconstitucionalidad o procedimientos de investigación por violaciones a los derechos fundamentales, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que a decir verdad el segundo párrafo del 113 constitucional, no contiene un derecho adjetivo, sino un derecho del gobernado frente al poder público, un derecho público subjetivo²⁷⁴.

En todo caso, creemos que la responsabilidad patrimonial del Estado, como derecho de los particulares, entra dentro de los llamados “Derechos de la Seguridad Jurídica”, pues “En esta materia, la Constitución establece diferentes reglas que los gobernantes deben

²⁷⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 8ª ed. Porrúa. México, 2005. p.180.

cumplir cuando en el ejercicio de una atribución afecten la esfera jurídica de los gobernados”²⁷⁵.

Para terminar este punto, vale la pena recordar que tanto la Cámara de Diputados, como la de Senadores, sí le otorgaron la calidad de nueva garantía al derecho contemplado en el segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, independientemente de que el mismo, se encuentre en lo que doctrinariamente se llama la parte orgánica de la Constitución. Así, la Cámara de Senadores dejó apuntado en su dictamen: “Respecto a la ubicación de la norma, estas comisiones unidas consideran correcto complementar con ello las disposiciones relativas a la responsabilidad de los servidores públicos dentro del artículo 113. De esta manera, quedará colocada dentro de la Constitución en la parte orgánica de los poderes del Estado, sin menoscabo de la garantía que contiene...”.

V.1.9 El ejercicio procedimental de este derecho

Todo pago, necesariamente debe estar justificado, pues de lo contrario, el erario federal corre el riesgo de esfumarse; por ello, el Constituyente Permanente, estableció que los particulares, para hacer efectivo su derecho a recibir una indemnización, tendrían que seguir los procedimientos que establezcan las leyes.

Lógicamente, un procedimiento de esta naturaleza, implica la demostración del daño, susceptible de ser indemnizado, que el mismo sea consecuencia de una actuación pública administrativa irregular, el nexo causal, que no ha prescrito el derecho, que el Tribunal ante el que se promueve es el competente, y en general, que satisface con la carga probatoria que la legislación le imponga, en el entendido de que “el que afirma está obligado a probar”.

²⁷⁵ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. op. cit. p. 635.

Sobre este tópico, traemos a cuenta, lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 04/2004, al momento de identificar los elementos mínimos que tendrá que valorar todo juzgador al momento de resolver los asuntos sobre responsabilidad patrimonial del Estado:

“...para actualizarse la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que se colmen los siguientes requisitos: 1. La existencia de un daño, el cual se encuentra definido, en términos del artículo 2108 del Código Civil, como: “La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”. Desde luego, el concepto de daño debe entenderse con todas sus notas características, a saber, que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas. 2. Que sea imputable a la Administración Pública, por ser efecto de su actividad administrativa irregular. 3. El nexo causal entre uno y otro, es decir, que la causa del daño sea la actividad de la Administración Pública o, en su acepción más amplia, del Estado...”.

Asimismo, en el texto que enseguida transcribimos, se observa que el Constituyente Permanente, decidió no abundar respecto de las cuestiones procesales que debían satisfacerse para hacer cumplir el derecho a la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de dejar en libertad a las legislaturas ordinarias en ese aspecto: “En cuanto a la vía por la cual se hará exigible la responsabilidad por parte de los particulares, consideramos certero el razonamiento vertido por las comisiones dictaminadoras de la H. Cámara de Diputados en el sentido de que no es conveniente ni necesario establecer la competencia de determinados tribunales como imposición constitucional, además de que el desarrollo de este aspecto será más bien materia de una legislación secundaria.”.

V.2 Articulado transitorio

V.2.1 Inicio de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado Mexicano.

La nueva era de la responsabilidad directa del Estado inició el día 1º de enero del año dos mil cuatro, pues en su único Artículo transitorio, se dispuso que la reforma al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación”, por que si dicha publicación tuvo lugar el día catorce de junio del año dos mil dos, el primer año posterior sería el año dos mil tres y el segundo lo fue el año dos mil cuatro. La anterior aseveración, queda confirmada con la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 172,339

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Mayo de 2007

Tesis: 2a. XXXIII/2007

Página: 1188

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 14 DE JUNIO DE 2002, ENTRÓ EN VIGOR EL 1o. DE ENERO DE 2004. El artículo único transitorio del Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, establece que el aludido Decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Ahora

bien, del análisis sistemático del mencionado precepto transitorio se colige que el 1o. de enero del primer año siguiente al de su publicación corresponde al 1o. de enero de 2003, y el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación lo constituye el 1o. de enero de 2004, por tanto, dicho Decreto entró en vigor en la fecha últimamente indicada, lo que es acorde con el señalamiento de la parte final del citado precepto, en el sentido de que para proveer a su debido cumplimiento, se contaría con el periodo comprendido entre la publicación del Decreto y su entrada en vigor, el cual no sería menor a un año ni mayor a dos.

Amparo en revisión 29/2007.

V.2.2 La adecuación de la Legislación Secundaria para hallarse conforme al nuevo Artículo 113 constitucional.

Toda vez que una disposición de la importancia de la responsabilidad patrimonial de Estado, requiere de una regulación amplia, que especifique los requisitos precisos que los particulares deben satisfacer para obtener la indemnización a que se refiere dicho preceptos, los tiempos, los casos de excepción, la competencia, la distribución de la carga probatoria, las manera de distribuir la responsabilidad en los casos de concurrencia, la manera en que el Estado podrá repetir en contra del servidor público correspondiente el importe de la indemnización, la participación de éste en la sustanciación del procedimiento, la manera en que habrán de programarse presupuestalmente los pagos, la prelación en el pago, la manera en que este se efectuará, etcétera.

Por ello, al momento de hablar del Código Financiero del Distrito Federal, que en cuatro Artículos regula esta figura jurídica, lo criticamos agriamente, pues parece una burla, el tratamiento tan vago que se le dio a esta disposición constitucional; máxime si se toma en cuenta que por

tratarse del desprendimiento de recursos públicos, debería dársele un tratamiento delicado.

De acuerdo a la información que obra en nuestras manos y que recopilamos en las páginas web oficiales de las diferentes entidades federativas, llegamos a la conclusión de que la mayor parte de las Entidades Federativas ya han realizado las adecuaciones a sus Constituciones para prever la figura de la Responsabilidad Patrimonial en el ámbito local, creando para tal efecto las normas reglamentarias correspondientes. A continuación, a guisa de ejemplo transcribiremos las adiciones hechas por algunas legislaturas estatales a sus respectivas Constituciones:

CHIHUAHUA. "ARTICULO 178. ... 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." Último párrafo adicionado mediante Decreto No. 756-03; publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 87 del 30 de octubre del 2004. Como se ve, en este caso, el Legislador Chihuahuense reprodujo la fórmula incorporada al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

COAHUILA. "Artículo 167... El Estado y los Municipios son responsables por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares. Esta responsabilidad es objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a la indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes." Adición Publicada en el periódico oficial el día 7 DE ABRIL DE 2006.

COLIMA. "Artículo 1o.- El Estado de Colima reconoce, protege y garantiza a toda persona, el goce de sus derechos consignados en la Constitución General de la República y los establecidos en esta Constitución... XII. Toda persona que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad administrativa del Estado y de los Municipios tendrá derecho a ser indemnizada en forma equitativa, conforme a las bases y procedimientos que establezca la ley. La obligación del Estado y de los Municipios de resarcir los daños y perjuicios será directa..." Fracción adicionada, en virtud de la modificación publicada en el Periódico Oficial del 06 DE MAYO DEL 2000. Nótese en este caso que el sistema adoptado por la Constitución Colimense sí es amplio, pues no la acota a la actividad administrativa irregular, ilegal, etc.

GUANAJUATO. "ARTÍCULO 123...El Estado y sus Municipios son responsables en forma directa y objetiva de los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, ocasionen a los particulares en sus bienes o derechos, por lo que el afectado tendrá derecho a recibir una indemnización, que se determinará conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes." Párrafo adicionado y publicado en el Periódico Oficial del 23 de diciembre de 2003.

MORELOS. "ARTÍCULO 133-ter.- La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cauce 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 establezca la ley de la materia. Para tal efecto, el Estado y los Municipios deberán incluir en sus respectivos presupuestos de egresos una partida para atender esta responsabilidad. El pago de la indemnización se efectuará después de seguir los procedimientos que la ley establezca, el cual estará sujeto a la

disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal correspondiente.” La publicación de esta reforma, se hizo el día 20 DE JULIO DE 2005, en el periódico oficial correspondiente.

PUEBLA. "ARTÍCULO 131.- La responsabilidad del Estado y los Municipios será objetiva y directa, por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular, se causen en los bienes y derechos de los particulares. Los particulares tendrán derecho a hacer exigible ante la autoridad competente una indemnización, de acuerdo a las bases, límites y procedimientos que establezcan las Leyes. En todo caso, la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, estará sujeta a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate. El Estado y los Municipios podrán suscribir convenios y celebrar los demás actos jurídicos que se requieran para el cumplimiento de esta obligación."

TABASCO. "Artículo 71... La responsabilidad de los poderes del Estado, la de los ayuntamientos y la de los organismos autónomos, por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular causen en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límite y procedimientos que establezcan las leyes secundarias. El poder público de que se trate, estará facultado para ejercitar, con las formalidades del caso, en la vía o acción que se prevea en la ley de la materia; en contra del servidor público responsable, la resarción al patrimonio hacendario del monto que por este motivo hubiere erogado." Publicado en el periódico oficial el 11 de Noviembre de 2003.

V.2.3 Requisitos ineludibles para la obtención por parte del particular de una indemnización.

V.2.3.1 Prosecución de un “procedimiento”

Procedimiento es el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa²⁷⁶.

Para obtener la indemnización, forzosamente, debe acreditarse su procedencia mediante una serie concatenada de actuaciones, ante la Autoridad Competente, ante la cual, se rindan las pruebas que demuestren la viabilidad de la petición. Recuérdese que la doctrina procesal afirma con mucho acierto que para obtener un fallo favorable es menester: “Tener el derecho, saber pedir (o defender) y obtener su reconocimiento”.

En materia federal, se le concedió al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la competencia para conocer de origen este tipo de asuntos, con la peculiaridad de que luego de fallar el asunto, el particular puede impugnar ante el propio Tribunal la resolución correspondiente, el tiempo dirá que tan sabia fue esa decisión. De hecho, en la actualidad existe una propuesta de reforma al respecto, que modificar el esquema de reclamaciones de indemnización, imponiéndole al particular, el deber de tramitar su reclamación de indemnización ante la Entidad o Dependencia correspondiente²⁷⁷, tomando como argumento que “la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, establece en su artículo 18, que debe ser mediante reclamación, presentada ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo cual, como lo manifiesta la Magistrada María Concepción Martínez Godínez: "involucran una gran confusión, pues se está considerando al

²⁷⁶ Diccionario Jurídico Elemental. op. cit. p. 321

²⁷⁷ Iniciativa visible en la Gaceta del Senado de la República, del miércoles 15 de agosto de 2007.

Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como autoridad administrativa", lo anterior en razón de que dicho precepto establece que el particular podrá iniciar el procedimiento de reclamación ante dicho Tribunal, el cual por naturaleza es un Órgano Jurisdiccional. Aunado a lo anterior este precepto legal también establece la posibilidad de que existan otros procedimientos interpuestos (posiblemente ante la propia autoridad o ente público federal que causo el daño) y los cuales en caso de ser así suspenderán el incoado ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.”

Un dato curioso que no podemos pasar por alto, es que dada la composición híbrida del procedimiento a seguir, inicialmente el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se negó a darle entrada a las demandas interpuestas a la luz de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, argumentando que los actos de autoridad combatidos y expuestos en los recursos correspondientes, no constituían resoluciones definitivas, y por ello, de acuerdo a la Ley Orgánica de dicho Tribunal, no era procedente su admisión; a ese respecto, el Poder Judicial Federal, corrigió el camino y emitió los siguientes criterios, en el que fundamentó y motivó el porqué sí debían admitirse las reclamaciones correspondientes:

Localización: Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXVII, Marzo de 2008
Página: 1811
Tesis: XIII.1o.33 A
Tesis Aislada
Materia(s): Administrativa

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ENTES
PÚBLICOS FEDERALES. CORRESPONDE AL TRIBUNAL
FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA
CONOCER DE LAS RECLAMACIONES RELATIVAS**

(LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE DICIEMBRE DE 2007). De la interpretación de los artículos 11, fracción XV, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, vigente hasta el 6 de diciembre de 2007; 1o. y 17 a 23 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se advierte que el mencionado tribunal es competente para conocer del procedimiento de responsabilidad patrimonial de los entes públicos federales; lo anterior es así, pues la naturaleza jurídica del aludido procedimiento consiste en analizar la reclamación de una supuesta actividad administrativa irregular del Estado que cause daño en los bienes y derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate; de ahí que no sea exigible una resolución definitiva, ni mayores requisitos para su procedencia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Amparo directo 367/2007.

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Marzo de 2008

Página: 1813

Tesis: I.15o.A.92 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL PROCEDIMIENTO PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA EN LA FASE ADMINISTRATIVA ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL DE LA MATERIA Y DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, NO ASÍ LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA UNA DEMANDA DE NULIDAD. El análisis del proceso que culminó con la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada el 31 de diciembre de 2004 en el Diario Oficial de la Federación, así como la interpretación teleológica y sistemática de sus artículos

17, 18, 19 y 24, permiten concluir que la reclamación de la indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa irregular del Estado, debe enderezarse a través de un procedimiento del que conoce el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el que en funciones de autoridad administrativa se encarga de resolver si existió o no la actividad irregular que afecte a quienes no tienen la obligación jurídica de soportarla, así como de fijar las indemnizaciones que correspondan al afectado para la reparación integral del daño y, en su caso, por el daño personal y moral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la ley de la materia; procedimiento que debe ajustarse también a lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la cual, conforme a su artículo 1o., se aplica a los actos, procedimientos y resoluciones de la administración pública federal centralizada y sus organismos descentralizados respecto a sus actos de autoridad, y es extensiva al mencionado tribunal porque, no obstante ser un tribunal autónomo, al resolver sobre esas reclamaciones no actúa como órgano jurisdiccional, sino con el carácter de autoridad administrativa, surtiéndose a su favor una competencia ampliada en términos de lo previsto en el artículo 11, fracción XV, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en vigor hasta el 6 de diciembre de 2007 (coincidente con lo dispuesto en el artículo 14, fracciones VIII y XV, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en vigor). Ahora bien, según lo establecido en el artículo 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en relación con el artículo 2o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la resolución definitiva dictada en ese procedimiento administrativo que niegue la indemnización o que, por su monto, no satisfaga al reclamante, es impugnabile en el juicio de nulidad del que también conoce el mencionado tribunal, pero investido en funciones de órgano jurisdiccional y ajustándose en cuanto al procedimiento a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que es el ordenamiento instrumental que se aplica en ese juicio. En ese sentido, para la tramitación de una reclamación en la fase administrativa, aun ante el tribunal administrativo, no deben exigirse los requisitos previstos para la procedencia de la vía jurisdiccional, esto es, los establecidos en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, como es la existencia de una resolución

definitiva, sino los establecidos en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 198/2007.

V.2.3.2 La disponibilidad presupuestaria

Toda vez que el Artículo 126 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por ley posterior”, el Poder Reformador de la Constitución acertó al exigir que para el pago de las indemnizaciones derivadas del Artículo 113 segundo párrafo, se contara con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, toda vez que de no haberlo hecho, se habría corrido el eventual riesgo de comprometer fuertes porciones del presupuesto de la Dependencia o la Entidad, lo cual impediría que pudiera cumplir adecuadamente con sus funciones y metas, y a final de cuentas, terminaría significado un deterioro en el funcionamiento de las Instituciones Públicas, lo cual en ningún caso y bajo ningún supuesto puede permitirse en un país con tantas carencias como el nuestro, en el que los gobernantes escudan su ineficacia, con la escasez de recursos económicos.

Aseveramos lo anterior, tomando en cuenta que el presupuesto de Egresos de la Federación es el “Decreto mediante el cual se asignan recursos federales a los programas y acciones de gobierno a realizarse en un año fiscal... es el único instrumento por medio del cual se puede determinar el monto y el ejercicio del gasto público federal. Ningún egreso federal puede efectuarse si no está contemplado por el documento señalado...Las erogaciones contempladas en el presupuesto

son aquellas que serán ejercidas por los poderes de la unión, las secretarías de Estado, la Procuraduría General de la República, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente es el gobierno federal en forma directa o a través de organismos o entidades...²⁷⁸.

Para saber cuál es el monto que actualmente tienen autorizadas ciertas dependencias en sus correspondientes presupuestos, para el pago de indemnizaciones derivadas de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, nos dimos a la tarea de usar los mecanismos de acceso a la información pública gubernamental.

A ese respecto, se nos informó que “de acuerdo a lo establecido en el Clasificador por Objeto del Gasto para la Administración Pública Federal, los pagos por concepto de pago (sic) de indemnizaciones, derivadas de responsabilidad patrimonial del Estado, se podrían realizar con cargo a las partidas de gasto “3903 Otros gastos por responsabilidades” y “3904 Erogaciones por resoluciones judiciales”, partidas que se encuentra dentro del concepto de gasto “3900 Pérdidas del erario, gasto por concepto de responsabilidades, resoluciones judiciales y pagos de liquidaciones”, el cual contiene cinco partidas de gasto... De acuerdo con lo anterior, la información con la que cuenta la Unidad de Política y Control Presupuestario (SHCP) es al nivel del concepto 3900, mas no así respecto de las partidas que integran dicho concepto de gasto (3901, 3902, 3903, 3904 y 3905)... Al respecto, hago de su conocimiento que de acuerdo con la información que obra en los archivos de la Dirección General de Recursos Financieros (SHCP), durante los ejercicios fiscales 2006, 2007 y 2008, la partida 3903.- Otros gastos por responsabilidades, no ha contado con presupuesto asignado ni ejercido, toda vez que de conformidad con lo establecido en los

²⁷⁸ DICCIONARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. op. cit. p. 213.

artículos 6 y 16 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la SHCP sólo está obligada a incluir en sus respectivos anteproyectos de presupuesto, los recursos que sean necesarios, para cubrir las erogaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial, cuando se reciba una sentencia firme que la condene al pago por actividad irregular del Estado y siendo que hasta fecha no existe ninguna de éstas en el Registro de Indemnizaciones, tampoco existen recursos que erogar...”²⁷⁹.

Sabiendo que en las partidas 3903 y 3904, se concentran los recursos destinados al pago de indemnizaciones por Responsabilidad Patrimonial del Estado, solicitamos los montos correspondientes a dichas partidas, a PEMEX Exploración y Producción, a la Secretaría de la Defensa Nacional, a la Policía Federal Preventiva y a la Procuraduría General de la República, que son dependencias de no muy buena fama pública.

La Secretaría de la Defensa Nacional manifestó “en el presupuesto autorizado a esta secretaría en el presente año no se cuenta con recursos para pagar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, para lo cual corresponde afectar las partidas presupuestales 3903 “otros gastos por responsabilidades” y 3904 “erogaciones por resoluciones judiciales”; en el concepto que cuando esta dependencia tiene la necesidad de cubrir este tipo de requerimientos de conformidad con las resoluciones judiciales que se emiten, se realizan las adecuaciones presupuestarias correspondientes”, agregando que en la actualidad,

²⁷⁹ Unidad de Enlace de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Respuesta a la solicitud de acceso número: 0000600069708, de fecha 21 de abril de 2008.

solamente se tiene registrada la existencia de una demanda por ese concepto en contra de la Dependencia de referencia²⁸⁰.

La Policía Federal Preventiva, por su parte, comunicó que “no se autorizaron recursos en 2008 en la partida 3416 “Seguro de Responsabilidad Patrimonial del Estado... <para> la partida 3903 “Otros Gastos por Responsabilidades”, no se autorizaron recursos para el 2008, por lo que respecta a la partida 3904 “Erogaciones por Resoluciones Judiciales”, el presupuesto para 2008 autorizado a este Órgano Administrativo Desconcentrado fue por \$26, 310,957.48...”²⁸¹.

PEMEX Exploración y Producción (PEP), informó que "La partida del gasto 3903 "Otros gastos por responsabilidades" por 104.8 millones de pesos, comprende las erogaciones de la responsabilidad civil del Estado e incluye los montos diferenciales de las indemnizaciones que no cubran las sumas aseguradas, y los importes deducibles del seguro de responsabilidad patrimonial del Estado, así como aquellas erogaciones distintas a las consideradas en las demás partidas del concepto del gasto 3900 "Pérdidas del erario, gastos por concepto de responsabilidades, resoluciones judiciales y pago de liquidaciones", que impliquen afectar el techo presupuestario disponible de la Entidad. En este mismo orden, la partida 3904 "Erogaciones por resoluciones judiciales" por 51 millones de pesos se refiere al pago de las obligaciones o indemnizaciones derivadas de resoluciones emitidas por Autoridad Competente”, asimismo, se nos informó que actualmente existen tres juicios en esta materia en contra de PEP, en los cuales, aún no se ha dictado la resolución correspondiente²⁸².

²⁸⁰ Respuesta dada a la solicitud de información con número de folio 0000700058108, por la Unidad de Enlace de la Secretaría de la Defensa Nacional, en fecha 30 de abril de 2008.

²⁸¹ Respuesta dada a la solicitud de información con número de folio 0413100023308, por la Unidad de Enlace de la Policía Federal Preventiva.

²⁸² Respuesta dada por la Unidad de Enlace de PEMEX Exploración y Producción a la solicitud número 1857500036508.

En el caso de la Procuraduría General de la República, nos informó que hasta la fecha existen cuatro juicios de responsabilidad patrimonial en su contra y que actualmente no existen recursos asignados para el pago de indemnizaciones por tal concepto²⁸³.

²⁸³ Respuesta dada por la Unidad de Enlace de la Dirección General de Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República a la solicitud número 0001700075308.

Conclusiones

PRIMERA. La incorporación de la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando menos en el plano formal es un gran avance en la construcción de un Estado de Derecho sólido, pues se le impone al Estado el deber de reparar los daños ocasionados, siempre y cuando éstos se encuentren legalmente injustificados; y se le orilla implícitamente a respetar con mayor ahínco, el principio jurídico de legalidad, so pena de ser condenado al pago de la reparación de los daños producidos.

SEGUNDA. En el procedimiento legislativo que culminó con la incorporación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado a nuestra Carta Magna, quedó manifiesta la falta de técnica legislativa, por parte de los diputados y senadores federales, pues teniendo a la vista, como antecedentes, sendas iniciativas de reforma, sumamente claras en cuanto a su alcance, dada la correcta utilización de términos bien conocidos en la doctrina nacional, terminaron aprobando un texto parcialmente obscuro, pues al agregarle el calificativo de “irregular” a la actividad administrativa del Estado, causante de daños, incorporó un término poco estudiado por nuestra doctrina; lo cual a final de cuentas, redundó en una inseguridad jurídica para el gobernado, pues a través de la interpretación de dicha palabra, con el paso del tiempo, puede llegar a hacerse nugatorio tal derecho, lo cual difícilmente ocurriría si se hubiese utilizado un término más conocido como el de ilegal o la locución “carente de justificación legal”.

TERCERA. A pesar de que la Responsabilidad Patrimonial del Estado, es una figura paradigmática en el sistema jurídico mexicano, a juzgar por el número de demandas interpuestas en contra de dependencias tan activas como PEMEX Exploración y Producción o la Secretaría de la Defensa Nacional, pareciera que su importancia no ha sido difundida, ni ha perneado en la Sociedad.

CUARTA. La Responsabilidad Patrimonial del Estado es una figura primordialmente regulada por el Derecho Administrativo, sin embargo, para su correcto entendimiento se vuelve indispensable acudir a la Teoría del Derecho, para comprender la naturaleza y complejidad de este término jurídico fundamental; y al Derecho Civil, pues en éste se ha desarrollado la mayor parte de la doctrina relacionada con el llamado Derecho de Daños, sin perder de vista desde luego, las peculiaridades que lleva implícita la relación con el Estado y en particular, con la Administración Pública.

QUINTA. El análisis de las exposiciones de motivos de los dictámenes que dieron como fruto la incorporación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado a nuestra Constitución Federal, nos conduce a identificar como elementos fundamentales de dicha responsabilidad: 1. Que constituye un derecho de los gobernados; 2. Que éste consiste en la posibilidad de exigirle al Estado una indemnización; 3. Que esa indemnización será procedente cuando los trabajadores al servicio del Estado, y en ejercicio de sus funciones o labores, causen daños a los particulares; 4. Que ese daño no esté justificado en una norma jurídica; y 5. Que para la procedencia de tal indemnización, es irrelevante la intención del autor del hecho dañino.

SEXTA. Existen dos posturas en torno al tipo de actos que quedaron comprendidos en la reforma que nos ocupó, sin que a la fecha, exista un pronunciamiento definitivo: 1. Los que únicamente consideran a los actos dañinos formal y materialmente administrativos, como los únicos que dan lugar a la configuración de la responsabilidad; y 2. Los que consideramos que debieran incluirse entre los casos de procedencia de la mencionada indemnización, a todos los actos administrativos (formal y/o materialmente hablando), comprendiendo desde luego, los materialmente administrativos realizados por servidores públicos adscritos a los poderes legislativo y judicial. Sin embargo, creemos que en atención a la estructura y tradición de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (a los que se les otorgó la competencia para conocer de estos litigios), terminará interpretándose el precepto constitucional en la porción normativa “actividad administrativa”, como aquella realizada por los servidores públicos del Poder Ejecutivo que realicen actividades materialmente administrativas, pues de lo contrario, podría generarse un caos institucional, pues el Consejo de la Judicatura, máxima autoridad administrativa en el Poder Judicial, podría ser llamado a juicio y condenado por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo cual, hoy día suena muy poco probable.

SÉPTIMA. Curiosamente la mayor parte de las Legislaturas Estatales, en virtud de la modificación al Artículo 113 constitucional, se limitaron a reproducir ésta en sus Constituciones Locales, salvo notables excepciones, como en el caso del Estado de Colima.

OCTAVA. Creemos que hubo miopía de parte del Legislador Constitucional Federal, cuando restringió la reparación del daño al pago de indemnizaciones, pues siendo tan amplio y fuerte el Estado, en

muchos casos, habría sido más sencillo que reparara el daño a través de alguno de los distintos mecanismos que estudiamos en este trabajo.

NOVENA. Siendo la Constitución, el documento en el cual se delimita el campo de acción del Estado, es muy acertada la inclusión de la Responsabilidad Patrimonial del Estado a dicho cuerpo legal, pues dicha figura, implícitamente es un límite más a la actividad de aquel, en cuanto le impone el deber de no causar daños injustificados de acuerdo a la normatividad jurídica que debe acatar.

DÉCIMA. Debido a que la Responsabilidad Patrimonial del Estado, dependerá en gran medida del acatamiento a los procedimientos e instrucciones operativas contenidas en diversas leyes y disposiciones normativas tales como reglamentos, circulares, manuales, instructivos, etc., será muy importante la toma de conciencia por parte de los servidores públicos, de la importancia, ahora más que nunca, de seguir tales disposiciones a pie juntillas.

UNDÉCIMA. A pesar de que la Legislación Española aparentemente fue la inspiradora de esta modificación constitucional, no es procedente acudir a ella para entender la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México, pues los alcances son extremadamente diferentes en uno y otro país. En España existe un sistema extremadamente amplio y en México existe un sistema acotado o restringido.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. 3ª ed. Porrúa. México, 2001.
2. AGOGLIA, María Martha. El daño jurídico. Enfoque actual. La ley. Buenos Aires, 1999.
3. ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. 3ª ed. Bosch. tr. Buenaventura Pellisé. Barcelona, 1970.
4. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino. Tratado general de Derecho Administrativo. Bosch. Barcelona, 1958.
5. ANTAKI, Ikram. Manual del ciudadano contemporáneo. Ariel. México, 2000.
6. ARNÁIZ AMIGO, Aurora. Soberanía y potestad. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1971.
7. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla. México, 1980.
8. BIDEGAIN, Carlos María. Cuadernos del curso de Derecho Constitucional. 3ª reimp. de la 1ª ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1991.
9. BOBBIO, Norberto, y BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político. Enlace-Grijalbo. tr. José Fernández Santillán. México, 1984.
10. BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. 2ª ed. en español. Fondo de Cultura Económica. tr. Vicente Herrero. México, 1964.
11. BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. 3ª reimp. Cárdenas. tr. José M. Cajica Jr. México, 2002.
12. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 18ª ed. Porrúa. México, 2006.
13. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. 8ª ed. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1993
14. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN LII LEGISLATURA. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. 3ª ed. Miguel Ángel Porrúa Librero Editor. México, 1985.
15. CÁMARA DE DIPUTADOS XLIX LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. Crónicas, Constitución Federal de 1824. México, 1974.
16. CARPIZO, Jorge. Estudios constitucionales. 7ª ed. Porrúa. México, 1999
17. CARRILLO FLORES, Antonio. Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional. UNAM. México, 1987.
18. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 39ª ed. Porrúa. México, 1998.
19. CASTRO ESTRADA, Álvaro. Nueva Garantía Constitucional, La responsabilidad patrimonial del Estado. Porrúa. México, 2002.
20. CASTRO ESTRADA, Álvaro. Responsabilidad patrimonial del Estado. 2ª ed. Porrúa. México, 2000.
21. CASTRO, Juventino V. Garantías y Amparo. 10ª ed. Porrúa. México, 1998.

22. CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis. La ley penal mexicana. Botas. México, 1934.
23. CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A (coordinadores). Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. UNAM. México, 2005.
24. CORTÉS FIGUEROA, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso. 2ª ed. Cárdenas. México, 1975.
25. COVIÁN ANDRADE, Miguel. Teoría Constitucional. 2ª ed. 1ª reimp. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. México, 2002.
26. CUEVA, Mario de la. La idea del Estado. 5ª ed. UNAM-Fondo de Cultura Económica. México, 1996.
27. DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 5ª ed. Porrúa. México, 1980.
28. DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. La defensa jurídica de la constitución en México. Orlando Cárdenas Editor. Irapuato, 1990.
29. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. y LUCERO ESPINOSA, Manuel. Elementos de Derecho Administrativo, 2º curso. 4ª reimp. Limusa. México, 1996.
30. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos. 5ª ed. Porrúa. México, 2005.
31. DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.
32. DIEZ ~ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. 3ª ed. Ariel. Barcelona, 1999.
33. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. 3ª ed. Porrúa. México, 1992.
34. DORANTES TAMAYO, Luis. ¿Qué es el derecho? 2ª ed. UTEHA. México, 1970.
35. DUGUIT, León. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Francisco Beltrán. Madrid, 1921.
36. FARRANDO, Ismael y MARTÍNEZ, Patricia (Directores). Manual de Derecho Administrativo. Depalma. Buenos Aires, 1996.
37. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Poder legislativo. Porrúa – UNAM. México, 2003.
38. FLORES GARCÍA, Fernando. Teoría general de la composición del litigio. Porrúa. México, 2003.
39. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 46ª ed. Porrúa. México, 2007.
40. GALLI BASUALDO, Martín. Responsabilidad del Estado por su actividad judicial. Hammurabi. Buenos Aires, 2006.
41. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 6ª ed. Civitas. Madrid, 1999.
42. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 49ª ed. Porrúa. México, 1998.
43. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. 10ª ed. Tecnos. Madrid, 1992.

44. GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría general del proceso. UNAM. México, 1974.
45. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Hombre y Estado. Porrúa. México, 1988.
46. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. México, 2003.
47. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 13ª ed. Porrúa. México, 2001.
48. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio. 7ª ed. Porrúa. México, 2002.
49. HERDUÁN VIRUES, Dolores. Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación. Academia Mexicana de Derecho Fiscal. México, 1971.
50. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal comentado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM / Miguel Ángel Porrúa.
51. INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. INAP. México, 2000.
52. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA. Nuestra Constitución, Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano. Cuaderno número 22. México, 1991.
53. JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. 1ª ed. en español, 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica. tr. Fernando de los Ríos. México, 2004.
54. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de derecho penal. EPISA. México, 1995.
55. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del delito. UNAM. México, 1950.
56. KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2ª ed., 5ª reimp., UNAM, tr. Eduardo García Máynez, México, 1995.
57. LARRAÑAGA, Pablo. El concepto de responsabilidad. 1ª ed. 1ª reimp. Fontamara. México, 2004.
58. LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Legis. tr. Javier Tamayo y Jaramillo. Bogotá, 2004.
59. LOMELÍ CERESO, Margarita. Derecho fiscal represivo. 2ª ed. Porrúa. México, 1997.
60. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. 5ª ed. Porrúa. México, 1998.
61. LÓPEZ PORTILLO Y PACHECO, José. Génesis y teoría general del Estado. 3ª ed. IEPES-PRI. México, 1976.
62. LÓPEZ VELARDE, Guillermo. Apuntes de un segundo curso de Derecho Administrativo. s/e. México, 1951.
63. LOZANO, Manuel de J. Manual práctico de la Constitución y de la Reforma. Herrero Hermanos, Sucesores. México, 1906.

64. MARGADANT S. Guillermo. Derecho Romano. 6ª ed. Esfinge. México, 1975.
65. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano. Porrúa. México, 2004.
66. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (Compilador). La responsabilidad patrimonial del Estado. Porrúa-ITAM. México, 2004.
67. MARTY, G. Derecho Civil. Cajica. tr. José M. Cajica Jr. Puebla, 1952.
68. MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. tr. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, 1969.
69. MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. 4ª ed. Pax – México. México, 1978.
70. MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual en Revista Latinoamericana de Derecho. Año I, núm. 1, enero-junio de 2004.
71. NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano. 3ª ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2007.
72. NÉLIDA REY, Rosa y RINESSI, Antonio Juan. La cuantificación del daño. Sus implicaciones. En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2001.
73. OCHOA OLVERA, Salvador. La demanda por Daño Moral. Mundo Nuevo. México, 1991.
74. ORTIZ SOLTERO, Sergio M. Responsabilidades legales de los servidores públicos. 2ª ed. Porrúa. México, 2001.
75. PALLARES, Eduardo. La vía de apremio. La legitimación en la causa. La acción oblicua. Cuestiones procesales diversas. Botas. México, 1946.
76. PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 5ª ed. Porrúa. México, 1980.
77. RECASEN SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. Porrúa. 9ª ed. México, 1990.
78. REYES CALDERÓN, José Alfredo. Acción y Omisión. Cárdenas. México, 2001.
79. RÍOS ELIZONDO, Roberto. El acto de gobierno. Porrúa. México, 1975.
80. RIVERA, Julio César. Cuantificación legal y judicial. En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001.
81. ROJAS R. Abelardo. El derecho subjetivo y el deber jurídico. Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho UNAM. México, 1954.
82. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. El Nacional. México, 1943.
83. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría General del Estado. México, 1968.
84. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 9ª ed. México, 2003.
85. RUSSELL, Bertrand. Autoridad e Individuo. 5ª ed. Fondo de Cultura Económica. tr. M. Villegas. México, 1967.

86. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional. 5ª ed. Porrúa. México, 2000.
87. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho Civil. UNAM. México, 1981.
88. SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2006.
89. SERRA ROJAS, Andrés. Teoría del Estado. 12ª ed. Porrúa. México, 1993.
90. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. 4ª ed. Librería de Manuel Porrúa. México, 1968.
91. STRASSER, Carlos. Teoría del Estado. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996.
92. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del justiciable, materia administrativa. Poder Judicial de la Federación. 1ª reimpresión. México, 2004.
93. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. 2ª ed. UNAM. México, 1986.
94. TERÁN, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. Porrúa. México, 1952.
95. TRUEBA URBINA, Alberto. La primer constitución político social del mundo. Porrúa. México, 1971.
96. VÁZQUEZ, Adolfo R. Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios. 2ª ed. La ley. Buenos Aires, 2001.
97. VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al estudio del derecho. Porrúa. 9ª ed. México, 1990.
98. ZANNONI, Eduardo A. Significado y alcance de la cuantificación del daño (Una aproximación generalizadora). En Revista de derecho de daños. Número 1. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001.

DICCIONARIOS

1. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. 27ª ed. Heliasra. Buenos Aires, 2000.
2. DICCIONARIO DE DERECHO. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara. 27ª ed. Porrúa. México, 1999.
3. DICCIONARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Jorge Fernández Ruiz (Coordinador) 2ª ed. Porrúa. México, 2006.
4. DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, GARANTÍAS Y AMPARO. Ignacio Burgoa O. 8ª ed. Porrúa. México, 2005.
5. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL. Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Oxford. México, 2004.
6. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Guillermo Cabanellas. 9ª ed. Heliasra. Buenos Aires, 1976.

7. DICCIONARIO DE POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Mario Martínez Silva (Coordinador). Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1978.
8. DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS Ricardo Villa Real M. y Miguel Ángel del Arco Torres. Comares. Granada, 1999.
9. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Guillermo Cabanellas. 2ª ed. Heliasta. Buenos Aires, 1981.
10. DICCIONARIO JURÍCO. José I. Fonseca – Herrero y Ma. Jesús Iglesias Sánchez. COLEX. Madrid, 1999.
11. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Guillermo Cabanellas de Torres. Heliasta. Buenos Aires, 1988.
12. DICCIONARIO JURÍDICO. María Laura Valetta. 2ª ed. Valetta ediciones. Buenos Aires, 2001.
13. DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO PERROT. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986.
14. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 13ª ed. Porrúa. México, 1999.
15. DICCIONARIO PARA JURISTAS. Miguel Palomar. Porrúa. México, 2000.
16. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Joaquín Escriche. Manuel Porrúa. México, 1979.
17. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Driskill, Buenos Aires, 1989.

MULTIMEDIA.

DVD IUS-2007. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2007.

CD JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. México, 2008.

<http://www.rae.es> (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA <DICCIONARIO DE LA LENGUA, 22a. ed.>)

<http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?principio=inicio> (GACETA DE LA CÁMARA DE SENADORES)

<http://www.diputados.gob.mx> (CÁMARA DE DIPUTADOS)

<http://gaceta.diputados.gob.mx/> (GACETA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS)

<http://www.senado.gob.mx/content/sp/sp/content/documentos/archivos/content/>

congresos_loc/index.html (DIRECTORIO DE PÁGINAS WEB DE LOS 31 CONGRESOS ESTATALES)

<http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/index.php?MPincipal=mlocal>
(DIRECCIÓN EJECUTIVA DE NORMATIVIDAD Y CONSULTA DEL GOBIERNO DEL D.F. <CONSULTA DE LEGISLACIÓN LOCAL>)

<http://www.dof.gob.mx/ley-reg.php> (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN <CONSULTA DE LEGISLACIÓN FEDERAL>)

http://www.badellgrau.com/conferencia_cdg_responsabilidad_jm_dominguez_escovar (La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico Venezolano, Evolución jurisprudencial 1993 - 2003, página que al día de hoy ya fue retirada de la red)

<http://www.nl.gob.mx> (GOBIERNO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)

<http://informacionpublica.gob.mx/portal.html> (INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL FEDERAL (ahora <http://www.sisi.gob.mx>))

<http://www.scjn.gob.mx/NR/exeres/307860FF-8DE5-4FC8-9791-923FB20AF31D,frameless.htm> (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN <VERSIONES ESTENOGRÁFICAS DE LAS SESIONES DEL PLENO>)