



INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1917

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Memoria del Seminario Internacional sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado

100
AÑOS

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

OCTUBRE



SECRETARÍA DE LA
CONTRALORIA
GENERAL

Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO**

**Memoria del Seminario Internacional
Sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado**

Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.

Diseño de Portada: Gráfica Antares S.A. de C.V.
Corrección: Adriana J. Paz Mojica
ISBN 986-6403-94-9

D.R.© Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.
Km. 14.5 Carretera libre México-Toluca, Col. Palo Alto
C.P. 05110, Delegación Cuajimalpa. México D.F.

Impreso y hecho en México

Los artículos que aparecen en esta obra son responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el punto de vista del Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.

México, 2000

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando no sea con fines de lucro.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

*Dr. José Natividad González Parás
Presidente del Consejo Directivo
del Instituto de Administración Pública*

IX

Los principios de legalidad y de responsabilidad patrimonial del Estado

*Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Presidente de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal*

XIII

**TEMA I. PRESENTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA**

**Origen y evolución de la institución
de la responsabilidad patrimonial del Estado** 1
Dr. Jesús Leguina Villa
*Catedrático de derecho administrativo de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España*

**La responsabilidad
patrimonial del Estado en España** 21
Dr. Avelino Blasco Esteve
*Catedrático de derecho administrativo
de la Universidad de las Islas Baleares, España*

**TEMA II. LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO**

**Antecedentes
y régimen actual de la responsabilidad
patrimonial del Estado en México** 35
Dip. Fauzi Hamdam Amad
*Presidente de la Comisión de Vigilancia
de la Contaduría Mayor de Hacienda de la H. Cámara de Diputados
y catedrático de derecho administrativo en la Escuela Libre de Derecho.*

**Vinculación de la Institución
de la responsabilidad patrimonial del Estado
con el régimen de responsabilidad de los servidores públicos** 45
Dr. Guillermo Haro Bélchez
Vicepresidente del Instituto Nacional de Administración Pública

**Principales razones justificativas para la eventual
incorporación del Instituto de la Responsabilidad
Patrimonial del Estado al orden jurídico mexicano** 61
Dr. Álvaro Castro Estrada
*Catedrático de la División de Estudios de Posgrado
de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.*

**TEMA III. ANÁLISIS DE LAS INICIATIVAS PARA INCORPORAR
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA Y DIRECTA
DEL ESTADO AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO**

**Análisis de las iniciativas para incorporar
el Instituto de la Responsabilidad Patrimonial
a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

81

Dip. Marcos A. Bucio Mújica

*Integrante de la Comisión de Gobernación
y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados*

Dip. Abelardo Perales Meléndez

*Secretario de la Comisión de Información,
Gestión y Quejas de la H. Cámara de Diputados*

**Mesa redonda. Legisladores
federales de diversos partidos políticos**

91

Moderador: Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez

*Catedrático de la División de Estudios
de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM*

Dip. Jaime Miguel Moreno Garavilla

*Secretario de la Comisión de Justicia e Integrante
de la Comisión del Distrito Federal de la H. Cámara de Diputados*

Lic. Ricardo Sepúlveda

*Consultor de la Comisión de Gobernación
y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados*

Dip. Bernardo Bátiz Vázquez

*Presidente del Instituto de Investigaciones Legislativas
de la H. Cámara de Diputados e Integrante de la Comisión
de Gobernación y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados*

**TEMA IV. APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA Y ARGENTINA**

**La responsabilidad patrimonial
del Estado en Colombia**

105

Dr. Juan Carlos Henao

*Exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado colombiano
y catedrático de la Universidad Externado de Colombia*

**Aplicación de la responsabilidad
Patrimonial del Estado colombiano
a la prestación del servicio público de salud**

147

Dr. Gustavo de Greiff R.

Exconsejero de Estado de Colombia

La responsabilidad del Estado en Argentina 169

Dr. Beltrán Gambier

Profesor del curso de posgrado en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Profesor titular de derecho administrativo del Museo Social Argentino

La responsabilidad Patrimonial del Estado en Argentina (aspectos doctrinales) 177

Dr. Carlos Zubiaur

Abogado del despacho Estudios O'Farrell, en Buenos Aires, Argentina

Mesa redonda. Catedráticos y directores de instituciones académicas 183

Moderador: Dr. Hugo Ítalo Morales Saldaña

Rector de la Escuela Libre de Derecho

Lic. Mario Becerra Pocaroba

Jefe de la División de Posgrado de la Facultad de Derecho

Lic. Loretta Ortiz Ahlf

Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana

Dr. Jorge Fernández Ruiz

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Mtro. Gonzalo Moctezuma Barragán

Abogado general de la Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Roberto Ibáñez Mariel

Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

Lic. Jaime Artemio Vela del Río

Director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle

TEMA V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos 205

Dr. Héctor Fix Zamudio

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Consideraciones Conclusivas 247

ANEXOS.

*Iniciativas para incorporar el Instituto
de la Responsabilidad Patrimonial a la Constitución
Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Partido Revolucionario Institucional 253

Partido Acción Nacional 263

**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 Estado Unidos Mexicanos
(aprobado el sábado 29 de abril del 2000)** 275

PRESENTACIÓN

DR. JOSÉ NATIVIDAD GONZÁLEZ PARÁS*

PRESENTACIÓN

Si partimos de que el Estado es la representación política de la sociedad y éste tiene una misión muy importante frente a los ciudadanos que representa, es de gran importancia que, en el campo del Derecho Público y del Derecho Administrativo, se pueda saber con claridad cuál es -o debe ser- la responsabilidad patrimonial de ese Estado.

Con el propósito de justipreciar la importancia de la institución objeto del Seminario, es pertinente recordar que en el seno de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado -también conocida como "responsabilidad civil extracontractual del Estado"-, se encuentra una nueva *garantía individual* para todo individuo consistente en el gozo del derecho a su integridad patrimonial como gobernado, lo que se traduce en la obligación correlativa del Estado a la reparación del mismo, cuando, con motivo de su actuación, lo hubiese lesionado en sus bienes o derechos, sin mediar justificación jurídica para ello.

* Presidente del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Administración Pública

Una de las consecuencias más importantes de la nueva garantía que se enuncia en su contenido básico, es que, además de que cumpliría un imperativo de justicia del gobierno frente al gobernado, conllevaría la necesidad de mejorar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos que presta el Estado -y particularmente la Administración Pública-, a través de la adopción de las medidas necesarias para evitar al máximo daños y perjuicios a los administrados, toda vez que la ineficiencia tendría en adelante un costo económico que debe aligerarse lo más posible, a través de un mayor control y eficiencia en la prestación de los servicios públicos por parte del Estado. En esta tarea la ciencia de la Administración Pública juega un papel de relevancia indudable.

Así, pues, como se puede deducir, el análisis y adecuado tratamiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, constituye objeto prioritario de estudio tanto para el Derecho Administrativo -del cual es uno de sus pilares fundamentales junto con el principio de legalidad-, como para la disciplina de la Administración Pública, que mucho tiene que orientar los esfuerzos crecientes para alcanzar mayores niveles de eficiencia pública. Conscientes de esta tarea de reflexión crítica que hermana dos disciplinas de estudio estrechamente relacionadas, es que el Instituto Nacional de Administración Pública, convencido abrió sus puertas para llevar a cabo el **Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado**, cuyos resultados contiene esta publicación. Confiamos en que tales resultados serán de suma utilidad tanto para quienes deseen acercarse por primera vez al conocimiento de esta figura jurídica como para quienes tengan la intención de continuar su estudio, en búsqueda de nuevos desarrollos en la materia.

Asimismo, queremos resaltar la asistencia en el Seminario, no sólo de eminentes *juspublicistas* de cuatro países, sino también la de destacados legisladores federales mexicanos y, particularmente, de aquellos que formaron parte de las comisiones legislativas que analizaron las iniciativas que, previamente a la realización del Seminario, fueron presentadas ante la Cámara de Diputados para promover la introducción de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro orden constitucional, ya que como se sabe, México aún no supera la etapa civilista de la responsabilidad subsidiaria -y recientemente solidaria- del Estado. Enhorabuena que se haya podido hacer un ejercicio de reflexión de esta naturaleza, tanto más cuanto que se trata de un tema complejo y especializado, que merece un tratamiento amplio y de altura.

Permítaseme citar la autorizada opinión de uno de los pioneros del Derecho Administrativo en nuestro país, y un hombre a quien este Instituto guarda especial memoria y reconocimiento: don Gabino Fraga. Refiriéndose a este tema, hace más de cinco décadas dijo:

"Se hace indispensable estructurar un régimen de responsabilidad que al mismo tiempo que garantice los patrimonios privados contra una carga no proporcional ni equitativa que resulte de la actuación administrativa, constituya un medio para obligar

a la Administración Pública a sujetarse estrictamente a la ley formando así otra garantía del regular funcionamiento del Poder Público”.

Quiero, a nombre del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Administración Pública, expresar nuestro cumplido reconocimiento al Ministro Genaro David Góngora Pimentel, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, por honrarnos con su presencia y elocuentes palabras inaugurales del Seminario. Estamos muy agradecidos también por el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y por el interés y colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Nuestra gratitud se extiende, igualmente, a los legisladores federales que nos acompañaron y a los prestigiados juristas del ámbito internacional y de nuestro país que aportaron generosamente sus conocimientos y experiencias sobre el tema. Igualmente, apreciamos mucho la asistencia de los directores de escuelas y facultades de Derecho, quienes con entusiasmo respondieron a nuestra invitación para participar propositivamente en este Seminario.

Sabemos que esta publicación, que contiene la Memoria del evento, tendrá una buena recepción, no únicamente por la calidad y nivel de las participaciones y documentos que la conforman sino por su oportunidad, ya que el 29 de abril de 2000, la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad la iniciativa de 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, a fin de incorporar a nuestro orden jurídico nacional el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, de carácter objetiva y directa. En virtud de lo anterior, se ha cumplido cabalmente la primera parte del procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional, en relación al funcionamiento del denominado Poder Constituyente Permanente, que hoy sigue consistentemente su curso.

Nos congratula asentar, por último, que el trabajo realizado en el Seminario Internacional, cuya Memoria aquí presentamos, fue un importante impulsor del avance mencionado para introducir, a rango constitucional, esta iniciativa. Tenemos confianza en que este proceso de reforma constitucional concluirá exitosamente y, ulteriormente, habrá de consolidarse con la elaboración de la ley reglamentaria correspondiente.

José Natividad González Parás
Presidente del Consejo Directivo del
Instituto Nacional de Administración Pública

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

*Ministro Genaro David
Góngora Pimentel**

Agradezco la gentil invitación del Doctor José Natividad González Parás, Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública, para participar en este Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que junto con la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se lleva a cabo en esta sede del Instituto Nacional de Administración Pública.

Asimismo, aprovecho esta oportunidad para saludar al Doctor Jesús Leguina Villa, estudioso del Derecho Administrativo español y de la materia que hoy se analiza, de quien he tenido gratas noticias a través de sus obras. Saludo también a los señores Doctores Héctor Fix Zamudio, Avelino Blasco Esteve, Guillermo Haro Bélchez, Álvaro Castro Estrada, a los señores académicos de Colombia, Argentina, y a los funcionarios de la Escuela Libre de Derecho, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Panamericana y Universidad La Salle.

Saludo respetuosamente a los señores Diputados y Senadores del H. Congreso de la Unión, quienes el día de hoy analizarán las iniciativas para incorporar la responsabilidad patrimonial -objetiva y directa- del Estado al orden jurídico mexicano.

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal

El tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido, como todos ustedes saben, uno de los capítulos fundamentales del Estado actual de Derecho y será, sin duda, uno de los protagonistas de mayor relevancia en el desarrollo de la nueva era del derecho en el siglo XXI.

La obligación del Estado de resarcir a los gobernados por los daños que les cause, ha sido incorporada y regulada sistemáticamente en numerosos países de tradición administrativa y en muchos otros que, sin serlo, y de acuerdo con los principios propios de sus instituciones, la han consagrado como consecuencia de la convicción de que los particulares no deben estar obligados a soportar ciertos sacrificios patrimoniales.

Lo anterior se inspira en el principio romano contenido en la Lex Aquilia, que establecía que quien produce un daño está obligado a repararlo, de ahí que sea válido afirmar que el Estado como persona sometida al derecho, no debe quedar excluido de esta obligación.

Claro que para llegar a este principio, en Roma, en tiempos de la República, si bien se reconocían ciertos derechos frente al Estado, como era el caso de las expropiaciones de la propiedad, los individuos carecían de medios procesales concretos para hacer valer los derechos que, teóricamente, les eran reconocidos. El principio básico era que todo abuso que generaba responsabilidad debía imputarse al funcionario, dado que constituía una extralimitación de su mandato. Estos eran responsables respecto de los administrados y también ante el Fisco que estaba formado por los fondos necesarios para la administración del Estado.

Durante la monarquía absoluta se estructuró una concepción teórica acerca de la irresponsabilidad que se ha resumido en la conocida afirmación de que ninguna decisión del monarca podría generar responsabilidad.

En España, las Leyes de Partidas establecían que el juez que a sabiendas juzgaba contra derecho en causa o pleito civil, pero sin mediar soborno, debía pagar a la parte contra quien había fallado otro tanto de lo que le hizo perder por la sentencia, más los daños, perjuicios y gastos que la misma estimaba bajo juramento.

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial del Estado cobró carta de naturalización hasta la Revolución Francesa y el advenimiento de la monarquía constitucional, cuando comenzaron a esbozarse los principios cuyo desarrollo llevó a que posteriormente pudiera actuarse contra el Estado ante los tribunales de justicia.

Este avance también se debió a la aparición del concepto de igualdad ante la ley, que implicaba la sujeción de los órganos del Estado a las mismas normas que los ciudadanos.

Configurar un régimen constitucional significaba establecer un sistema jurídico contrapuesto a la monarquía absoluta, donde todas las autoridades debían ser responsables, es decir, responder al derecho y dar cuenta de sus actos y conductas.

En otro contexto, a partir de las reformas napoleónicas, la configuración de la responsabilidad del Estado encontró un obstáculo de difícil superación en el concepto que sustentaban los juristas sobre la persona jurídica, ya que a partir del principio de que ella era persona ficta y por tanto, era incapaz de actuar, sólo podía manifestarse exteriormente a través de la actividad de las personas físicas, quienes eran, en última instancia, las responsables.

En relación con la personalidad del Estado, José Roberto Dromi, en su Manual de Derecho Administrativo, señala que: "El reconocimiento de personalidad jurídica del Estado, permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el Estado y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones del poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, con una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho".

Aunado a lo anterior, la contribución de la Revolución Francesa sobre la separación entre la autoridad administrativa y la judicial, permitió establecer el principio sobre la responsabilidad del Estado, pues la jurisdicción administrativa, excluyó a los tribunales ordinarios, tanto en lo civil como en lo penal.

Por ello, el connotado administrativista francés Maurice Hauriou, refiriéndose a la actuación del Estado decía: "...hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración que reclama el instituto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio".

Los principios de legalidad y de responsabilidad patrimonial del Estado constituyen, sin duda, los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego.

La actividad de la administración, en nuestros días está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, que es preciso evitar, a fin de que no resulte afectado el patrimonio de los particulares y que la actuación del Estado quede amparada por un injustificado privilegio de exoneración.

Ahora bien, es importante precisar que toda lesión que se cause al interés patrimonial privado debe ser reparado, ya que no es justo que dicha afectación sea soportada por el titular del bien jurídico dañado.

La formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la administración, no ha sido tarea fácil, ni en nuestro propio derecho, ni en el panorama general del derecho comparado.

León Duguit, hace un poco más de medio siglo, señaló que la responsabilidad del Estado debía edificarse sobre el fundamento objetivo, es decir, sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de los que sufren un perjuicio a causa del funcionamiento de los servicios públicos, de ahí que la administración debía responder de toda lesión que los particulares sufrieran, siempre que fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por lo que bastaba la existencia de un resultado dañoso que causara perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surgiera la obligación de indemnizar, sin que se requiriera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño.

En nuestro país, la responsabilidad del Estado quedó regulada en el artículo 1928 del Código Civil del 30 de agosto de 1928, el cual señalaba que el Estado tenía obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones.

Asimismo, en dicho numeral se reconocía la responsabilidad subsidiaria, al establecer que el Estado respondería de los daños causados, siempre que el funcionario directamente responsable no tuviera bienes, o los que tuviera no fueran suficientes para responder del daño causado.

En el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1941, -hoy ya abrogada-, quedó establecida la responsabilidad directa del Estado, al disponer dicha norma que todos los créditos a cargo del gobierno, sin importar su origen, deberían ser reclamados ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y que cuando el crédito tuviera su origen en una responsabilidad del Estado, no sería preciso demandar previamente al funcionario responsable, siempre que tales actos u omisiones implicaran culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.

Lo anterior, como lo comenta el maestro Carrillo Flores, significó un avance con respecto al sistema previsto en el artículo 1928 del Código Civil, que solamente daba al particular una acción subsidiaria frente a la administración después de que hubiese sido condenado el servidor público responsable.

No obstante este avance, el jueves 14 de enero de 1988, fue abrogada la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, con lo que la responsabilidad directa del Estado retrocedía, ya que como lo comentó en su momento el extinto

maestro Carrillo Flores, esta disposición no había tenido gran éxito, pero en lugar de abrogarla se debieron buscar los caminos para mejorarla.

Siempre habrá posibilidad de rectificar, y esto sucedió seis años más tarde, cuando se reformó el Código Civil y se adicionó a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el artículo 77 bis. Dicho numeral preveía que el afectado podía acudir ante el órgano de control a solicitar la reparación del daño, aunque dicha reparación quedaba supeditada a la determinación de la responsabilidad del servidor público en el procedimiento disciplinario.

Para asegurar la efectividad de la responsabilidad patrimonial del Estado, la norma jurídica debe prever una acción de responsabilidad de éste; establecer el plazo para ejercer la acción; garantizar un procedimiento administrativo sencillo que pueda incoarse de oficio o a instancia de la parte afectada.

Desde luego, la sola idea de que una reforma constitucional o a las leyes secundarias, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, sea capaz de garantizar la reparación del daño, resulta incompleta, ya que como lo comenta Don Antonio Carrillo Flores en su obra sobre Justicia Federal y la Administración Pública: "El Presidente López Mateos no aceptó el proyecto, considerando, que son muy limitados los recursos del erario para que además de gastarse en servicios públicos e inversiones, se usen para indemnizar por todos los actos irregulares que se cometan en la administración federal", de ahí la necesidad que este concepto quede soportado en el presupuesto público, pues coincidimos con el Doctor Jesús Leguina Villa, en el sentido de que "La administración pública, no puede amparar sus omisiones dañosas en la insuficiencia de recursos financieros, ni excusar el incumplimiento de sus deberes mediante la imputación de los daños a imaginarias negligencias de las propias víctimas".

Sin embargo, no es posible dejar de reconocer que mientras es tal el estado de nuestra legislación nacional, en otras latitudes, gracias a las reformas legales en regímenes de derecho escrito, como a la labor creadora de los tribunales, el sistema de responsabilidad directa del Estado ha tenido gran desarrollo, de manera que no han sido pocos, sino numerosos, los casos en que los particulares han logrado sin mayores vicisitudes el pago efectivo de los daños o perjuicios causados, no sólo por los actos ilícitos de quienes encarnan los órganos administrativos de aquél, sino también por actos del Poder Legislativo y del Poder Judicial, tratándose de leyes declaradas inconstitucionales o de fallos o pronunciamientos incurridos en el error judicial o en el funcionamiento anormal del sistema de administración de justicia.

En esos sistemas, los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales no se orientan a establecer las reglas fundamentales de procedencia de la acción de reparación civil en contra del Estado, ni los conceptos relativos al qué, cómo, quién, cuándo y por qué puede obtenerse el pago de una indemnización, pues están resueltos los problemas relativos a la conducta culposa o ilegal de los agentes, del funcionamiento normal o

anormal de los servicios, del nexo causal entre conductas y daño, del daño causado por pérdida de derechos o de expectativas, del concurso de la actuación de la administración y actos de terceros, de la cuantificación de los daños conforme a valores de mercado o de los criterios propios del derecho común de daños, por citar sólo algunos; ni menos aún las instancias procesales y los órganos jurisdiccionales a través de los cuales deben transitar los accionantes.

Por ello, es que resulta indiscutible que el Estado, a través de la función pública que tiene encomendada, puede llegar a causar daño a los particulares, de ahí que ante dicho daño causado a los particulares, es de preguntarse: ¿debe el afectado soportar el daño? Ahora bien, si la administración pública cumplió con la realización del servicio público, pero su funcionalidad no se manifestó y por ende causó afectación, ¿el gobernado está obligado a soportarlo?

Por todas las razones aquí apuntadas, es que este Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, merece toda nuestra atención, ya que gracias a sus frutos lograremos fortalecer el Estado de Derecho, la justicia y la seguridad jurídica que demanda la sociedad, así como el acceso a un sistema real de justicia que exige el artículo 17 de nuestra Carta Fundamental.

Sin seguridad jurídica no hay ninguna posibilidad de libertad y de justicia. La responsabilidad del Estado es igual a seguridad jurídica. Seguridad jurídica es igual a libertad individual y a justicia para la comunidad y para cada uno de sus integrantes.

Por todo ello, hoy lunes 4 de octubre de 1999, me es muy grato declarar formalmente inaugurado el Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, con la seguridad de que el resultado de sus trabajos contribuirá a fortalecer nuestro Estado de Derecho. Muchas gracias.

TEMA I

**PRESENTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO
Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA**

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

*Dr. Jesús Leguina Villa**

PRESENTACIÓN.

Permítanme antes de entrar en esta sesión de trabajo en la materia que nos congrega, exprese mis sinceras palabras de agradecimiento por haberme brindado la oportunidad de participar en este seminario internacional en compañía de ilustres y admirados colegas mexicanos, argentinos, colombianos, y españoles. Para mí es un gran honor estar con ustedes. Cuando recibí la invitación no dudé un momento en aceptarla, porque capté enseguida el gran interés de tomar parte en una reflexión colectiva en México sobre uno de los temas centrales del Estado de Derecho, tanto para España y México, como para cualquier otro país democrático del mundo. Felicito por ello muy vivamente a los organizadores de este acto y muy singularmente al Dr. Álvaro Castro Estrada que es quizá el más entusiasta e inteligente promotor de esta importante iniciativa que desvela sin duda su acendrada sensibilidad jurídica y su profundo sentido de la justicia. Mi felicitación pues, a quienes han participado en la organización de este acto representados por el Dr. Castro Estrada.

* Catedrático de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España

1. Importancia de la responsabilidad patrimonial del estado como instituto central del estado de derecho.

Dicho esto, vamos a entrar en esta reflexión, en este planteamiento general consistente en el examen -como acabo de señalar- de uno de los institutos centrales del Estado de Derecho, y más concretamente, del Estado social y Democrático de Derecho, como califica al Estado español el artículo primero de nuestra Constitución. Sería inimaginable un Estado de Derecho en el que no rigiera el principio de constitucionalidad, esto es, de sujeción de todos los poderes públicos y privados a la primacía de la Constitución; de todos los actos de los demás poderes cuya legitimidad nace por su ajuste a los mandatos constitucionales.

Sería igualmente inimaginable un Estado de Derecho en el que tampoco rigiera el principio de legalidad -como ha sido recordado muy atinadamente por el excelentísimo señor Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en sus palabras de inauguración de este Seminario Internacional-, es decir, la sujeción de la administración pública, de los poderes públicos, del Poder Ejecutivo al imperio de la ley que expresa la voluntad general y manifiesta la supremacía del legislativo sobre el ejecutivo y, por tanto, nos dice qué poderes y qué potestades, en concreto, la administración puede ejercer y cuáles no, en virtud de los mandatos legales. Esto en resumen es el principio de legalidad. Sería inimaginable un Estado de Derecho que desconociera una singular protección a un elenco privilegiado de libertades públicas, de derechos del hombre y del ciudadano. Y finalmente, sería inconcebible un Estado de Derecho en el que el Poder Ejecutivo estuviera sujeto a un intenso control judicial.

Un Estado de Derecho debe comprender un sistema de garantía efectiva patrimonial, no sólo frente a los despojos expropiatorios que legítimamente el poder público puede realizar para llevar a cabo sus tareas en pos de la satisfacción eficaz de las necesidades colectivas, sino que dicha garantía debe también extenderse, sin la menor duda, a aquellos daños que voluntaria y, la mayor parte de las veces involuntariamente en el desenvolvimiento de sus quehaceres, el poder público causa a los ciudadanos, sea en relaciones contractuales o, como es el caso de nuestro análisis, en relaciones extracontractuales.

No basta que el Estado y, en concreto, la administración pública indemnice cuando despoja, cuando el objeto de su acción es traspasar bienes privados a manos públicas, si no lo hiciera sería una pura y simple confiscación; es preciso también que cuando el patrimonio de los ciudadanos sufre algún quebranto patrimonial por efecto directo de la acción pública, ese quebranto, salvo en los casos en que de una manera expresa la ley lo impone, se transfiera, se impute a la administración para que ésta cubra la indemnización correspondiente.

Si el ordenamiento jurídico no prevé o no garantiza esta indemnización para el ciudadano que ha sufrido la lesión patrimonial, su situación es virtualmente idéntica a la de aquel que ha sido expropiado sin indemnización. Desde este punto de vista, tan confiscatoria es una acción de despojo directo como una lesión padecida como consecuencia del funcionamiento de la actividad administrativa.

II. Antecedentes de la institución de la responsabilidad patrimonial del estado en Europa.

Esto en Europa y en otras partes del mundo es algo connatural al Estado de Derecho, algo que pertenece, que forma parte del acervo de los respectivos ordenamientos jurídicos y, sin embargo, paradójicamente, es un fruto relativamente tardío del Estado liberal de Derecho que nace por los años finales del siglo XVIII y se desarrolla siguiendo evoluciones diferentes en cada país a lo largo del siglo XIX y en este que ahora termina, en el siglo XX.

Es un fruto relativamente tardío en Europa, en algunos países apenas tiene unas décadas de existencia, entre ellos al que me referiré muy especialmente que es España. En Inglaterra hasta el año 47 el Estado, la administración británica, no respondía en absoluto, eran los funcionarios, y con muchas restricciones y siempre sobre la base del principio de culpabilidad, los que en su caso tenían que indemnizar a las personas que sufrieran daños por efecto de la acción administrativa y por el incumplimiento de los funcionarios de sus deberes legales. Es Francia la que ya hacia el año de 1870 inicia el camino para el establecimiento de un sistema de responsabilidad distinto, separado, diferente del común en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados, que es el que también venía aplicándose muy tímidamente a las relaciones extracontractuales dañosas entre la administración y los ciudadanos.

Es en virtud del famoso arrèt blanco de 1873, en el que ya el Consejo de Estado francés reconoce esta responsabilidad en Francia, misma que fue producto de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado. No fue iniciativa del legislador, sino más bien el fruto maduro de la jurisprudencia del Consejo de Estado como tantas otras instituciones del derecho administrativo de las que somos tributarios los países de cultura jurídica europeo continental de raíz francesa. Es el Consejo de Estado el que empieza a admitir que la administración tenía que responder directamente frente a los ciudadanos dañados, aunque esta responsabilidad -se decía en aquel arrèt famoso- no podía ser general o absoluta.

A partir de aquel momento, este órgano tan importante en el ordenamiento jurídico francés y en la doctrina francesa, inicia una jurisprudencia constante muy apegada al caso concreto y muy matizada. Por tanto, a partir de ella, muchos daños que hasta

entonces corrían a cargo de las víctimas son imputados a la administración y ésta tiene que responder a través de una serie de técnicas propias del sistema francés. El principio de culpabilidad sigue vigente, pero la culpa se traslada en muchos casos del agente a la organización administrativa del servicio público; incluso esta culpa en muchos casos llega virtualmente a objetivizarse, sobre todo a través de técnicas como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba.

Voy a centrar mi atención, como les he dicho, en España, pero antes de ello quiero decirles que el principio de responsabilidad directa de las administraciones públicas del Estado en su conjunto se aplica para dirimir litigios entre Estados, o entre ciudadanos y Estados, o entre ciudadanos e instituciones de la propia comunidad europea. A partir del año 91, después de una célebre sentencia conocida como Sentencia *Franckovich*, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido el principio de que todo Estado miembro de la Unión Europea tiene que responder directamente de los daños que cause a cualquier ciudadano de la Unión Europea, a sus propios ciudadanos o a cualesquiera otros de la Unión por el incumplimiento del derecho comunitario.

Si un Estado está directamente obligado por un reglamento comunitario a realizar alguna actividad favorable a tal o cual grupo social y no lo hace, las consecuencias dañosas de esa omisión o de ese incumplimiento no quedan a cargo de la víctima, sino que se imputan al Estado incumplidor. Esto, como acabo de decir, ha supuesto un impulso decidido al principio de responsabilidad con una cierta tendencia homogeneizadora, porque ciertamente algunos países ya miembros de la Unión y sobre todo algunos Estados candidatos a su pertenencia tienen sistemas de responsabilidad pública o administrativa alejados de estas exigencias. El Tribunal de Luxemburgo ha dicho que todas las legislaciones de los Estados miembros, tienen que ajustarse al respeto del principio de responsabilidad directa de los Estados a la indemnización de las víctimas por los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento del derecho comunitario.

III. Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del estado en el derecho español.

A) Régimen establecido en el Código Civil.

España también se incorpora al grupo de países que reconocen el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados directamente por la administración cuando ésta les cause daños patrimoniales, también tardíamente, ya bien entrado este siglo. Durante todo el siglo XIX se reconoció la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual

por culpa, establecida en el artículo 1902 de nuestro Código Civil, el cual señala que quien cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.

El principio de responsabilidad por culpa, en lo que atañe al Estado, recibía respuesta en el artículo 1903, disponiendo que en estos casos el Estado respondía cuando actuara a través de un agente especial, no cuando la actividad dañosa fuere cometida por los funcionarios que tuvieran atribuida esa actividad como propia. Naturalmente, esta norma del Código Civil era susceptible de una interpretación favorable a la responsabilidad directa del Estado por hecho de un tercero. Pero no fue así, probablemente porque las acciones dañosas de un Estado reducido en su poder de intervención eran escasas y, sobre todo, porque finalizando el siglo XIX la teoría orgánica del funcionario, como titular de un órgano de la persona jurídica, Estado o administración pública, estaba todavía muy escasamente desarrollada. El Tribunal Supremo entendió que cuando la actividad administrativa causaba daños a los particulares, esos daños eran directamente imputables a los funcionarios, siempre que mediara culpa o negligencia y, en ningún caso, a las administraciones públicas de los que tales funcionarios formaran parte, salvo el supuesto virtualmente inexistente del agente especial.

B) Constitución Republicana de 1931 y Ley del Régimen Local de 1950.

La Constitución Republicana ya en el año de 31 intentó, tímidamente, poner fin a esta situación de exoneración patrimonial de los entes públicos en un precepto que, como ustedes pueden comprender, tuvo poca eficacia por la escasa vigencia que tuvo aquella Constitución del año 31. Este precepto fue desarrollado por la ley municipal del año 35, cuya vigencia también duró escasos meses y siempre fue aplicada en el ámbito estrictamente local; por tanto, la administración del Estado quedaba fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Hay que esperar a la posguerra civil al año 50 en que se elabora la Ley de Régimen Local en que, por primera vez, se reconoce una responsabilidad directa de los entes locales, en aquellos casos en que los daños padecidos por los ciudadanos fueran debidos a actividad administrativa en la que no interviniera culpa o negligencia grave de los funcionarios. En tales casos se reconocía a las víctimas el derecho a ser indemnizados no por los funcionarios sino directamente por el ente local, y junto a ella, una responsabilidad subsidiaria en los demás casos en los que la acción dañosa fuere acompañada de culpa grave por parte de los funcionarios.

C) Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

El cambio radical en nuestro sistema se produce -y subrayo la palabra radical- en el año 1954, en que se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, si bien hoy todavía parcialmente vigente, ha sido derogada en algunos de sus preceptos. Esto les da

a ustedes una prueba de la calidad de aquella ley que ha superado acontecimientos legislativos tan importantes como la aprobación misma de una Constitución democrática radicalmente distinta de las leyes fundamentales del régimen anterior. Esto puede ser algo paradójico y sin duda lo es, pero hay que decir -y aprovecho la ocasión para mencionarlo públicamente ante ustedes-, que en el régimen autoritario franquista, -si bien no todos eran franquistas y no todos eran autoritarios-, hubo un grupo, muy lúcido, muy brillante y muy competente de juristas liberales que a través de ciertas reformas legislativas, -ésta es una de ellas, y otra sobresaliente es la Ley de 27 de diciembre de 1956 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, lograron ir creando ciertos espacios de libertad y de garantías jurídicas frente a un poder escasamente favorable o proclive a la garantía y a la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En el año de 1954 se aprueba la Ley de Expropiación Forzosa en España. Siempre la institución de la expropiación forzosa ha ido -como es natural- ligada al régimen de propiedad. La propiedad es un derecho arquetípico patrimonial pero cede ante necesidades públicas superiores: la utilidad pública y el interés social, y siempre mediante la correspondiente indemnización. Se aprovechó la reforma de la expropiación forzosa para incorporar al sistema de garantías patrimoniales no sólo las expropiatorias sino también las derivadas de daños extracontractuales producidos por los poderes; y esto se hizo a través de una fórmula que hizo fortuna ciertamente, tanta que, como enseguida diré, fue recogida casi literalmente por nuestra vigente Constitución del año 1978.

A partir del año 1954 en España se instaura un sistema de responsabilidad directa y objetiva. No entraré ahora al aspecto de si su ámbito se limitaba al Estado o a los entes locales. Se consagra un principio de responsabilidad directa de los entes públicos debido tanto al funcionamiento ilegítimo, culposo o culpable, como incluso a funcionamientos ortodoxos, perfectamente ajustados a la legalidad.

La exposición de motivos de aquella importante ley que sigue en vigor, trató de poner fin a lo que llamó literalmente un "injustificado privilegio de exoneración" que virtualmente equiparaba ese privilegio a una pura y simple confiscación. Esta ley produjo un giro, casi me atrevería a decir copernicano, en nuestro ordenamiento, que inicialmente encontró además de una cierta perplejidad en el mundo jurídico, alguna resistencia por parte de nuestros tribunales de justicia, acostumbrados al principio contrario, es decir, al de la irresponsabilidad de la administración, y virtualmente también a la de los funcionarios.

Durante los primeros años de vigencia de la ley, lo que quedaba de la década de los 50 y algunos años de la década de los 60, durante cerca de diez años, se puede decir que nuestro Tribunal Supremo y los tribunales inferiores hicieron caso omiso de este importante mandato legislativo que cambiaba radicalmente el sistema. Les parecía insólito que la administración, que nunca había respondido de nada, a partir del año 54 respondiera virtualmente de todo, y hay sentencias, numerosas sentencias de

pretensiones de responsabilidad hechas valer por las víctimas, que fueron rechazadas, desestimadas por el Tribunal Supremo, invocando de nuevo el artículo 1902 ó 1903 del Código Civil.

Por fortuna, la doctrina jurídica española en su conjunto y algunos juristas en particular dentro del ámbito de la ciencia jurídico-administrativa, no fueron tan insensibles a este importantísimo cambio legislativo, que la misma doctrina jurídica había reivindicado, reclamado y propiciado; dentro de este destacado grupo, uno de sus más distinguidos miembros es el profesor Eduardo García Enterría. Naturalmente la doctrina científica hizo frente a ese incumplimiento o a ese rechazo inicial de la jurisprudencia de los tribunales al nuevo sistema de responsabilidad patrimonial y hay toda una floración, toda una riquísima literatura jurídica de esos años, haciendo ver las virtudes, las ventajas del nuevo sistema de responsabilidad y afinando sus perfiles técnicos, porque no se trataba de implantar una especie de seguro universal por cualquier tipo de daño frente a la administración, sino de indemnizar a las víctimas inocentes o que no tuvieran el deber jurídico de soportar el daño padecido por la acción de la administración en cualquiera de sus manifestaciones.

A partir de mediados de los años sesenta y finalizando éstos, y en toda la década de los setenta, se inicia otro rumbo jurisprudencial muy rico. Hay una casuística abundantísima en nuestra jurisprudencia de supuestos, de eventos dañosos, que van desde la falta de protección diplomática a un ciudadano en el extranjero, hasta los daños padecidos por los particulares como consecuencia del mal estado de las obras públicas o por la revocación ilegal de una licencia que permitía realizar alguna actividad, o bien por la actividad de las fuerzas de orden público actuando lícitamente para mantener el orden, etcétera.

Comienza entonces a cambiar el panorama y, por tanto, los ciudadanos cobran conciencia de que se ha ganado la batalla de la responsabilidad patrimonial directa del Estado a través de todas sus personificaciones jurídico-administrativas, desde el más humilde municipio hasta la administración del Estado y de que, efectivamente, cuando un particular sufre un daño que no tiene el deber de soportar, puede acudir a la administración y si ésta no indemniza voluntariamente, los tribunales de justicia le van a indemnizar, siempre que acredite los elementos de la responsabilidad.

D) Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Con esto llegamos hasta el final del régimen anterior. Esta transición así, como la elaboración de la nueva Constitución se realizó de consuno, entre doctrinas científicas y el legislador, y a la que luego se incorporó la jurisprudencia que el constituyente quiso elevar al más alto rango normativo. Este principio de responsabilidad y este derecho de los particulares a ser indemnizados no bastaba con que fuera regulado, reconocido

y bien aplicado en general por ley ordinaria, sino que era necesario recoger este derecho ciudadano e incorporarlo al texto constitucional, poniéndolo así a resguardo de eventuales tentaciones del poder constituido, del Poder Legislativo, de eliminar del ámbito resarcitorio tales o cuales eventos dañosos.

Hay un derecho de todos; no sólo de los ciudadanos españoles sino de cualquier persona que en territorio español reciba un daño como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, a ser reparado, a quedar indemne, a recibir la correspondiente indemnización de la administración causante del daño. Creo que tengo que enfatizar la importancia y subrayarla aquí en México de que el Constituyente español recogiera este principio y lo elevara a categoría de derecho constitucional. También en otras constituciones europeas se recoge este principio resarcitorio, si bien con otras fórmulas, algunas ancladas todavía en el principio de la culpa. En Europa no hay una Constitución pero la función constitucional la hacen los tratados de la Unión Europea, pues la jurisprudencia de Luxemburgo que antes cité, virtualmente constitucionaliza también con los matices necesarios, el principio de responsabilidad en todo el ámbito de la Unión Europea.

El artículo 106.2 recoge la fórmula de la Ley de Expropiación Forzosa del 54, al señalar que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Ya no dice "del funcionamiento normal o anormal", sino que establece en una forma más sintética que todos los daños que se deriven del funcionamiento de los servicios públicos son imputables, no a la víctima, sino a la administración causante.

A partir de la vigencia de la Constitución, esa jurisprudencia que había ya definitivamente consagrado la aplicación de este principio de responsabilidad se refuerza sin la menor duda y, por tanto, tenemos también una muy abundante jurisprudencia desde el año 78. Han pasado ya más de 20 años de que esta vertiente de la garantía patrimonial de los particulares tiene plena carta de naturalización entre nosotros, tan plena que algunos han empezado a alarmarse.

Quizá al final de mi intervención vuelva sobre el "alarmismo" de algunos al considerar que quizás el espacio indemnizatorio que se ha cubierto a partir de la construcción y de su aplicación por los tribunales sea demasiado amplio. Existe el temor a que esto cause algunas dificultades a la hacienda pública, a los presupuestos públicos, y éste es un argumento que también entre nosotros se baraja, no como entre ustedes para implantar el sistema, sino quizá para poner algún freno en su ámbito aplicativo.

E) Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992.

Esta norma constitucional -artículo 106.2- ha sido desarrollada ya no por la Ley de Expropiación Forzosa sino por la vigente ley de una rúbrica muy larga, casi impronunciable: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Éste es el título más conocido, si bien los juristas españoles la citamos como la Ley 30/92 porque es mucho más fácil de decir. El título décimo de dicha Ley desarrolla este precepto constitucional recogiendo algunos de los aspectos que establece la Ley de Expropiación Forzosa del año 54 e incorporando, perfeccionando diríamos, el régimen jurídico de este instituto resarcitorio.

Recientemente, esta Ley del año 92 ha sido objeto de una reforma parcial en algunos de sus títulos, como los relativos a la regulación del sistema de revisión y de impugnación de actos, el tema del silencio administrativo, y también el legislador ha retocado algunos preceptos del título décimo relativo a la responsabilidad extracontractual de la administración.

Todas las acciones y pretensiones de responsabilidad se residen en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se consagra el principio de unidad jurisdiccional y, lo que es más importante, se reconoce -como ya lo hacía la ley del 56- la posibilidad de que las pretensiones de los ciudadanos ante los jueces no se limiten a pedir la anulación de un acto o de un reglamento, sino también a ser indemnizados; y finalmente, se contiene un precepto en esta ley de lo contencioso-administrativo, que es el artículo 106.1, en el que se regulan de una manera muy avanzada las sentencias de condena a la administración, es decir, al pago de cantidad líquida, entre las cuales se encuentran ciertamente las sentencias al pago de indemnizaciones extracontractuales.

A diferencia de lo que ocurría en las leyes anteriores, a partir de esta Ley se dice que todos los entes públicos no sólo están obligados a acatar las sentencias de condena al pago de cantidad líquida y a cualquier otro tipo de condena, sino que además deberán hacerlo con cargo a las cantidades que en todos los presupuestos de los entes públicos tienen que destinarse las partidas presupuestarias correspondientes, a este pago por sentencia firme de condena, y que, según la ley, tienen la calificación de ampliables.

Y ésta es la gran novedad, es decir, que si no hubiera fondos suficientes para el pago de la indemnización correspondiente, hay que iniciar inmediatamente el procedimiento para ampliar la partida presupuestaria y, en casos excepcionales, iniciar un procedimiento de crédito suplementario o complementario para que la víctima del daño sea indemnizada, y la administración no pueda excusarse o escudarse bajo el pretexto de inexistencia de fondos públicos para estos fines.



IV. Características del régimen de responsabilidad patrimonial del estado vigente en España.

A) *Ámbito de aplicación de la institución.*

En primer lugar, según el peculiar sistema de distribución territorial del poder que hay en España, que es un sistema, como ustedes probablemente saben, virtualmente federal o cuasi federal. El poder político está repartido entre los órganos centrales del Estado, entre las instituciones centrales del Estado y las llamadas comunidades autónomas. La Constitución establece un reparto de competencia legislativa entre uno y otras, es decir, entre el Estado y las llamadas comunidades autónomas.

En ese reparto hay un precepto que reserva al Estado la legislación para establecer el sistema general de responsabilidad patrimonial de los entes públicos; por tanto, la primera nota característica es que nuestro sistema es rigurosamente unitario. Es el mismo sistema de responsabilidad respecto de todos los entes que integran la organización administrativa, desde los casi 9 mil municipios que pueblan la geografía española, las 50 provincias, las 19 comunidades autónomas y todo ese conjunto de entes instrumentales o institucionales creados por las administraciones territoriales.

Todo ese conjunto de entidades están sujetas al mismo y unitario régimen de responsabilidad, justamente el recogido en esta Ley que les acabo de citar. Es un sistema general, ya que se refiere a todas las actividades administrativas extracontractuales, y quedarían fuera sólo las contractuales. La responsabilidad contractual tiene otro régimen en la ley de contratos de las administraciones públicas, y los requisitos, los elementos que la integran quedan fuera ahora de nuestra atención. Naturalmente la responsabilidad contractual es muy antigua, la administración siempre que ha incumplido un contrato administrativo ha tenido que indemnizar si la culpa del incumplimiento le corresponde, pero en relación con las demás actividades todas ellas quedan virtualmente dentro de la fórmula "funcionamiento de los servicios públicos".

B) *Responsabilidad directa y objetiva de la Administración.*

Se trata, pues, de una responsabilidad directa de la administración. ¿Qué significa esto? Que la víctima del daño no tiene que identificar, no tiene que localizar al agente público, al funcionario que con su conducta personal ha causado el daño, y sólo una vez identificado éste y probada su culpabilidad, su responsabilidad se transfiere, se imputa a la administración. En efecto, el funcionario es un órgano de la administración, y cuando la actividad administrativa desempeñada a través de agentes públicos causa un daño, la responsabilidad o los efectos indemnizatorios de esa acción dañosa se imputan directamente al ente.

En esta reciente reforma realizada en el presente año, se ha llevado este principio de responsabilidad directa a sus últimas consecuencias, hasta el punto de que el funcionario ya nunca responde o puede responder directamente frente a la víctima. El funcionario, que con su conducta culpable ha causado el daño, puede responder en vía de regreso frente al ente que directamente responde y paga la indemnización correspondiente a la víctima. Esto no siempre ha sido así. La víctima del daño ha tenido la posibilidad de acudir directamente frente a la administración o eventualmente si ese era su deseo también frente al funcionario. A partir de ahora, en España el funcionario nunca responde directamente frente a los perjudicados, pero sí puede y debe responder frente a la propia administración con su patrimonio -que finalmente es el patrimonio de todos nosotros, pues son fondos públicos-.

Y la nota más característica, la que realmente coloca en una situación muy avanzada al sistema español de responsabilidad patrimonial en relación con otros sistemas circundantes de nuestro horizonte jurídico cultural, consiste en que hay que reconocer que el sistema español ha instaurado a partir del año 54, y refrendado al máximo rango normativo en el año 78, un sistema de responsabilidad objetiva, como por cierto ha estudiado muy brillantemente el doctor Castro Estrada.

¿Qué significa esto? Responsabilidad objetiva significa que además de los daños causados a los particulares, que tienen su origen en actividades ilegales o en conductas culpables o dolosas de los agentes públicos, que quedan cubiertas naturalmente por el principio de responsabilidad directa de las administraciones públicas, el sistema cubre también la resarcibilidad de los daños que se derivan no de conductas ilegales o culpables sino del funcionamiento legal, correcto, normal de la actividad administrativa, pero que con una consecuencia inevitable, y muchas veces involuntaria, desencadena un evento lesivo en un patrimonio cuyo titular no tiene el deber de soportar.

La ley atribuye muchas potestades a la administración para actuar rápida, diligente y eficazmente en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales. Tiene que hacerlo, y los ciudadanos tenemos el deber de soportar esa actividad -valga la expresión-, tenemos el deber de colaborar con la administración para que los intereses generales se satisfagan. Pero la ley, como regla general, no nos obliga a financiar además con nuestro patrimonio esas acciones desarrolladas por la administración en aras de los intereses públicos, sino que lo que reconoce es que si esas acciones causan daños, las consecuencias dañosas se repartan a través del principio de solidaridad entre todos y, por tanto, se imputen a las arcas públicas para pagar el sacrificio patrimonial padecido por un ciudadano concreto.

Este doble rasgo de responsabilidad directa y objetiva cubre todo el actuar de la administración, tanto el ilícito como el lícito; insisto, el lícito cuyas consecuencias dañosas no tienen por qué ser padecidas sólo por la víctima, sino repartidas y, por tanto, imputadas a la propia administración actuante. En el régimen de garantías patrimoniales de los ciudadanos y de los particulares frente a la administración, para

quien recibe la indemnización le es indiferente que ésta sea el fruto de una acción de despojo directo, expropiatorio o el fruto de una acción administrativa tendiente a satisfacer un interés público, lo que a él importa es que hubiera causado un daño, y ser indemnizado por una u otra vía.

Pero hay una diferencia importante entre la figura de la expropiación y la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. Coinciden en la indemnización sin duda, en la garantía patrimonial del particular; pero en el primer caso la administración desarrolla una actividad cuyo objetivo único es privar al ciudadano de una parte de su patrimonio en aras de una obra pública o de un servicio público. Este es el objeto directo de su intervención de despojo, es decir, del acto coactivo; por eso se habla de "expropiación forzosa" de un patrimonio, o de una parte de un patrimonio privado a manos públicas.

Por ello es esencial en el instituto expropiatorio que se fije una indemnización; en el procedimiento expropiatorio el expropiado debe tener todas las posibilidades de defensa de sus intereses y de sus derechos. El objetivo es fijar una indemnización justa, un justiprecio; si este justiprecio ha de pagarse antes del despojo o después, es discutible y ahora no voy a entrar en ello, pero sí es absolutamente necesario que antes de que se traspase el bien privado al patrimonio público a través del negocio expropiatorio, se fije al menos una indemnización.

En el instituto de la responsabilidad patrimonial esto es imposible porque la administración no quiere causar ningún despojo, no quiere causar ningún daño; el objeto de su acción no es despojarle a nadie de su propiedad o de alguno de sus bienes; el objeto de su múltiple y heterogénea actividad realizada a través de las potestades recibidas por el ordenamiento, es satisfacer ese conjunto numerosísimo de necesidades colectivas cotidianas. Lo que ocurre es que la administración es una enorme organización, es un conjunto muy vasto de entes y de órganos, y de personas físicas que trabajan, la mayor parte de ellas, profesionalmente, al servicio de la administración. Y en el desempeño de esas funciones tan amplias, tan abundantes y tan heterogéneas, inevitablemente se causan daños a los particulares, a veces es por el comportamiento negligente y, en algunos casos, hasta doloso, de los agentes públicos en su conjunto.

La vieja Ley del 54 hablaba de la administración pública como una vasta organización creadora de un ingente sistema de riesgos. La administración al actuar -pero no sólo cuando actúa- con coacción directa a través, por ejemplo, de las fuerzas de policía, o también cuando revoca una determinada licencia, puede poner en riesgo el patrimonio del destinatario de su actividad, por tanto, en estos casos tiene que ser siempre *ex post* la fijación del *quantum* indemnizatorio; es decir, tiene que ser siempre después de que se han consumado los efectos dañosos de la actividad administrativa.

De acuerdo a nuestro sistema, la indemnización debe ser lo que literalmente la palabra dice: que la víctima quede indemne; esto es, sin daño, que la acción administrativa que ha beneficiado a todos no perjudique en algún grado a la víctima del daño, que quede indemne de acuerdo al principio de reparación integral.

Sí quiero detenerme en algunos aspectos concretos de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial directo y objetivo de las administraciones públicas, al que, dicho sea incidentalmente, se van aproximando por uno u otro camino todos los países que integran la Unión Europea.

El problema es que cada país es tributario de sus propias tradiciones jurídicas y entonces se buscan quizá técnicas o categorías jurídicas que nosotros no aplicamos, pero cuyo sendero puede ser más o menos largo, pero el final es el mismo. Hay toda una tendencia a la objetivización de la responsabilidad de la administración en Europa; no obstante, en algunos supuestos se elimina pura y simplemente la culpa y en otros se objetiviza, de tal manera que en la práctica es lo mismo para la víctima, porque finalmente la imputación del daño padecido se hace a la administración y no al funcionario público.

C) Aplicabilidad de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, cabría preguntarnos ¿quiénes tienen el derecho constitucional consignado en el artículo 106? Como lo he dicho antes, todos los particulares, cualquiera que sea su nacionalidad. Si han tenido una relación extracontractual dañosa con una administración española que causa una lesión y que a éstos la ley no les obliga soportar, tienen derecho a solicitar la correspondiente indemnización, y se aplica a todas las administraciones públicas. Pero incluso añadiré algo más: esta ley que he citado, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del año 98 extiende el control judicial a otros organismos constitucionales o autonómicos, otros organismos públicos que de ningún modo se pueden entender integrados en la organización administrativa.

Por ejemplo, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, etcétera. Pero esta ley reconoce que dichos organismos desempeñan funciones constitucionales rigurosamente apartadas de la función administrativa de satisfacer los intereses generales. La función constitucional de los jueces es aplicar la ley al caso controvertido ejerciendo el monopolio de la función jurisdiccional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; el legislador hace las leyes y controla al Poder Ejecutivo, etcétera.

Pero para realizar su función constitucional necesitan llevar a cabo alguna actividad materialmente administrativa de carácter instrumental; necesitan tener un personal, ciertos bienes, etcétera. Esta ley señala que en relación con la gestión patrimonial y con las cuestiones relativas a ese personal, es decir, en relación con esa actividad materialmente administrativa de dichos organismos, cuando exista conflicto, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que se refiere a estos organismos, en lo que atañe a su actividad instrumentalmente administrativa, la ley se ha ocupado de un problema que entre nosotros empieza a cobrar alguna importancia. He dicho que responde la administración causante del

daño, pero en supuestos cada vez más numerosos, el daño es el producto de una acción concurrente de varias administraciones públicas; no es una sola la que causa el daño, sino que son varias que han adoptado un instrumento de actuación conjunta para realizar, por ejemplo, tal o cual obra pública o para poner en funcionamiento un servicio público en cuyo desenvolvimiento se produce un daño; y el problema es determinar qué administración responde.

Nuestra ley señala que, en principio, la responsabilidad es solidaria y, por tanto, la víctima puede dirigirse frente a cualquiera de ellas por la totalidad del *quantum* indemnizatorio. Luego serán ellas a través de una acción de repetición quienes repartan la cuantía pagada por una, en función de la participación que hayan tenido. Esta es la regla general, pero la reciente reforma ha tratado de que este principio de solidaridad se conjugue o se mitigue con el principio de mancomunidad, y que haya un reparto efectivo de la parte que a cada administración le corresponde según haya sido su participación en la producción del daño, y establece ciertos criterios legales para que se lleve a cabo este principio. Pero la regla general -que es la que garantiza mayormente a los perjudicados- es que la víctima pueda dirigirse por la totalidad de la cuantía del daño frente a cualquiera o frente a todas ellas conjuntamente.

D) Concepto de “funcionamiento de los servicios públicos”.

La ley habla y la Constitución también, del funcionamiento de los servicios públicos. Entre nosotros se ha entendido por “funcionamiento de los servicios públicos” una entre las muchas formas de actividad administrativa, no entendida en sentido estricto, sino que la inteligencia de este concepto que tiene una raigambre en nuestra historia administrativa, se ha entendido como sinónimo en términos jurídicos de “actuación administrativa”.

La propia Constitución en su artículo 106, que reconoce el derecho a la indemnización, en su apartado 1 dice que los tribunales controlan la legalidad de toda la actuación administrativa, y en el apartado 2 dice que tienen derecho los particulares a ser resarcidos por el funcionamiento de los servicios públicos. En fin, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia hemos entendido que el funcionamiento de los servicios públicos y la actividad administrativa es lo mismo que toda actividad desplegada por la administración en ejercicio de sus potestades.

A lo anterior cabe añadir que la administración puede actuar normalmente con su capacidad de derecho público, con sus potestades propias, como la potestad de expropiar, la potestad fiscal, la potestad de planificar, de ordenar, de recaudar tributos de policía, etcétera. Pero también en ciertos casos la administración puede actuar como un sujeto privado, despojado de sus prerrogativas; la administración puede comprar una mesa en el mercado o en una tienda cuando la ley no le obligue a someterse a concurso a través de un sistema de contratación administrativa.

Pues bien, la administración en esos casos de derecho privado extracontractual, también puede causar daños. En épocas anteriores a la última reforma de la Ley tenía un régimen peculiar; en cambio, a partir de la Ley de 1999 que reforma la Ley 30/92, esos daños causados no ya por la actividad típica institucional producida en el llamado giro o tráfico administrativo, sino por simples actividades privadas de la administración, también debe reconducirse hoy al concepto de funcionamiento de los servicios públicos, porque la ley establece una unidad total, una uniformidad de régimen jurídico de reclamación y de control judicial respecto de estos daños producidos en el ámbito de la llamada "administración o actividad administrativa de derecho privado".

Y no sólo eso, el gobierno de la nación en España según la Constitución dirige a la administración, la cual es una organización servicial, vicarial, dirigida por el gobierno que tiene la legitimidad democrática a través de la mayoría parlamentaria que lo sostiene después del resultado electoral. Pues bien, el gobierno, que es la cúspide de la administración del Estado, ejerce por mandato constitucional ciertas funciones no administrativas sino constitucionales, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones internacionales o en el ámbito de las relaciones interinstitucionales con el parlamento y con otros organismos constitucionales, a través de los llamados actos de gobierno.

Bien, en principio, los actos de gobierno o los actos políticos, no son o no pueden ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque ésta se ocupa sólo de la actuación administrativa, y aquí estamos en presencia de actuación política y no administrativa; sin embargo, la ley dice que las consecuencias dañosas para los particulares de esa acción política del gobierno, generan el derecho también a la indemnización y, por tanto, son imputables a ese gobierno y a esa administración, y las víctimas tienen derecho a ser resarcidos, y si no lo son, tienen derecho de acudir a los tribunales contencioso-administrativos para reclamar la correspondiente indemnización.

Antes he dicho que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es "general", porque abarca todas las actividades administrativas imaginables, todas aquellas permitidas por el ordenamiento jurídico. Por tanto, en principio, la responsabilidad directa y objetiva de un ente público en España, de una administración pública, puede ser la consecuencia de actos normativos de los reglamentos administrativos, puede ser la consecuencia de actos administrativos, de actos unilaterales a través de los cuales ejercen esas potestades propias y exclusivas de la administración, puede ser el fruto de actuaciones estrictamente materiales de la administración, de operaciones puramente técnico materiales necesarias para la puesta en marcha de las obras públicas o de los servicios públicos, y puede ser el fruto, también, no sólo de actuaciones positivas, sino de omisiones o inactividades, de situaciones dañosas debidas a la no actuación de una administración pública. Todos estos supuestos están recogidos en la fórmula genérica: funcionamiento de los servicios públicos, y en nuestra jurisprudencia podemos encontrar numerosos casos de daños derivados de una u otra forma de actuación administrativa.

Quiero puntualizar en este momento que son muy escasos los supuestos de daños derivados directamente de actividad normativa de la administración, porque normalmente cuando la administración aprueba un reglamento que desarrolla una ley, que ejecuta una ley, impone regulaciones generales, mandatos generales, cargas generales y, por tanto, limitaciones generales a todos los sujetos jurídicos, que es lo propio de la actividad normativa. Los supuestos que se contemplan son abstractos, son generales y, por tanto, afectan por igual; pero si algún reglamento impone -y esto lo ha dicho nuestra jurisprudencia- alguna limitación singular lesiva para un ciudadano en concreto, esta lesión puede ser también imputada a la administración.

La responsabilidad por actos administrativos fue el objeto directo de la brillantísima investigación doctoral de Avelino Blasco Esteve aquí presente-, pues frente a un primer momento, que duró algunos años, existió el rechazo de los tribunales de justicia; hoy hay casos muy numerosos de imputación de daños producidos por actos administrativos.

No obstante, hay una especie de residuo de la situación anterior de irresponsabilidad en la ley vigente, cuando nos dice en uno de sus preceptos que la simple anulación de un acto administrativo no implica derecho a la indemnización; pero si del acto anulado por un tribunal porque dicho acto vulnera el ordenamiento jurídico, es decir, que ese acto además ha producido una lesión patrimonial, entonces con absoluta evidencia la administración responde. La simple anulación no implica derecho a indemnización, pero la anulación de un acto que ha producido daños, sí implica el derecho al resarcimiento.

E) Concepto de funcionamiento “normal” y “anormal” del servicio público.

La fórmula de la Ley de Expropiación Forzosa del año 54, no ha sido recogida en la Constitución, porque ésta es más sintética y nos habla sólo del funcionamiento de los servicios públicos, pero ha sido reproducida por el artículo 139 de la vigente Ley 30/92 - la Ley de Procedimiento Administrativo antes citada-, y sí nos habla del funcionamiento “anormal” y también del “normal”. ¿Qué es el funcionamiento “anormal”? El funcionamiento “anormal” de la actividad administrativa puede presentarse tanto porque en la conducta de un agente hay algún elemento de ilicitud, de culpabilidad, en cualquiera de sus grados, por la presencia de dolo o culpa, como por la simple ilegalidad de la conducta.

La “anormalidad” es sinónimo también de “ilegalidad”; no ha habido conducta culpable pero la actividad administrativa es ilegal, no ajustada a los mandatos del ordenamiento jurídico. La anormalidad cubre tanto un caso como otro, e incluso, cubre aquellos supuestos que en la doctrina francesa han hecho fortuna de la llamada ya no “culpa subjetiva” de tal o cual agente público o funcionario, sino de la llamada “culpa objetiva del servicio público”, es decir, de la actividad. No se sabe qué funcionario ha actuado

con negligencia o con culpa, lo que se sabe es que el servicio en su conjunto ha actuado anómalamente o no ha funcionado en lo absoluto, o ha funcionado tardíamente o por debajo de los estándares mínimos exigibles a la actividad administrativa. Esa especie de culpa objetiva se integra también dentro del concepto de anormalidad.

Pero volvamos al elemento característico de nuestro sistema, que cubre también los supuestos de funcionamiento normal, y supongo que serán aquéllos que a ustedes más les puedan llamar la atención, pero ¿qué significa, en términos técnico-jurídicos, responsabilidad por "funcionamiento normal" de la administración que causa un daño? Se puede decir que "funcionamiento normal" es una actividad administrativa perfectamente ajustada a la legalidad, sin culpa de algún funcionario ni del conjunto de la organización, pero que causa en su desenvolvimiento un riesgo que es potencialmente creador de daños, y esa actividad normal finalmente se traduce en un daño patrimonial frente a tal o cual sujeto.

La responsabilidad por funcionamiento normal es sinónimo de "responsabilidad por riesgo" y, por tanto, cubre todos los supuestos de caso fortuito. La Constitución, que ya nos ha dicho que la administración responde por el funcionamiento de los servicios públicos, excluye los supuestos de fuerza mayor, y también lo hace -como es lógico- la ley que desarrolla el mandato constitucional, y se nos dice en ese artículo 139 que la administración responde por el funcionamiento anormal o normal, salvo casos de fuerza mayor.

¿Qué significa esto? Significa que en el desenvolvimiento de la actividad administrativa -pongamos por ejemplo la actividad de policía-, incluso con coacción directa para hacer frente a una grave alteración de la seguridad ciudadana o del orden público, esta parte de la administración que es la policía o los agentes que la integran, lleva a cabo una acción absolutamente ajustada a los mandatos legales.

Es una actuación exquisitamente respetuosa de los derechos de los ciudadanos; por ejemplo, el derecho de manifestación, pero a partir de cierto momento se crea una alteración del orden público que obliga a una intervención mediante una actuación que no es reprochable desde ninguno de los puntos de vista de los intereses públicos protegidos o de las normas que disciplinan y regulan esa actuación.

Es una actuación lícita, pero en cuyo curso produce lesión, por ejemplo, a una persona que nada tiene que ver con la manifestación, que pasaba por ahí y que recibe un disparo y se le causa una lesión o la muerte o cualquier otro tipo de daño, ¿ahí qué ha habido?, ¿ha habido funcionamiento anormal?, ¿ha habido culpabilidad en el agente? Admitamos como hipótesis que no ha habido culpabilidad, pero ha habido una víctima, ha habido un daño, una lesión en el grado más alto que es la pérdida de la vida y las consecuencias patrimoniales que ésta pueda tener para sus familiares y herederos. Este es un típico supuesto de riesgo, de actividad administrativa lícita pero que crea un riesgo, que se traduce en un daño patrimonial. El criterio de imputación es el criterio del riesgo y, por tanto, el criterio del caso fortuito.

Pongamos otro supuesto. La administración gestiona muchos servicios, entre ellos, el servicio público de conducción y suministro de gas a los usuarios. Normalmente los suministros son subterráneos; se adoptan todas las medidas de seguridad que la ciencia y la tecnología obliga y que las normas y las leyes exigen para evitar que el riesgo de la conducción de gas se traduzca en un daño. Pero un día la conducción explota y causa víctimas, causa daños.

Este sería otro ejemplo típico de caso fortuito, distinto de la fuerza mayor. En este caso se han adoptado todas las medidas de seguridad exigibles por la ley, incluso más, todas las que la ciencia en ese momento prescribe que hay que adoptar, pero la conducción explota imprevisible e inevitablemente. No se podía ni prever el suceso ni evitarlo, pero ese evento dañoso se ha producido en el ámbito de la organización interna de la administración, en el ámbito de la titularidad del servicio.

Ahora bien, ¿cuándo estaríamos en presencia de fuerza mayor excluyente de todo tipo de responsabilidad? Cuándo el suceso se produce también inevitable e imprevisible o previsiblemente incluso, pero inevitablemente de acuerdo con los conocimientos y los medios al alcance de la administración. Por ejemplo, se puede prever un movimiento sísmico, pero no se puede evitar.

Como en el caso fortuito, tampoco se puede evitar; pero en este supuesto los daños derivados no les serían imputables a la administración porque estamos en presencia de un supuesto ajeno a la organización administrativa -como dicen los ingleses-, un *act of God*: un acto de Dios o de la naturaleza, algo completamente ajeno al actuar de la administración pública. Cuando ello ocurre, entonces no hay nexo causal y, por tanto, en tal caso el daño inevitablemente tiene que correr a cargo de la víctima, sin perjuicio naturalmente de la entrada en funcionamiento de otros mecanismos correctores de previsión social, de seguridad, etcétera, pero no del instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración.

F) La antijuridicidad del daño.

Quiero también subrayar otro aspecto aquí, que se ha mencionado tanto en las palabras de bienvenida que agradezco vivamente del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como en las que yo acabo de pronunciar. Es un concepto que se ha repetido varias veces; es imprescindible para que el instituto resarcitorio funcione y se impute el daño a la administración, que este daño sea antijurídico. Pero lo característico en un sistema de responsabilidad objetiva es que la antijuridicidad del daño no se mide, no se valora en la conducta de la administración causante del daño sino en el patrimonio de la víctima, en las consecuencias que esa conducta -que puede ser perfectamente lícita- causa en el patrimonio.

Si no hay una norma que atribuya a la administración un título o una causa de justificación en virtud de la cual las consecuencias del actuar administrativo deben correr a

cargo de la propia víctima y, por tanto, ésta tenga el deber de soportar, entonces el daño es antijurídico y, por tanto, es imputable a la administración. Esto es muy importante porque cierra el círculo de la responsabilidad directa y objetiva de la administración; es decir, de todos aquellos supuestos de daños producidos por riesgo, por caso fortuito, pero cuyos daños no hay el deber de soportar.

Un ejemplo, si la administración crea un tributo de acuerdo con la ley y lo imputa y lo liquida en el patrimonio de un sujeto, evidentemente ese sujeto sufre un detrimento patrimonial, sufre en términos materiales un daño patrimonial, pero la administración tiene un título para imponer ese sacrificio patrimonial.

Hay otros muchos ejemplos, como cuando la administración impone una sanción porque el ciudadano ha cometido un ilícito administrativo, la sanción evidentemente tiene efectos lesivos desde el punto de vista patrimonial, pero la sanción incorpora un título legítimo de intervención administrativa que impone al sancionado el deber de soportar ese daño como consecuencia de su previa actuación ilícita.

Cuando esto no ocurre, es decir, cuando no hay una causa o título de justificación, el daño es siempre antijurídico y, por tanto, si reúne los demás requisitos que la ley exige, es decir, que el daño sea evaluable económicamente -y dentro de este concepto los tribunales han incorporado también el resarcimiento de los daños morales-, que sea individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas -lo que elimina las cargas generales que tenemos que soportar todos, como son las limitaciones legales o reglamentarias de la acción administrativa-, y además que el daño sea efectivo, es decir, que se haya producido ya en acto un detrimento patrimonial -lo que excluye a los daños hipotéticos eventuales o futuros, que tal vez se pueden producir pero tal vez no-.

En síntesis, si además de la antijuridicidad -el no deber de soportar el daño- éste reúne todos esos otros requisitos, se convierte en una lesión desde el punto de vista jurídico, una lesión resarcible y, por tanto, imputable a la administración.

Como ustedes pueden comprender, habría muchos otros asuntos dentro de este magno tema de la responsabilidad patrimonial de la administración que no he mencionado, tales como las instituciones colaterales de la responsabilidad por actos legislativos, o del Estado-Juez, y muchos otros supuestos que no he aludido relativos al régimen jurídico español de la responsabilidad porque sobre ellos volverá en seguida el profesor Avelino Blasco Esteve. Muchas gracias.

TEMA II

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL
ESTADO EN MÉXICO**

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN ESPAÑA

Dr. Avelino Blasco Esteve*

Ante todo, quiero manifestar mi satisfacción por estar en este Instituto que ya conocía y en el que estuve el año pasado, con quien tengo buenas relaciones, porque tengo incluso una publicación en él y por tanto decir que me siento como en mi casa. Quiero también agradecer a las instituciones organizadoras y concretamente al doctor Álvaro Castro Estrada su amable invitación para participar en este ciclo de tan alto nivel y que tanto éxito está teniendo.

A) Sin más demora entraré en la regulación de algunos aspectos concretos de la institución de la responsabilidad en derecho español. De muchos temas ya ha hablado el profesor Leguina, y por tanto, yo voy a intentar no solaparme con él y pretendo ocupar los huecos o aspectos que él no ha tocado, de modo que puedan ustedes tener una idea cabal del conjunto de la institución entre las dos conferencias. De entrada hay un punto que ha sido aludido antes, que es el concepto de lesión, y dentro del mismo, las características del daño. Como saben, el daño no es equivalente a la lesión, pero evidentemente la lesión siempre supone un daño, un daño antijurídico. El problema es el siguiente: *¿cuáles son las características que ha de tener ese daño?* (características que además son extensibles a todo el derecho de daños, tanto en vía administrativa como en vía civil; por consiguiente es un tema absolutamente general y que nos sirve para cualquier ámbito jurisdiccional.

* Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de las Islas Baleares, España

Según la Ley española de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Aunque el tema ya ha sido aludido, me van a permitir que abunde un poco más en cada una de estas tres características. En primer lugar, el requisito de daño efectivo: el daño efectivo es el daño cierto, el daño que ha tenido lugar verdaderamente, no el daño potencial que puede ocurrir o no, incluso aunque sea previsible su próxima existencia, es decir, que el daño efectivo deja fuera de la indemnización los llamados daños eventuales o simplemente posibles, aquéllos que pueden producirse pero que no son actuales. Deja fuera también lo que técnicamente conocemos como pérdida o frustración de expectativas: el daño exige normalmente la lesión, el detrimento de un derecho subjetivo, pero si se trata sólo de una expectativa -al menos en lo que es derecho español- normalmente se entiende que la pérdida de expectativa no es indemnizable, aunque ello pueda conducir a veces a resultados un tanto inicuos. Porque expectativas hay de muchos tipos, hay expectativas que son muy lejanas; hay otras expectativas a veces que son muy próximas: cuando en un concurso para la selección de un contratista o para la selección de un funcionario hay alguno de los candidatos que tiene todas las posibilidades de ganar y merced a una actuación arbitraria del tribunal o comisión de selección correspondiente se le priva de ese derecho. Por eso a veces la pérdida de expectativas, aunque teóricamente no es indemnizable, deja un amargo regusto, un amargo sinsabor precisamente porque la conversión de expectativa en derecho estaba muy cerca. Esto en derecho español no tiene solución; por el momento, que yo conozca, no se ha indemnizado pérdida de expectativas, aunque posiblemente habría alguna fórmula legal para ello, dado que la ley española habla en general de que la legitimación en el recurso contencioso administrativo está abierta no sólo a los titulares de derechos sino también a los titulares de intereses legítimos: una expectativa, desde luego, es un interés legítimo. Así, la pérdida de un derecho es indemnizable mientras que la pérdida de una expectativa, es decir, de un interés legítimo no es indemnizable; no parece muy congruente esta distinción con, digamos la tradicional doble legitimación, en virtud de titularidad de derechos e intereses que se tiene en el recurso contencioso administrativo. Hay que decir además, para acabar con este punto, que en el derecho continental de daños es perfectamente conocida la pérdida de expectativas, la pérdida de "chances" -dicen los franceses-, que se indemniza en menor cuantía que la pérdida de derecho, evidentemente porque no suponen un derecho perfecto pero, como digo, hay siempre indemnización también de esta pérdida de oportunidades. No hemos llegado a este punto en el derecho español.

Segundo requisito del daño: -ya lo mencionaba antes el doctor Leguina- el daño ha de ser evaluable económicamente, es decir, ha de ser valorable o cuantificable en dinero. Aquí el único problema se presenta con los daños morales (el *pretium doloris*), el precio de la aflicción psíquica que produce, a veces con repercusiones hasta físicas en algunas personas, la pérdida de seres queridos: en el derecho español el daño moral durante mucho tiempo no se indemnizaba, ya que se pensaba que no se podía cuantificar. Pero a partir de una sentencia famosa de 1975, en un caso que viene en

todos los libros, el asunto "novios de Granada", en la que un enajenado mental se lanza por la ventana de un hospital cayendo sobre una pareja de novios que desgraciadamente transitaban en aquel momento por la acera, produciendo la muerte del novio y daños muy graves a la novia, en esa sentencia se declara indemnizable el dolor de la madre del fallecido. Precisamente, por la pérdida de una persona querida se entiende que el daño moral es indemnizable, el problema entonces se traslada a determinar cuál es la cuantía del daño moral: ¿cuánto vale la pérdida de un hijo? El dolor por la pérdida de un hijo es impagable, como pueden imaginar, pero los tribunales lo que hacen es establecer cantidades a tanto alzado, cantidades *a forfait* (de un millón de pesetas pongamos por ejemplo) en los que únicamente pretenden dejar en claro que el daño moral también se indemniza con una cantidad no importante en esos momentos pero tampoco insignificante, y que de alguna manera quede claramente sentada la indemnizabilidad de este dolor.

El tercer requisito es el más complicado y en él quisiera detenerme algunos momentos, también apareció en la exposición del profesor Leguina. El daño, dice la ley, ha de ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Como ven, la ley no exige que sea una sola persona la dañada, pues admite la posibilidad de que sea un grupo de personas; no exige que el perjudicado sea uno o sea único. El problema se plantea cuando se trata de un grupo de personas, claro aquí puede haber supuestos muy distintos, un grupo de personas pueden ser unas cuantas muy localizadas y entonces no hay ningún problema; pero un grupo de personas puede ser un grupo muy genérico, puede ser incluso un grupo muy amplio, con lo cual entonces empezamos a estar ya en los límites de la propia institución de la responsabilidad. Porque concretamente, cuando el daño lo causa una disposición de carácter general, es decir, una norma o reglamento administrativo -antes decía el profesor Leguina que hay pocos casos pero en fin son perfectamente posibles-. Tal vez el caso más conocido que ha habido en la jurisprudencia española es el de una orden que regulaba los márgenes comerciales que podían percibir los farmacéuticos en la venta de medicamentos, es decir, lo que le correspondía a cada farmacéutico. Eso se regulaba por una orden ministerial y esa orden fue impugnada por los colegios de farmacéuticos, siendo anulada varios años después, tres o cuatro años después. A partir de la anulación, los mismos farmacéuticos solicitaron una indemnización de daños y perjuicios por todos aquellos años que habían estado cobrando márgenes inferiores en base a esa orden que había sido anulada. Como en este caso, el reglamento del cual partía el daño había sido eliminado del mundo jurídico, el Tribunal Supremo tuvo que decir que efectivamente este era un daño indemnizable, que aquí había una lesión y por lo tanto -a pesar de que era un reglamento- se consideran indemnizables esos daños, que supusieron una cuantía de cierta entidad.

Pues bien, cuando el daño lo produce un reglamento -como en este caso que estaba contando- lógicamente afecta a muchas personas el daño, y ya dudamos de si es o no es individualizado. En la interpretación generalizada de la doctrina española, lo que quiere decir la ley seguramente es que el daño exceda de lo que llamamos cargas

comunes que exige la vida en sociedad, concepto que ha sido aludido antes, pero me van a permitir que profundice un poco en él. La idea es que -y es una idea que viene del Consejo de Estado francés- hay ciertas molestias que sufrimos los ciudadanos que se traducen en perjuicios o se pueden traducir en perjuicios patrimoniales, molestias y perjuicios que deben ser soportados sin compensación, porque en definitiva son cargas que exige la vida en sociedad, cargas comunes a que obliga la vida social. Hay un ejemplo clásico extraído de la doctrina del Consejo de Estado francés que a mi me gusta recordar porque es hasta anecdótico. Es una sentencia del Consejo de Estado francés (*arrêt*) de los años 20, en que un ciudadano que vivía en una pequeña población francesa, al lado de la plaza del pueblo, en la cual había unos grandes árboles, que perdían su hoja en otoño. Cuando perdían su hoja, llenaban el patio de un vecino de hojas que lógicamente el vecino tenía que limpiar. Hubo un momento en que este ciudadano francés solicitó una indemnización por los trabajos o los costos que tenía la limpieza de su patio y el Consejo de Estado francés le dijo que efectivamente la limpieza costaba ciertas cantidades que él había demostrado presentando las facturas correspondientes, pero que esto eran cargas comunes que exige la vida en sociedad.

El ejemplo es anecdótico, aunque creo que muy clarificador; pero el problema se presenta cuando lo llevamos a muchos otros ámbitos, a muchas otras molestias, a muchos otros pequeños perjuicios o a veces grandes perjuicios que produce la vida en común y que los ciudadanos soportamos estoicamente. Desde luego no recurrimos; o cuando a alguien se le ocurre recurrir o reclamar ante los tribunales, éstos se ven en un auténtico dilema precisamente porque estamos en el límite, en las zonas fronterizas; daños producidos por el ruido, por ejemplo, de las vías públicas (el inmenso ruido de una autopista o de una carretera de salida a una gran ciudad que hace la vida imposible en la viviendas contiguas); daños producidos, por ejemplo, por el deficiente funcionamiento de los servicios públicos: antes hablaba el profesor Leguina que en la fórmula española son indemnizables los daños producidos tanto por el funcionamiento anormal como normal de los servicios públicos. Los daños producidos por el funcionamiento anormal implican lógicamente que el servicio ha funcionado mal o no ha funcionado pero pueden implicar también que el servicio ha funcionado por debajo de los estándares habituales de funcionamiento, de los estándares exigibles de funcionamiento a ese determinado servicio y aquí entramos en un determinado realmente pantanoso de cuáles son los estándares exigibles a un determinado servicio en un momento histórico, dado que estos estándares de funcionamiento ni son los mismos en todos los países ni son los mismos en todas las épocas en un mismo país. Por ejemplo, los daños producidos a vehículos automóviles por deficiencia en las vías públicas por baches o socavones; las primeras sentencias de los años 60 en España dicen que el daño producido sí se debe al bache, pero también a la gran antigüedad del vehículo que no pudo soportar la percusión que le produjo el pasar por el bache, cosa que vehículos más modernos sí habrían soportado. Hoy esta sentencia sería absolutamente impensable. La jurisprudencia considera inadmisibles que una carretera permanezca abierta indefinidamente durante días con

un bache importante o sin señalizar, de tal manera que el vehículo pueda salirse de la carretera, por ejemplo, o con un socavón ciertamente grande que puede producir salidas de la calzada de la motocicleta, etcétera.

Este es un tema complicado de los estándares pero que a mí me parece importante traerlo a colación conectando con el tema de las cargas comunes que exige la vida social, porque creo que aquí hay una labor inevitable de los aplicadores del derecho concretamente de la administración y, en especial, de los propios jueces y tribunales a la hora de decidir en el caso concreto si realmente el servicio ha funcionado por debajo de los estándares que son exigibles en aquel tiempo y lugar, y por tanto, todo lo que esté por debajo sería indemnizable y lo que esté por arriba sería una carga común que exige la vida social.

B) Otro tema que quisiera tocar y que también ha sido aludido de alguna manera en la conferencia anterior es el tema de la relación de causalidad. Evidentemente para que se produzca una imputación del daño a la administración como responsable tiene que haber una relación de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el daño causado. El problema, es que la relación de causalidad en nuestra legislación prácticamente dice muy poco y nuestra jurisprudencia tampoco ha avanzado demasiado. La doctrina durante años ha marginado este tema o lo ha aludido, digamos, sin hacer excesivas precisiones, a diferencia de lo que ocurría con otros ámbitos jurídicos como el derecho penal especialmente, aunque hay que decir también, que últimamente han aparecido algunas monografías importantes sobre este punto concreto.

La verdad que aquí los tribunales se pronuncian de una manera muy causal, de casualidad inicialmente exigieron en periodos iniciales -hablo de los años 60 a principios de los 70- exigieron en muchas ocasiones que la causa administrativa fuera exclusiva, fuera única en la producción del daño, es decir, que no hubiera concurso causal, que no hubiera concurrido en la producción del daño ningún otro tipo de causas fuera culpa de la propia víctima del propio perjudicado o fuera culpa de un tercero. Esta jurisprudencia empezó ya a cambiar hace bastante tiempo, al menos hace dos décadas, seguramente más y hoy en día está perfectamente superada. Yo creo que ya no hay ninguna sentencia, o sería insólita, alguna sentencia que mantuviera esa doctrina de la causa exclusiva; por el contrario, la jurisprudencia admite con perfecta normalidad la hipótesis de concurso causal, de concurrencias de causas, sea la de la propia víctima sea la de hecho de tercero. En el caso de la propia víctima o del perjudicado, el problema se reduce a cómo se reparte el resarcimiento entre el perjudicado y la administración.

Aunque la ley no dice nada, las técnicas que emplean los tribunales intentan cuando pueden cuantificar el grado de responsabilidad que le corresponde a cada uno de los intervinientes, es decir, establecer porcentajes determinados de responsabilidad. Como no es nada fácil, la solución más sencilla es dividir la cuantía del daño por

mitades y atribuirle a la administración sólo la responsabilidad o el resarcimiento de la mitad del daño e imputar a la propia víctima la otra mitad de ese daño. Aun así, hay bastantes sentencias que no hilan tan fino, tal vez por comodidad, tal vez porque piensan que la administración podrá, en su caso, repetir contra la víctima. No sé muy bien por qué, pero imputan incluso en estos casos la totalidad del daño a la administración, es decir, aun reconociendo que hubo culpa de la víctima, que hubo una actitud negligente del propio perjudicado, por ejemplo, ha habido bastantes sentencias de un supuesto desgraciado, consistente en un control policial de carreteras que da el alto a un vehículo, que resulta ser robado, y que va conducido por alguien que no es su titular: esta persona ante ese alto da media vuelta y emprende la huida rápidamente y los agentes de orden público disparan, hacen uso de sus armas reglamentarias produciendo daños corporales. Aunque aquí evidentemente ha habido culpa de la víctima en sentido de que el vehículo es robado y de que ha emprendido una huida precipitada sin hacer ningún caso de las señales que le hacían los agentes de orden público, sin embargo, esta jurisprudencia entiende que a pesar de ello el daño ha de ser imputable a la administración porque ha habido un uso, al menos desproporcionado, de las armas de fuego ante un vehículo que huye: se entiende que en ese caso no se pueden utilizar sino más las armas de fuego.

En el otro supuesto de concurrencia causal el hecho de tercero admite muchísimas posibilidades, porque muchas veces el daño lo inicia un tercero, pero la actuación de la administración agrava la producción del resultado lesivo: el resultado dañoso se produce por una mala actuación de los agentes de orden público, de los bomberos cuando van a apagar el fuego, etcétera. Entonces estamos ante un supuesto de concurso causal que, como digo, hoy en día, está perfectamente aceptado por la jurisprudencia y aquí el problema es cómo se reparte el daño, o mejor dicho, el reparto del resarcimiento entre la administración y ese tercero también causante del daño. Este era un tema que no estaba regulado en la legislación española hasta la ley 30/1992, que empezó a regularlo. Por entonces, la jurisprudencia se movía de una forma muy fluctuante, había una jurisprudencia que -partiendo del principio de que lo importante es la protección de la víctima- declaraba que se aplicaba el principio de solidaridad de deudores, por lo tanto admitía que era la administración quien debía cubrir la totalidad del resarcimiento en base a esta solidaridad de la deuda, sin perjuicio de que la administración repitiera después contra el resto de los causantes.

En las dos últimas reformas -la de 1992 y la de 1999- de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha intentado regular este tema tal vez con no demasiada fortuna porque en la versión ya del 92 se dice que cuando la gestión que dimane de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones, las administraciones intervinientes responderán de forma solidaria; pero, claro en un supuesto en que son varias administraciones las que intervienen a través de fórmulas conjuntas, se supone que hay un convenio por medio que regula el tema. Muchas veces las administraciones no actúan inicialmente de una forma coordinada, conjunta y pactada sino que se produce la actuación primero de una administración y luego de otra sin ninguna coordinación

causando el daño. El problema era si esto se aplicaba o no a ese supuesto, y sobre todo, lo que estaba claro es que no se aplicaba a este caso el supuesto en que fuera una administración y un tercero no público los autores del daño. Seguramente para solventar esa laguna, en la reforma reciente de la Ley de Procedimiento Administrativo (en 1999), el artículo 140 nos dice que en otros supuestos de concurrencia de varias administraciones en la producción del daño la responsabilidad se fijará para cada administración atendiendo a los criterios de competencia, al interés público tutelado, a la intensidad de su intervención y, subsidiariamente, la responsabilidad será solidaria, cuando no sea posible dicha determinación. Por tanto responsabilidad mancomunada en principio si se puede determinar el grado de participación de cada una de esas administraciones en la producción del daño, y responsabilidad solidaria si no se puede determinar ese grado de intervención. El problema sigue siendo de nuevo la producción del daño debido a la administración junto a sujetos no administrativos. Aquí, desde el punto de vista de la protección de la víctima, el mejor principio, sin duda, aplicable es el de solidaridad, el cual permite que la víctima demande a cualquiera de los causantes del daño y entre ellos a la administración, que siempre es solvente, y por consiguiente que sea la administración que indemnice, sin perjuicio de una posible repetición contra el resto de los causantes del daño. En ese sentido, como digo, según la jurisprudencia española no sería tampoco ilegal, porque la ley realmente en este tema no regula una interpretación de otro tenor, es decir, de la que ha establecido el 140.2 para el supuesto de varias administraciones públicas intervinientes, es decir: posibilidad de repartir el daño cuando se pueda repartir claramente entre los distintos causantes y, subsidiariamente, responsabilidad solidaria. Pero como el tema no está regulado yo me imagino que en este punto la jurisprudencia seguirá como hasta ahora: declarando que la responsabilidad es solidaria y, por tanto, si ha sido la administración la demandada, tendrá que cubrir la totalidad del daño y luego repetir.

El punto siguiente que quería tocar es el de la extensión de la reparación. Primero, las modalidades de reparación o de resarcimiento. Normalmente estamos pensando en reparación de tipo económico, una indemnización de una cantidad de dinero que compense ese daño; evidentemente esta es la reparación habitual y respecto a ella, la Ley de Procedimiento Común española ha introducido alguna novedad muy interesante, como la posibilidad que sea abonada mediante pagos o prestaciones periódicas cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, aunque siempre que exista acuerdo con el interesado. Por tanto, la administración puede utilizar esta fórmula de pagos periódicos, pero subordinándola al interés, a la previa conformidad, mejor dicho, del interesado.

Hay muchas ocasiones en que la reparación no se hace mediante pago de cantidad sino simplemente, o también, de manera complementaria *in natura*. Imaginemos un supuesto de libro que ocurre cuando se ha producido una clausura de un establecimiento de cualquier establecimiento público, porque la administración entiende que es ilegal. La orden de clausura se impugna ante los tribunales y mientras tanto el

establecimiento estará clausurado; al cabo de algunos meses, normalmente años, se produce una sentencia que anula ese acto. ¿En qué consistirá aquí la reparación? Pues, indudablemente, aquí hay una doble reparación: hay una reparación económica, ciertamente habrá que indemnizar por los daños producidos durante todo ese tiempo en que el establecimiento ha estado cerrado, como luego veremos, pero también hay que permitir, segundo, la reapertura del establecimiento y eso ya es reparación *in natura* de la misma manera que el funcionario es sancionado ilegalmente y separado de su puesto de trabajo. Si esa decisión administrativa es posteriormente anulada tendrá que ser repuesto precisamente en su sitio de trabajo. Por consiguiente, duplicidad de estas modalidades de reparar.

La reparación debe abarcar la totalidad de los daños producidos. Nosotros hablamos de la reparación integral o íntegra del daño -decía el profesor Leguina en 1980 que indemnizar significa justamente eso, dejar indemne a la víctima-, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio, en palabras de alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo: la reparación ha de atender a objetivos totalizadores e integrales; esto significa que se debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante. En cuanto al daño emergente, no suele haber demasiados problemas; el problema suele ser en cuanto al lucro cesante pero se puede decir que la jurisprudencia española, al menos hoy en día, indemniza con facilidad el lucro cesante, aunque seguramente con más facilidad en los casos de lesiones personales o muertes (evidentemente, la persona que deja de trabajar durante un tiempo o que fallece, deja de ingresar cesan sus ingresos, los ingresos que aportaba a su núcleo familiar, por ejemplo, es el lucro cesante pues es fácilmente indemnizable) y hay un poco más de dificultad en cuanto al lucro cesante de los establecimientos comerciales que sufren un cierre o clausura temporal; en este caso, los tribunales ya hilan un poco más fino, pero están aceptando, sin lugar a dudas, ese lucro cesante, que se puede calcular perfectamente. Lo único que no se incluye en el lucro cesante propiamente son las meras expectativas, las ganancias dudosas o contingentes (es el cuento de la lechera o al menos en España hablamos del cuento de la lechera: lo que una dice que ganaría con lo que habría logrado), esa especie de cadena que se forma.

Bien, y para concluir, unas mínimas referencias a lo que nosotros llamamos la acción de responsabilidad. Primero las partes o sujetos responsables y luego, algunas ideas muy rápidas en cuanto a aspectos procedimentales. En cuanto a los sujetos responsables, la última reforma de la Ley 30/1992 ha eliminado la posibilidad de que la víctima del perjudicado se dirija directamente contra el funcionario o agente público causante del daño. Hasta ese momento, el perjudicado tenía una doble vía: podía ir bien contra la administración -porque la responsabilidad es directa-, pero si lo prefería, podía dirigirse directamente contra el funcionario. Normalmente todo el mundo va contra la administración, porque la administración nunca es insolvente y porque además la vía directa contra el funcionario era más complicada, ya que tenía que ir por la jurisdicción civil y basarse, en principio, en criterios de derecho privado.

Hoy en día es la administración quien responde directamente e incluso se ha eliminado la posibilidad de ir contra el funcionario. Lo único que la administración tiene es una acción de regreso o de repetición contra sus servidores públicos en caso que haya sido condenada a pagar. Esta existe desde el primer momento, desde el año 1954, pero prácticamente no ha sido ejercitada casi nunca, y por lo tanto los funcionarios en definitiva a pesar de que han cometido ilegalidades incluso aberrantes, nunca han tenido que indemnizar de su propio patrimonio, sencillamente porque la administración, aunque hubiera tenido que pagar, muy raramente ha ejercitado esta acción de regreso contra sus funcionarios causantes directamente del daño.

Para intentar remediar esta falta de ejercicio, la última reforma de la ley 30/1992 (en enero de 1999) intenta reforzar esa exigencia de la acción de regreso y dice en el artículo 145 que la administración correspondiente -cuando hubiera indemnizado a los lesionados- "exigirá" de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Por tanto, "exigirá" de oficio supone que hay un mandato a la administración para que ejercite esta acción de regreso, eso sí sólo en los casos de dolo o culpa o negligencia graves, por tanto no los supuestos de mera negligencia leve.

Yo, de todos modos, sigo siendo escéptico sobre la aplicabilidad de esta medida, porque mucho me temo que las administraciones seguirán como hasta ahora. Hay aquí unas razones, creo que profundas, para que la administración deje incólumes a sus funcionarios, pues seguramente por un malentendido compañerismo a veces con aquel funcionario a quien se conoce o de quién se puede ser amigo. Porque en el momento en que se vaya por un funcionario y se le exija devolverle a la administración lo que ésta ha tenido que pagar, eso supondrá una bomba y muchos funcionarios van a dejar de actuar sencillamente en los casos dudosos: esto puede producir una cierta abstención de los funcionarios de actuar cuando no sea absolutamente imprescindible.

Dos palabras para concluir sobre, digamos, los procedimientos porque ya no me quiero extender más aquí en el sistema español y en estos momentos -aunque ya lo habían insinuado leyes anteriores, pero nunca se había conseguido del todo- la última reforma de la Ley 30/1992 nos dice otra vez con mucha claridad que las posibles reclamaciones de daños y perjuicios que lleguen a vía judicial se han de canalizar necesariamente a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es una de las cuatro grandes ramas en que se divide el poder judicial en España. Por tanto, se intenta evitar que, como ha ocurrido hasta ahora, haya reclamaciones que vayan por la vía civil, algunas por la vía laboral y otras por la vía penal (como consecuencia de responsabilidad civil derivada de delito que es un tema, por cierto, muy interesante, pero que ya no estamos en condiciones de abordar por razones de tiempo).

Por tanto, jurisdicción contencioso administrativa, pero antes de llegar a la jurisdicción

contencioso administrativa, lo que exige la ley es tradicional, es una reclamación administrativa previa, una reclamación ante la propia administración para que ésta decida respondiendo si tiene que indemnizar o no esa reclamación que se solicita. En caso que la respuesta sea negativa, entonces queda abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa y se inicia el correspondiente litigio judicial, que acabará con la sentencia oportuna en su momento. Si la administración por el contrario reconoce la justicia de aquella reclamación y satisface las pretensiones del reclamante, evidentemente no habrá vía judicial posterior, lo que habrá es una indemnización de esos daños.

Dos o tres cosas más que creo que pueden ser interesantes. En cuanto al plazo, la ley exige que la reclamación se haga en el plazo de un año, plazo tradicional que viene del derecho civil para las acciones de responsabilidad. El plazo se cuenta desde el hecho o acto que motive la indemnización o dice la ley de manifestarse su efecto lesivo, lo cual significa que aunque ello sea *a posteriori* del momento en que se produjo. Pues bien, por ejemplo, en el caso de las lesiones personales de carácter físico o psíquico a las personas, la ley dice el plazo empezará a computarse desde la curación o desde que se determinen el alcance de las secuelas de que haya producido aquel daño, lo cual puede ser meses o años después del hecho lesivo.

El accidente, por ejemplo, del disparo del agente público que ha producido unas lesiones que han obligado a esta persona a ingresar durante meses en un hospital, y que durante un tiempo incluso se le hacen pruebas para ver exactamente su grado de incapacidad, en el momento que se determina ese grado de incapacidad es el momento que empieza el *dies a quo* para computarse el plazo del año; por tanto, un momento muy posterior a aquél en que se haya producido.

Y con esto acabo: hay que decir que hay dos procedimientos, uno general, otro abreviado. El abreviado es para supuestos en que la responsabilidad sea claramente inequívoca. La ley dice que cuando sean inequívocas la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y la cuantía de la indemnización, entonces se puede ir por este procedimiento abreviado, que es mucho más rápido. Lo importante es que tanto uno como otro se pueden iniciar no sólo a instancia de parte sino también -dice la ley- de oficio por la propia administración, una posibilidad insólita en la práctica en el derecho español hasta hace muy pocos años porque eran siempre los perjudicados quienes tenían que reclamar.

En los últimos tiempos empiezan a aparecer supuestos claros en que no hay ninguna duda que hay un daño producido por funcionamiento de los servicios públicos, normalmente daños de carácter material no de tipo jurídico sino derivados de una actuación material, que modifica la realidad física como actuaciones de los agentes de orden público, como actuaciones de las fuerzas militares, etcétera, son los típicos en que la administración reconoce paladinamente de entrada que ha habido un daño, que ese



daño es resarcible, que es totalmente imputable, e inicia de oficio el procedimiento y a continuación, cuando finaliza ese procedimiento, se determina exactamente la cuantía de la reparación. En ese caso, abona la indemnización. Por lo tanto, se trata de supuestos bastante interesantes, que hacen que en estos momentos la institución esté absolutamente generalizada, que no sea nada difícil obtener una indemnización de la administración, no ya en vía judicial sino en la propia vía administrativa y que, por tanto, se obtenga una indemnización que viene a compensar este perjuicio, esta lesión causada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Muchas gracias.

ANTECEDENTES Y RÉGIMEN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO

*Dip. Fauzi Hadman Amad**

I. Antecedentes de la Responsabilidad Patrimonial en el Derecho Mexicano.

A continuación se mencionarán los ordenamientos jurídicos fundamentales de naturaleza administrativa, que constituyen los antecedentes históricos del reconocimiento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México, a partir del año de 1821.

1. El antecedente más remoto sobre la materia que nos ocupa, se encuentra en la Orden del 25 de octubre de 1821, que mandaba se reunieran y clasificaran las escrituras y documentos para reorganizar el crédito nacional, cuando apenas había triunfado el Ejército Trigarante.

2. Con fecha 23 de febrero de 1822, se expidió la Ley de Pensiones para Viudas y Huérfanos de los soldados insurgentes y españoles. Dicha legislación demuestra que los Legisladores consideraron obligatorio reconocer una pensión a quienes habían muerto en defensa de una causa pública. Asimismo, el Estado asumió la responsabilidad de los daños causados a extraños y enemigos, que en el caso, se trataban de los españoles.

* Presidente de la Comisión de Vigilancia de la Contaduría Mayor de Hacienda de la H. Cámara de Diputados y catedrático de derecho administrativo en la Escuela Libre de Derecho.

3. Conforme al Decreto de fecha 28 de junio de 1824, el Estado se reconoció responsable al decretar el pago de las deudas contraídas por el Gobierno de los Virreyes hasta el 17 de septiembre de 1810. De conformidad con el punto 3 del Decreto, la Nación reconoció los créditos contraídos en ella con los mexicanos por el Gobierno de los Virreyes, siempre que se acreditara no haber sido voluntarios.

4. Posteriormente, la Ley del 22 de febrero de 1832, estableció que los sublevados eran responsables con sus bienes de todas las propiedades ajenas que tomaron de los particulares o del Estado. De esta forma, el Estado asumió la responsabilidad por los daños causados por sus agentes, y las tropas revolucionarias al ejército vencedor se consideraban como incapaces de obligar al Estado, toda vez que se trataba de facciones rebeldes y no de sus agentes.

En este sentido, el 23 de abril de 1834, se emitió un Decreto por el cual se indemnizó a Federico Doring de las pérdidas que sufrió con la expedición a Tampico contra los españoles.

5. 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.

6. Con fecha posterior, se expidieron en Veracruz las Leyes de Juárez, del 11 de febrero, 25 de marzo y 17 de diciembre de 1860, en las cuales se acuerda una indemnización a las víctimas de los daños en sus bienes muebles e inmuebles, ocurridos durante el bombardeo en Veracruz.

Estas leyes se fundamentan en la idea del riesgo que la guerra genera, ajena a la necesidad de comprobar la culpabilidad en el ejercicio de su función de guerra. Es decir, el legislador sólo tuvo en cuenta que se había producido un daño que era necesario reparar, por lo que podemos afirmar que el legislador se basó en el principio de responsabilidad objetiva.

7. Dentro de los ordenamientos jurídicos posteriores a la revolución, está la Ley de Reclamaciones de fecha 31 de mayo de 1911, misma que resultó imprecisa e insuficiente, siendo sustituida por la Ley de Reclamaciones de 1917, de la cual se hará referencia más adelante.

8. En el mismo año de 1911, se expidieron los Decretos del 31 de mayo y 30 de julio, por virtud de los cuales se creó y reglamentó la Comisión Consultiva de Indemnizaciones por los daños producidos en la revolución de noviembre de 1910 y fue complementado dicho Decreto en 1913.



Con fecha posterior, la Ley de Reclamaciones de 24 de noviembre de 1917, la que vino a sustituir la de 1911, fue expedida por Venustiano Carranza en uso de facultades extraordinarias, en virtud de ella se instituyeron dos comisiones. La primera de ellas tenía por objeto establecer la responsabilidad del Estado por daños sufridos en la persona o en la propiedad particular a consecuencia de los movimientos revolucionarios ocurridos en la República de 1910 a 1917, así como regular las correspondientes reclamaciones al mismo. La segunda comisión sería de apelación para los extranjeros que hubieren objetado los fallos de la primera.

Las reclamaciones debían estar fundadas en daños causados por fuerzas revolucionarias reconocidas como tales por los gobiernos legítimos, y los causados por los mismos gobiernos en ejercicio de sus funciones y durante la lucha contra los rebeldes.

Según dicha ley, no se podían reclamar indemnizaciones por perjuicios, entendiéndose éstos como las ganancias o beneficios futuros que se dejan de obtener con motivo del daño.

Un aspecto importante de la ley, es que no indicaba claramente el criterio de imputación de la responsabilidad del Estado, ya que sólo hablaba de la relación de causalidad entre el daño y la actividad desempeñada por las fuerzas revolucionarias o militares en ejercicio de sus funciones. Consecuentemente, el criterio seguido era el objetivo.

9. La Ley de Reclamaciones del 30 de agosto de 1919, según los considerandos del Decreto respectivo, tuvo por objeto reformar la Ley de Reclamaciones de 1917, aunque propiamente no fue una reforma, sino una nueva ley que abrogó a la anterior, con el fin de prestar especial atención a los daños causados por muerte o lesiones, que no estaban expresamente incluidos en la ley de 1917.

Cabe mencionar que, de la misma forma que ocurrió con la ley de 1917, se estableció como único criterio de imputación el nexo de causalidad entre el daño y los movimientos revolucionarios.

10. Otro antecedente plausible pero deficiente y efímero en nuestro sistema jurídico en favor de un régimen de responsabilidad directa del Estado, lo constituyó la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal en tiempos del Presidente Manuel Avila Camacho. Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1941, y entró en vigor el 1º de enero de 1942.

El motivo por el cual se expidió dicha ley fue la apreciación conjunta realizada por el propio Antonio Carrillo Flores, Manuel Avila Camacho y Eduardo Suárez, entonces Secretario de Hacienda, en el sentido de que era injusto que se hubiesen liquidado las reclamaciones extranjeras y no se atendiesen a las de los mexicanos.

En este sentido, se consideró que el artículo 1928 del Código Civil, no era suficiente para ser efectiva la responsabilidad del Estado, pues ésta se limitaba a los casos en que un funcionario causara daños en ejercicio de sus funciones, estando obligado a repararlos, con el riesgo de que no tuviera bienes para cumplir con la sentencia condenatoria. Además, la responsabilidad del Estado, conforme al artículo 1928, era solamente subsidiaria.

El anterior razonamiento fue el que motivó incluir en la Ley de Depuración de Créditos algunas disposiciones reguladoras de la responsabilidad del Estado, que significó, sin duda alguna, un adelanto en la evolución de dicha figura.

Ahora bien, el objeto de dicha Ley, según su artículo 1º, es que el Ejecutivo Federal, por conducto del Tribunal Fiscal de la Federación, depure y reconozca las obligaciones no prescritas a cargo del Gobierno Federal, nacidas o reconocidas de hechos jurídicos acontecidos durante el periodo entre el 1º de enero de 1929 y el 31 de diciembre de 1941, y que se encontraban pendientes de pago.

Otro punto importante de la Ley, es que la sentencia que dictara el Tribunal Fiscal se limitaba a declarar si está o no aprobada la existencia de un crédito a cargo del gobierno federal, y a fijar su monto, en su caso. Si el monto del crédito no pudiese determinarse, se absolvía al Estado.

Asimismo, conviene mencionar, es que si bien es cierto el artículo 1º de la ley restringió el objeto de la misma a depurar y reconocer obligaciones no prescritas a cargo del gobierno federal respecto de hechos jurídicos durante un período específico, el artículo 10 de la propia Ley amplió el objeto de la misma, con la declaración de la responsabilidad del Estado por los daños causados por la culpa del servicio, con la regulación de ésta y del procedimiento para reclamarla.

Lo anterior tenía por objeto derogar el principio de responsabilidad indirecta o subsidiaria consagrada en el artículo 1928 del Código Civil, y establecer el de responsabilidad directa, adoptando para ello el criterio de imputación "falta del servicio público", acogido por la doctrina y la jurisprudencia francesas, con la intención de aprovechar los grandes resultados interpretativos obtenidos por el Consejo de Estado Francés.

El reconocer la responsabilidad directa del Estado, ya fue un logro de la ley digno de elogio, aunque se haya limitado a aquellos casos de daños producidos por el funcionamiento anormal del servicio público.

Dicha responsabilidad del Estado, se limitó por el temor de provocar un gran detrimento en los recursos monetarios del Estado, por lo que la Ley dispuso que las reclamaciones de cualquier crédito para las que no hubiere asignación presupuestal en el año de su constitución, ni en el inmediatamente posterior, sólo podrían entablarse durante el mes de enero del año siguiente, siendo éste un plazo muy breve.

Una vez ejercida la acción contra el Estado en forma correcta y en tiempo, y dictada la sentencia que reconociera la obligación del Estado a indemnizar, podía ser que no se viera cumplida, argumentando la falta de partida presupuestal. Ante la negativa de pago, el afectado tenía que recurrir al amparo contra el incumplimiento de la sentencia para el efecto de que ordenara el pago contra la partida específica, en caso de que estuviera incluida en el presupuesto, o para el efecto de se creara la partida necesaria, y en consecuencia, se realizara el pago respectivo con cargo a ella.

Con base en todo lo anterior, podemos decir que la Ley de Depuración de Créditos no adoptó en toda su amplitud los criterios de imputación de responsabilidad desarrollados por el Consejo de Estado Francés. En efecto, el criterio de "la falta del servicio público" fue el primer paso en el largo camino seguido por la jurisprudencia francesa en la aceptación del principio de responsabilidad del Estado. Se concibió a la "falta del servicio público" como la mala organización y funcionamiento de los servicios públicos; el concepto abarcaba toda la actividad de la administración. El Consejo de Estado llegó a presumir la falta o irregularidad del servicio aunque no se pudiera identificar al funcionario causante material del daño y también cuando la actuación de los funcionarios era legal pero el servicio había originado un riesgo excepcional. El criterio de "la falta del servicio público" se desprendió de toda idea de culpa, y por obra de la jurisprudencia derivó en un criterio netamente objetivo, dando vida a otros criterios de atribución de responsabilidad como el del riesgo y el de igualdad de las cargas públicas.

En cambio, en la Ley de 1941, no se estableció qué debe entenderse para sus fines por "servicios públicos". No obstante la falta de definición, se considera que el término "servicio público" para los efectos de la Ley, se tiene que conceptualizar como toda la actividad de la administración, dado que es el sentido que tiene en la jurisprudencia francesa, y en ella está inspirada la Ley que se comenta.

Tampoco establece la Ley de Depuración cuándo se debe considerar que hay "culpa" en el funcionamiento de los servicios públicos. Además, restringió la responsabilidad del Estado a los casos de culpa en el funcionamiento, sin incluir la que puede haber en la organización. Es decir, la Ley debió establecer cuándo había falta o irregularidad en el funcionamiento del servicio, y cuándo la irregularidad no era considerada del servicio, sino el funcionario. Lo anterior nos obliga a distinguir entre la falta del servicio y la falta del funcionario, y sobre todo cuándo la falta del servicio puede engendrar la responsabilidad directa del Estado y cuándo la indirecta o subsidiaria.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés ha considerado que hay responsabilidad directa del Estado cuando el mal funcionamiento u organización del servicio ha originado el daño, sin que haya ilegalidad o culpa del funcionario, o de tal manera que aún existiendo éstas sean irrelevantes. Habrá responsabilidad subsidiaria del Estado cuando haya irregularidad del servicio, pero a ésta se une un comportamiento culposo del funcionario, de tal manera que los dos elementos, irregularidad del servicio y culpa del funcionario, sean determinantes del daño, es decir, que de no haber existido cualquiera de los dos no se hubiera dado.

Sin embargo, y a pesar de los vicios que presenta la Ley de Depuración de Créditos, se considera un avance en la materia de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que en ella se estableció una responsabilidad directa y no subsidiaria del Estado.

Dicha Ley quedó abrogada por Decreto del Congreso de la Unión que dirigió el entonces Presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1988.

II. Disposiciones Legales en Materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado

a) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

El artículo 1916 define lo que se entiende por daño moral y presume que hubo tal daño cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. También establece que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero independientemente de que se haya causado daño material, lo cual es aplicable en responsabilidad contractual y extracontractual. Dicho precepto también impone la obligación de reparar el daño moral a cargo de la persona que incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, incluyendo al Estado y a sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928 del mismo Código Civil.

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

Por último, el artículo 1928 establece que el que pagó los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir en contra de ellos por lo que hubiere pagado.

b) Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

El artículo 77-Bis establece que si en un procedimiento administrativo disciplinario se determina la responsabilidad de un servidor público y la falta administrativa causó daños y perjuicios a un particular, éste podrá acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que ellas directamente

reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra. Si el Estado niega la indemnización o si la misma es insuficiente para el reclamante, éste tendrá expeditas, a su elección, las vías administrativa o judicial.

Naturalmente, el Estado puede repetir contra los servidores públicos por el pago de las indemnizaciones hechas a los particulares.

Por último, el artículo 78, fracción III señala que el derecho de los particulares para solicitar la indemnización por daños y perjuicios antes citados, prescribirá en un año a partir de que se notifique la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa.

c) Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

Conforme al artículo 11, fracción X, señala que el Tribunal Fiscal de la federación tiene competencia para conocer de las resoluciones que se dicten negando a los particulares la indemnización prevista en el artículo 77-Bis de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

d) Ley Aduanera.

El artículo 28 establece que el fisco federal responderá por el valor de las mercancías que estuvieran depositadas en los recintos fiscales y bajo la custodia de las autoridades aduaneras, cuando éstas se extravíen, así como por los créditos fiscales pagados en relación con las mismas. El personal aduanero encargado del manejo y custodia de las mercancías será responsable por los mismos conceptos, ante el fisco federal.

El propietario de las mercancías extraviadas en un recinto fiscal, podrá solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro del plazo de 2 (dos) años el pago del valor que tenían las mismas al momento de su depósito ante la aduana.

e) Ley de Aviación Civil.

Conforme a los artículos 31 y 70, se establece que cuando la operación de una aeronave, por objetos desprendidos de la misma o por abordaje, se causen daños a personas o cosas que se encuentren en la superficie, nacerá la responsabilidad con sólo establecer la existencia del daño y su causa.

f) Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

Conforme al artículo 1º, dicha Ley tiene por objeto regular la responsabilidad civil por daños que puedan causarse por el empleo de reactores nucleares y la utilización de sustancias o combustibles nucleares y desechos de éstos.

Conforme al artículo 4 la responsabilidad civil del operador por daños nucleares es objetiva, y será responsable de los daños causados por un accidente nuclear que ocurra en una instalación nuclear a su cargo o, en el que intervengan sustancias nucleares peligrosas producidas en dicha instalación siempre que no formen parte de una remesa de sustancias nucleares (artículo 5).

Para los efectos de la Ley, se entiende como operador de una instalación nuclear, a aquella persona designada, reconocida o autorizada por un Estado en cuya jurisdicción se encuentre la instalación nuclear.

Conforme al artículo 14, se establece como importe máximo de la responsabilidad del operador frente a terceros, por un accidente nuclear, la suma de \$100'000,000.00 M.N.

Respecto a accidentes nucleares que se produzcan en una determinada instalación nuclear dentro de un período de 12 (doce) meses consecutivos, se establece como límite la suma de \$195'000,000.00 M.N.

g) Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

El artículo 2 establece que el gasto público federal comprende erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial.

h) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Esta ley tiene por objeto la prevención y sanción de la tortura. En este sentido el artículo 10 establece lo siguiente:

“Artículo 10.- El responsable de alguno de los delitos previstos en la presente Ley estará obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito. Asimismo, estará obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos, en los siguientes casos:

- Pérdida de la vida;
- Alteración de la salud;
- Pérdida de la libertad;
- Pérdida de ingresos económicos;
- Incapacidad laboral;
- Pérdida o el daño a la propiedad, y
- Menoscabo de la reputación.

Para fijar los montos correspondientes, el Juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado.

El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil”.



VINCULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO CON EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

*Dr. Guillermo Haro Bélchez**

1. NOTAS PREVIAS

Pocos temas como la responsabilidad patrimonial del Estado presentan tanto interés para los estudiosos del derecho administrativo, y para quienes hemos tenido la fortuna de incursionar en la práctica de esta materia insuficientemente desarrollada, que será sin duda una de las protagonistas de mayor relevancia en el desarrollo de la nueva era del derecho en el siglo XXI.

Paradójicamente, son escasos los avances que se han registrado en estos últimos 40 años, concretamente como ya se ha dicho aquí - desde el periodo en que gobernó el Presidente Manuel Avila Camacho, quien promulgó la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal del 31 de diciembre de 1941, que modificó el artículo 1928 del Código Civil, reconociendo que los particulares tienen una acción directa y subsidiaria para exigir que se les indemnice cuando sean lesionados por actos u omisiones que impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.

* Vicepresidente del Instituto Nacional de Administración Pública

Varias razones explican esta interrupción en el progreso de nuestro derecho. Y no porque los estudiosos del derecho administrativo lo hayan ignorado, tan es así que el Maestro de Burdeos León Duguít probó que no tenía sentido seguir diciendo que los principios de soberanía y de responsabilidad eran incompatibles, ya que en la sección segunda de su obra expuso muy sistemáticamente las decisiones dictadas con apoyo a la Ley del 30 de agosto de 1919, relativas a las responsabilidades del Estado mexicano, por daños causados a mexicanos y extranjeros durante la revolución.

Más adelante en el año de 1934 el Maestro Gabino Fraga, dedicó al tema de Responsabilidades del Estado, el último capítulo de la primera edición de su clásico "Tratado sobre Derecho Administrativo", en especial a las diversas leyes que entre 1911 y 1920 reconocieron la responsabilidad del Estado, por actos de las fuerzas revolucionarias y gubernamentales durante ese periodo violento de nuestra historia. Hasta entonces, no había otro texto vigente que el artículo 1928 antes citado del Código Civil, lo que explica el porqué nuestro país haya indemnizado casi siempre a los extranjeros por daños sufridos en nuestras guerras civiles, por expropiaciones agrarias o petroleras y tan inexplicablemente no contemos con un sistema verdaderamente eficaz para indemnizar a los propios mexicanos por daños causados por la administración en el ejercicio o inejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, es oportuno recordar que los Códigos Federales de Procedimientos de 1897, 1908 y 1942, concedieron a la Federación ciertos privilegios como: no poder ser embargada, ni condenada en costas, ni estar obligada a entrar a concursos, pero salvo los citados y otros que consigna la Ley General de Bienes Nacionales, la Federación en su capacidad como persona moral susceptible de derechos y obligaciones regidos por la legislación civil y mercantil, está colocada prácticamente en situación de igualdad con los particulares.

El problema radica en definir la otra responsabilidad, la que deriva de la acción administrativa del Estado, de los casos en que procede como autoridad dictando órdenes, prestando servicios o ejecutando obras.

No existe en la Constitución, o si los hay son cosa distinta, preceptos relativos a situaciones especiales, de los cuales puedan inferirse que se trata de un principio general de derecho mexicano de aquellos que reconoce el artículo 14 de nuestra Carta Magna, el de la igualdad de todos, nacionales y extranjeros, ante las cargas públicas, y que por lo mismo cuando el Estado, legal o ilegalmente, quebranta ese principio, el particular tiene derecho a ser indemnizado.

Algunos preceptos de la legislación nacional, se refieren indirectamente al tema, por ejemplo, el artículo 27 constitucional, que en la parte relativa a las expropiaciones, establece que sólo pueden efectuarse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La propia institución jurídica que se ha proyectado internacionalmente: el Juicio de Amparo, fue establecido como el elemento jurídico a favor de los particulares, frente a los actos de autoridad, pero no establece y aún más excluye a éstos de su responsabilidad al ejecutar el acto reclamado o acto de autoridad.

El amparo, como es bien sabido, es un juicio a través del cual el quejoso busca que las cosas vuelvan a la situación en que se hallaban antes de dictarse el acto de autoridad o la ley impugnados. Cuando el acto ha sido consumado de manera irreparable, el amparo no se admite o se sobresee.

Por su parte, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 establece en su artículo 75 que el sobreseimiento no prejuzga sobre la responsabilidad en que haya incurrido la autoridad responsable, al ordenar o ejecutar el acto reclamado. Adviértase, que tanto la Ley de Amparo como el artículo 27 hablan de la responsabilidad de las autoridades, pero no de la del Estado. Y aunque aquélla no excluye a éste, como lo señala el multicitado artículo 1928 del Código Civil, cuyo contenido precisa que el Estado tiene obligación de responder por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas, esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

Después de 1941, especialmente durante el periodo 1946-1952, se hicieron esfuerzos en la doctrina, entre los que es justo citar los de algunos Magistrados del Tribunal Fiscal e inclusive intentos prelegislativos para convertir a dicho tribunal en un Tribunal Federal de lo Contencioso, encargándole conocer no sólo de juicios de anulación, sino también de juicios de responsabilidad, sin embargo, el Presidente López Mateos, consideró que en aquel entonces el Estado mexicano no tenía capacidad financiera para pretender indemnizar a todos los particulares.

No obstante estos avances, en enero de 1988 fue abrogada la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, con lo que la responsabilidad directa del Estado retrocedía hasta la reforma del Código Civil seis años más tarde y la adición a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos del artículo 77bis, que prevé que el afectado puede acudir ante el Organismo de Control a solicitar la reparación del daño, aunque ésta queda supeditada a la determinación de la responsabilidad del servidor público en el procedimiento disciplinario, sin establecer un plazo para ejercer la acción que garantice además un procedimiento administrativo sencillo que pueda incoarse de oficio o a instancia de parte afectada.

2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

El régimen de responsabilidades de los servidores públicos en el derecho mexicano, lo podemos dividir en dos grandes etapas, lo que se denomina como el sistema antiguo y el sistema moderno o actual, la línea divisoria entre ambos sistemas la marca el 1º de enero de 1983, fecha en que entró en vigor una serie de ordenamientos jurídicos que vinieron a sistematizar y a regular con mucho mejor técnica jurídica, las responsabilidades de los servidores públicos.

Anteriormente, o dentro del sistema antiguo de responsabilidades de los servidores públicos, no existía en las leyes una regulación clara de estos conceptos, pues basta decir que existían dos leyes que regulaban las mismas responsabilidades y eran aplicadas por distintas autoridades, una, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal que aplicaba la anterior Secretaría de Programación y Presupuesto, y la Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores, que aplicaba la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ambas con la finalidad de fincar pliegos preventivos de responsabilidades a los servidores públicos, únicamente para la hipótesis de que se causara un daño patrimonial a la Hacienda Pública.

Actualmente con la reforma al Título Cuarto de la Constitución General, que va de los artículos 108 a 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de diciembre de 1982, así como su legislación reglamentaria, tenemos un derecho administrativo disciplinario que nace a partir de esa fecha y que por lo mismo se encuentra en plena evolución, el cual puede y debe ser fortalecido con la valiosa aportación de los diversos estudiosos de la materia. Entre los avances que podemos señalar, es que se establece en forma precisa, quiénes son sujetos de este tipo de responsabilidades, es decir, que debemos entender por servidor público, lo que determina el numeral 108 constitucional.

Además de conocer claramente quien es servidor público, también se precisan las diversas responsabilidades por materia en que pueden incurrir con motivo del desempeño de su oficio, cargo o comisión, tales como la responsabilidad política, la penal, la civil y la administrativa.

2.1 Responsabilidad Política

La responsabilidad política se origina en nuestro sistema constitucional, por actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, y sólo alcanza a ciertos servidores públicos por razón de sus funciones, fue establecida en nuestra Carta Magna y reguladas sus causales específicas en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Este tipo de responsabilidad sólo es atribuible a un servidor público de alta jerarquía y se determina mediante el juicio político que establece la Carta Magna y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El Juicio Político parte de la naturaleza misma de la responsabilidad de los servidores públicos que desempeñen funciones políticas que tengan atribuidas facultades de gobierno y administración y que su actuación trascienda respecto de los intereses públicos y su buen despacho, por lo que no cualquier servidor público puede incurrir en este tipo de responsabilidad.

Las causas de procedencia de dicho juicio son los actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

La Ley Federal de Responsabilidades en su artículo 7 señala:

“Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

- I.- El ataque a las instituciones democráticas.
- II.- El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
- III.- Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales.
- IV.- El ataque a la libertad de sufragio.
- V.- La usurpación de atribuciones;
- VI.- Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún transtorno en el funcionamiento normal de las instituciones.
- VII.- Las omisiones graves, en los términos de la fracción anterior, y
- VIII.- Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal...”

Para la doctrina, la responsabilidad política no es materia cuyo estudio le corresponda al derecho administrativo, sino al derecho constitucional. Ello obedece a la índole o naturaleza misma de dicha responsabilidad; que atiende a la calidad de los servidores públicos sujetos a la misma por devenir su función en lo general de un cargo de elección popular o de superior designación o nombramiento y en especial, por la forma o juicio político que instrumentan los textos constitucionales y legales para hacerla efectiva.

2.2 Responsabilidad Penal

Incorre en responsabilidad penal cualquier servidor público que cometa un delito con independencia de su ejecución.



En este tipo de responsabilidad los servidores públicos señalados en el artículo 110, Constitucional, no podrán ser sometidos al juicio penal, hasta en tanto, no se declare la procedencia de la acusación.

La protección constitucional no impide que el procedimiento penal continúe cuando el servidor público haya dejado de desempeñar el empleo, cargo o comisión, que le otorgaba fuero, los delitos que puede cometer un servidor público, son los siguientes: Ejercicio indebido de servicio público, Abuso de autoridad, Coalición de servidores públicos, Uso indebido de atribuciones y facultades, Conclusión, Intimidación, Ejercicio abusivo de funciones, Tráfico de influencia, Cohecho, Peculado, Enriquecimiento ilícito, Delitos cometidos por los servidores públicos contra la administración de la justicia.

En resumen, tratándose de servidores públicos de alta jerarquía de cualquiera de los poderes federales que incurran en una responsabilidad penal reciben dos tipos de sanciones, que son la política y la penal, en la primera como consecuencia de un juicio político son destituidos del cargo y, en su caso, inhabilitados temporalmente para desempeñar un empleo, cargo o comisión y en la segunda las sanciones que establece el Código Penal para cada delito.

La responsabilidad penal nace exclusivamente para quien ha cometido el delito, entendiéndose por tal, a quién ha incurrido en alguna de las formas de intervención punible previstas por la ley. En otras palabras, y a diferencia de otras formas de responsabilidad jurídica, no trasciende a otras personas. Por ello, la muerte del delincuente extingue la acción penal y la pena impuesta. No contradice esta afirmación la reserva hecha por la ley respecto de la reparación de los daños, pues a ella no quedan obligados los herederos en cuanto criminalmente responsables, sino en cuanto civilmente responsables.

2.3 Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra, por los daños y perjuicios que se han causado a esta última por la primera. Y tiene lugar cuando los daños han sido causados por una conducta típica, antijurídica, dolosa o culposa, se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, el descuido, la irresponsabilidad, la culpa o el dolo.

Diversos autores han definido la responsabilidad civil como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso. En términos generales podemos concebirla como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.

Los elementos de la responsabilidad civil son tres: 1).- Un hecho ilícito; 2).- La existencia de un daño; 3).- Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

El primer elemento lo podemos conceptuar una vez que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir, que el agente que ha obrado con la intención de causar el daño o éste se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención, cuidado o impericia. En la doctrina francesa se concibe éste como el daño causado intencionalmente por lo que constituye un delito civil y el que se origina por culpa o negligencia, denominándose cuasi delito.

El segundo elemento de la responsabilidad civil es el daño o menoscabo que se hace en una persona en su patrimonio. El daño moral es la lesión a los bienes no valuables en dinero, los daños causados sobre la persona en su vida, su intimidad, sus efectos y la salud, etcétera, se encuentran contemplados en los artículos 1108, 1109 y 1116 del Código Civil.

Por lo que respecta al tercer elemento es necesario para que surja la responsabilidad civil en presencia del efecto (daño) el juzgador debe determinar la causa que produjo el daño y si aquélla es imputable al demandado.

Encontramos una laguna sobre esta responsabilidad en la Constitución Federal, pues no se define a dicha institución ni se especifican algunas cuestiones básicas de la misma, y solamente encontramos que “En demandas de orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia”.

La legislación en esta materia establece la responsabilidad subsidiaria y solidaria del Estado, cuando sus servidores públicos causen daños o perjuicios a los bienes patrimoniales de los particulares. En nuestra opinión la legislación de referencia debe hablar de una responsabilidad directa, para evitar imprecisiones y dudas, y sobre todo para no hacer lento, tardado o complejo el procedimiento administrativo por el cual se pueda hacer la reclamación de los perjuicios que se hayan producido al interés privado.

En la actualidad el Código Civil en Materia Común para el Distrito Federal y para los Estados en Materia Federal establece en su artículo 1928:

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

2.4 Responsabilidad Administrativa

Diversos tratadistas han conceptualizado a la responsabilidad administrativa, entre ellos destacan los siguientes:

Bielsa señala que; "la responsabilidad administrativa es la que nace de la transgresión de una obligación administrativa, de un deber impuesto al funcionario o empleado".

Marienhoff, "que la responsabilidad administrativa, se hace efectiva a través del poder disciplinario, que aparece cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas de la administración pública, afirmando asimismo que para que se incurra en responsabilidad disciplinaria, la falta respectiva debe ser moralmente imputable al agente".

Gabino Fraga conceptúa la responsabilidad administrativa como, " la que tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones. Esa responsabilidad puede en algunos casos traer como consecuencia la terminación de los efectos del nombramiento, en otros casos dicha responsabilidad no trasciende de la administración".

Por nuestra parte, observamos que la responsabilidad administrativa es aquella en la que incurre un servidor público cuando mediante la realización de un acto u omisión incumple con los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, que deben ser observados en el desempeño del empleo, cargo o comisión que le ha sido encomendado.

Los preceptos jurídicos que regulan las responsabilidades administrativas de los servidores públicos son el 109 fracción III y 113 de la Constitución Política Federal, y por supuesto la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

3. VINCULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO CON EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como se desprende de las conferencias anteriores, la responsabilidad patrimonial del Estado se refiere a la obligación que tiene como ente jurídico de reparar los daños causados con motivo de su actuación, a los particulares, por su parte el régimen de responsabilidades de los servidores públicos se refiere a que éstos deben actuar de acuerdo a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de su oficio, cargo o comisión, pues de lo contrario serán responsables de

su irregular actuación frente a la administración pública, e inclusive si mediante su conducta causaron un daño al erario estatal, deberán de reparar los mismos además de pagar alguna sanción económica que se les haya impuesto.

Es evidente que través de la historia la gran mayoría de la legislación vigente se refiere a la protección de los intereses de "El Estado", y en forma específica de los intereses de la administración pública, ya que por una parte, durante mucho tiempo ha existido el principio de "la Irresponsabilidad del Estado", pero éste a través de la legislación, asegura sus intereses económicos, para que tanto los particulares como sus propios servidores públicos le reintegren los daños causados a su patrimonio.

Es por ello, que se evidencia la importancia del presente seminario, y de la vinculación de las responsabilidades de los servidores públicos con la responsabilidad patrimonial de la administración pública, puesto que esta última siempre actúa a través de las personas físicas que la integran, y además de los daños que los servidores públicos le causen al erario estatal, con motivo del desempeño de su oficio, cargo o comisión, es posible que le causen daños a los particulares.

El tema del presente seminario, referente a la responsabilidad patrimonial de la administración pública, tiene como fundamento el que se establezca en la legislación en forma clara la manera en que deberá reparar los daños causados a los particulares con motivo de su actuar, lo que evidentemente se realiza por medio de las personas físicas denominadas servidores públicos.

La vinculación de las responsabilidades de los servidores públicos con las responsabilidades de la administración pública es evidente ya que no actúan en forma personal, sino a nombre y representación de aquélla, e independientemente de que el daño a los particulares sea provocado dolosamente o en forma culposa, la administración pública tiene y deberá tener la responsabilidad de reparar a los particulares los daños causados a través de sus servidores públicos.

Es importante que la legislación establezca como aquí se ha coincidido - claramente la responsabilidad directa de la administración pública, aún y cuando el daño a los particulares se haya causado en forma dolosa por un servidor público, ya que posteriormente, en caso de ser procedente podrá repetir la acción en contra de la persona física.

Por lo anterior, inicialmente es oportuno reiterar la forma en que la legislación actual establece esta responsabilidad patrimonial de la administración pública, la cual deberá regularse más ampliamente en beneficio de los particulares y sobre todo las modalidades en que puede y debe hacerse efectiva, para no incurrir en los tradicionales laberintos legislativos, que generalmente le resultan más caro a los particulares que lo que pudieran obtener, resultando un elemento importante la rapidez ya que no es lo mismo obtener la reparación del daño en el momento adecuado que años después.

Como es bien sabido la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se expidió en 1982 para entrar en vigor el 1º de enero de 1983, pero fue hasta el 10 de enero de 1994, que se reguló la responsabilidad patrimonial del Estado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 77 BIS: Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

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

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

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

Por citar un caso más reciente, el Estado de México actualizando su marco jurídico emitió en 1996 el Código de Procedimientos Administrativos, el cual establece en su parte conducente lo siguiente:

ARTÍCULO 117: En las peticiones en las que se formulen denuncias o quejas que se presenten ante las autoridades competentes, en contra de la conducta de servidores públicos estatales y municipales, los particulares interesados podrán solicitar el pago de daños y perjuicios causados por aquéllos en forma directa y clara, en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, ofreciendo pruebas específicas que acrediten la existencia de los mismos.

ARTÍCULO 138: En las resoluciones en las que las autoridades administrativas apliquen sanciones a servidores públicos estatales o municipales, como resultado de denuncias en las que los particulares interesados hayan solicitado el pago de daños y perjuicios, se determinará si los mismos proceden o no, cuantificando el importe en su caso. Las dependencias del Poder Ejecutivo de Estado, municipios, organismos auxiliares de carácter estatal y municipal a las que pertenezcan los servidores públicos sancionados, pagarán los daños y perjuicios, debiendo cobrarlos posteriormente a dichos sancionados, a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Como hemos podido observar el principio de la irresponsabilidad estatal está erradicado en forma absoluta en nuestra legislación.

Por otra parte, para situarnos al nivel del avance jurídico internacional, nuestro país debe contar a la brevedad con un auténtico régimen de responsabilidad objetiva y directa del Estado, para cumplir con los principios de justicia y de seguridad jurídica para el gobernado.

Actualmente no se cuenta con un verdadero régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado, a pesar de los avances, incluidas las diversas reformas legales, ya que para garantizar la debida reparación del daño, no basta con una reforma Constitucional o legal, sino que se requiere que incluya una partida específica en el presupuesto público.

Por último, sería conveniente también que la administración pública adoptara las medidas financieras para proteger a los servidores públicos con fianzas o cauciones que les permitiese, en caso de repetición de lo pagado por el Estado, hacer frente a los resarcimientos respectivos.

De todo lo anterior, claramente se desprende que si bien es necesaria la adopción plena de la Institución de la responsabilidad Patrimonial del Estado, también es urgente enriquecer y fortalecer de cara a sus insuficiencias y disfunciones el actual régimen disciplinario de los servidores públicos tanto federal, como estatales.

Existen múltiples ejemplos que fortalecen la idea del análisis profundo y consolidado de las responsabilidades de los servidores públicos como operadores de la administración pública. Abordaremos tan sólo a manera de ejemplo algunos de ellos:

a) El primero lo constituye la necesidad de unificar la normatividad a nivel nacional, ya que debemos recordar que la soberanía de las entidades federativas les permite realizar con independencia de criterios, las Leyes de Responsabilidades que consideren se adapten a sus características propias, lo que evidentemente puede ocasionar conceptos y normas contrarias como en la práctica sucede, - en toda la República, de ahí que sea necesario homogeneizar las Leyes Estatales de Responsabilidades para consolidar el sistema nacional, pues aún y cuando existan diversas costumbres e idiosincrasias, las conductas irregulares administrativas tienen los mismos orígenes y los órganos y sistemas para sancionar, deben ser similares, en aras de mejores resultados.

Esta regulación debe incluir a los Códigos Procesales en los que se establezcan criterios y normas jurídicas claras que inhiban a los jueces civiles, dar entrada a demandas por daño moral cuando éste sea derivado de un procedimiento administrativo establecido para imponer sanciones disciplinarias y resarcitorias, que finalmente se declare su invalidez toda vez que evidentemente no tienen jurisdicción o competencia para conocer de las mismas, por no tratarse de un conflicto entre particulares.

La ausencia de criterios claros en la legislación provocan que en algunos casos,

aislados por fortuna, los tribunales estatales o locales y aún los federales, tengan interpretaciones diferentes para aplicar las leyes. En el Estado de México, los Tribunales Colegiados de Circuito asentados en dicho territorio, llegaron a desarrollar el criterio que confundía las sanciones administrativas con las responsabilidades resarcitorias, señalando que en los preceptos en que se funda la facultad para imponer responsabilidad administrativa resarcitoria no se advertía la competencia de la Secretaría de la Contraloría, para fincar responsabilidad administrativa a un presidente municipal, señalando que "En el artículo 47 se prevé la competencia de la Legislatura Estatal para identificar, investigar y determinar las responsabilidades a que se refiere el propio precepto y que remite al diverso numeral 42, tratándose como en el caso, de Presidentes Municipales, ya que se incurre en responsabilidad administrativa por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a que alude el artículo 42 sin que se haga distingo en cuanto a si son resarcitorias o de otra naturaleza", a lo que hay que agregar el hecho que las responsabilidades resarcitorias no son sanciones.

No obstante, para subsanar este criterio a nuestro juicio erróneo, en el Estado de México se realizaron las reformas legales para esclarecer dicha postura, publicándose en la Gaceta del Gobierno el 21 de Diciembre de 1998, en dos capítulos distintos los artículos que regulan tanto las responsabilidades administrativas de carácter disciplinario como las de carácter resarcitorio, con lo cual se evita confusión para los tribunales administrativos y judiciales, por lo que sería conveniente que tales reformas sean consideradas por las demás entidades federativas.

b) Respecto a la imposición de sanciones económicas, nuestro máximo Tribunal consideró la anticonstitucionalidad del artículo 55 de la Ley Federal de Responsabilidades en lo relativo a la aplicación de dos tantos, como así lo señala en su Tesis P.CXL/97:

"Servidores públicos, sanción económica impuesta a los. el artículo 55 de la ley federal de responsabilidades relativa, al no facultar a la autoridad administrativa el ejercicio del arbitrio para individualizarla, resulta inconstitucional. De conformidad con el artículo 113 constitucional, la sanción económica que prevé, se impone a los servidores públicos de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y por los daños y perjuicios causados por sus actos u omisiones, hasta en tres tantos del monto a que ascienden esos trastornos originados por el actuar indebido del infractor, o sea que el constituyente señaló los elementos a los que la autoridad debe atender para individualizar la sanción, estableciendo como parámetro mínimo el beneficio obtenido o el perjuicio ocasionado y como máximo el equivalente a tres tantos de ello; luego, si el artículo 55 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece que, en el caso de las sanciones económicas a los servidores públicos, se aplicarán dos tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados, es inconcuso que contraviene lo dispuesto en el invocado precepto constitucional, virtud de que no establece reglas para que las autoridades impositoras tengan la

posibilidad de graduar la cuantía de la sanción, obligando a la autoridad administrativa a aplicarla de manera fija, lo que le impide ejercer la facultad prudente del arbitrio para individualizar y cuantificar el monto de la sanción, provocando la aplicación de ésta a todos por igual, de manera invariable e inflexible”.

c) Es importante señalar, que también debería aclararse plenamente en la legislación lo relativo a la reinstalación y pago de salarios caídos precisando quien debe pagar, si es facultad de un tribunal administrativo o debe determinarlo el Tribunal de Arbitraje, pues la experiencia en el Estado de México nos permitió conocer la declaración de incompetencia tanto de los Tribunales Administrativos como de los Tribunales de Arbitraje Estatales.

El Tribunal de Arbitraje estableció que la separación del actor de su trabajo es derivada de una sanción de carácter administrativo y que por lo tanto este tribunal carece de competencia para conocer del conflicto siendo la autoridad competente para conocer el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En la ejecutoria se concluye que son asuntos de carácter estrictamente administrativo y no de índole laboral por lo que la decisión compete a tal Tribunal por haberse derivado de una medida disciplinaria de carácter administrativo.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó por su parte que de las constancias remitidas por incompetencia se tiende a impugnar actos de naturaleza laboral y en términos de los artículos 3, 29, 77, fracción I, de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de México, (hoy abrogada) no son competencia de este organismo ya que ante el mismo solamente se pueden dirimir controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre la administración pública del Estado, los Municipios y los organismos descentralizados con funciones de autoridad y los particulares, así como de los procedimientos instaurados a servidores públicos por responsabilidades administrativas, dentro del ámbito de competencia del propio Tribunal Administrativo Local.

En este caso nuestro máximo Tribunal sostuvo, que en la legislación del Estado de México no está previsto el órgano que resulte competente para conocer del conflicto de competencia planteado y considerando que la sanción administrativa impuesta quedó insubsistente, no constituye la materia sobre la que habrá de decidirse en este nuevo juicio instaurado por el actor, que versa solamente sobre la procedencia del pago de las indicadas prestaciones que encuentran su origen en la relación laboral, es decir, no existe una norma que le dé la competencia a un tribunal específico y sólo se determina, mediante una interpretación forzada que si se trata de una sanción administrativa, el Tribunal competente será el de lo Contencioso Administrativo y si son prestaciones de origen laboral será el Tribunal de Arbitraje, con lo que no se resuelve en definitiva el problema planteado.

d) Otro aspecto que debería regularse es el relativo al cobro de créditos fiscales en otras entidades federativas, ya que por la ausencia de convenios o mecanismos

legales eficaces, cuando un servidor público sancionado en una entidad federativa se cambia a otra, no se le puede hacer efectivo el crédito fiscal, por la ausencia de mecanismos legales eficaces y criterios de coordinación ágiles y oportunos.

e) Ni qué decir de las estructuras insuficientes y el personal escaso con que operan en algunos casos, los órganos internos de control, cuya cobertura de fiscalización es por ende poco significativa comparada con el presupuesto a auditar, aspecto que deberá revalorarse en el futuro inmediato junto con la conveniencia o no de su dependencia presupuestal de los entes auditados.

4. A manera de conclusiones

La figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del estado en Derecho Comparado, no obstante las diversas modalidades y dificultades que representa la formulación de un principio de resarcimiento de los daños causados por el Estado, ha cobrado carta de naturalización en diversos países de Europa y Latinoamérica, en los que incluso dicha figura jurídica ha sido elevada a rango Constitucional.

Una de las consecuencias de la introducción del Instituto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, ha sido precisamente la elevación en la calidad de los servicios públicos, toda vez que asumir la responsabilidad de reparar los daños y perjuicios que se causen con su prestación, ha conducido en su propia experiencia aplicativa, a un mayor control administrativo y, por ende, a evitarlos en la mayor medida de lo posible.

Es injustificado el retraso que impera en México en esta materia, al afirmar que actualmente no se cuenta con un verdadero régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado, sino más bien con un sistema de responsabilidad de los servidores públicos, de carácter subjetivo e indirecto, tanto en el ámbito civil como en el administrativo.

La necesidad de elevar a rango constitucional, como acertadamente se ha impulsado desde este foro, el principio rector de la responsabilidad patrimonial del Estado, mediante el reconocimiento de una garantía individual a favor de los gobernados que proteja su patrimonio en contra de las lesiones antijurídicas que produzca el Estado con su actividad, es un acierto plausible.

Al concretarse como se espera estas reformas legales, se deberán cuidar aspectos tan importantes como el dejar un plazo prudente para su entrada en vigor, a fin de que la administración pública, adopte las medidas correctivas, preventivas y financieras aconsejables para atenuar los impactos de esta nueva situación, incluidos aspectos tales como la contratación de seguros contra la responsabilidad civil respecto de sus actividades más riesgosas, y ponderar la protección a los servidores públicos con fianzas o cauciones que les permitiese, en caso de repetición de lo pagado por el

Estado, y previa resolución de responsabilidad administrativa, hacer frente a los resarcimientos respectivos.

En suma está plenamente justificado que nuestro país cuente con un auténtico régimen de responsabilidad objetiva y directa del Estado que, sin desdeñar los aspectos económicos de su incorporación, cumpla con un imperativo de justicia y de seguridad jurídica, incorporando además medidas tendientes a superar las disfunciones, omisiones y debilidades del régimen de responsabilidades de los servidores públicos, algunas de las cuales hemos descrito en líneas anteriores.

Frente a este régimen integral de las responsabilidades de los servidores públicos y de la responsabilidad patrimonial del Estado, queda no obstante además una asignatura pendiente por analizar, discernir, argumentar y establecer en las leyes, lo que pudiéramos denominar como derecho premial, o dicho más llanamente un sistema de premios y estímulos para los servidores públicos de confianza eficientes, lo que formaría parte importante del servicio público de carrera.

Es bien conocido - como aquí se ha reiterado - que existe todo un régimen integral, para investigar y sancionar a los Servidores Públicos por el mal desempeño de sus actividades, dónde como ya se ha dicho las sanciones pueden ser leves o graves de acuerdo al tipo de irregularidad que haya cometido, pero no existe un premio, estímulo o reconocimiento por el desempeño eficaz de su cargo para los trabajadores de confianza, que paradójicamente suelen ser a los que menos confianza se les tiene.

En este apartado debemos retomar y adecuar a las circunstancias actuales, lo que se establecía en el Juicio de Residencia, que lo mismo servía para sancionar al servidor público que se le acreditaban irregularidades o para reconocer su adecuado desempeño, ya que cuando no se detectaban irregularidades se le extendía una constancia de "liberación de responsabilidad", en la que se decía que habiendo sido auditado no se le encontraron irregularidades de algún tipo, por lo que dicho documento le servía como constancia del buen desempeño de su cargo y le abría expectativas de desarrollo.

Nos sumamos con beneplácito al impulso de esta reforma constitucional para fortalecer en nuestra legislación la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero insistimos también en igual medida en la necesidad de fortalecer el actual régimen disciplinario de los servidores públicos y de la puesta en marcha de un servicio civil de carrera, para una justa correspondencia y equilibrio entre sus obligaciones y sus derechos.

PRINCIPALES RAZONES JUSTIFICATIVAS PARA LA EVENTUAL INCORPORACIÓN DEL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

Dr. Álvaro Castro Estrada*

Muy distinguida concurrencia:

Antes de compartir con ustedes algunas reflexiones respecto de la pertinencia y justificación de incorporar a nuestro orden jurídico mexicano la noble y solidaria institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, deseo expresar mi gran complacencia de tener hoy la insólita oportunidad de compartir el foro con muy distinguidos juristas europeos y latinoamericanos, que han estudiado con todo cuidado, desde hace décadas, los aspectos teóricos y aplicativos de dicho instituto jurídico, que ha devenido ser "una de las más importantes conquistas del Estado de derecho".

Mucho me congratula, a la vez que agradezco, al Instituto Nacional de Administración Pública, y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el que hayan convocado a tan selecto auditorio para analizar los postulados y alcances de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, sobre bases de derecho público, ya que su trascendencia es tal, que a juicio del ilustre *juspublicista* español Eduardo García de Enterría, conjuntamente con el principio de legalidad, el instituto que aquí analizamos conforman los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo.

* Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ya que he mencionado a Don Eduardo, tengo el gran honor de leer aquí para ustedes el mensaje que, con su acostumbrada contundencia y señorío, además de profundo conocimiento de causa, nos ha dirigido a todos los presentes, al expresar su vivo pesar de no podernos acompañar en este seminario en virtud de tener que atender compromisos ineludibles concertados con antelación. Valga señalar previamente, para quienes no estén familiarizados con la estatura intelectual de García de Enterría -apreciación que estoy seguro suscribirán sus insignes colegas españoles aquí presentes- que fue él, hace 45 años, siendo aún muy joven, uno de los más decididos y destacados impulsores de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España. Formalmente jubilado hoy de la Cátedra, Don Eduardo sigue produciendo -con gran lucidez y experiencia- obras jurídicas de enorme valor jurídico, y sus enseñanzas y tutorías siguen orientando a muchos investigadores jurídicos.

Oigamos, pues, lo que el Maestro me escribe y, por mi conducto, a todos los presentes:

“Mi querido amigo y colega:

He sentido muy vivamente no poder acompañar a Uds. en el Seminario Internacional sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado. Lo hubiera hecho con el mayor gusto si unos compromisos previos no me lo hubieran impedido...

En todo caso, no quisiera permanecer ajeno del todo a la preocupación que les ha reunido y me permitiré formular algunas reflexiones sobre el tema, tema que es de plena actualidad para Uds., en un momento en que la Cámara de Diputados de México estudia la posibilidad de incorporar al texto constitucional el principio básico de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Constitución española de 1978, art. 106.2, como antes la Ley Fundamental de Bonn, art. 34, habían incorporado ya en la regulación constitucional un principio análogo. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proclamado desde 1991 (Sentencia Franckovich) la responsabilidad patrimonial de los Estados por los daños que causen a sus ciudadanos como consecuencia de la infracción del Derecho Comunitario, responsabilidad que ha parecido a dicho Tribunal una exigencia de la eficacia que ha de reconocerse a este Derecho. Este principio de responsabilidad se ha extendido a partir de 1996 (Sentencias Brasserie du Pêcheur/Factortame III, Lomas, Dillenkofer, Deukavit, etcétera) sobrepasando a todos los Derechos nacionales, al supuesto en que tal infracción del Derecho Comunitario se produzca por medio o a través de Leyes

parlamentarias nacionales. De este modo el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados se ha erigido en una de las bases de la creación de un Estado de Derecho efectivo, que es uno de los legados que este siglo transmitirá, sin duda, al nuevo que ya está llamando a nuestras puertas.

Ud., que ha estudiado tan profundamente las bases de este principio de responsabilidad del Estado, sabe bien que en España no se instauró, de una manera casi subrepticia, hasta 1954. Hasta entonces el art. 1903 del Código Civil de 1889 prohibía esa responsabilidad, prohibición que se justificaba de hecho en el temor de que su reconocimiento pudiese dar lugar a una sangría de las finanzas estatales. Más de cuarenta años después, cuando la responsabilidad del Estado ha pasado a desenvolverse con plena normalidad en nuestra práctica administrativa y en la jurisprudencia en nuestros Tribunales, ese temor se ha revelado poco fundado. Un tratamiento rigurosamente técnico de la institución, a lo que conduce, más bien, es a una depuración efectiva de la acción administrativa, que no necesita para ser eficaz ir dejando a su paso un reguero de daños ocasionales repartidos arbitrariamente entre las diferentes personas de la comunidad de Derecho. Por otra parte, en un sistema económico de mercado resulta imposible admitir el hecho de que uno de sus agentes más característicos, y además el que cuantitativamente utiliza normalmente en su seno el mayor porcentaje del producto interior bruto, sea precisamente un agente irresponsable, a quien los Tribunales no puedan imponer el respeto a sus compromisos y la obligación de reparar los daños que, inevitablemente, su actuación produce. La modernización de una economía, impone, pues, igualmente, además de los principios de Estado de Derecho, la acogida resuelta de la institución de que se trata.

Expreso a Ud. y a todos los intervinientes en ese oportuno Seminario Internacional mis mejores deseos para que sus reflexiones puedan conducir a una clarificación definitiva de las ideas sobre el importante tema cuyo debate les reúne. Estoy seguro de que así será”.

Hasta aquí el sabio mensaje de nuestro invitado espiritualmente presente.

Como consecuencia de este importante mensaje de parte de quien tiene incuestionable autoridad moral para dictar las afirmaciones anteriores, he querido basar mis reflexiones esta tarde en algunos puntos que seguramente se encuentran en el ánimo -

incluso preocupación- de muchos de los integrantes de la audiencia. Trataré, pues, de responder cuatro preguntas básicas:

- 1) ¿Es imprescindible elevar a rango constitucional el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, aún presumiendo la conveniencia de adoptar un régimen de responsabilidad objetiva y directa del Estado, en forma complementaria al existente para los servidores públicos?
- 2) ¿En caso de que fuera necesario, qué consecuencias traería para la administración pública en su conjunto?
- 3) Para un régimen objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial del Estado, lo sabemos, es irrelevante el que la actividad administrativa del mismo sea lícita o ilícita, normal o anormal, regular o irregular, pero ¿será válido darle el mismo tratamiento para efectos indemnizatorios?, y
- 4) ¿Independientemente de las razones cualitativas que pudieran justificar su eventual incorporación a nuestro orden jurídico, no significaría ello comprometer las finanzas públicas?

Con la ayuda de los razonamientos de Don Eduardo García de Enterría, leídos a ustedes hace unos momentos-, de otros ilustres *juspublicistas* y los propios, intentaré responder sucintamente los cuestionamientos precedentes.

1) ¿Es imprescindible elevar a rango constitucional el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado?

Somos muchos los estudiosos del Derecho, que honramos y respetamos el principio de "economía constitucional", en virtud del cual se considera que hay que evitar al máximo las reformas a la Ley Suprema, tanto más cuanto que, como en México, las modificaciones a la misma han sido frecuentes-demasiado frecuentes podríamos decir-, y no es extraño escuchar opiniones en el sentido de que muchas de ellas han carecido de la debida justificación.

No sin razón, algunos constitucionalistas también se lamentan de que la alta frecuencia de cambios en su texto, haya impedido realizar una teorización metódica del contenido de nuestra multireformada Constitución, como sí se ha logrado en otros países. En gran parte por esto, los más estrictos defensores del supremo contenido constitucional, entendido como el entramado de valores y expresión más alta de los grandes principios políticos y legales de un país determinado, llegan ahora al extremo de negar sistemáticamente cualquier derogación, adición o modificación a su texto; incluso prefieren que se legisle sobre materias que no tienen un fundamento expreso o implícito en la Constitución, cuando no resulta previsible su *impugnación legal*.

a) La responsabilidad patrimonial del Estado como correlato de una nueva garantía individual.

No obstante las objeciones mencionadas, pienso que todos podemos aceptar que el lugar indicado y propio de una garantía individual y de una institución que tiene como finalidad una nueva forma de organización básica del Estado, es la propia Constitución. Y si esto es así, resultaría justificada la incorporación del instituto de la responsabilidad del Estado a nuestro orden Constitucional. Recordemos, pues, que la construcción teórico-jurídica de la institución que estudiamos descansa sobre una *garantía legal*. Esta garantía consiste en explicitar el derecho de los particulares a su "integridad patrimonial" y el deber correlativo del Estado a indemnizar las lesiones antijurídicas que con motivo de su actividad irroge en el patrimonio de los particulares, cuando no tengan éstos el deber jurídico de soportarlos.

Sabemos que el principio básico de la objetivación de la institución de la responsabilidad del Estado, que superó al mismo tiempo el criterio subjetivo de la culpa como única fuente de responsabilidad, y el casuismo de la "falta del servicio" que continúa vigente en el prestigiado pero complejo sistema francés, es el que se conoce como el principio de la "lesión resarcible". El gran avance registrado en la doctrina jurídica para proteger a los particulares lesionados en violación de un principio de "igualdad de las partes ante las cargas públicas", consistió en calificar al daño patrimonial como *perjuicio antijurídico*, no ya la antijuridicidad de la conducta del sujeto que lo ocasiona, como se predica en los sistemas civilistas. Este fue -y continúa siendo- el *giro copernicano*, al que se refirió nuestro invitado Don Jesús Leguina Villa, en su espléndida tesis doctoral sobre el tema, hace treinta años.

Es en razón de lo anterior, que podemos afirmar que la finalidad de la responsabilidad pública, consiste no tanto ya en sancionar una conducta reprochable de los servidores públicos, cuanto en reparar objetivamente una lesión cuya víctima no está obligada a soportar. Se trata, pues, como nos ha enseñado Don Jesús "de desplazar los efectos negativos del evento dañoso desde la esfera jurídica del dañado hacia la Administración titular del servicio o de la actividad causante del daño". Empero, es preciso reconocer con García de Enterría, que la calificación de *antijurídico* a que nos referimos cuando hablamos de *lesión*, entendida como *perjuicio antijurídico*, no se refiere a la antijuridicidad o ilicitud del daño o perjuicio que se cause, sino al perjuicio antijurídico en sí mismo. Si no fuera así, no se habría alcanzado la objetivación buscada para proteger el patrimonio del particular lesionado y, por ende, no comprenderíamos por qué esta construcción jurídica implica la debida reparación, aun cuando los daños ocasionados pudieran provenir de un actuar perfectamente lícito por parte de los agentes de la administración pública.

En síntesis, el *perjuicio antijurídico*, entendido correctamente, es aquel que el particular, administrado o gobernado, no tiene el deber jurídico de soportar, porque lo protege

una *garantía legal* que le da derecho a la salvaguarda de su integridad patrimonial; de manera tal que sólo que exista una causa concreta y justificada previamente en la ley o en algún otro ordenamiento jurídico que legitime el perjuicio sufrido o que pudiera sufrirse, deberá tolerarse.

Pues bien, esta concepción técnica que supone el desplazamiento desde la conducta subjetiva del agente al daño objetivo del patrimonio, para ser consistente y operativa, exige el reconocimiento de un principio fundamental que establezca la “garantía de seguridad e integridad del patrimonio de los individuos”. De lo hasta aquí dicho se impone una conclusión cardinal: la antijuridicidad de que hemos hablado, se predica respecto de los daños que se producen sin justificación en razón directa a la garantía de seguridad patrimonial, que consagra el derecho a su salvaguarda e integridad; luego, si no hay justificación que legitime el daño patrimonial sufrido, por ministerio de dicha *garantía legal*, se vuelve una lesión resarcible, es decir, una lesión que debe repararse por parte del Estado, quien es el titular del servicio público por cuya consecución se causan los daños o perjuicios reclamables.

Como se podrá desprender de estos razonamientos, la introducción expresa de una garantía a la integridad patrimonial de los individuos es condición necesaria de la incorporación del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro orden jurídico mexicano. Tanto por la importancia del principio mismo como porque la ubicación conveniente y válida de las garantías individuales es la Carta Magna, pensamos que su elevación al máximo rango legal es pertinente y justificada.

b) La responsabilidad patrimonial del Estado como institución del Estado de Derecho.

A lo afirmado podemos agregar otra razón que, a nuestro juicio, justifica una adición Constitucional en virtud de la cual quede definitivamente incorporada la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Ley Suprema. Ésta consiste en aceptar que uno de los objetivos fundamentales de todo texto constitucional es el establecer lo que podríamos llamar la organización de las instituciones públicas que fundamentan el Estado de derecho de un país determinado. A ello se destina primordialmente la llamada “parte orgánica” de una Constitución, la cual además de lo dicho contiene, entre otros aspectos, la estructura de los órganos del poder público, su funcionalidad y la composición misma del Estado de derecho.

Ahora bien, es necesario reconocer que la institución jurídica que en este seminario se examina, es un componente imprescindible de un vigoroso Estado de derecho, que exige por tanto un lugar en los respectivos textos constitucionales de todos los países llamados genuinamente democráticos.

Si aceptamos tal aseveración, será fácil reconocer que la organización de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado forma parte integrante de las instituciones que fundamentan el Estado de derecho de nuestro país, y que como tal debe estar consagrada en nuestra Constitución Política. Respecto a si debe incluirse en la "parte dogmática" de la Ley Suprema, en tanto que contiene una nueva garantía individual que amplía la tutela legal de los gobernados, o en la "parte orgánica" de la misma -si es que se quiere respetar en todo lo posible el principio de "economía constitucional"-, nos inclinamos a pensar que es preferible en ésta y sólo en esta última, por las siguientes consideraciones:

- La figura de la responsabilidad patrimonial de Estado es una importante institución del Estado de derecho, cuya organización corresponde ser determinada precisamente en la "parte orgánica" de la Constitución.

- Nada impide que la garantía individual que es inherente a la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentre establecida no en la "parte dogmática" como sería lo típico, sino en la "parte orgánica" de la Constitución, como dan cuenta otros casos ya existentes, en los cuales las garantías no han perdido su naturaleza ni su eficacia protectora.

- Es conveniente vincular y armonizar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con el vigente de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, que hoy se encuentra regulado en el Título IV de la Carta Magna, o sea, que está ubicado en la parte orgánica de la misma.

Para concluir este primer apartado, quisiera agregar una final reflexión que abona en las anteriores que pretenden justificar la "constitucionalización" de la institución de marras. La posibilidad de que cada entidad federativa regule de manera diversa los alcances de la institución de la responsabilidad directa y objetiva del Estado, aconseja dejar establecido a nivel constitucional los postulados esenciales de la institución en comento, para evitar posibles regulaciones que sean diversas o incluso contradictorias en sus respectivas formulaciones normativas, lo cual sería atentatorio del propósito protector y homogéneo que se busca. Esta preocupación quedaría igualmente salvada si, como se pretende, se concreta la elevación de la institución de la responsabilidad del Estado a rango constitucional.

Por otra parte, en forma complementaria a las referencias históricas que Don Eduardo García de Enterría hace en su mensaje, respecto a la elevación del principio de la responsabilidad a nivel constitucional. No se piense, sin embargo, que son las únicas en Europa, ni tampoco que no las haya en países latinoamericanos. Por el contrario, sólo para enunciar aquí algunos países en nuestro continente que cuentan en sus Constituciones con los principios de la institución que examinamos -si bien con naturales diferencias y matices-, se encuentran: Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay y Uruguay, entre otros.

En síntesis, podemos afirmar que, contrariamente a como algunos pudieran pensar, la incorporación y funcionamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, de carácter general, directa y objetiva, no es propia y exclusiva de países que registran los mayores desarrollos, sino que ha devenido connatural a todo país democrático y respetuoso de su Estado de derecho. Es por lo dicho que no se encuentra justificación alguna para que nuestro país se mantenga ajeno a este avance indiscutible del derecho.

2) ¿En caso de que fuera incorporada la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro orden jurídico, qué consecuencias traería para la administración pública en su conjunto?

Esta importante pregunta nos sitúa frente a una segunda óptica, no menos importante a la anterior, bajo la cual, a mi juicio, debe observarse igualmente el fenómeno de la responsabilidad patrimonial del Estado, y que por tanto bien merece dedicarle algunos minutos para explicarla. Nos referimos al tema que en sede doctrinal se le ha llamado la óptica de la *gestión de servicios*, que sin lugar a dudas complementa la visión del *sistema de garantía*, basado en el principio de la solidaridad social, a la que nos referimos antes con algún detenimiento.

Este criterio de la "gestión de servicios", lo podríamos descriptivamente definir como aquel que, merced al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, promueve la elevación creciente de la calidad en la prestación de los servicios públicos, de los que es la administración pública su principal titular.

Para quienes estén familiarizados con estos temas, seguramente con lo enunciado les vendrá a la memoria las palabras de Maurice Hauriou con las que sentenciaba: "Que la administración actúe, pero sometida a la ley. Que la administración actúe pero que pague", así como las de Luis Martín Rebollo que en paráfrasis de las anteriores escribió: "Que la administración actúe, pero que actúe pronto, bien y eficazmente, y que si causa daños, sobre todo por hacerlo mal o tarde o por no actuar cuando expresamente y mediante pautas fijas está obligado a ello, que pague por su mal funcionamiento o por su inactividad".

Dicho con otras palabras, el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, además de constituir una importante garantía es al propio tiempo, la posibilidad gradual, pero real, de contar con servicios de calidad o mayor calidad- para lo sucesivo. Así, la disyuntiva es incorporar un verdadero régimen de responsabilidad del Estado que a la vez de cumplir con un imperativo de justicia, fomente mejores estadios de servicios públicos, o bien, conformarnos con la recepción de servicios mediocres y con dudosas posibilidades reales de mejorarlos a través de muchos esfuerzos y tiempo.

A nadie escapa que la finalidad de la administración pública es la de contribuir con

eficiencia a cumplimentar los intereses generales de la sociedad. O lo que es lo mismo, la administración tiene como misión fundamental la de servir eficientemente a la sociedad. Por su parte, al derecho le corresponde concederle a la administración pública los privilegios indispensables para lograr su objetivo, pero también le corresponde establecer los límites necesarios para que la misma administración no se aparte de los fines que le son propios.

Más aún, está en la naturaleza del derecho administrativo desplegar todas sus fórmulas y potencialidades para concretar eficazmente los principios constitucionales en el sistema de leyes secundarias, entre los cuales se encuentran la organización de una administración pública eficiente y verdaderamente al servicio de la sociedad, para lo cual es necesario establecer los mecanismos de control que favorezcan la prestación correcta de los servicios públicos, así como desalentar -e incluso sancionar- todo aquello que lo aleje de tal objetivo. De aquí que se pueda aseverar que el derecho administrativo, con su dispositivo normativo, ordena, delimita y moldea a la administración pública.

Las aportaciones válidas del derecho administrativo que coadyuven al cumplimiento de los nobles fines conferidos a la administración pública, en verdad son difíciles de construir, ya que deben conjugarse adecuadamente sus dos elementos sustanciales: el de ser un instrumento garantizador de los administrados, por un lado, y el de ser también una herramienta insustituible del Poder Público. Bien ha dicho el jurista español Tomás-Ramón Fernández que: "No se trata de hacer un derecho administrativo a favor del administrado y en contra de la administración... No hay dos derechos distintos, el de la ley y el del ciudadano, sino uno solo".

Lo cierto es que la fórmula que el derecho administrativo ha encontrado para garantizar la integridad patrimonial de los individuos y al propio tiempo elevar la calidad de los servicios públicos a que tienen derecho los gobernados o administrados, es precisamente el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que impone un costo a la ineficiencia de la prestación de los servicios públicos, lo que por sí mismo constituye una justificación innegable para su incorporación a nuestro orden jurídico.

A quienes piensan que la incorporación defendida ocasionaría un freno a la actividad administrativa, habría que responderles que no ha sido así en ningún lado; más bien lo que ha introducido esta institución jurídica es un principio de orden y control que ha resultado muy sano para la buena marcha de la administración pública. En efecto, la consecuencia previsible es que se harían más transparentes los efectos positivos y negativos de cada servicio prestado; de manera tal que la ineficiencia tendría un precio, mismo que ya no pagarían, injusta e irritadamente los administrados lesionados, sino el Estado.

Es cierto que en una administración pública tan extendida y compleja como la actual, es sumamente difícil identificar o individualizar a los servidores públicos directamente

causantes de un daño o perjuicio que afecte bienes o derechos de los administrados, y ya no digamos la acreditación de su culpabilidad por parte de los mismos gobernados que es poco menos que imposible, además de su muy probable insolvencia económica personal. De aquí unas de las principales ventajas de la instauración de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetiva y directa. Sin embargo, como se ha señalado por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, la responsabilidad patrimonial del Estado no excluye sino que complementa la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, además de superar las insuficiencias que la teoría subjetiva de la culpa propia del derecho civil-, acusa para solucionar las injusticias que la actividad lesiva de la administración pública ocasiona en el patrimonio de los administrados.

Lo anterior viene a colación, porque, como producto de la mayor eficiencia administrativa que conlleva la incorporación de un régimen de responsabilidad objetiva y directa del Estado en el ámbito patrimonial, el cambio de mentalidad de los servidores públicos que como órganos del Estado proporcionan los servicios públicos, es una consecuencia obligada. Me explico. Si bien, en estricto sentido, el nuevo sistema no genera nuevas o mayores responsabilidades administrativas de las que se prevén ahora en la ley de la materia, para nosotros es claro que sí generaría una *conveniente y sana intimidación* entre los servidores públicos, que los impulsaría a mejorar la calidad de los servicios que están obligados a prestar, bajo los criterios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y -subrayo- eficiencia en el desempeño de sus funciones, a que se refiere el artículo 113 constitucional.

Es inconcuso aceptar que además de la finalidad de "sana intimidación" -como lo ha escrito Luis Martín Rebollo con amplitud y maestría al tratar este tema-, se deban sumar otras ventajas administrativas como son la *selectividad* y la *prevención*; es decir, programar y determinar con anticipación y seriedad las aptitudes reales de los servicios públicos para generar los satisfactores ciudadanos que de ellos se esperan, así como las posibles contingencias que su implantación y operación cotidiana pudiese generar, a fin de prever tanto las correcciones necesarias como las reparaciones debidas ante sus eventuales fallas, con exclusión evidente de las causas de fuerza mayor.

Quedaría incompleta nuestra respuesta sobre los efectos de la introducción del instituto de la responsabilidad patrimonial a nuestro orden jurídico mexicano, si no mencionáramos, cuando menos enunciativamente, que la óptica que arriba hemos denominado, siguiendo a distinguidos doctrinarios en la materia, como de la "gestión de servicios", es absolutamente coincidente con los objetivos fundamentales del Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000, que como en el mismo se consigna, privilegia criterios de eficiencia y efectividad para cumplir las expectativas de la población a la que pretende servir, por encima incluso de la prioridad de la disciplina fiscal tradicional.

En consecuencia, es perfectamente factible concluir en este momento que las finalidades de orden, control, sana intimidación, selectividad, previsión y, sobre todo, eficiencia, que son inherentes al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, constituyen un instrumento potenciador de la calidad de la prestación de los servicios públicos y un singular coadyuvante de los esfuerzos que la administración pública realiza, en cumplimiento de su programa de modernización que le es obligatorio.

3) Para un régimen objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial del Estado, lo sabemos, es irrelevante el que la actividad administrativa del mismo sea lícita o ilícita, normal o anormal, regular o irregular, pero ¿será válido darle el mismo tratamiento para efectos indemnizatorios?

Una de las preocupaciones más frecuentes respecto a la pertinencia de incorporar o no la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro orden jurídico, es la de aceptar que puede haber "responsabilidad sin culpa", en contravención a los supuestos civilistas de "responsabilidad extracontractual por hechos ilícitos".

No obstante lo anterior, gracias a la construcción progresiva del instituto jurídico que estudiamos, que nace de la inteligencia creativa de juristas franceses que supieron utilizar la función innovadora de los principios generales del derecho, como el de la igualdad ante las cargas públicas y el de la solidaridad social, así como de las aportaciones originales de doctrinarios italianos, alemanes y españoles, se ha podido demostrar que sí puede haber responsabilidad sin culpa, aunque no puede haber responsabilidad sin perjuicio.

En la primera parte de esta intervención, hicimos alguna referencia al proceso de objetivación del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, y antes, con mayor profundidad, lo hicieron nuestros distinguidos conferencistas invitados. Evitaremos, por ende, volver sobre este punto. Empero, sí es preciso recordar rápidamente, que en virtud de la consagración de la garantía a la integridad patrimonial de los individuos y el principio de *lesión resarcible* que se armoniza con la noción de lesión como perjuicio antijurídico, para los efectos de la reparación o indemnización como deber correlativo del Estado, no se necesita acreditar la falta o culpabilidad de los servidores públicos implicados, sino la demostración de que el hecho material o el acto administrativo de que se trate, es consecuencia de la actividad del Estado, y por tanto imputable a éste. En otras palabras, para que proceda la indemnización correspondiente que venga a restablecer el equilibrio en el patrimonio del reclamante con motivo de la actuación dañosa del Estado, es imprescindible demostrar la relación causal entre la actividad lesiva imputable al Estado y el daño efectivamente producido en el patrimonio del individuo que no tenga obligación jurídica de soportarlo.

Como se puede apreciar, el dato subjetivo sobre la conducta del agente o servidor público del Estado es irrelevante para los efectos de acreditar la realidad del daño y su

imputación al mismo. Es más, y esto es lo que a veces repugna a algunos, aun mediando licitud en la conducta del agente que ocasiona el daño resarcible, debe éste técnicamente indemnizarse de igual manera que si la actuación en cuestión hubiese sido ilícita, ya que como hemos dicho, la antijuridicidad de la lesión no se encuentra en la conducta dañosa del agente, sino en el patrimonio dañado del individuo que goza de una protección constitucional a la integridad de su patrimonio, y que por no haber disposición expresa que le obligue a soportar el daño o perjuicio respectivo, merece quedar indemne a través de la reparación debida.

A pesar de lo que hemos tratado de explicar, pensamos que si bien esta construcción generosa y progresiva de carácter jurídico con la que el derecho administrativo nos ha beneficiado, satisface la pretensión de justicia de una sociedad que la merece y exige, es conveniente no darle el mismo tratamiento indemnizatorio a las reparaciones que provengan de una actividad regular o lícita, que a las derivadas de una actividad irregular o ilícita, o también dicho como lo hace la doctrina española, del *funcionamiento normal o anormal* de la administración pública.

Es esta diferenciación en el tratamiento exclusivamente indemnizatorio a lo que en mi investigación doctoral denominé *criterio de ponderación*¹. Este criterio tiene entre sus finalidades básicas, prescribir *indemnizaciones integrales* para los reclamantes lesionados como consecuencia del actuar ilícito, irregular o anormal de la administración pública, e *indemnizaciones equitativas* para los reclamantes lesionados como consecuencia del actuar lícito, regular o normal de la administración pública, con lo que se atendería el importante propósito de desalentar las conductas ilícitas, irregulares o anormales de la administración, aún cuando, como hemos afirmado, sea irrelevante el dato subjetivo en la determinación de la acreditación de la responsabilidad patrimonial del Estado².

Con esta prevención, pensamos, sería válida la afirmación de que si bien el elemento subjetivo es irrelevante para acreditar la responsabilidad objetiva y directa del Estado, no es indiferente para los efectos indemnizatorios de la misma.

Importancia de los estándares medios del servicio

Interesa ahora asentar aquí la relevancia que para la administración pública tiene determinar los muy nombrados pero poco conocidos "estándares medios del servicio". Cabe apuntar que el tema indicado también forma parte del Programa de Modernización de la Administración Pública vigente, el cual cuenta con un Subprograma de "Medición y Evaluación de la Gestión Pública", y otro más, concer-

¹ Para mayor detalle sobre este tema, Cfr., CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, (prol. de Pedro G. Zorrilla Martínez), México, Editorial Porrúa, 1997, pp 431-437.

² La *indemnización integral* consiste en el pago del daño emergente, lucro cesante o perjuicio, resarcimiento por daño personal y moral; y la *indemnización equitativa* comprende el pago del daño emergente, resarcimiento por daño personal y moral.

niente a la "Participación y Atención Ciudadana", con un rubro específico sobre "Estándares de Calidad". Desconocemos con exactitud el avance de estos Subprogramas, sin embargo, es deseable precisar en los próximos párrafos su vinculación con el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, porque es en él donde se encuentra una de sus mayores ventajas aplicativas.

En sede doctrinal, la noción de "funcionamiento normal o anormal del servicio", guarda relación no únicamente con la licitud o ilicitud de la conducta de los servidores públicos que tienen la obligación de desempeñarse conforme a la ley que expresamente los faculta a actuar, o bien, a no hacer aquello que les prohíbe, sino que se relaciona igualmente con la corrección y eficiencia del servicio prestado, o en su defecto, con la incorrección o ineficiencia del mismo. Expresiones de esta última situación serían, por ejemplo, la omisión, inactividad o retraso en el proporcionamiento del servicio público que corresponde suministrar eficientemente a la administración pública. Bajo un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, la irregularidad o ineficiencia del servicio tiene un costo económico ya se ha dicho antes-, que conviene entender como un indicador útil y fehaciente de la buena o mala marcha de la actividad administrativa del Estado.

Coincidirán conmigo en que desaprovechar una herramienta jurídica y administrativa como la que analizamos, sería un signo inequívoco de ineficiencia administrativa y, hasta cierto punto, ahora que la conocemos, de responsabilidad por omisión. Pero volviendo al punto, debemos dejar establecido que el criterio conforme al cual podremos calificar un servicio como eficiente o ineficiente, es precisamente el índice del estándar medio del servicio de que se trate, que como es evidente varía de país a país, de entidad federativa a entidad federativa y de tiempo a tiempo.

Cuando se cuenta con "estándares medios del servicio", quedan atrás apreciaciones subjetivas muchas veces infundadas y utilizadas para resolver asuntos por autoridades administrativas o jurisdiccionales que poco saben del servicio público que tienen que evaluar.

Lo total es que la fijación de los estándares del servicio sean reales, porque si se fijan demasiado altos, prácticamente cualquier prestación de servicios resultará ineficiente y daría lugar a indemnizaciones integrales; y por otro lado, la fijación de estándares del servicio demasiado bajos, daría lugar a condenas indemnizatorias exiguas que poco contribuirían a motivar la deseada mayor calidad de los servicios. Algo similar acontecería si se tienen estándares del servicio inexactos, que lo único que ocasionarían serían "indemnizaciones al cálculo", que se determinarían con el solo afán de no aparecer raquíticas o desproporcionadas; además que dejaría desdibujada la línea que divide el funcionamiento normal del anormal de la administración, que se pretende mejorar con su fijación objetiva.

4) ¿Independientemente de las razones cualitativas que pudieran justificar la eventual incorporación del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro orden jurídico, no significaría ello comprometer las finanzas públicas?

Una de las preocupaciones que mayormente se aduce para descalificar, cuestionar, o cuando menos pretender diferir la incorporación de la institución estudiada al orden Constitucional y legal de un país, es el efecto negativo de carácter financiero que presuponen pudiera generarse para las finanzas públicas del país de que se trate.

Partamos ante todo del hecho de que si bien no es tarea fácil para un abogado entrar a hacer consideraciones de carácter financiero en general, lo es aún menos cuando se cuestiona la pertinencia de incorporar una institución jurídica que acrecienta el Estado de Derecho, sólo por razones económicas. En efecto, es en extremo complicado para un jurista razonar sobre cuánto puede costar al Estado garantizar la seguridad jurídica y patrimonial de los gobernados, o puesto de otra manera, cuánto vale profundizar en una de las exigencias de una democracia auténtica, para estar en condiciones de justificar la introducción o no de instituciones jurídicas que contribuyen a ampliar la tutela constitucional de los individuos en un país determinado.

A pesar de lo anterior, intentaré dar respuesta a la pregunta planteada valiéndonos de cuanta argumentación sea factible integrar, habida cuenta de que no debe soslayarse éste o cualquier otro cuestionamiento. Sin embargo, antes de entrar a desarrollar algunos aspectos técnicos y preventivos que nos permitan dimensionar el problema con mayor objetividad, conviene reconocer que el hecho de que hoy por hoy el Estado mexicano no pague regularmente indemnizaciones derivadas de su eventual actuar lesivo, no significa que no sean otros los que estén pagando esta factura. Estos otros, naturalmente, son los particulares quienes no tienen muchas veces más alternativa que resignarse con justificada irritación personal, o bien, inconformarse colectivamente a fin de generar presión en "vías de hecho" a la autoridad, en búsqueda de una reparación patrimonial, porque saben que las vías legales hoy existentes son tortuosas y largas, y sus resultados muy dudosos. Ni para los abogados, ni para los gobernantes, ni para la ciudadanía en general lo anterior puede ser aceptable. Además, ignorar que lo dicho tiene un alto costo social y político es una gran ingenuidad.

Una de las formas que tenemos para evaluar los impactos financieros de la institución jurídica que estudiamos, consiste en revisar nuestra experiencia interna y atisbar la externa. Por cuanto hace a la primera, nos complace informar que aunque es poco sabido, el Municipio de Toluca, Estado de México, cuenta desde el 5 de febrero de 1997, con un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter directa y objetiva, misma que independientemente de algunos cuestionamientos sobre su constitucionalidad, registra en este corto tiempo pocos reclamos, sobre todo relativos a daños

materiales, que no han representado erogaciones significativas³. Lo anterior, sin perjuicio de indicar que desde hace poco más de un lustro, nuestra Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, incluyó los pagos por concepto de "responsabilidad patrimonial" como uno de los integrantes del "gasto público federal", más sin embargo, no se tiene noticia de que el Gobierno Federal haya realizado algún pago con cargo a esta partida presupuestal.

Por lo que hace a la experiencia extranjera en la materia, no se conoce con exactitud el número de reclamos y montos pagados. Empero, contamos con testimonios tan valiosos como el que nos ha dado esta tarde el eminente *juspublicista* García de Enterría, en su mensaje a los participantes en este Seminario, en el sentido de declarar infundado el temor a una sangría de las finanzas públicas a causa del cambio de régimen de responsabilidad de carácter civil o subjetivo, a uno de carácter público u objetivo, como se ha acreditado durante más de cuatro décadas de desenvolverse con plena normalidad esta institución jurídica en España. Entiendo que la experiencia en Colombia y Argentina también apuntan en el mismo sentido. Estoy cierto que nuestros conferencistas colombianos y argentinos -el día de mañana- nos confirmarán esta apreciación.

Es evidente, no obstante, que la salud financiera y desarrollo económico de un país incide en forma relevante en el funcionamiento más adecuado del régimen jurídico de la responsabilidad, al que me he venido refiriendo. Así lo afirmó en 1988 el destacado jurista Tomás-Ramón Fernández en una conferencia pronunciada en Buenos Aires, Argentina. Asimismo, en una fina y generosa carta personal de octubre del año pasado, el mismo jurista citado, al saber de mis empeños en esta materia, me previene y alienta con las siguientes palabras:

"He leído con atención sus propuestas de modificación constitucional y legislativas, que son muy valientes y están muy bien orientadas. Es probable que tarden un poco en ser comprendidas y compartidas. Así nos pasó a nosotros en 1954, porque la afirmación de una cobertura patrimonial general de los ciudadanos frente a la actuación lesiva del Estado tienen que ver mucho con el nivel de desarrollo económico del país, como pudimos comprobar aquí, pero, en función de esa misma experiencia, estoy seguro que su valiente toma de posición pronto tendrá muchos seguidores y un día será imparable". Espero que ese día esté muy cerca.

Ahora bien, como anticipé, y de ninguna manera soslayando la cuestión financiera que conlleva la incorporación de la institución jurídica que se examina, es importante reiterar algunas consideraciones de carácter técnico propias de esta figura, que nos permitirán justipreciar sus posibles consecuencias económicas reales.

³ Para mayor información sobre el régimen de responsabilidad patrimonial en el Municipio de Toluca, Cfr., CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Estudio sobre la Constitucionalidad de un Plausible Esfuerzo Municipal para establecer un Auténtico Régimen de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública", Estudios Jurídicos en Homenaje a Felipe Tena Ramírez, Fernando Serrano Migallón coordinador, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 53-87.

a) Principio de causalidad clave para la responsabilidad patrimonial del Estado.

La primera consideración técnica consiste en desautorizar la falsa idea de que una vez incorporado el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, de carácter directo y objetivo, cualquier reclamo será objeto de indemnización, sin considerar, quienes así piensan, que el cumplimiento de los requisitos que su misma construcción teórica postula, nos revela lo contrario.

Ya he apuntado que la indemnización reclamada exige para ser procedente, entre otros aspectos que deberán ser motivo posteriormente de regulación legal del principio constitucional -y a los cuales esta mañana el Dr. Blasco Esteve se refirió con algún detalle-, la acreditación de la relación causa-efecto entre la actividad del Estado y los daños y perjuicios efectivamente producidos por ella. Distinto a lo que puede suponerse, la demostración causal, que por cierto es clave en esta materia, no resulta tan sencilla de realizar como pudiera suponerse.

De manera semejante tendría que indicar que, por el contrario, una posición demasiado rígida o intransigente en cuanto a la acreditación del nexo causal se refiere, traería como resultado que bien fuese la autoridad administrativa o la jurisdiccional, no tendría más remedio que desestimar prácticamente cualquier reclamo.

b) Reembolso potestativo mediante el principio de repetición.

Una más de las consideraciones técnicas que procede dejar asentada, es la concerniente a que muchas de las erogaciones indemnizatorias del Estado, no tienen como destino registrarse como "fondo perdido". En efecto, derivado de la estrecha complementariedad que existe entre el régimen de responsabilidad administrativa de los servidores públicos y el de responsabilidad patrimonial del Estado, las erogaciones efectuadas por el Estado, en cumplimiento de su obligación reparatoria de lesiones antijurídicas, pueden repetirse contra los servidores públicos que hayan incurrido con su acción u omisión en "falta grave", después de haberles seguido el "procedimiento administrativo disciplinario" y hallado responsables en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

La última consideración, sobre la que tampoco me extenderé, ya que en respuestas anteriores ha quedado -espero- suficientemente claro, se refiere al postulado que podríamos enunciar con las siguientes palabras: "a mayor eficiencia menores costos", o estas otras más completas: "a mayor sentido de responsabilidad pública y mejor solución técnico-jurídica de la misma, mejores servidores públicos, más eficientes servicios y menores indemnizaciones pagadas".

Es por lo anterior que he sostenido que la incorporación de la institución de la responsabilidad, además de cumplir con un imperativo de justicia y generar mayor confianza

de los gobernados ante sus gobernantes, a mediano plazo, se produciría un verdadero ahorro para el propio Estado, en beneficio de toda la colectividad contribuyente, en virtud de que en la medida que la administración pública sepa que la ineficiencia tiene un costo económico tangible, buscará -y deberá- por todos los medios a su alcance, reducir y en lo posible evitar la irrogación de daños y perjuicios en su actuar activo u omisivo. Un corolario adicional desde el punto de vista administrativo, sería la mejoría en los llamados "índices de desempeño", que el programa y subprogramas de modernización de la administración pública buscan impulsar y privilegiar.

c) Enunciación de previsiones sugeridas para la eventual ley reglamentaria.

Para finalizar este punto, sólo me restaría sugerir algunas medidas o previsiones que a nivel de ley reglamentaria se podrían evaluar y, en su caso, recoger, a fin de atenuar los posibles impactos negativos del cambio a un auténtico y más operativo régimen de responsabilidad del Estado. Me refiero a aspectos tales como la gradualidad de su cobertura general; la vinculación proporcional y flexible del monto presupuestal en el rubro de "responsabilidad patrimonial" con el presupuesto de egresos de la Federación -y el de las entidades federativas en el ámbito local-; la fijación de límites de responsabilidad para ciertos servicios, cuando menos temporalmente y también por lo que hace a algunos conceptos indemnizatorios como el relativo al daño moral; la contratación de seguros de responsabilidad civil contra terceros por parte del Estado, y específicamente mediante las pólizas conocidas como "de error u omisión", en aquellos servicios que por su naturaleza representan mayores riesgos, tales como la prestación de servicios de salud y seguridad pública, entre otros.

Finalmente, recomendaría que se ponderara la mejor fecha para la entrada de vigor del nuevo régimen, es decir, lo que técnicamente los abogados conocemos como *vacatio legis*. Pienso que sería recomendable dejar un período prudente y razonable para que la administración pública adopte las medidas de ajuste pertinentes, con el objeto de estar preparada para recibir los sanos y convenientes embates que la consagración de la nueva garantía constitucional le traerá en lo sucesivo; en la inteligencia de que inmediatamente después de esta conferencia, serán analizadas por parte de distinguidos académicos y legisladores mexicanos, las Iniciativas que propugnan por la incorporación de la garantía a la integridad patrimonial de los individuos y la correlativa obligación del Estado a indemnizar las lesiones causadas por su actuar.

Estoy cierto de que, si bien habrán aportaciones de indudable mérito y calidad respecto a la forma de plasmar la adición constitucional deseada, me adelanto a afirmar que sendas Iniciativas coinciden en el fondo, y es perfectamente factible armonizar y compatibilizar su contenido en una misma redacción, en la cual ambas se encuentren subsumidas y a la vez superadas individualmente.

Espero, por último, que estas reflexiones hayan contribuido a esclarecer algunas de las razones que, a mi entender, justifican la incorporación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado al orden jurídico mexicano, institución que en sabias palabras de García de Enterría: "se ha erigido en una de las bases de la creación de un Estado de derecho efectivo, que es uno de los legados que este siglo transmitirá, sin duda, al nuevo que ya está llamando a nuestras puertas".

México no puede, México no debe, arribar al nuevo siglo sin contar en su haber jurídico-constitucional, con esta noble y solidaria institución que como dijimos al principio, es una de las principales conquistas del Estado de derecho.

Por su atención, muchas gracias.

TEMA III

**ANÁLISIS DE LAS INICIATIVAS
PARA INCORPORAR
LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL OBJETIVA
Y DIRECTA DEL ESTADO
AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO**

INICIATIVA PARA INCORPORAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO PROPUESTA POR LA DIPUTACIÓN PRIÍSTA

*Dip. Marcos A. Bucio Mújica**

Estos últimos años nuestro país se ha transformado, y sobre todo lo más importante es que la sociedad en su conjunto está comprometida con el proceso de cambio político que habrá de dar otro perfil al futuro de la nación. La presente iniciativa sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se inscribe dentro de la Reforma del Estado, misma que resulta de la necesidad objetiva de readecuar las instituciones políticas que encarnan las actividades del Estado con el desarrollo social, es decir, reformar el sector público: desburocratizarlo, tener mayor competencia y competitividad, llevar a cabo la innovación administrativa, y dotarlo de una mayor eficiencia a través del servicio civil de carrera. En esencia, hacer más dinámicas y eficaces las funciones del sector público. Recobrar la confianza.

Como lo han sostenido diversos autores, la confianza es el resultado al que se llega después de que, durante un cierto período de tiempo, las razones para desconfiar no logran encontrar sustento; de tal forma que la correcta y continua actuación del Estado y sus servidores públicos, constituyen el pilar que cimienta la confianza política en los regímenes democráticos.

Las relaciones entre el Estado y la sociedad, consisten en la atención y solución por parte del primero a las demandas y necesidades de la ciudadanía. Las demandas más recurrentes de la ciudadanía en materia de seguridad, empleo, salud, vivienda, educación y alimentación, integran hoy en día la razón

* Integrante de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados

de Estado que es la máxima del obrar político. La ley motora del Estado.

En este sentido, la Reforma del Estado atiende el legítimo interés de una mayor participación de la ciudadanía, que desea ver ampliados sus derechos para lograr una mayor democracia económica y social.

La Reforma del Estado no es exclusiva del gobierno, ni de los partidos políticos, la Reforma del Estado implica lograr la participación de todos los mexicanos y mexicanas que tienen la firme convicción de construir un futuro mejor para las nuevas generaciones.

En este sentido, la Reforma del Estado implica una renovada relación entre el Estado y la sociedad, y en esa nueva relación cobra especial importancia el que el Estado responda en mayor medida por los daños y perjuicios que genera su actuación frente a los gobernados.

La iniciativa de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, presentada por los diputados la Fracción Parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional de la LVII Legislatura Federal, el 22 de abril de 1999, propone adicionar un párrafo segundo al artículo 113 de nuestra Ley Fundamental, con objeto de establecer y garantizar que:

“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 de lo contencioso-administrativo, cuando se originen por la actividad administrativa del estado”.

En estos términos, se substanció la propuesta de incorporar al mencionado ordenamiento supremo de nuestro Derecho Positivo Mexicano, la institución de la responsabilidad patrimonial -objetiva y directa- del Estado. Así mismo, en el cuerpo de la iniciativa se propone ampliar la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que se denomine: “De la Responsabilidad Patrimonial del Estado y las Responsabilidades de los Servidores Públicos”.

En el proyecto se señala la necesidad que tiene el Estado mexicano de contar con esta institución jurídica a nivel constitucional, partiendo del reconocimiento, sin ambages, de que nuestro marco normativo e institucional aún debe responder de mejor manera a las expectativas y a las condiciones de nuestro tiempo.

De tal forma, en estricta justicia, se estima que para hablar propiamente de un auténtico Estado de Derecho, es necesario asegurar el puntual cumplimiento de los siguientes

tes aspectos básicos:

1. La existencia de un orden jurídico estructurado, al que se encuentren sometidas las actuaciones del Estado;
2. El reconocimiento de los derechos públicos subjetivos o garantías individuales de los gobernados;
3. El establecimiento de los medios idóneos para la defensa de esos derechos, y
4. Un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

En la iniciativa se reconoce que desafortunadamente no hemos logrado consolidar un mecanismo que nos permita resolver el problema que se presenta, cuando como consecuencia de las actividades que realiza el Estado -sean lícitas o ilícitas- se ocasionan daños y perjuicios a un particular o gobernado, sin que este tenga la obligación jurídica de soportarlos.

El sistema propuesto tiene por objeto establecer una responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado y vendría a complementar el actual régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos. Dentro de las finalidades que persigue la propuesta, cabe destacar que contribuiría a mejorar progresivamente la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, ya que se estima habrá una reacción positiva y favorable en cuanto a la eficacia y eficiencia en la prestación de dichos servicios públicos.

La experiencia que se ha tenido en diversos países con la adopción del régimen de Responsabilidad Patrimonial del Estado, nos permite advertir que lejos de afectar negativamente las finanzas públicas permite, por el contrario, lograr ahorros económicos en función de una mayor eficiencia. Al respecto podemos señalar que en los casos de España, Francia y Alemania los resultados son satisfactorios ya que las cifras oficiales sobre el monto de las indemnizaciones que el Estado ha tenido que pagar no implican una excesiva carga financiera.

Evidentemente que los estándares de "rendimiento medio del servicio público" tendrán que variar de nación a nación, e incluso de una entidad federativa a otra; pero es razonable sostener que los esfuerzos que habrá de realizar la Administración Pública para responder con eficacia ante la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se deben traducir en resultados positivos y propiciar un cambio de mentalidad entre los servidores públicos a fin de hacer más eficiente y honesta su actividad frente a los miembros de la sociedad. La insuficiencia legislativa actual en materia de responsabilidad patrimonial del Estado es manifiesta, pues para estar en posibilidades de iniciar una acción de responsabilidad contra el Estado, es menester que previamente se logre la identificación del servidor público causante del daño reclamado y la demostra-

ción de su culpabilidad directa, así como la acreditación en juicio de la insolvencia del servidor público respectivo. Sólo agotados todos estos requisitos podría iniciarse una acción de responsabilidad subsidiaria contra el Estado, exclusivamente por hechos o actos ilícitos. El supuesto de la responsabilidad solidaria del Estado, sólo se surte cuando ante el hecho o acto ilícito haya habido dolo.

En la actualidad, esto representa un verdadero vía crucis para cualquier ciudadano, quien nunca o casi nunca logra obtener el pago indemnizatorio, porque aun cuando prospere su acción y logre probar el daño, su monto, la culpabilidad y la insolvencia del servidor público, se encuentra con la desagradable sorpresa de que no puede cobrar la indemnización porque no existe disponibilidad presupuestal para ello y, entonces tiene que enderezar de nuevo su reclamación, para que su pago sea contemplado dentro del presupuesto de egresos en el siguiente o subsiguiente ejercicio fiscal y así sucesivamente.

Ante esta situación, la iniciativa reconoce que nuestra legislación debe actualizarse para que la responsabilidad patrimonial del Estado sea plena y directa, a efecto de que el Estado sea el único responsable de efectuar el pago de la indemnización correspondiente al particular perjudicado; sin perjuicio de que posteriormente el Estado pueda exigir en vía de regreso el pago hecho al particular lesionado, en contra del servidor público que sea declarado responsable por falta grave.

Desde luego que, la incertidumbre procedente de un régimen insuficiente, así como la dualidad de sistemas de responsabilidad -uno civil y otro administrativo- constituyen un problema de seguridad jurídica tanto para el gobernante como para el gobernado.

Por ello, la propuesta considera que resulta impostergable incorporar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una garantía de integridad patrimonial a favor de los particulares contra la actividad lesiva que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular del Estado.

Derivado de lo anterior, la iniciativa propone incorporar en el texto constitucional dos aspectos fundamentales:

1. El establecimiento expreso de una nueva garantía que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad del Estado, y

2. La obligación correlativa del Estado a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad irroge en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía.

Esta iniciativa respeta las órbitas de competencia de la Federación y de las entidades federativas, ya que se prevé en disposición transitoria que tanto a nivel federal como estatal, el legislador ordinario deberá adoptar las medidas legales correspondientes dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la reforma constitucional. Esto permitirá que las leyes que al efecto se expidan, contemplen los lineamientos y

requisitos que regularían las características del daño resarcible, los supuestos de imputabilidad al Estado, las bases para la cuantificación del daño, las relaciones de causalidad entre el daño y la actividad del Estado, así como el procedimiento de reclamación para exigir las indemnizaciones resarcitorias provenientes de la responsabilidad patrimonial del Estado, entre otros aspectos.

Así mismo, las disposiciones transitorias de la iniciativa prevén que los tribunales contencioso-administrativos sean los órganos jurisdiccionales a quienes exclusivamente se les otorgue la facultad de dirimir las controversias o reclamaciones que se presenten con motivo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en el ámbito administrativo. Lo anterior, precisamente con la finalidad de evitar que el discernimiento de competencias se convierta en un "peregrinaje de jurisdicciones" entre la vía civil y la administrativa, para reclamar la indemnización correspondiente en contra del servidor público que haya inferido daños y perjuicios a un particular.

En artículo transitorio la iniciativa dispone que la reforma deberá entrar en vigor al día siguiente de su publicación. Sin embargo, resulta conveniente prever que la entrada en vigor de las reformas constitucionales sea en el año 2002. Lo anterior, en razón de que se estima pertinente conceder un tiempo razonable para integrar de mejor manera los estándares de calidad de los servidores públicos; así como para que la administración pública tenga oportunidad de revisar y corregir las deficiencias más pronunciadas que pudiesen identificarse en la prestación de los servicios públicos, y se pueda disponer la previsión de los recursos presupuestales para tal efecto.

La reforma constitucional que se propone, evidentemente, no busca convertir al patrimonio público en una especie de "aseguradora universal", ni menos aún, entorpecer la actividad de las funciones públicas. Se trata más bien de un mecanismo de distribución de las cargas públicas que busca terminar con la corrupción y la impunidad de las actividades lesivas del Estado que causan daños a particulares que no tengan la obligación jurídica de soportarlos.

En tal virtud, el objetivo fundamental de las adiciones al texto constitucional que se proponen, consiste en avanzar en la consolidación de un Estado responsable, pues un Estado que asume en forma directa las consecuencias de su actuar, es un Estado que merece confianza.

La sociedad y los tiempos actuales exigen de mayor responsabilidad y voluntad política por parte de todos los actores interesados en definir un proyecto de nación. No perdamos la oportunidad histórica.

Finalmente, a nombre del Partido Revolucionario Institucional deseamos reconocer en toda su valía, el esfuerzo decidido y escrupuloso que en beneficio del Derecho Positivo Mexicano ha realizado, nuestro querido amigo y distinguido jurista, el Doctor en Derecho Álvaro Castro Estrada, para el establecimiento de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

INICIATIVA PARA INCORPORAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO PROPUESTA POR LA DIPUTACIÓN PANISTA

*Dip. Abelardo Perales Meléndez**

Muy buenas tardes, en primer lugar deseo darles las gracias por su presencia, también, al Doctor Álvaro Castro Estrada, por esta atenta invitación que nos ha hecho en virtud del tema tan importante, e informarles que algunos diputados del Partido Acción Nacional, hemos presentado iniciativas de reforma a la Constitución Federal, en los artículos 16, 116 y 122.

Consideramos que la responsabilidad patrimonial del Estado, debe estar en la Constitución por las razones que ya expuso el Dr. Álvaro Castro Estrada, todas ellas fundadas. La Iniciativa que nosotros presentamos coincide -como bien lo decía el Dr. Álvaro Castro Estrada-, con la que presentaron los diputados del Partido Revolucionario Institucional, porque efectivamente, se pretende establecer una garantía constitucional en que el Estado tenga el deber jurídico de resarcir los daños y perjuicios que cause con su actividad.

Evidentemente, nuestra propuesta de iniciativa va en el sentido de abarcar toda la actividad del Estado, sin embargo, -en el proyecto o anteproyecto, porque esto ya pasó a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, de la cual formo parte- hay ya un anteproyecto que no ha sido discutido ni debatido en dicha Comisión, en el sentido de que únicamente por ahora se establezca en la Constitución como garantía constitucional -valga

* Secretario de la Comisión de Información, Gestión y Quejas de la H. Cámara de Diputados

la redundancia- la responsabilidad del Estado, pero en su actividad administrativa y quedaría esperar, al menos así está el proyecto -si así se aprueba o si se engloba la actividad total del Estado-, para que comprenda también las funciones judicial y legislativa.

La iniciativa nuestra, va en el sentido de que sea en su totalidad la actividad del Estado y, en respuesta a la pregunta que hacía el licenciado, de que por qué no se comprende la actividad judicial y por qué sí, la de índole administrativa, yo creo que es un paso importantísimo porque desde que el maestro don Gabino Fraga decía -ya en su clásica obra de derecho administrativo-, que no está consagrado en nuestro país un verdadero sistema de responsabilidad y que obedece más que todo -o se fundamenta más que todo-, en la teoría de la culpa, en una teoría de carácter civil que, considero yo, debe ser desplazada de los textos legales para fundamentar la responsabilidad del Estado cuando afecta el patrimonio de los particulares.

Basta el dato objetivo, basta el dato del daño en sí mismo, por ser antijurídico para que el Estado responda o indemnice por daños y perjuicios a los particulares, cuando la actividad del agente del Estado o del servidor público, afecte el patrimonio de los mismos. Es decir, no importa y aquí ya se ha dicho, que la actividad del Estado sea regular o irregular, lícita o ilícita o que sea con culpa o sin culpa del servidor público, eso sería ya intrascendente. Lo que interesa es que el Estado debe resarcir los daños y perjuicios que ocasione en los bienes y derechos de los particulares, sin importar la conducta subjetiva del agente del Estado, y sin importar consideraciones del tipo de culpabilidad, sino que el Estado debe responder y resarcir por el sólo dato del daño objetivo en el patrimonio. Claro, debe haber un nexo de causalidad -como bien dice el maestro Álvaro Castro Estrada en su valiosísima obra de la responsabilidad patrimonial del Estado- un nexo de causalidad entre la actividad del Estado y el daño que se produce indudablemente.

Pero nosotros consideramos que hay que partir de esa base fundamental y así está expuesto en la iniciativa; es un paso muy importante, pero lo estamos planteando no nada más en la parte orgánica de la Constitución -como decía el Maestro Castro Estrada- también, debe estar en la parte dogmática. Sí, estamos de acuerdo en que se reforme el artículo 113 de la Constitución. ¿Por qué? porque es este precepto el que alude al régimen de responsabilidad de los servidores públicos, pero también, debería estar en la parte dogmática y nosotros estamos planteando que se incorpore un párrafo más al artículo 16 de la Constitución, para que sea también una garantía individual; desde luego esto tiene sus ventajas, sus pros y sus contras.

¿Por qué en la Constitución?, se preguntaba el Doctor Álvaro Castro, y esa pregunta me la han hecho a mí también, ¿por qué ir a la Constitución para establecer este régimen?, yo apuntaría además de las consideraciones que ya expuso el distinguido conferencista que me antecedió, el Doctor Álvaro Castro, porque como estamos en un régimen federal, en un sistema federal de gobierno, obligaría a todas las entidades,

Distrito Federal, estados y municipios a responder por los daños que ocasionen por su actividad y que afecten el patrimonio de los particulares. De lo contrario, si nada más estuviera en una ley ordinaria y no en la Constitución, los estados, no estarían obligados por el pacto federal; porque en uso de su autonomía podrían establecer o no establecer un sistema de responsabilidad o habría distintos y diferentes sistemas de responsabilidad; por el principio del federalismo, que forma parte de nuestra forma de Estado. De tal modo que estando en la Constitución sería obligatorio y estando como garantía individual, también. Como las garantías obligan a todas las autoridades federales y estatales y aquí incorporaríamos hasta al Ejército; porque las garantías valen ante todo tipo de autoridad, sin embargo, considero no estamos -así fue planteada la iniciativa nuestra- casados con esa idea.

Si en la parte orgánica se satisface, digamos, lo más fundamental para que obligue a los estados y al Distrito Federal y a la Federación y a los municipios, entonces no habría de nuestra parte ningún obstáculo, para votar a favor de que quede nada más en la parte orgánica. Pero estamos planteando la reforma así y en esencia esta es nuestra iniciativa, y si me permiten dar lectura muy brevemente a lo que estamos planteando al artículo 16, en el que se establece como garantía individual, pero que en todo caso debe agotarse el principio de definitividad, es decir, antes de acudir al juicio de amparo; también en el artículo 113 lo estamos estableciendo, vamos a decir como en la parte orgánica de la Constitución y no quisiera yo repetir lo que ya han dicho todos mis colegas, pero sí algunas ideas fundamentales que ya decía el Maestro Antonio Carrillo Flores, que para él era una utopía pensar en la teoría objetiva de la responsabilidad del Estado y para don Gabino Fraga, que no estamos en un verdadero Estado de Derecho, sino establecemos este régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado y quitar como dice él, que cuando el artículo entonces- 1928 del Código Civil habla de la responsabilidad de los servidores, la ubica en el capítulo de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y, por tanto, hace presumir que se exige la culpa en el servidor público para que el Estado tenga la obligación de resarcir los daños.

Es cierto que hubo una importante reforma en el año de 1994 al artículo 1928 y ahora es el artículo 1927. Esta reforma de 94 fue indudablemente un avance muy importante, porque ahí se establece que el Estado va a responder en forma solidaria cuando existan actos u omisiones dolosas y subsidiaria en cualquiera otro tipo de responsabilidad. El artículo del Código Civil exige que haya culpa en los actos u omisiones de los servidores públicos y establece, a partir de 94, la responsabilidad solidaria del Estado por actos ilícitos dolosos y subsiste el régimen de responsabilidad subsidiaria para todos los demás casos. Esto significa que, primero hay que demandar al servidor público antes de demandar al Estado, para que a través de un juicio que puede durar dos o tres años -esto muchas veces desalienta al afectado-, se pueda demandar al Estado de forma directa, ya que se tiene que agotar primero la demanda en contra del servidor público.

Todavía persiste este sistema en el Código Civil y en la ley de depuración de créditos que -el maestro Fauzi Hamdam la mencionó- está ya abrogada desde el 88, la cual, si bien establecía un régimen de responsabilidad directa, también exigía culpa del servidor público. En el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos como lo dice el gran jurista don Álvaro Castro Estrada, subsiste un régimen indirecto y subjetivo, es decir, que para que se pueda exigir esa responsabilidad, tiene que haber un procedimiento administrativo disciplinario, que imponga una sanción y lógicamente, esa sanción es porque deriva de una conducta irregular o ilícita de la administración, lo cual nos lleva a la conclusión de que también esta ley administrativa se sustenta en la teoría de la culpa. Por eso es que estamos propugnando "desterrar" este sistema para que en la Constitución, se establezca en su parte dogmática y en su parte orgánica, en la forma en que lo he mencionado.

Bien, ya tenemos un anteproyecto favorable, (repito) de la Comisión de Gobernación que falta que aún se someta a debate y discusión y, en su caso, aprobación, pero consideramos que es factible esto porque, como ustedes acaban de escuchar, el compañero Marcos Bucio, del Partido Revolucionario Institucional, expresó que en igual sentido la iniciativa de dicho instituto político coincide con la nuestra y bueno faltarían los otros partidos políticos, y considero que no habría ningún obstáculo, porque esto es un paso fundamental para establecer un verdadero Estado de derecho. Les agradezco su atención, muchas gracias.

MESA REDONDA LEGISLADORES FEDERALES DE DIVERSOS PARTIDOS POLÍTICOS

Moderador. Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez*

Dip. Jaime Moreno Garavilla (PRI)**

Con la venia de las damas aquí presentes, quisiera dejar constancia de tres profundos agradecimientos, el primero al Instituto Nacional de Administración Pública y a mi querido amigo y distinguido jurista, el Dr. Álvaro Castro Estrada por esta invitación que mucho me honra y sobre todo al estar compartiendo esta mesa con tan distinguidos compañeros estudiosos del derecho y, muy particularmente, con un queridísimo maestro cuya obra señera ha sido epónima en la Facultad de Derecho y particularmente en la Dirección de Estudios de Posgrado de nuestra Universidad Nacional Autónoma de México. Me refiero al Dr. Don Pedro Zorrilla Martínez. Esta es la segunda expresión de gratitud, y la tercera a todos ustedes, por escuchar algunos seguramente deshilvanados comentarios a propósito de una extraordinaria iniciativa presentada por un compañero diputado tan singular, de brillante trayectoria como lo es el Dip. Marcos Bucio.

Estas reflexiones quisiera iniciarlas de la siguiente forma si ustedes me lo permiten. valdría la pena -para no incurrir en obviedades- o repeticiones

* Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM

** Secretario de la Comisión de Justicia e Integrante de la Comisión del Distrito Federal de la H. Cámara de Diputados

innecesarias el destacar las dos enormes aportaciones que hace esta iniciativa. En primer lugar se intenta perfeccionar lo que todos y cada uno de nosotros conoce como la teleología esencial de la Constitución, que es, nada menos que la integración de esa persona moral suprema y omnicomprensiva que intenta organizar, en lo jurídico y en lo político, a un pueblo determinado para llevarlo, para conducirlo hacia el alcance de sus grandes metas, de sus grandes fines, o sea, hacia el alcance de su felicidad. En este contexto, la Constitución norma la integración de los órganos primarios de gobierno de ese Estado, así como también cuáles son las relaciones que esa persona moral que surge en ella ha de tener para con los destinatarios de los actos de autoridad, es decir con los gobernados, los destinatarios del poder público del Estado.

Asimismo, ha de establecer los mecanismos de defensa que tengan estos destinatarios del poder público del estado frente a los eventuales excesos del mismo, en consecuencia, ninguna duda cabe que esta iniciativa al proponer una reforma al Título Cuarto de nuestra Constitución, un segundo párrafo añadido al 113 de nuestra Carta Suprema, evidentemente contribuye al perfeccionamiento de la teleología constitucional.

Toda vez que el contenido de la iniciativa que nos ocupa, se traduce en una auténtica garantía para el gobernado en segundo término, y en aras de hilarlo al recordatorio anterior, convendría preguntarnos ¿cuáles son las características de una garantía individual y el por qué se incorporó un verdadero catálogo de ellas, nada más y nada menos que en nuestra máxima ley? A virtud de su principio de supremacía, consagrado en el 133, y de la importancia que representa la protección de todo gobernado por cuanto a su seguridad jurídica, a su libertad, a su igualdad y a su propiedad, merecen rango constitucional, en tanto se consideran elementos inherentes a la calidad de la persona humana, que es susceptible de afectación por parte de un acto de autoridad proveniente de un órgano primario de gobierno del Estado. De ahí esa condición de protección o tutela por parte de la Ley Suprema o de la Ley Fundamental.

La gran aportación de esta iniciativa se implica pues, desde mi muy modesto punto de vista, en el hecho de que se pudiese incorporar una nueva garantía individual, mejor llamada garantía del gobernado, tendiente a proteger la integridad patrimonial del mismo.

Ya tenemos un cuadro que clasifica a nuestras garantías individuales de libertad, aquellos que se significan por cuanto a la posibilidad de que todo gobernado escoja dentro de una multiplicidad de opciones la que mejor le convenga para el alcance de su felicidad; es decir, en los términos de Kant, para que un ente sea capaz de escoger los medios y el fin que le lleve a la felicidad, porque de otra manera se ve reducido a la simple condición de medio al servicio de otros fines y, por consecuencia, tendría precio. Y, por consecuencia dejaría de ser persona. Qué bueno que se salvaguarde la igualdad de los gobernados por parte de nuestra Carta Magna, porque así tendremos

una posibilidad de evolucionar en un esquema de justicia distributiva, en los términos en que lo preconiza el célebre Aristóteles de Estagira: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Qué bueno que tengamos la tutela de la propiedad privada derivada de la interpretación correcta de nuestro artículo 27 constitucional. La propiedad originaria de la nación corresponde a ésta, la que tiene, en todo momento, la facultad de establecer las fracciones para constituir la propiedad privada. Qué bueno que se salvaguarde la propiedad a favor del gobernado y qué bueno que se salvaguarde su seguridad jurídica, aquella que obliga a las autoridades, a los órganos de gobierno del Estado a cumplir con una serie de requisitos, de elementos, de condiciones, antes de emitir un acto de autoridad, tendiente a incursionar en la esfera jurídica del gobernado implicando su afectación so pena de que incurra en vicio de inconstitucionalidad si no cumple con esos requisitos o condiciones. Qué bueno que todo esto se encuentra hoy, debidamente consignado en nuestra Constitución.

Pero ¿y el patrimonio del gobernado? ¿de qué sirve que al gobernado la Constitución le proteja en su libertad, en su igualdad, en su propiedad, en su seguridad jurídica, a partir de los primeros 29 artículos de nuestra Constitución? La inclusión de un segundo párrafo al 113 implicaría, a mi modo de ver, esa segunda gran aportación a manera de verdadera garantía del gobernado frente a la actividad que despliegue el gobierno del Estado mexicano cuando esta actividad lesione su patrimonio, y no me reduzco a la emisión de un acto de autoridad, de un acto unilateral, imperativo y coercitivo, no; me estoy refiriendo a la actividad *in genere* del gobierno del Estado mexicano, porque todos sabemos que contra los actos de autoridad, específicamente considerados, que emanen de los órganos de gobierno del Estado, pues existe ese recurso procesal bendito, para todos nosotros, que salvaguarda nuestras garantías fundamentales que lo es el juicio de amparo.

Pero -replanteo la pregunta y para la mejor reflexión de todos ustedes- ¿de qué sirve que esté debidamente salvaguardado ese marco de prosperidad y de evolución que pueda llevar al ser a convertirse en persona en los términos de Kant? ¿de qué serviría? si todo lo que se ha hecho ejerciendo la igualdad, la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica a lo largo de una vida se puede venir abajo, a propósito de la actividad que en su perjuicio, con voluntad o sin voluntad, dolosa o no, puede acabar con el producto del trabajo de un gobernado desplegado sí, a lo largo de toda su vida. Por eso no dudo en calificar de procedente y oportuna esta iniciativa de mi compañero Diputado Marcos Bucio que hoy nos congrega aquí, y que recoge puntualmente el fundamento doctrinal documentado y enriquecedor de la obra, verdadera aportación a la cultura jurídica y a la cultura del derecho positivo, que ha logrado nuestro compañero, el Dr. Álvaro Castro Estrada. Por lo cual lo felicito ampliamente.

En virtud de que se me advirtió que debía ser breve, y como ya no quiero fatigar su muy amable paciencia a estos simples comentarios, a propósito de esta singular iniciativa

conmino a mis compañeros diputados que tienen algo y mucho que ver en la elaboración del dictamen que ha de recaer a esta iniciativa, a efecto de que se tomen en consideración los argumentos que se han formulado en éste evento, a los que con toda modestia, quise sumar los míos, que ahí quedan brevemente expuestos, para su mejor reflexión.



*Lic. Ricardo J. Sepúlveda (PAN)**

Me siento honrado y agradecido por la invitación y la oportunidad de participar en este foro de alta calidad humana y profesional sustituyendo al licenciado Santiago Creel, Presidente de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Honorable Cámara de Diputados con quien he dialogado ampliamente sobre esta iniciativa o sobre estas iniciativas durante la elaboración del proyecto de dictamen, sobre los que se ha abundado de manera exhaustiva durante este seminario internacional. Como ya se ha explicado, a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales han sido turnadas dos iniciativas de reforma constitucional una de ellas se presentó en el mes de abril y otra en el mes de junio, referentes ambas a la responsabilidad patrimonial del Estado. La H. Cámara de Diputados la Mesa Directiva turnó estas iniciativas, la primera a la Comisión de Gobernación y, la segunda iniciativa la turnó a la Comisión de Gobernación y también a la Comisión del Distrito Federal con lo cual por este acuerdo deben constituirse en comisiones unidas ambas, la de Gobernación y la del Distrito Federal, para efectos del dictamen.

La fase presente ha consistido en la elaboración del proyecto -como lo ha comentaba el diputado Abelardo Perales- el proyecto del dictamen para que éste se presente a las comisiones unidas, sobre esto es lo que yo puedo hablarle, puedo afirmar, sin duda alguna, que existe una clara preocupación por parte de todos los miembros de la Comisión de Gobernación sobre este tema, muy particularmente, de su presidente el diputado Santiago Creel que ha impulsado de manera insistente los trabajos de preparación del proyecto de dictamen y que se puede decir que esta fase ya ha concluido y esta preocupación no es gratuita sino que se basa en las siguientes razones: Primeramente, como primeras razones de preocupación o de interés están todas las que se han expuesto o que se recogen en las iniciativas y que son de índole jurídica, de índole social e inclusive de índole económica, por esas razones que tienen diferentes motivos de justificación estas comisiones se encuentran altamente interesadas en que se lleve a cabo la reforma constitucional que se plantea en las mismas pero no son sólo las razones que han sido recogidas y expuestas por los iniciadores sino también la preocupación social que durante la elaboración de estos dictámenes hemos ido detectando y que nos lleva a la conclusión de que los debates académicos valiosos legislativos que tienen el carácter de representativos han permeado mas allá de sus propios ámbitos y han llegado a la sociedad viva, eso no deja de ser un impulso que nos lleva a plantearnos la iniciativa en términos de necesidad social y ya no solamente en términos de necesidad constitucional.

Por otro lado, como tercera razón está la convicción de que si en México no hemos

* Consultor de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados

avanzado, para decirlo de manera positiva, más en este terreno, ha sido por razones de índole pragmática, en este sentido -nos lo advertía ya don Antonio Carrillo Flores, quien ha sido citado muchas veces en este foro- es decir razones de índole económica o muchas veces razones de índole política y un planteamiento de Estado de derecho nos lleva a hacer prevalecer primero las razones del deber ser, las razones del ser. Puedo adelantarles que en este proyecto en el que yo he colaborado muy directamente está elaborado el proyecto en sentido positivo, podría decir que, incluso, está en sentido muy positivo con la propuesta de incluir en la Constitución la figura jurídica, ese es el sentido del proyecto de dictamen: la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, es cierto que se han sopesado los pros y los contras de la modificación o de las modificaciones que se proponen teniendo presente pues tra evolución legislativa, que ya ha sido aquí ampliamente relatada, nuestros antecedentes judiciales, que se puede decir son escasos, y la situación que no debe dejar de contar de efectividad real que tiene nuestra administración pública porque también es un elemento condicionante de la aplicabilidad que puede tener la futura reforma constitucional y me refiero tanto a nivel federal que tiene como a las múltiples aplicaciones que esto puede tener a nivel local, sin embargo, tomando en cuenta todos estos pros y contras ponderados, vemos muy conveniente en este proyecto que se establezca esta institución basado en los siguientes principios jurídicos y en las siguientes bases constitucionales, más que referirme yo al proyecto detalladamente porque eso obviamente quedará a expensas de las discusiones que se lleven en los ámbitos de comisión y por lo tanto allí se harán los ajustes pertinentes puedo hablarles de los principios jurídicos que lo respaldan y de las bases constitucionales en las que se asienta los términos vienen a ser nada más resultado de esto los principios jurídicos:

El primero de ellos es el de que el Estado de derecho implica la sumisión -valga la redundancia- que no es del Estado al derecho no solamente por lo tanto una mención retórica sino debe ser una realidad como decía Garrido Faya, una realidad histórica que mientras no lo sea pues es una realidad histórica posible, pero esto es tan trascendente, incluso diría yo, tan crucial que no podría y aquí voy a ser textual pero es una base, un principio jurídico que está detrás de este proyecto, no podría con propiedad denominarse Estado de derecho aquel que en forma expresa o tácita no admitiese sus responsabilidades jurídicas derivadas de la relación que mantuviese con sus administrados, seguramente el doctor Álvaro Castro ya reconocerá que esto está tomado textualmente de su libro, pero así se considera en este proyecto de dictamen "un Estado irresponsable no es propiamente un Estado de derecho porque no es un Estado limitado y el Estado limitado es un Estado limitado por el derecho".

Como segundo principio, consideramos que la responsabilidad patrimonial es un asunto de justicia no solamente de técnica, en su acepción más original dar a cada cual lo suyo es muchas veces indemnizar aquel que sufre inequitativamente un daño y es también un principio de justicia distributiva como tercer principio jurídico y no sólo de justicia porque en la función que tiene el Estado como impulsor del bien común le

corresponde distribuir las cargas públicas pero distribuirlas equitativamente si se deja al azar si no organiza jurídicamente ¿cómo va a hacer esa distribución lógicamente? no se puede confiar en la equidad que nos dé el azar y, por esa razón, es necesario que haya una institución como la de la responsabilidad patrimonial, que tenga estos efectos redistribuidos y finalmente como principio jurídico consideramos que la irresponsabilidad del Estado acarrea impunidad, muchas veces de actos culpables, implica avasallamiento de derechos legítimos e implica también la ineficiencia, paradójicamente, de los servicios públicos conforme a estos principios generales, las bases, digamos constitucionales, sobre las que está planteado el proyecto o anteproyecto de dictamen son las siguientes:

Primer lugar, estamos de acuerdo en este proyecto -los que hemos intervenido en él- en que se incluya en la Constitución a sabiendas que podría no hacerse así, pero estamos de acuerdo en que, dado nuestro sistema constitucional, nuestros antecedentes históricos de derecho administrativo y la razón que apuntaba el diputado Abelardo Perales que de esta manera se lograría un sistema uniforme de responsabilidad patrimonial, no en el sentido de regulación ya detallada o legislativa sino sencillamente de los principios que obligarían a todos los legisladores tanto federal como en el ámbito local. Ante esa ventaja y esos antecedentes nos parece que el establecimiento en el ámbito constitucional es muy conveniente respecto a la ubicación que será la segunda base constitucional de donde debe quedar este artículo o esta institución entendiendo que su tipología, su carácter es el de un mandato al legislador fundamentalmente, no consideramos que diría antes que no nos parece un asunto crucial donde quede en uno o en otro sitio, finalmente todo lo que queda en la Constitución es supremo pero, no obstante esto, hay que buscarle la mejor ubicación y vuelvo a la cuestión de la tipología si se trata de un mandato al legislador, es decir, una obligación de que el legislador conforme a unos principios expida una ley que recoja esta institución pues podría por lo menos así viene en este anteproyecto- quedar incluida dentro de la parte orgánica haciendo aquí la mención de que, no obstante, esta ubicación no deja de contener en sí un derecho para los particulares que podría ser perfectamente exigible bajo las normas institucionales de protección constitucional.

Como tercera base el establecimiento de la institución de la responsabilidad del Estado pues, debe hacer mención explícita -o por lo menos así se propone inicialmente en este proyecto- de que la responsabilidad será directa y objetiva conociendo o no, desdeñando todo esto que ha sido ya una tradición dentro de nuestra historia jurídica y administrativa de sólo aceptar una responsabilidad subsidiaria al punto.

Como cuarta base constitucional de si quedarían o no incluidos los actos legislativos y judiciales, efectivamente por ahora en el proyecto que se presentará en su momento a las comisiones de manera formal, solamente se incluyen los actos administrativos como las razones aquí ya se han aducido quizá no valdría la pena, a menos que ustedes quisieran abundar sobre ellas, decir solamente una cosa: que los actos administrativos también son de los órganos legislativos o de los órganos judiciales, es

decir, la acotación es más por la naturaleza de los actos que por la forma o del aspecto formal, es decir, del órgano que realice el acto, también estamos de acuerdo en que debe -y si así se recoge en este anteproyecto- existir un periodo prudente de *bacatsuleyis* tanto para la autoridad legislativa que es la que va a tener que emitir un ordenamiento que reglamente esta norma constitucional y por lo tanto tendrá que hacerse todo ese proceso que no es obviamente un proceso fácil y que va a llevar mucho trabajo como un proceso también o un periodo de *bacatsuleyis* para la autoridad administrativa que tendrá que ajustar también su manera de funcionar a los estándares de eficiencia que le va a requerir el establecimiento de esta institución. El periodo *bacatsuleyis* nos parece, por lo tanto, un principio de ponderación, como también ya lo había mencionado el doctor Castro.

Finalmente, como base constitucional en mandato no sólo al legislador que se debe incluir como institución sino ya en concreto dentro de los artículos transitorios para que expida en un determinado periodo de esa ley que lo reglamente, incluyendo, obviamente, el procedimiento que deberá tener el carácter de procedimiento administrativo, y también un mandato a las autoridades administrativas para que incluyan dentro de la partida presupuestal del ejercicio fiscal correspondiente ya, la partida necesaria o suficiente para hacer frente a estas responsabilidades que surgirán de la aplicación tanto de la reforma constitucional como de las leyes, esas son a grandes rasgos las bases constitucionales que quedan contenidas en los términos del texto de decreto que se incluye en el proyecto o anteproyecto que se presentará, a su vez, en comisiones.

Concluyo diciendo que si estamos conscientes -vuelvo a reiterar el interés que tiene el Presidente de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, diputado Santiago Creel- en cuanto a que esta es una reforma no solamente digamos importante sino trascendental con lo que esto significa para nuestro Estado de derecho. Muchas gracias.

Dip. Bernardo Bátiz Vázquez (PRD)*

Muchas gracias al doctor Pedro Zorrilla Martínez, y muchas gracias también por la invitación al Instituto Nacional de Administración Pública, y al doctor Álvaro Castro Estrada, quien fue tan amable de hacerme partícipe de este interesante seminario relacionado con este tema tan importante. Como ya se ha señalado aquí, yo soy integrante de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales y, efectivamente, como el Lic. Sepúlveda lo ha mencionado, este tema ha sido de mucho interés para la Comisión, este es un tema que por una parte -creo yo- podíamos encontrar respecto a antecedentes muy importantes en nuestra legislación vigente en la responsabilidad patrimonial del Estado, en mi opinión y -aquí se ha mencionado- otra vez en principio no requeriría necesariamente de una reforma constitucional para su establecimiento, en nuestra legislación ya el artículo 25 del Código Civil que es el código federal para esta materia en toda la República, establece quiénes son personas morales y en su fracción primera, la nación, los estados y los municipios, y todo mundo sabe que para efectos de la determinación del significado del término nación, éste no se toma en el contexto sociológico como sería lo aparentemente visual, sino que nuestro legislador constitucional y también nuestro legislador civil adoptaron el término nación para designar con este nombre, con esta palabra no a ese pueblo que comparte una cultura que es la nación desde el punto de vista sociológico sino que le dan el nombre de nación precisamente a lo que es el Estado federal, al Estado mexicano, esa es la nación para nuestra legislación, es el equivalente al Estado, y al tener personalidad jurídica necesariamente tiene que tener los atributos de esta personalidad, uno de los cuales es ser sujeto de derechos y obligaciones y no hay duda entonces que el Estado, como tal, es sujeto titular de derechos y obligaciones y entre ellos están obligaciones son de carácter patrimonial.

En materia contractual, el Estado puede actuar -como también todo el mundo lo saben en su ejercicio despojándose de su carácter soberano y actuando como cualquier otra persona y celebrar contratos -y de hecho lo hace- y ahí no hay duda y nadie ha discutido cuál es su responsabilidad de carácter contractual y se puede exigir el cumplimiento de los contratos que celebra el Estado a través de los juicios ordinarios que se sigan ante los juzgados del distrito y respecto de las causas de responsabilidad o causas generadoras de obligaciones no contractuales.

La acción u omisión imputables a una persona por incumplimiento de una obligación, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios, la comisión de delitos, la responsabilidad por culpa, las demás responsabilidades que se derivan por acciones

* Presidente del Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados e integrante de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados



de dependientes o de empleados o de representantes, pues todas están reguladas en el Código Civil, y no creo que se haya puesto en duda la posibilidad práctica jurídica y de hecho, de hacer al Estado imputaciones de carácter patrimonial, inclusive, motivos de juicios en este sentido ¿cuál ha sido, sin embargo, la realidad de lo que sucede?. Pues ha sido que el sistema judicial que hemos tenido en este país ha sido un sistema judicial cargado de términos anacrónicos, de procedimientos muy complicados y especialmente cuando la contraparte es la federación o el Estado hay la intervención necesaria obligatoria del Procurador General de Justicia, quien hace todavía más, los ya de por sí complicados procedimientos judiciales, y además existe una generalizada creencia entre la gente, entre los ciudadanos, de que no es fácil y a veces no es posible ni siquiera pelear, liquidar en contra del Estado. Esto es lo que hace necesario que pensemos en un procedimiento más ágil, distinto, probablemente de carácter administrativo.

Quizá con una remisión de tipo judicial que permita a los particulares que sean acreedores del Estado, por alguna de las causas de responsabilidad patrimonial de éste, se debe con cierta facilidad y con procedimientos ágiles el acceso a la satisfacción de su crédito, por otra parte, creo yo, decía Tomás Moro, autor de La Utopía, que las leyes deben ser pocas y claras ya en estos tiempos modernos las leyes no deben ser pocas, la complejidad de la vida moderna, la diversidad de relaciones que se establecen ante los integrantes de la sociedad hacen indispensable que las leyes sean cada vez más complejas, más extensas, pero yo creo que tenemos que insistir en la segunda recomendación de Tomás Moro, el patrono de los abogados, que las leyes sean claras y que sean precisas y que usen términos sencillos, al alcance de todos los ciudadanos.

Creo que esta propuesta que se ha hecho -y que está en la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales para ser analizada- ya lleva esa ventaja, de entrada es una propuesta, tanto la que se ha hecho por parte del Partido Revolucionario Institucional y que proviene más directamente de la obra del doctor Álvaro Castro Estrada, como la propuesta del Partido Acción Nacional; las dos tienen esas características de claridad y de sencillez y de ir al meollo de la cuestión.

Creo que este tema dará mucho qué pensar y que, si bien es cierto, nos causa entusiasmo porque vienen a llenar un vacío que existe en la legislación mexicana, yo creo que -como repito- en mi opinión, un vacío parcial porque no está el Estado de ninguna manera exento de la responsabilidad patrimonial en la legislación tal como está vigente actualmente y, sin duda, quienes son litigantes y quienes están metidos en el mundo del foro, reconocerán que hay litigios, a veces tardados, a veces difíciles, a veces complicados, a veces más difíciles de ejecutar todavía si se obtiene la sentencia favorable, pero que existen esos procedimientos y que hay mecanismos jurídicos aunque sean lentos y complicados por la burocracia existente y por la necesidad de la inclusión en el presupuesto de la parte del patrimonio que se requiere

para cumplir las obligaciones que resultan de una sentencia favorable o un particular que demanda el Estado, todo esto complica todo, y que por tanto, hace necesaria la búsqueda de mecanismos más sencillos y más prácticos y más eficientes.

Yo diría que en el análisis que tenemos que hacer para seguir trabajando en este tema y a partir del anteproyecto que ya está trabajado por el equipo técnico de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, quienes integramos esta Comisión tenemos que ver todavía algunos puntos, cuando menos considerarlos, para decir el sí o no y para entrar al fondo de todos los detalles que pudieran plantearse, yo diría, de mi parte no habría ninguna duda de la responsabilidad patrimonial del Estado pero en el caso de nuestro Estado federal, con esa característica peculiar y con la definición de que tanto el Estado federal como los estados federados, como los municipios, todos los tres niveles del Estado, los tres tienen la personalidad jurídica, cada uno por su parte, el Estado como tal, los estados federados y luego el municipio, los tres tienen la personalidad jurídica.

Podría ser reclamada una responsabilidad patrimonial que se derive de un acto de un ayuntamiento o de un gobierno del estado al Estado federal como tal en su carácter de persona moral unificadora de las otras, por ejemplo, yo diría que este tema tendría que ser muy ampliamente reflexionado, diría yo también que en un Estado federal la responsabilidad del Estado moderno, ya no pensando en el Estado federal, sino simplemente en el Estado moderno, en el Estado tal como lo consideramos ahora, hemos visto en la historia, aunque hay ahora la Ley del Péndulo, un regreso, pero hemos visto cómo el Estado se ha convertido en comerciante, en industrial, en minero, en empresario de todo tipo y que interviene a través de sus organismos descentralizados en una serie de actividades económicas en donde se pone al nivel idéntico que los particulares y muchas empresas estatales, todas tienen personalidad jurídica y muchas de ellas contraen responsabilidades patrimoniales, y habría que preguntarnos también ahí ¿hasta qué punto, si son parte del Estado, tiene la responsabilidad el Estado de responder por las obligaciones patrimoniales que contraen la estructura paraestatal, las empresas de participación estatal, las empresas paraestatales, este punto está también ahí en el tintero, faltaría quizá que lo reflexionaran; es una de las dudas que me quedarían pendientes y diría yo también una más.

Estamos viviendo una época de la política mundial de la línea que lleva la globalización y la disminución del tamaño del Estado, el achicamiento de los Estados, estamos viendo cómo disminuyen los Estados su capacidad de intervención en la vida económica, se reducen por esta presencia tan señalada del liberalismo, del neoliberalismo, cómo se reducen las posibilidades y las capacidades de los Estados. Y ya no es el Estado el leviatán, el gigante, el dueño de la economía ni el que maneja y decide sobre las grandes acciones económicas del país, sino que va reduciendo su campo de acción y su campo de actividad, con esto yo terminaría esta breve reflexión inicial.

Yo diría que así como Don Antonio Carrillo Flores escribió un libro tan importante que causó tanto revuelo en su momento y que sigue siendo uno de los libros citados y consultados, que es "*La defensa de los particulares frente a la administración pública*", yo digo que, quizá los juristas además tengamos que pensar ahora, en el futuro, en una defensa del Estado frente al crecimiento y el avance a grandes pasos de los particulares; tendríamos que pensar en normas de defensa del Estado.

Entonces, sí me parece importante que la exigencia del Estado de Derecho nos obliga a que el Estado no quede irresponsable en ninguna de sus áreas, que haya mecanismos y procedimientos y normas de derecho sustantivo también, que establezcan con toda claridad esta responsabilidad, pero creo también tendremos que tener mucho cuidado y poner mucho énfasis en que el Estado no quede inerte ante los muy buenos litigantes que tienen los particulares, ante los equipos de abogados de que disponen los particulares y que el Estado también encuentre tanto normas como procedimientos, como equipos que, en un momento dado, estén listos a la defensa del Estado. El Estado también tiene ahora en estos momentos de nuestra historia, en mi opinión, la necesidad de ser protegido y ser cuidado, y no sólo los particulares. Esta sería mi reflexión inicial. Muchas gracias.

TEMA IV

**APLICACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO
EN COLOMBIA Y ARGENTINA**

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

*Dr. Juan Carlos Henao**

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia¹

Se pretende en este ensayo dejar por escrito la conferencia que tuve el honor de dictar en el "Seminario internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado", organizado en ciudad de México D.F. los días 4 y 5 de octubre de 1999, bajo la coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Es un placer venir a la ciudad de México D.F. con el propósito indicado, como quiera que los conferencistas que intervienen en el seminario son de reconocida talla internacional, y han trabajado todos en un tema tan apasionante como complejo. Los profesores españoles Leguina Villa y Blasco Esteve, dedicados de vieja data al tema al cual han hecho importantes aportes doctrinarios, dan fe de mi afirmación. Igual ocurre con los profesores argentinos Gambier y Zubiaur, así como con los connotados conferencistas mexicanos, dentro de los cuales quiero destacar especialmente al profesor Álvaro Castro Estrada, quien ha hecho un reciente e importante aporte doctrinario con su libro "Responsabilidad Patrimonial del Estado", que es, en mi conocimiento, la primera obra sistemática sobre la materia que se produce en territorio mexicano.

* Exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado colombiano y catedrático de la Universidad Externado de Colombia

¹ Este ensayo recoge en buena medida, salvo algunas precisiones y citas recientes, el ensayo escrito en 1996, cuyo título fue "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", publicado por la Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., en el libro "Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público", pgs. 729 ss.

Si a lo anterior se suma el hecho de venir en representación de un país como Colombia, compartiendo la mesa con el investigador Gustavo de Greiff Restrepo, quien a más de haber sido Consejero de Estado y Rector de una prestante universidad colombiana, ha sido estudioso del tema sobre el cual disertará, debo reiterar que es un reto grande la intervención con la cual aspiro lograr hacer un aporte de utilidad para la experiencia mexicana.

Colombia es un país privilegiado en derecho comparado cuando de responsabilidad del Estado se trata. Como se verá, la tradición que existe en el manejo doctrinario y jurisprudencial de la materia, hacen que Colombia sea un país a tener en cuenta por la experiencia que puede compartir. Ello no es necesariamente una virtud, porque en más de una ocasión denota el funcionamiento lesivo del Estado para los intereses ciudadanos, al causar mucho daño y violar los derechos fundamentales de los asociados.

Si digo que Colombia es un país privilegiado para este tipo de análisis, es porque, según declaraciones dadas al periódico El Tiempo por el Sr. Ministro de Hacienda, en el mes de agosto pasado, se tiene que en el Producto Interno Bruto, no en el presupuesto nacional, el 1.3% del mismo está comprometido con el pago de sentencias y conciliaciones por daños causados por el Estado. Es una cifra alarmante que coincide con las afirmaciones que en un Congreso de 1996 tuve oportunidad de expresar: "en 1990 el rubro destinado a tal concepto significaba sólo el 0.16% del presupuesto, mientras que para el año de 1997 significará el 0.86. Si en 1996 se destinó la cifra de 206.166 millones de pesos, en 1997 se llegará a la suma de \$283.117 millones. Esta cifra sólo da una idea de los costos directos, que no los indirectos representados, por ejemplo, por el costo de oportunidad del dinero, por los costos que significan los hechos dañinos no cubiertos por la indemnización, por los costos que significan para todas las partes su litigio, etc. Dicha cifra está ya bordeando el 1% de nuestro presupuesto nacional" lo cual muestra que, "estamos frente a una bola de nieve que no dejará de crecer, frente a un cáncer en el presupuesto con un gran poder destructivo". Pues bien, dicho cáncer sigue ganando terreno. En el año de 1999 y según información del Ministerio de Hacienda, frente a un presupuesto de 40 billones de pesos y un producto interno bruto de 165 billones, las asignaciones presupuestales para hacer frente a los daños bordea el billón de pesos -996 mil millones-. Dos casos nutren esta cifra: las llamadas sentencias que generan situaciones permanentes, como por ejemplo las de constitucionalidad que exigen dar una mesada de más a los trabajadores, que ascienden a 610 mil millones de pesos, y que se llaman permanentes porque producen una situación de larga proyección en el futuro; las llamadas sentencias que generan situaciones transitorias, que son las típicas falladas por los jueces contenciosos, que suman 356 mil millones, sin contar aquí 1 billón de pesos que se considera podrían costar las sentencias del conocido y polémico caso de Foncolpuertos.

El anterior panorama exige entonces definir desde ya una postura ideológica frente al problema planteado: no se puede, ante la alarmante cifra económica que se mueve en

la materia, llegar a conclusiones totalitarias que supongan la erradicación de la responsabilidad del Estado. Una tal postura significaría ir en contravía de la tradicional y necesaria concepción según la cual, un Estado de Derecho, se define tanto por el principio de legalidad como por el principio de responsabilidad. Se debe recordar que el axioma fundamental de la responsabilidad civil reside en que "el ser humano es libre de sus actos pero esclavo de sus consecuencias", y que frente a la producción de daños no se puede aceptar la impunidad porque ella llevaría al relajamiento de la disciplina y convivencia sociales. Sería enseñar socialmente que la víctima debe soportar, sin más, los daños injustificados, y que por tanto el responsable está exento de indemnizarlos. Si lo anterior se predica del ser humano, con mayor razón se ha de predicar del Estado, que, en síntesis, representa en un territorio determinado la filosofía que debe ilustrar a sus asociados. El punto es de importancia en este seminario, en donde precisamente se debate la posibilidad de que en el derecho mexicano se instaure, por primera vez a nivel constitucional, tal garantía para los asociados.

Al desarrollo global del tema de la responsabilidad del Estado apunta entonces este escrito, que pretende realizar una presentación general del mismo en Colombia. Múltiples opciones se presentaban para abordarlo. Una de ellas sería por ejemplo, la cronológica, haciendo un recuento de las más importantes decisiones sobre el tema. Otra, la doctrinaria, dando mayor énfasis a las teorías que sustentan las decisiones. Otra aún, los campos en los cuales opera la responsabilidad del Estado, y los pormenores en la procedencia de su indemnización. Consciente de la dificultad del tema, opté por hacer una simbiosis en la manera de presentarlo: respetando la cronología que supone la historia, se hace una presentación de las diversas teorías que han estado en juego, para con ello explicar someramente los campos en los cuales el Estado ha sido declarado responsable de indemnizar perjuicios causados a una persona.

Para ello se estudiará en un primer momento la evolución jurisprudencial que ha existido desde los orígenes de la responsabilidad del Estado en el país hasta el año de 1991, para proceder luego al estudio de la forma como se concibe el instituto desde dicha fecha. Naturalmente la presentación del tema tiene una desproporción notoria en su aspecto cronológico, pero ello se explica en la medida en que fue a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991,² cuando se planteó por primera vez una norma Constitucional que expresamente guiara la materia. Esta norma genera inquietudes en cuanto a su alcance, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia nacional sobre el tema había recorrido básicamente las mismas etapas que la jurisprudencia francesa, y se encuentra ahora bajo una formulación normativa de corte español. Este aspecto es otro elemento importante de Colombia en el derecho comparado, porque la formulación constitucional de influencia española se contrasta

²Dice el artículo 90: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".



con una tradición jurisprudencial influenciada por el derecho francés. Es así como, aspiro, la forma de tratar el tema puede permitir la presentación histórica de la materia, sin dejar de lado su sustentación doctrinaria.

Nos dedicaremos pues en una primera parte a estudiar la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado del siglo XIX a la Constitución Política de 1991, para concentrarnos en una segunda parte en el significado de la aparición de la noción de daño antijurídico en dicha Constitución, lo cual permitirá no sólo observar cómo ha evolucionado y ha sido entendida tan importante noción, sino dejar plasmadas unas observaciones generales.

Primera parte: Del siglo XIX a la Constitución Política de 1991

La historia de la evolución jurisprudencial está marcada por la dualidad de jurisdicciones encargadas de proferir fallos sobre el tema en estudio, por lo que debe hacerse la siguiente presentación: **1a.** La responsabilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia. **2a.** La responsabilidad declarada por el Consejo de Estado.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia tuvo la competencia general sobre la materia hasta el año de 1964, ya que desde el siglo XIX fue llamada a dirimir "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación" (art. 151 de la C.P. de 1886). Desde 1964, en virtud del decreto-ley 528, el Consejo de Estado adquiere la competencia general para conocer de las controversias de responsabilidad contra los entes públicos. Así pues, en el interregno, es decir, desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos corporaciones fue repartida, debiendo anotarse que era la Corte Suprema la que tenía la competencia general. Al Consejo de Estado sólo le correspondía, en virtud de la ley 130 de 1913, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de una declaratoria de nulidad, y desde la ley 38 de 1918, las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente. La división de competencia supondrá entonces una separación de la normatividad aplicable para dirimir los conflictos.

De la presentación de la jurisprudencia se observará que la responsabilidad del Estado, al igual de lo que ha ocurrido en el común de los países, ha tenido una evolución legal y jurisprudencial lenta, que ha ido incrementando el cubrimiento de la protección del patrimonio de los administrados cuando han sido perjudicados por la acción o la omisión estatal. Veamos pues las divisiones enunciadas.

I.A. La responsabilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia

En los primeros fallos de la Corte Suprema Federal del siglo anterior, se decretaba la

responsabilidad del Tesoro Nacional con base en leyes o decretos que obligaban a responder por los perjuicios que ocasionaran los ejércitos republicanos durante las guerras civiles de dicho siglo. Por ello, en el evento en el cual el perjudicado no demostrara ajustarse a las exigencias legales, la Corte rechazaba sus pretensiones,³ a pesar de haberse probado el perjuicio. Lo anterior no impidió a la Corte afirmar que "si en esto hai alguna injusticia; si se desatiende un llamado que parece fundado en la equidad, corresponde al legislador reparar esa injusticia, sancionando la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los beligerantes en la última lucha nacional; mas no a los tribunales que tienen la única misión de aplicar la lei escrita".⁴ Y la razón para desatender el justo reclamo del perjudicado era, según la misma sentencia, claro: "ni el decreto diez ocho de septiembre de mil ochocientos sesenta i uno, 'sobre suministros y empréstitos', ni ninguna otra de las disposiciones que rigen, respecto a pagos de gastos causados en la guerra que comenzó el ocho de mayo de mil ochocientos sesenta, reconocen la obligación, de parte del Gobierno, de pagar daños y perjuicios causados en la mencionada guerra".

Se observa entonces que en el siglo XIX la responsabilidad del Estado se encontraba circunscrita a las normas jurídicas que reconocieran expresamente la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, y que finalmente los jueces lo único que hacían era aplicar las formas y los requisitos estipulados en ellas, para otorgar indemnización a cargo del Tesoro Nacional. No existía un principio general que supusiera el deber resarcitorio de parte del Estado cuando los daños le fueren claramente imputables.

Sin embargo, se encuentra también una interesante sentencia que desde el siglo anterior sentaba ya un principio general: "la responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable". Esta sentencia,⁵ que, en mi conocimiento, es excepcional en la medida en que no se apoya sobre norma concreta que prevea la indemnización, merece un comentario especial: la jurisprudencia empieza desde el siglo XIX a sentar principios generales de responsabilidad. En el evento se trataba de la caducidad del contrato de concesión de privilegio de construcción de un mercado público en la ciudad de Colón (Panamá), para sacarlo a licitación y adjudicarlo a otras personas, apoyándose para ello en la expedición ilegal de un decreto. La referencia a normas generales, y el salvamento de voto que contiene la decisión, permiten pensar que desde el siglo XIX se inicia en Colombia la posibilidad

³ Es el caso de la sentencia del 17 de marzo de 1888, publicada en la G.J. del 7 de abril de 1888, Año II, N° 65, p. 102, en la cual se rechaza la indemnización de un gran platanal que sirvió durante tres meses para proveer la manutención del general Trujillo, pues no se probó de éste su recepción.

⁴ Corte Suprema Federal, enero 3 de 1865, Estados Unidos de Colombia, Diario Oficial Año 2; viernes 13 de enero de 1865, n° 222, p. 849: "El demandante ha demostrado satisfactoriamente, dentro del término probatorio, que su casa situada en la calle del Pozo (ciudad de Santa Marta), fue ocupada por las fuerzas de la extinguida Confederación Granadina, que hacían la defensa de esa plaza en los meses de noviembre i diciembre de 1860, para operaciones militares i punto fortificado; que la ocupación de que se trata se llevó a efecto por orden i disposición de Julio Arboleda i José María Vieco, jefes de las fuerzas que peleaban dentro de la ciudad i se apoderaron de las casas i edificios que se creían más idóneos para el buen éxito de la defensa que hacían; que el deterioro sufrido en la casa del demandante, a consecuencia de recibir los fuegos de la artillería de los federalistas, se estima en tres mil pesos".

⁵ Corte Suprema de Justicia, Bogotá, octubre 20 de 1898, G.J. año XIV, Bogotá 28 de marzo de 1890, n° 685-686, p. 54 a 57.

de obtener indemnización de perjuicios por fuera de una norma que expresa y concretamente así lo ordenara.

En las sentencias citadas los jueces se apoyaban entonces sobre las normas legales que permitían imponer obligaciones al Estado, aunque también iniciaban la construcción de los principios generales establecidos por el Código Civil para ser aplicados al Estado. De todas formas, la preponderancia se daba sobre la responsabilidad derivada de la ley que así la previera expresamente. En este punto se debe anotar que, al igual de lo que ocurre en otros países, la responsabilidad del Estado nace siendo una responsabilidad de naturaleza objetiva así dispuesta por el legislador, como se previó en Colombia para los efectos en los cuales se dieran expropiaciones durante el siglo XIX.

Ahora bien, en los inicios del siglo XX la Corte utiliza las normas del código civil sobre responsabilidad, y en ocasiones muy contadas, se refiere también a normas de carácter Constitucional para fundamentar la responsabilidad del Estado.

En lo que toca a los fundamentos de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia, recurría indistintamente a las tesis de la responsabilidad indirecta y de la directa, sustentada la primera en los artículos 2347⁶ y 2349⁷ del código civil, y la segunda en el artículo 2341.⁸ Es quizás la luminaria y profunda sentencia del caso "Tinjacá" del 30 de junio de 1962, la que con mayor claridad da cuenta de la evolución que hubo sobre el punto en mención. Allí se dijo:

"... como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del C.C. sobre responsabilidad indirecta, que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al dominio de las personas jurídicas de derecho privado y público, como aparece en las sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que éstas aluden. Después de una larga reiteración, esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (Casación de agosto 21 de 1939, XLVIII. 1950.663), por haber entrado a participar en la forma como de allí en adelante la jurisprudencia desató los litigios al respecto, el criterio de la responsabilidad directa, cuyas aplicaciones se sucedieron profusamente en tiempo anterior".⁹

La lectura que de los mencionados artículos hacía la jurisprudencia, permite suponer que básicamente el fundamento de la responsabilidad se sustentaba en la culpa

⁶ Dice el artículo 2347 del C.C.: "Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado... Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

⁷ Dice el artículo 2349 del C.C.: "Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

⁸ Dice el artículo 2341 del C.C.: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de junio de 1962, Ponente: José J. Gómez, juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá, Diario Jurídico, año X, volumen XII, n° 593, p. 337. Se aconseja el estudio de esta sentencia, por la completa evolución que relata.

derivada del Código Civil, aplicada a las personas públicas. En el evento en el cual el Estado cometiera una culpa, ya fuera porque se considerara que directamente había incurrido en ella (art. 2341 C.C.) o porque lo había hecho a través de sus agentes (2347 C.C.), y con ella causara un perjuicio, se indemnizaba, independientemente del servicio público cuestionado y del nivel de culpa en el que se hubiere incurrido.

Múltiples casos de sentencias condenatorias se presentaban, sin que se discutiera si existía o no una cualificación de la culpa y sin que se tuviera en cuenta que se trataba de determinado servicio público: perjuicios morales causados por empleados del municipio de Bogotá al extraer y lanzar ilegalmente a la fosa común los restos mortales de esposa que eran venerados por su marido,¹⁰ perjuicios causados a propietario por avenida de río originada en la mala realización de obras públicas,¹¹ muerte de ciudadanos causada por locomotora oficial sin que las líneas del ferrocarril estuvieran cercadas,¹² perjuicios a empresa hidráulica particular por el desvío ilegal del cauce de un río imputable a un municipio,¹³ muerte de ciudadanos por electrocución con cables eléctricos estatales,¹⁴ muerte y lesiones de ciudadanos al caer avión militar durante desfile,¹⁵ inundación de inmueble comercial al ser abierto imprudentemente un hidrante,¹⁶ muerte de ciudadano al caer en caja de hidrante que imprudentemente llevaba varias semanas abierta¹⁷ o, en general, por defectuoso mantenimiento de vías públicas,¹⁸ muerte de soldado mordido por un perro con peste de rabia ante impericia del médico militar¹⁹ o lesiones por falta de masajes médicos,²⁰ lesiones o muertes en accidentes de tránsito automotor,²¹ deterioro de mercancías importadas que se encontraban depositadas en un puerto,²² muerte de magistrado por parte de recluso en momentos en que realizaba visita oficial a la prisión y por omisión en la vigilancia,²³ muerte de ciudadanos por exceso de la fuerza pública,²⁴ etcétera.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 21 de julio de 1922, Ponente: Tancredo Nannetti, G.J. Tomo XXIX, n° 1515, p. 219. Esta sentencia amerita ser leída pues constituye el primer antecedente de reconocimiento de perjuicio moral.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de septiembre de 1935, Ponente: Eduardo Zuleta Ángel, G.J., Tomo XLIII, p. 393.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 12 de marzo de 1937, Ponente: Pedro A. Gómez Naranjo, G.J., Tomo XLV, n° 1923, p. 355. Los litigios originados por accidentes de trenes fueron numerosos, y se citan sólo algunos ejemplos: 17 de junio de 1938, Ponente: Eleuterio Serna, G.J. Tomo XLVI, n° 1937, p. 677; 17 de julio de 1938, G.J. n° 1937, p. 684; 25 de noviembre de 1938, Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza, G.J. Tomo XLVII, n° 1940, p. 581.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de agosto de 1937, Ponente: Liborio Escallón, G.J. Tomo XLV, n° 1923-1938, p. 423. En igual sentido ver: Sala de Negocios Generales, 10 de diciembre de 1937, G.J. Tomo XLV, n° 1930, p. 914.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de junio de 1941, Ponente: Hemán Salamanca, G.J. Tomo LI, n° 1970, p. 292. En similar sentido: Sala de Casación Civil, 11 de diciembre de 1942, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LIVbis, p. 325; Sala de Casación Civil, 27 de octubre de 1947, Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza, G.J., Tomo LXIII, n° 2053, p. 86.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 10 de julio de 1941, Ponente: Anibal Cardozo, G.J. Tomo LII, n° 1977, p. 123.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de noviembre de 1941, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LII, n° 1977, p. 758.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de febrero de 1942, Ponente: Hemán Salamanca, G.J., Tomo LII, n° 1983, p. 82.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 26 de octubre de 1951, Ponente: Agustín Gómez Parda, G.J., Tomo LXX, n° 2103, p. 945. Ver igualmente: Sala de Casación Civil, 16 de abril de 1964, Ponente: José Hernández Arbeláez, G.J., Tomo CVII, n° 2272, p. 49.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 14 de marzo de 1942, Ponente: José M. Blanco, G.J., Tomo LII, n° 1977, p. 920.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 27 de agosto de 1943, Ponente: Anibal Cardozo, G.J., Tomo LVI, n° 2001-2005, p. 507.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 26 de septiembre de 1944, Ponente: Arturo Tapias Pilonieta, G.J., Tomo LVIII, n° 2016, p. 507; 26 de noviembre de 1945, Ponente: Germán Alvarado, G.J., Tomo LIX, n° 2019-2021, p. 1158.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 15 de septiembre de 1984, Ponente: Anibal Cardozo Gaitán, G.J., Tomo LXIV, n° 2060, p. 918.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 31 de enero de 1961, Ponente: Luis Carlos Zambrano, G.J., Tomo ACV-ACV, n° 2235-2238, p. 823.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 30 de enero de 1964, G.J., Tomo CVI-CVII, n° 2271-2272, p. 529. En similar sentido: Sala de Negocios Generales, 19 de junio de 1964, Ponente: Ramiro Araujo Grau, G.J., Tomo CVII, n° 2272, p. 807.

Los múltiples eventos reseñados muestran que la jurisprudencia de la Corte Suprema, utilizando la noción de culpa del derecho privado, condenaba en vastos campos del actuar administrativo al Estado colombiano.

La construcción de la culpa es ampliada con la de la culpa presunta, que encuentra numerosas hipótesis de aplicación, sobretudo en materia de actividades peligrosas. La Corte se ampara en la aplicación del artículo 2356 del C.C.,²⁵ advirtiendo que "no establece la llamada teoría del riesgo",²⁶ y que en tratándose de actividades peligrosas se supone "que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisivo o descuidado, y que para exonerarse de esa responsabilidad tiene que comprobarse, o el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de elemento extraño que pudieran desvirtuar la responsabilidad del agente".²⁷

La extensión de la noción de culpa iusprivatista aplicable al Estado, tanto en su versión probada como presunta, hacía que en ese momento no se aplicaran los regímenes de responsabilidad sin culpa, excluyendo naturalmente aquellos campos derivados de las expropiaciones o de los trabajos públicos, que habían tenido su consagración legal desde el siglo anterior. Pero esta excepción, como ya se ha anotado, provenía de la elaboración legal y no jurisprudencial, de regímenes de responsabilidad objetiva.

También durante este período, aunque muy raramente, la Corte Suprema, sustentó la responsabilidad directamente en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886,²⁸ como se puede observar en el precitado fallo del 30 de junio de 1962: "la inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16". Sin embargo, esta sentencia debe ser reseñada con beneficio de inventario, en el sentido de no permitir que a partir de ella se afirme que la Corte Suprema de Justicia utilizaba usualmente normas Constitucionales para declarar la responsabilidad del Estado Colombiano. Si la construcción de la falla del servicio puede deberse en parte a la Corte Suprema de Justicia, tampoco debe olvidarse que para la misma época el Consejo de Estado ya había hecho expresa referencia a la teoría, como se verá, lo cual no obsta sin embargo para que se pueda afirmar con el profesor Antonio José de Irisarri Restrepo, que en el fallo Tinjacá la Corte Suprema "optó nitidamente

²⁵ Dice el artículo 2356 C.C.: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esa reparación: 1° el que dispara imprudentemente una arma de fuego; 2° El que remueve las lozas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3° El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de junio de 1942, Ponente: Liborio Escallón, G.J., Tomo LIII, n° 1983, p. 656.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de diciembre de 1942, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LIV, p. 325.

²⁸ Decía el artículo 16: "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

por la responsabilidad directa en cuanto a responsabilidad civil de la persona jurídica privada y por la doctrina de la 'falla del servicio o culpa de la administración' para fundar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público".²⁹ Se advierte con lo anterior que en Colombia la teoría de la falla del servicio tuvo orígenes tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como en la del Consejo de Estado, siendo básicamente de esta última Corporación su uso normal y regular.

Con lo hasta aquí dicho se puede afirmar que es mucho lo que la responsabilidad del Estado le debe a la Corte Suprema de Justicia y al derecho privado.

I.B. La responsabilidad del Estado declarada por el Consejo de Estado

Como ya se ha anotado, en la misma época en la que la Corte Suprema tenía la competencia general en la materia, el Consejo de Estado tenía una competencia residual que sólo se torna general en 1964, lo cual implica que aún antes de 1964 el Consejo de Estado hizo sus aportes, y de suma importancia, para que se consolidara dicha responsabilidad en nuestra historia jurídica, que luego de 1964 ya es manejada exclusivamente por esta jurisdicción, a pesar de que se generan conflictos por determinados servicios industriales y comerciales del Estado.

En una primera época, es decir, de 1913 a 1964, se encuentran muy interesantes sentencias del Consejo de Estado en las cuales se aplican tanto las normas legales expresas que contemplan la responsabilidad del Estado al igual de lo que ocurría en el siglo anterior con la Corte Suprema Federal,³⁰ como las normas sobre trabajos públicos y responsabilidad derivada de actos u operaciones administrativas.

El Consejo de Estado produce por este período sentencias importantes en las cuales rechaza las normas de derecho privado para fundar la responsabilidad del Estado. En sentencia del 2 de noviembre de 1960 se enuncia la separación conceptual de la forma como habría de concebirse en el futuro la responsabilidad del Estado: "En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante, en estas materias, la reglamentación del derecho privado".³¹ Se remite la sentencia al título tercero de la Constitución, y especialmente a su artículo 16, consolidándose así lo que posteriormente pasará a ser el fundamento normativo de la responsabilidad del Estado en Colombia.

²⁹ De Irisarri Restrepo, Antonio José. "La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia". Artículo inmerso en el libro "La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 151.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de junio de 1915, Ponente: Luis F. Rosales, A.C.E., Tomo 2, 1916, n° 1-10, p. 163; se declara la responsabilidad por expropiaciones realizadas en la guerra de 1895.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2 de noviembre de 1960, Ponente: Carlos Gustavo Arrieta, Actor: Ira Ellischa Washburn, expediente n° 928, A.C.E., Tomo LXII, n° 387-391, p. 154; ver en igual sentido: 30 de septiembre de 1960, actor: Esther Wolff de Posada, Ponente: Francisco Eladio Gómez, A.C.E., Tomo LXIII, n° 392-396, p. 728.

En esas sentencias se otorga fundamento autónomo a la responsabilidad del Estado, y de paso, por vía de doctrina que no por vía de solución de la litis, se esboza la noción de falla del servicio. Pero en la jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 60 y anteriores, al igual de lo que ocurre con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la utilización de la noción de falla del servicio no es para nada recurrente y prima, en lo que toca a la falla del servicio, la concepción iusprivatista derivada de la aplicación de las normas del código civil.

En lo referente a trabajos públicos y expropiaciones sí se presentan numerosas sentencias que apoyadas en la ley 167 y normas anteriores, realizan la construcción jurisprudencial de la responsabilidad objetiva. La metodología en este aspecto sigue siendo la remisión directa a la ley expresa.

Sin embargo, el Consejo de Estado empieza a separarse radicalmente de las teorías del derecho privado, cuando en una sentencia referente a la responsabilidad derivada de actos u operaciones administrativas, presenta tempranamente un cambio trascendental, al abrir campo a la responsabilidad por daño especial. En la conocida sentencia del caso del periódico "El Siglo S.A.", de 1947, se expresaba con contundencia: "examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías del Derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del Derecho tanto en el tiempo como el espacio. Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento del patrimonio con la suspensión del diario El Siglo, ni mucho menos con detrimento de esta empresa; y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la responsabilidad sin falta".³² Acoge pues esta sentencia una de las construcciones doctrinarias más queridas del derecho administrativo, que no había sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia, sino tan solo meramente enunciada, como ya se ha visto.

En lo que toca a la generalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede entonces anotar que se consolida antes de 1964 la fundamentación de la responsabilidad del Estado basada en el artículo 16 de la C.P., sin que ello significara que la noción de falla del servicio fuera utilizada recurrentemente - lo cual se explica por la competencia residual que básicamente giraba en torno a la responsabilidad objetiva del trabajo público y de la expropiación -, al igual que la teoría del daño especial, que sin

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, n° 413-414, p. 257: se condena por falla del servicio al Estado por los perjuicios ocasionados a un ciudadano por el ejército al disolver una manifestación.

ser utilizada con frecuencia, sí encuentra el importante antecedente en el cual se abre campo en nuestro discurso jurisprudencial.

Se llega pues a 1964 con las bases para realizar un desarrollo de derecho público de la responsabilidad del Estado, para que en adelante sí se consolide a partir del fundamento del artículo 16 C.P., y básicamente a través de la noción de falla del servicio.

La noción de falla del servicio adquiere así un papel relevante, para justificar y delimitar la responsabilidad:

"es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el art. 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados 'servicios públicos'. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su 'no funcionamiento' o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1° existencia del hecho (falla en el servicio); 2° daño o perjuicio sufrido por el actor y, 3° relación de causalidad entre el primero y el segundo".³³

La definición misma del concepto falla del servicio tiene una precisión, pues en la sentencia Alberto Cifuentes Lindarte se abandona la tradicional noción según la cual la falla se presenta "cuando el servicio no funcionó, funcionó tardía o defectuosamente", indicándose que ella "es la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política".³⁴

Esta precisión conceptual es utilizada indistintamente con la concepción tradicional debida a Paul Duez.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

La aplicación de la falla del servicio continua ampliándose, a punto tal que se puede afirmar que no hay campo administrativo que no esté sujeto a una declaratoria de responsabilidad del Estado.³⁵ Para efectos de hacer una ilustración del tipo de perjuicios que se indemnizan en este período por la vía de la falla del servicio, se citan los siguientes ejemplos: perjuicios originados a propietario de inmueble en la Plaza de Bolívar por el retardo injustificado en decidir sobre licencia de construcción,³⁶ perjuicios ocasionados por mal mantenimiento de vías públicas,³⁷ perjuicios ocasionados por lesiones a ciudadano por parte del ejército al disolver una manifestación,³⁸ muerte de ciudadanos por vehículos oficiales,³⁹ perjuicios ocasionados a paciente por intervención quirúrgica mal realizada por Hospital Militar Central,⁴⁰ perjuicios ocasionados por accidente ocurrido a avión debido al mal estado del aeropuerto,⁴¹ perjuicios ocasionados por cables eléctricos que fueron dejados al aire imprudentemente por la administración,⁴² perjuicios ocasionados por el servicio de justicia al permitir que títulos a disposición de un juzgado fueran retirados y cobrados por particulares,⁴³ perjuicios ocasionados por el retardo injustificado en entregar sumas de dinero provenientes del remate de una mercancía,⁴⁴ perjuicios ocasionados con derrumbe de montaña al no impedirse el tránsito de automóviles a pesar del inminente peligro de un deslizamiento de tierras,⁴⁵ homicidio o lesiones de personas por exceso en la utilización de armas de dotación oficial,⁴⁶ perjuicios a abogado que aparece en 'lista negra' de la Procuraduría en la cual figura erradamente como exjuez destituido,⁴⁷ perjuicios ocasionados a propietario de predio rural que a más de no poder volver a su predio por presencia guerrillera fue secuestrado y tuvo que pagar una suma de dinero,⁴⁸ quema de bus por manifestantes debida a omisión en la vigilancia,⁴⁹ muerte de piloto en

³⁵ Habida cuenta de los numerosos ejemplos que hay para sustentar lo afirmado, sugiero la consulta de mi libro "La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial. 1864-1990", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, mayo de 1991, en tres volúmenes, en donde aparecen reseñadas y clasificadas la mayoría de las sentencias que se citan a lo largo de este escrito.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 24 de junio de 1965, Ponente: Alejandro Domínguez Molina, A.C.E., Tomo LXIX, n° 407-408, p. 441.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de septiembre de 1966, Ponente: Guillermo González Cari, A.C.E., Tomo LXX y LXXI, n° 409-412, p. 830.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, n° 413-414, p. 257. En igual sentido: 28 de junio de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, p. 279.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de septiembre de 1968, Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez, actor: Pedro Pablo Arango y otra, expediente n° 782, A.C.E., Tomo LXXV, n° 419-420, p. 329.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de octubre de 1973, Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez, actor: Carlos Chacón Escobar, expediente n° 1061, A.C.E., Tomo LXXXV, n° 439-440, p. 387.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de marzo de 1975, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, actor: Soc. Afrocarga Ltda., expediente n° 1389, A.C.E., Tomo LXXXVIII, n° 445-446, p. 315.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de mayo de 1975, Ponente: Oswaldo Abella Noguera, actora: Rosaura Acevedo vda. de Patio, expediente n° 1507, A.C.E., Tomo LXXXIX, n° 447-448, p. 413.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1976, Ponente: Alfonso Castilla Saiz, actor: sociedad Samper Moscoso y cia. Ltda., expediente n° 1808, A.C.E., Tomo XC, n° 449-450, p. 415.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de octubre de 1977, Ponente: Jorge Valencia Arango, actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiano de Maquinaria Ltda..

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de diciembre de 1977, Ponente: Carlos Portocarrero, actor: Flota La Macarena, expediente n° 1564, A.C.E., Tomo XCIII, n° 455-456, p. 605.

⁴⁶ Dentro de los innumerables casos que por mala fortuna se pueden citar en nuestro país: Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de abril de 1980, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Maryluz Arias de Anaya, expediente n° 2458, A.C.E., Tomo XCVIII, n° 465, p. 421.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de junio de 1980, Ponente: Jorge Dangond Florez, actor: Gustavo Alfonso Figueroa, expediente n° 2342, A.C.E., Tomo XCVIII, n° 465, p. 437.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de septiembre de 1980, actor: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Misael Ruiz, expediente n° 2415, Tomo 45 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 448.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de febrero de 1983, Ponente: Eduardo Suescún, actor: Pompilio Rengigo, A.C.E., Tomo CIV, n° 477, p. 590.

accidente de avión que no gozaba de buen mantenimiento,⁵⁰ perjuicios originados a un importador por una denuncia temeraria de contrabando,⁵¹ perjuicios ocasionados a estudiante por el retardo injustificado en otorgarle su grado,⁵² muerte originada en la omisión del Estado en proteger la vida,⁵³ perjuicios originados por tortura,⁵⁴ muerte y lesiones en espectáculo público de "corralejas" por la caída de tribunas,⁵⁵ captura ilegal de ciudadano por parte de organismos de inteligencia,⁵⁶ etcétera.

Como se observa con los ejemplos citados, la jurisprudencia del Consejo de Estado consolida y extiende la noción de falla del servicio a todos los servicios públicos administrativos, sin que se encuentren antecedentes en materia de error judicial o de responsabilidad del Estado-Legislator. Se avanza pues en la cobertura de la responsabilidad, aunque la falla del servicio continua siendo el fundamento principal de la responsabilidad, y en la práctica casi que el único.

Si bien el campo del actuar administrativo que puede ser condenado por falla del servicio se amplía, se observa que la exigencia para que se presente la falla es en ocasiones muy alta, lo cual hace que no proceda la indemnización. En efecto, en más de una ocasión, la falta de la prueba sobre las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en la que ocurren los hechos, genera el rechazo de las súplicas de la demanda. Es así como, a guisa de ejemplo, no se declara la responsabilidad por la muerte de un estudiante de una escuela pública, que sube a un muro para que le tomen una foto,⁵⁷ o por la muerte de un ciudadano por electrocución con cuerdas eléctricas, ya que "ha debido demostrarse la falla del servicio de la empresa demandada, consistente ésta en el descuido, abandono o mala conservación de ellas, lo que no fue demostrado",⁵⁸ o por muerte de guarda con arma de dotación oficial a pesar de que se supiera que fue en la prisión por un guardián compañero, pues "no pudieron determinarse las circunstancias reales de la ocurrencia de los hechos",⁵⁹ o por la muerte de un enfermo en una ambulancia oficial, pues "tenía la parte actora que haber demostrado que el volcamiento se debió a culpa del conductor oficial (impericia, falta de cuidado, exceso de veloci-

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de diciembre de 1983, Ponente: Enrique Low Murtra, actor: Martha Lucia Arango vda. de Diaz, A.C.E., Tomo CV, n° 479, p. 926.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de marzo de 1984, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Octavio Correa, Tomo 51 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 128.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de mayo de 1985, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Rubén Dario Cardona, A.C.E., Tomo CVIII, n° 485, p. 521.

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 15 de septiembre de 1986, actora: Ligia Calderón de Córdoba, expediente 029, Tomo copiadore SP-S1, sentencias 934-978, n° 0942, n° 156.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 16 de diciembre de 1987, Ponente: Gaspar Caballero, actora: Olga López de Roldán, Tomo SP-S2, sentencia 001.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de abril de 1988, actor: Jaime Arturo Bertel y otros, Tomo 86 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 12.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de septiembre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Prudencio Cadena y otros, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 131.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de octubre de 1982, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Segundo Gallo, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 260.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de octubre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Gloria Elena Rojas, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 413.

dad) o a falta de mantenimiento del vehículo,⁶⁰ o, para no fatigar con los ejemplos, por la muerte de un paciente intervenido quirúrgicamente, porque "no puede perderse de vista que la prueba, en tratándose de responsabilidad médica, es particularmente exigente, pues los profesionales de la medicina no contraen obligaciones de resultado sino de medio, lo que se traduce en que quien alega la falla necesariamente debe probarla, pues no está amparado por ninguna presunción a su favor".⁶¹

La solución que se daba entonces en los ejemplos anteriores, generó una reacción de la jurisprudencia que buscaba solucionar de manera diferente dichos litigios. Es así como en importante sentencia del 20 de febrero de 1989,⁶² se inicia la consolidación, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la falla presunta del servicio, indicándose así "que el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio". Se retoma en este aspecto, desde la perspectiva iuspublicista, lo que ya había hecho la Corte Suprema en los años 30. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. Como se observa, con tal enunciado la solución de los litigios variaría radicalmente. Es así como, en otra importante sentencia sobre el punto, del 31 de julio de 1989, se aplica como posición de principio la falla presunta del servicio para los perjuicios ocasionados con arma de dotación oficial. El cambio era trascendental en la medida en que tales perjuicios eran los que generaban de lejos el mayor número de litigios ante la jurisdicción. En dicha sentencia se afirmó, que "la aplicación de la regla actori incumbit probatio se atenúa respecto a la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el onus probandi no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo", y que "el perjuicio causado con arma de dotación oficial hace presumir la falla del servicio... que puede ser desvirtuada por la administración... demostrando la ausencia de falla".⁶³ Como punto importante de esta construcción jurisprudencial se dijo que el caso fortuito, entendido "en su concepción moderna iusadministrativista de causa desconocida, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios", porque en el evento de presentarse "es a la administración a quien corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa". Idéntica concepción se aplicó para los perjuicios ocasionados con vehículos oficiales.⁶⁴ También ha tenido dicha teoría

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de octubre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Gloria Elena Rojas, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 413.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de diciembre de 1984, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: José Levy Quintero y otros, Tomo 56 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 302.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1987, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Gilma Lizarazo de Ramírez, Tomo 77 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 143.

Ver nota 70 *infra*.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Jorge Arturo Herrera Velázquez, Tomo 104 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 276.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de diciembre de 1989, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Rosa Helena Franco vda. de Bernal, Tomo 112 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 212.

trascendentales pronunciamientos en materia de responsabilidad médica.⁶⁵

La anterior posición jurisprudencial fue de inmediato aplicada por todos los tribunales del país, y se constituyó en un avance notorio que permitía la condena al Estado, basándose de todas formas en la falla del servicio, aunque en su versión presunta.⁶⁶

Se amplía así la solución de los litigios de responsabilidad del Estado, aunque queda por estudiar si en este período el juez administrativo acepta otras fundamentaciones de la responsabilidad del Estado.

En sentencia del 28 de octubre de 1976, que merece especial estudio en cuanto trae un capítulo especial dedicado "al estado actual de la jurisprudencia", expresamente se anota que "precisa concluir que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta del servicio".⁶⁷ Quiérase o no, la anterior afirmación es cierta, ya que tuvo que esperarse a 1984 para que se aceptara claramente la responsabilidad por riesgo excepcional.⁶⁸ En dos sentencias con ponencia del exconsejero Eduardo Suescún, se sentaron las bases de la aplicación de dicha teoría: "pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido, además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la administración, ésta debe responder... el caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuesto a 'un riesgo de naturaleza excepcional' (de Laubadère) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la

⁶⁵ Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Ponente: Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez; 20 de agosto de 1992, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 6754, actor: Henry Enrique Saltarín y otros.

⁶⁶ La sentencia fue infirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del mismo Consejo de Estado, el 14 de febrero de 1995 (Ponente: Consuelo Sarria Olcos, actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez, expediente S-123), basándose básicamente, en mi modo de ver y en el de los varios salvamentos de voto, en una errada interpretación del principio *iura novit curia*.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de octubre de 1976, Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango, expediente n 1482, actor: Banco Bnanero del Magdalena, A.C.E., Tomo XCI, p. 615. En relación con la evolución de la

jurisprudencia sobre la materia por parte de la Corte Suprema ver sentencia de junio 30, 1962, publicada en Diario Jurídico, Año X, Vol. XII, p. 337.

⁶⁸ En mi conocimiento sólo existe un antecedente de la jurisdicción que se refiere a la posible aplicación de la responsabilidad por riesgo excepcional: "es cierto que los sostenedores de la teoría de los riesgos rechazan la exigencia de la prueba de la culpa como elemento esencial para decretar la reparación del daño; pero aun así, admiten que para tener derecho a la indemnización, es menester que judicialmente se establezca que el demandado creó el riesgo que ocasionó el daño y que se encuentra en los casos en que, según esta teoría, el riesgo genera la responsabilidad civil. No habiendo demostrado judicialmente esta circunstancia, la idea de indemnización debe rechazarse": Consejo de Estado, 23 de junio de 1939, Ponente: Tulio Enrique Tascón, A.C.E., Tomo XXXVII, n° 278-280, p. 249. Aún más, en sentencia del Consejo de Estado del 19 de octubre de 1948, claramente se afirmaba: "el riesgo social, que responsabiliza al Estado por los daños y riesgos resultantes de la vida en sociedad, no lo reconoce la legislación nacional como norma positiva de derecho, lo que patentiza que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es incompetente para conocer de las indemnizaciones suplicadas por esta causa": Sala Unitaria del Consejero Pedro Gómez Parra, A.C.E., Tomo LVII, n° 362, p. 320.

administración, así no haya habido falta o falla del servicio".⁶⁹ Sin embargo, dicha teoría fue aceptada con cierto temor, lo cual permitió que dos Consejeros de Estado aclararan su voto afirmando, luego de recordar que el caso hubiere sido posible solucionarlo con sustento en la falla del servicio, que "el riesgo excepcional debe tener un manejo jurisprudencial demasiado restringido... porque si se generaliza, se corre el peligro de la implantación exagerada e inconveniente en situaciones que llevaría a la administración a responder de todo, o mejor, de casi todo, con los peligros de su adopción desmedida".⁷⁰ De todas formas, en esta etapa dicha teoría se inaugura y se consolida en el derecho administrativo colombiano,⁷¹ debiéndose anotar sí, que su aplicación no fue tan generalizada como se pretende, puesto que los pocos eventos reseñados se limitaron a los perjuicios ocasionados con cables eléctricos.

Si dicha aplicación excepcional se puede predicar de la teoría del riesgo, igual sucede con la aplicación del daño especial, por fuera de la teoría de trabajos públicos o de la expropiación. Pasaron más de 25 años, después de la sentencia relacionada con la sociedad "El Siglo S.A.",⁷² para que la noción del daño especial fuera nuevamente utilizada, extendiéndola a situaciones que anteriormente no cobijaba.

La teoría vuelve a ser sustento de un fallo en 1973, a raíz de la captura del conocido bandolero Efraín González, en la cual el ejército semidestruyó un inmueble en donde se emparapeté el perseguido.⁷³ Se expresó claramente en la sentencia: "...la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado le corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes, desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación". Esta idea de indemnizar apoyándose en la teoría del daño especial cuando la autoridad cumple legalmente con el deber de controlar el orden público, se reitera en fallo del 25 de septiembre de 1987, en el cual es indemnizado el propietario de un camión que requiere el ejército para perseguir una columna guerrillera y que fue dinamitado al pasar por un puente, puesto que aunque no se dio la expropiación por hecho de guerra, "sí se configuró en el evento subjudice el rompimiento del principio de

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de febrero de 1984, Ponente: Eduardo Suescún, actor: Enrique Mejía Ruiz, expediente n° 2744, A.C.E., Tomo CVI, n° 481, p. 540. En similar sentido, véase sentencia del mismo Ponente: 8 de marzo de 1984, actor: Gilberto Díaz Vélez, expediente n° 2846, A.C.E., Tomo CVI, n° 481, p. 545.

⁷⁰ Aclaración de voto de los Consejeros Betancur Jaramillo y Bonivento Fernández, a la sentencia precitada del 8 de marzo de 1984.

⁷¹ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de febrero de 1989, Ponente: de Irisarri Restrepo, actor: Alfonso Sierra Velázquez, expediente n° 4555, Tomo Copiador S2-S3, sentencia 179-226, n° 000219; 22 de agosto de 1989, Ponente: de Irisarri Restrepo, colaboro: Henao Pérez, actor: Daniel Pira Amaya, expediente n° 5408, Tomo 105 de los copiadores de la Sección Tercera, folio 418; 22 de febrero de 1990, Ponente: de Irisarri Restrepo, colaboro: Henao Pérez, Tomo 113 de los copiadores de la Sección Tercera, folio 132; Ver nota 32 *ut supra*.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de mayo de 1973, expediente n° 973, Ponente: Alfonso Castilla Saiz, actor: Vitalia Duarte vda. De Pinilla, A.C.E., Tomo LXXXIV, n° 437-438, p. 284.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hilario López, Tomo 78 de los copiadores de la Sección Tercera, folio 317.

la igualdad frente a las cargas públicas".⁷⁴ Igual ocurre en un proporcional operativo antisequestro que produce daños a un inmueble, ya que en este caso "se le está imponiendo a éste una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente",⁷⁵ o en un operativo de captura en el que muere un tercero ajeno al mismo,⁷⁶ o aun, en los eventos en los cuales las fuerzas del orden son atacadas por guerrilleros o subversivos, y a raíz de dicho ataque muere un tercero.⁷⁷ De igual manera, aunque usando la tesis del daño especial como subsidiaria de la de la falla del servicio, se acepta que puede proceder en los eventos en los cuales el Estado legalmente se encuentra desbordado para hacer cumplir una orden judicial de desalojo.⁷⁸ También se acepta en la hipótesis en la que con la construcción de una vía pública se desvalorice los inmuebles vecinos, porque se le ha "impuesto a los demandantes"⁷⁹ una carga especial en beneficio de la comunidad"⁸⁰ o, en general, se les ha impuesto una carga anormal de vecindario.⁸¹ Aceptada pues la teoría del daño especial, el mismo Consejo de Estado se encarga de imponer sus límites, cuando, frente a un caso en el que se demandaba por una supuesta omisión en la reglamentación de normas arancelarias, rechazó las pretensiones de la demanda al expresar que "el arancel o cualquier tributo se modifica mediante actos reglas para todas aquellas personas que estén en las mismas condiciones. Son las cargas inherentes por vivir en sociedad".⁸¹

En esta etapa, como se ha observado, la noción de falla del servicio se decanta, se extiende y se complementa con la presunción de falla del servicio. Se acepta por vez primera la solución de litigios con base en la teoría del riesgo, y, se amplía la cobertura de la teoría del daño especial. Es el aporte que hace la jurisprudencia administrativista, que de esta manera se aleja cronológica y conceptualmente de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad del Estado. En este periodo la discusión acerca del rol único o no de la culpa para sustentar la responsabilidad, por fuera de los casos de responsabilidad sin culpa que expresamente previera de antaño el ordenamiento legal, es superada. Ello significa que la discusión del fundamento general de la responsabilidad vuelve a la orden del día, en la medida en que por fuera de disposiciones legales expresas, el juez encuentra en normas generales del derecho justificaciones diferentes a la falla del servicio para efectos de declarar la responsabilidad.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hilario López, Tomo 78 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 317.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de julio de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Tiberio Restrepo Alvarez y otros, Tomo 76 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 357.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de julio de 1990, Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Luz Marina Gutiérrez Bedoya y otra, Tomo 118 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 271. Ver en similar sentido: 17 de octubre de 1990, Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Blanca Sofia Acevedo, expediente n° 6138, Tomo 123 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 110.; 20 de noviembre de 1990, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Deocles Basto Sánchez, expediente n° 6238, Tomo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 200.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1992, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Dorotea Villamizar y otros, expediente n° 6171, Tomo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 60.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de febrero de 1985, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Pedro Bernal Escobar, Tomo 57 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 56.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 1987, actor: Bertha María Martínez Zamudio, expediente n° 4493, Tomo 70 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 222. Situación solucionada de manera reiterada en caso de desarrollo de plan vial: 22 de noviembre de 1990, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Elida Guerrero y otros, expediente n° 6203, tmo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 77.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de diciembre de 1990, Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6272, Tomo 127 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 237.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1983, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hojalata y Laminados S.A., Tomo 49 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 127.

Se llega así a la segunda parte de este escrito, que se une tanto cronológica como conceptualmente con la primera. En efecto, ya en 1991 el juez administrativo había desarrollado los diversos regímenes de responsabilidad existentes en la doctrina y en el derecho comparado, lo cual significa que, cronológicamente, a partir de 1991 el juez tendrá que sustentar si la reforma introducida por el artículo 90 de la Constitución, significó o no un cambio conceptual del tema en estudio.

Segunda parte. El significado de la aparición de la noción de daño antijurídico en la Constitución de 1991⁸²

En esta parte nos concentraremos a estudiar si la noción de daño antijurídico, que se convierte en el fundamento Constitucional de la responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual,⁸³ supuso o no un cambio en la evolución de la jurisprudencia de la que se ha dado cuenta.

El punto es de importancia, en la medida en que podría pensarse que la fórmula Constitucional supuso un cambio radical en la naturaleza de la responsabilidad, al punto de haberla tornado objetiva, suponiendo entonces que no pueden existir eventos en los cuales, al faltar la acreditación de la falla del servicio, la responsabilidad sea improcedente. Es una hipótesis importante para constatar, pues de ella dependerá la naturaleza misma de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El fundamento, anteriormente sustentado por la jurisprudencia en el artículo 16 de la Constitución de 1886, que corresponde básicamente al inciso segundo del actual artículo segundo de la Constitución, es ahora contundente a raíz del nuevo ordenamiento que por primera vez trae una norma explícita en este sentido: el Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables. La noción de daño antijurídico se convierte así en la clave para comprender los perjuicios que debe indemnizar el Estado cuando le sean imputables.

Si bien la idea genérica del texto fundamental es en apariencia clara, la noción misma de daño antijurídico se muestra vaga e imprecisa, y sus alcances están aún por ser determinados, a pesar de los importantes avances que ha realizado la jurisprudencia. Es por ello que no sobra buscar sus orígenes, estudiando en primer término los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente (II.A.), luego en la doctrina (II.B.), para que a partir del estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales se puedan sacar conclusiones sobre la forma como opera dicha responsabilidad a partir de la Constitución de 1991 (III.A.).

⁸² Ver nota 2 *ut supra*.

⁸³ Afirma la sentencia del 8 de mayo de 1995, con ponencia del Consejero Juan de Dios Montes Hernández, en el expediente n° 8118 que "esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de muchos años, la consagración de un principio Constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como la extracontracto".

II.A. Antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente

Si bien se falsea un tanto la historia cuando se trata de otorgar paternidad a un artículo decretado por una Asamblea Nacional Constituyente, no es difícil, recurriendo a sus antecedentes, observar que el actual artículo 90 de nuestra Constitución se debe principalmente a la pluma del profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.⁸⁴ Como se verá, de los múltiples proyectos que hubo en relación con el tema, aquel que de mayor manera influyó en el actual texto fue el del citado profesor, quien por lo demás redactó las ponencias que sobre el punto se presentaron al interior de la Asamblea Constituyente.

En mi conocimiento existieron veintiséis proyectos sobre la responsabilidad del Estado y/o del funcionario, que serían deleite para un Constitucionalista; sin embargo, no todos deben ser tenidos en cuenta para efectos de buscar la génesis del actual artículo 90 de la Constitución, pues muchos de ellos se referían al principio según el cual los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes mientras los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (principio que quedó consagrado en el art. 6º. de la Constitución) y al que establece que el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, cuando haya infracción manifiesta de un precepto constitucional (principio que quedó consagrado en el art. 91 de la Carta). Otros hacían énfasis en formas específicas de responsabilidad estatal, por error judicial o en materia contractual o de seguridad social, sin que supusieran una concepción contextual del tema, por lo que el examen de los debates que sobre ellos se adelantaron nos sirvan en el camino de la investigación que nos hemos propuesto.

Así las cosas, es en los proyectos restantes en donde se debe buscar la génesis del actual artículo sobre responsabilidad del Estado. Sin embargo, una distinción se impone al interior de este grupo, puesto que no todos estos proyectos venían enfocados hacia el texto que definitivamente quedó en el artículo 90 de la Constitución. Primero, porque algunos someten a la ley la determinación de la responsabilidad del Estado y/o de los funcionarios,⁸⁵ haciendo énfasis en la responsabilidad de estos últimos. Segundo, porque hay otros que, continuando con la prioridad de dejar plasma-

⁸⁴ Deseo dejar constancia del agradecimiento que tengo con el doctor Juan Carlos Esguerra, quien con gran generosidad puso a mi disposición todo su conocimiento sobre la historia del artículo 90 de la Constitución al interior de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁸⁵ Son los casos por ejemplo de los proyectos 2, 52, 103, 125 y 126. El primero de ellos, del Gobierno Nacional, decía: "las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados". El 52, de Miguel Santamaría Dávila, expresaba: "Responsabilidad por los atentados contra los derechos del título III. Las leyes determinarán la responsabilidad imprescriptible de los funcionarios públicos que atenten contra el libre ejercicio de los derechos y garantías que esta Constitución consagra. Las indemnizaciones que por esta causa decretare la autoridad pertinente, serán de cargo del funcionario y, subsidiariamente, de la Nación". El 103, de Gustavo Zafra Roldán: "Las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución, así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados". El 125, de Fernando Camillo Flórez, expresa en lo pertinente: "El Estado Colombiano se halla especialmente obligado a garantizar los derechos consagrados en el Título Segundo de la presente Constitución Política, correspondiendo a la ley la determinación de la responsabilidad a la cual quedan sometidos las autoridades y los particulares que contra tales derechos atenten". El 126, de Antonio Galán Sarmiento, informe en concreto: "Las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados".

da en la Constitución la responsabilidad de los servidores públicos, se limitan a ella.⁸⁶

Con base en lo anterior, se puede entonces afirmar que los proyectos que se enfocaron desde un principio al texto Constitucional vigente, fueron el 9 de Juan Gómez Martínez,⁸⁷ el 72 de Juan Carlos Esguerra Portocarrero,⁸⁸ el 111 de Helena Herrán de Montoya⁸⁹ y el 122 de José Matías Ortiz,⁹⁰ puesto que todos ellos, con algunas diferencias por supuesto, apuntaban a una norma sobre responsabilidad estatal que manejara una definición contextual de la misma. Como se puede observar en sus textos, es claro que el proyecto del constituyente Esguerra fue desde un inicio aquel que guardó mayor relación con el actual artículo.

Fue con base en los anteriores proyectos con los cuales la Asamblea Nacional Constituyente inició el estudio del tema en cuestión. Los proyectos reseñados tuvieron un recorrido de debates y ponencias al interior de la Asamblea. En una primera etapa, una Subcomisión de la Comisión Primera, con ponencia del constituyente Esguerra, presentó una propuesta integral de articulado y en el informe que rindió, en la parte que hace referencia a la "responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado",⁹¹ expresó:

"Nuestro actual sistema consagra de manera expresa apenas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y, sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir concretamente todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial corresponde solidariamente al órgano y al funcionario. La verdad es que este cúmulo de responsabilidades constituye un esencial mecanismo de protección de los derechos particulares frente a la conducta de aquellas autoridades que yerran en el cumplimiento de las normas, que se abstienen de cumplir con

⁸⁶ Es el caso del proyecto 128 de Iván Marulanda Gómez, que expresaba: "Siempre que el Estado sea condenado a pagar una indemnización por un acto o un hecho manifiestamente irregular de un empleado oficial, deberá repetirse contra el patrimonio de este último, además de inhabilitarlo para el desempeño de otros cargos públicos, ejercicio de la profesión u oficio, como lo dispone la ley".

⁸⁷ Decía en lo concerniente al punto estudiado: "El Estado responderá patrimonialmente por todos los daños y perjuicios morales y materiales que ocasionare a los particulares por su acción u omisión... Se podrá demandar indistintamente al Estado o al funcionario. Cuando el Estado indemnice por responsabilidad de un funcionario, el Estado se subrogará contra éste".

⁸⁸ Decía el mencionado proyecto: "Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños jurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas".

⁸⁹ Afirmaba su texto: "El Estado es responsable por los daños causados en ejecución de los servicios y las funciones a su cargo, y repetirá contra los funcionarios en la medida en que a éstos sean imputables los daños".

⁹⁰ Cuyo tenor era el siguiente: "Las autoridades deberán indemnizar a los particulares todo perjuicio ocasionado por la violación de alguno de sus derechos fundamentales o por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, sin perjuicio de que puedan repetir lo pagado contra el funcionario responsable".

⁹¹ Dicho informe-ponencia puede ser consultado en la página 12 de la Gaceta Constitucional n° 56 del lunes 22 de abril de 1991. El artículo sugerido, que transcribo integralmente, recoge varios temas, precisamente por la influencia que tuvo de todos los proyectos que se han transcrito, y por la idea de síntesis de los mismos. En lo que toca a la responsabilidad patrimonial del Estado, el texto actual es prácticamente idéntico a este primer boceto: "La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado. Artículo. Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste" (subrayas fuera de texto).

sus obligaciones o que, al cumplirlas, simplemente causan daños que los asociados no tienen porqué padecer.

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel Constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia de la llamada 'falla del servicio público', dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la 'responsabilidad por daño especial'. En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones para el efecto, quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia.

Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración concreta de una y otra quedaría, como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia.

Finalmente, he estimado de suma utilidad acoger dos planteamientos contenidos en algunos de los proyectos: el de que, para proteger a las víctimas, se les permita demandar indistintamente al Estado o a la autoridad pública involucrada; y el de que, para proteger el patrimonio público y combatir la indolencia personal del grueso de los funcionarios públicos, se le imponga al Estado el deber de repetir contra el funcionario culpable por las sumas por las que aquél hubiera sido condenado".⁹²

El texto y ponencia del delegatario Esguerra, que se acaban de transcribir, fueron sometidos a discusión en la Comisión Primera, el 6 de mayo de 1991, y fue acogido unánimemente por la Comisión. Sin embargo, en aras de ser fieles a la historia, se

⁹²Gaceta Constitucional n° 56 del lunes 22 de abril de 1991, p. 14.

pueden hacer anotaciones sobre algunos puntos de discusión que tuvo. En primer lugar, valga anotar que se votó el actual artículo 90 en forma independiente a los otros temas que contenía el proyecto. Es decir, adquirió autonomía la responsabilidad patrimonial del Estado, a pesar de que el constituyente Ramírez Ocampo, quien luego se plegó a la propuesta de Esguerra Portocarrero, sugiriera que se hiciera un texto que incluyera también la disciplinaria y la penal. En segundo término, se agregó que la repetición contra el funcionario sólo se podía dar en casos de culpa grave y/o dolo, gracias a que tanto el constituyente Ramírez como Pastrana Borrero, expresaron su inquietud sobre el temor que se pudiera generar en las personas para aceptar funciones públicas. En tercer lugar, se recordó que se trataba de desplazar "el centro de gravedad" de la responsabilidad hacia el daño antijurídico y no la falla del servicio, y se contempló "la solidaridad para que el particular afectado pueda demandar a la autoridad pública, o al Estado o a una y otro previéndose que si el Estado resulta condenado pueda repetir contra el funcionario público, lográndose así erradicar la irresponsabilidad", según lo anotaba el constituyente Esguerra. En cuarto lugar, como lo anota este último, se precisó, a diferencia del derecho español que en este punto se considera errático, que la imputación es a la acción u omisión de las "autoridades públicas", y no del "servicio público", cobijando el primer término también "a los particulares que ejercen funciones públicas".

Con la anterior aprobación y decantación en la Comisión, se prepara por parte de los constituyentes Esguerra y Jaime Arias López la ponencia para Primer Debate en la Plenaria,⁹³ que básicamente contiene los mismos elementos de la ya referida ponencia y texto que presentó el primero de ellos a la Comisión. Algunas anotaciones vale sin embargo plasmar. En primer lugar, "se decidió tratar aquí únicamente lo relativo a la responsabilidad patrimonial", "puesto que ya en el capítulo de los principios quedó establecido un régimen general de responsabilidad". En segundo lugar, se predica que existe daño antijurídico cuando "se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social", recordando así que "se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella". En tercer lugar, se precisa "que se excluye la imputabilidad en los casos de fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa concurrente de la víctima, o cuando el perjuicio no se produce como consecuencia o con ocasión de una actividad de servicio público". En cuarto lugar, "como criterio moralizador y de protección del patrimonio público, en los casos de dolo y culpa grave, se impone para el Estado el deber de repetir contra el funcionario los perjuicios que haya sido condenado a pagar", "sin pretender restringir la responsabilidad a aquellas personas vinculadas a la administración mediante un acto-condición".⁹⁴

⁹³ El texto del proyecto para debate en Plenaria es del siguiente tenor: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste".

⁹⁴ Gaceta Constitucional n° 77 del lunes 20 de mayo de 1991, página 9.

En Plenaria, el proyecto sufrió un primer debate con base en el texto y ponencia de que da cuenta el párrafo anterior, y fue aprobado tal cual como llegó, por unanimidad de 52 votos.

Para el segundo debate se comisionó al constituyente Augusto Ramírez Ocampo, como vocero de la comisión codificadora, para que presentara la ponencia, en la cual se recogen los elementos esenciales ya reseñados, y se recuerda que existe el deber de "reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión (del Estado), porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo", lo cual "comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo".⁹⁵

El segundo debate se presentó el 29 de junio de 1991, y en él se aprobó por 45 votos el texto idéntico del proyecto que se había presentado por la Comisión a la Plenaria.

Sin embargo, debe anotarse que el texto que se transcribe como definitivo en la Gaceta Constitucional n° 114 y 116 omite la frase según la cual "la demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro", conservando sí idéntico el resto del texto. Esta discordancia del texto que actualmente aparece en la Constitución, con lo que realmente fue aprobado, llama indudablemente la atención. La omisión podría generar consecuencias teóricas, que ya se han discutido al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por ejemplo en la sentencia del 28 de octubre de 1993, con ponencia del Consejero Uribe Acosta y salvamento del doctor Montes Hernández.⁹⁶ El punto radica pues en determinar si la responsabilidad entre el Estado y su servidor es solidaria, o si la obligación es mancomunada o conjunta. A partir de esta omisión se entienden las palabras del Consejero Montes cuando afirma en su salvamento que "es cierto que los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente... tuvieron en mente establecer la responsabilidad solidaria entre uno y otro; sin embargo, la asamblea no aceptó dicha propuesta".

La situación planteada por esa omisión, encuentra su explicación en una reforma de última hora de que da cuenta el archivo de la Presidencia de la República sobre la Asamblea Nacional Constituyente, pues en la transcripción de la sesión plenaria del 30 de junio se observa, sin que se cite el nombre del delegatario, que se solicita que se quite dicha frase "que no afecta en absoluto el sentido del artículo". Sobre el punto anotaba el delegatario: "me refiero a la frase que dice que la demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el funcionario, o uno y otro, porque al decirse que la demanda podrá dirigirse directamente contra el funcionario, estamos estableciendo de manera directa una responsabilidad que en el régimen del servidor público es sólo subsidiaria, entonces simplemente, Señor Presidente, para que con el propósito de

⁹⁵ Gaceta Constitucional n° 112 del miércoles 3 de julio de 1991, páginas 7 y 8.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de octubre de 1993, Ponente: Dr. Uribe Acosta, actor: Wagner Fernando Teran Barona y otros, expediente n° 8043, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, con denuncia del pleito a Universidad y estudiante que luego de prácticas para un estudio de suelos deja hueco abierto al que cae un menor.

evitar esa contradicción entre dos esquemas de responsabilidad, consagrados ambos en la Constitución, se proceda a quitar esa última frase del primer inciso del artículo". Con dicha explicación -consta en el acta mencionada-, se decidió con 48 votos afirmativos quitar la frase, despejando así, por lo menos desde el ámbito histórico, la discusión planteada al interior de la Sección Tercera, al poder afirmarse que la responsabilidad entre el Estado y el funcionario no es solidaria.

Es pues esta la historia del actual texto del artículo 90, de la cual se pueden sacar varias conclusiones:

1a. El daño antijurídico se convirtió en el fundamento del deber reparatorio del Estado. Para efectos de la declaratoria de responsabilidad se exigió el fundamento (daño antijurídico) y la imputación al Estado (atribución del deber jurídico de indemnizarlo).

2a. El daño antijurídico se concibió en las distintas ponencias como aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. Es decir, no sólo se definió por la carencia de título en el deber de soportar el daño, sino porque éste excediera la carga normal que debe soportarse en sociedad. Se dejó abierta la discusión de si cualquier daño que careciera de título jurídico válido tendría que ser indemnizado, o si tan sólo debería serlo aquel que a más de reunir el requisito anterior, supusiera una anormalidad y gravedad. El punto que queda pues a la interpretación, es el de determinar si los dos requisitos son acumulativos o alternativos.

3a. La noción de daño antijurídico supuso en el constituyente aceptar una naturaleza de tinte objetivo de la responsabilidad. Sin embargo, queda por determinar si existen eventos en los cuales ante la ausencia de falla del servicio, la responsabilidad debe no ser declarada. Es decir, queda por determinar si la naturaleza de tinte objetivo generó o no que el concepto de falla del servicio perdiera cualquier utilidad en el sistema construido sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

4a. En el pensamiento del Constituyente el desplazamiento del "centro de gravedad de la responsabilidad" hacia una noción de tinte objetivo, como es la de daño antijurídico, no supuso la muerte de la teoría de la falla del servicio ni de las otras teorías que jurisprudencialmente se habían elaborado.

5a. La noción de daño antijurídico hace pensar la extensión de la responsabilidad del Estado a los tres poderes que lo componen, y no sólo al ejecutivo. Es decir, bien se puede concebir la responsabilidad del Estado Legislador y del Judicial, como en efecto ya lo ha empezado a esbozar la jurisprudencia.

6a. La responsabilidad del Estado concebida en los términos anteriores no sólo no fue excluyente con la responsabilidad del servidor público, sino que se buscó armonizarla con las nociones de culpa grave y dolo que son las únicas que sirven de fundamento a

la responsabilidad de este último. No se quiere afirmar con lo anterior que la culpa grave o el dolo sean requisito de la responsabilidad del Estado, pero sí que una de las formas de expresarse el daño antijurídico es cuando los servidores públicos lo causan en ejercicio de sus funciones y con la cualificación anotada.

Con estas características generales que brotan del estudio histórico hasta ahora realizado, se debe pasar al estudio doctrinario de la noción de daño antijurídico, en aras de continuar reuniendo los elementos que permitan comprender cabalmente la noción, y poder estudiar analíticamente la jurisprudencia.

II.B. Antecedentes doctrinarios

Tal y como se desprende del acápite anterior, la noción de daño antijurídico, en el campo del derecho administrativo proviene básicamente del derecho español, al menos en lo que toca a su exposición moderna.⁹⁷

Las referencias que hacen las ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente, coinciden con las apreciaciones que sobre el punto ha plasmado buena parte de la doctrina española. Es por ello que nos concentraremos a exponer lo que por tal se entiende en dicho país, no sin antes advertir que en mi conocimiento no existe un libro o ensayo específico que se dediquen al concepto.

El forjador de la noción es indiscutiblemente el profesor Eduardo García de Enterría, quien al interior de la comisión preparatoria de la Ley de Expropiación Forzosa, publicada el Boletín Oficial del Estado (Español) del día 17 de diciembre de 1954, influyó notoriamente en la concepción de su artículo 121.⁹⁸ En el libro que publicó sobre el tema, y que se aconseja como obra de obligatoria lectura, afirmaba el profesor español que "si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda cumplido".⁹⁹ En efecto, como el mismo autor lo enuncia, se desplaza la antijuridicidad del daño a un criterio objetivo entendido, no como la conducta subjetiva del agente (antijuridicidad subjetiva) sino como el perjuicio antijurídico en sí mismo (antijuridicidad objetiva), que es principio de garantía del patrimonio.

⁹⁷En lo que respecta a la concepción antigua vale la pena traer a colación las siguientes páginas de los hermanos Mazeaud en el capítulo sobre la "historia general de la responsabilidad civil", en donde se lee: "la ley Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño: se precisa tan sólo que exista *damnum injuria datum*, o sea, daño causado sin que la ley autorice a cometerlo; por ejemplo, un homicidio cometido sin haber sido agredido. Fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros QUINTO MUCIO ESCEVOLA, los que, por influencia de las ideas griegas" dedujeron la concepción, que se hizo famosa, de la culpa aquiliana: *impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* (Gayo, 3.211); "La palabra injuria de convirtió en sinónimo de culpa" (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual; Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, Tomo 1°, volumen I, p. 43).

⁹⁸Afirmaba el artículo 121 de la ley del 17 de diciembre: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o (de) la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizable en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir de sus funcionarios por tal motivo".

⁹⁹García de Enterría, Eduardo. "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", Editorial Civitas S.A., Madrid, reimpresión de 1989.

Es así como, y ello es lo importante para nuestro país, se puede anotar que la noción de daño antijurídico proviene en el fondo de la noción española de lesión, que, como lo afirma el profesor García de Enterría, equivale a la de perjuicio antijurídico -"lesión sería el perjuicio antijurídico"-. Esta noción se diferencia de la de perjuicio a secas en tanto esta última es "puramente económica, material", mientras que la de lesión o perjuicio antijurídico "es ya un concepto jurídico". Daño antijurídico es por tanto equivalente a Perjuicio Antijurídico que a su vez es aplicación de la Teoría de la Lesión, como principio objetivo protector del patrimonio. Claro lo anterior, se debe anotar que la noción de "perjuicio antijurídico" la define el profesor como aquel "que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo".

Para averiguar qué tipo de perjuicios debe soportar el titular del patrimonio, el doctrinante español afirma que "la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto". Sin embargo, el autor debe hacer de la noción de lesión o perjuicio antijurídico una noción instrumental, puesto que en su esquema de responsabilidad exige que para que ella se presente se requiere de un daño o lesión patrimonial -en el sentido material y económico ya referido- y que "su producción sea imputable en algún sentido a la administración".

Es así como dentro de las causas de imputación, es decir, "aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone", encuentra el autor cuatro formas. La primera, "la realización material directa y a la vez legítima del daño" -funcionamiento normal de los servicios públicos; la segunda, "la más habitual" según sus palabras, que "es la de la comisión material directa, pero ya no lícita, como en el supuesto anterior, sino ilícita por relación a la norma que preside la realización del servicio" -funcionamiento anormal de los servicios públicos-; la tercera, "la del riesgo creado por la administración" que consiste "en atribuir jurídicamente la reparación de un daño fortuito, por la razón (causa de imputación) de que ese caso fortuito se ha producido por actualización de los riesgos creados en interés -no necesariamente económico- de su empresa por la persona a quien se declara responsable" y, la última, dada por "el enriquecimiento sin causa a favor de la administración", en la cual "la imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de estos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado: *damnum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado".

Así las cosas, podemos observar que para el profesor García de Enterría la noción de

lesión o perjuicio antijurídico es de naturaleza objetiva, puesto que no supone el estudio de una antijuridicidad subjetiva, sino simplemente observar si el patrimonio lesionado tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. Para saber si se debe o no soportar dicho daño, el intérprete debe buscar causas que justifiquen su producción -ley o causales exonerativas-. En caso de no encontrarlas el daño seguirá siendo antijurídico. Sin embargo, y es quizás el problema de la construcción teórica del tratadista español, el daño antijurídico en sí mismo no es fundamento de la reparación, puesto que por sí sólo no explica el deber de resarcir. Se debe recurrir obligatoriamente, como lo hemos visto, a la imputación que se presenta a través de cualquiera de las cuatro causas que ya hemos reseñado, confundiendo el fenómeno del fundamento con el de la imputación. A diferencia del derecho francés, el autor estudia la falla del servicio, la teoría del riesgo, el daño especial, etc., bajo el capítulo de imputación y no de fundamento. No se debe olvidar que mientras el fundamento responde a la pregunta de "porqué se debe responder", la imputación responde a la de "quién debe responder". Es así como la definición del profesor permite tan sólo afirmar que un patrimonio sufrió un daño no justificado por el ordenamiento jurídico, en la medida en que, como ya lo afirmaba la Ley Aquilia, "el daño sea causado sin que la ley autorice a cometerlo". Lo anterior significa entonces, para el profesor español, que la noción de funcionamiento normal o anormal del servicio público, de riesgo y de enriquecimiento sin justa causa, no pertenecen a la noción de daño antijurídico sino a la de imputación, perdiendo entonces riqueza la definición misma que da del daño antijurídico, porque en sí misma no alcanza a explicar porqué una persona tiene que reparar. El hecho de que el daño antijurídico adquiere relevancia tan sólo cuando se puede imputar al Estado a través de cualquiera de las cuatro causas de imputación existente, siendo la mas común, según sus palabras, la del "funcionamiento anormal del servicio público" -para nosotros "falla del servicio"-, no solo confunde respecto del fundamento, sino que hace entonces pensar que la naturaleza de la responsabilidad no es tan objetiva como se pretende, cuando se afirma que lo importante es la antijuridicidad objetiva. En efecto, si desde el ámbito del fundamento el profesor español defiende exclusivamente la "antijuridicidad objetiva", pero desde el de la imputación considera "el funcionamiento anormal del servicio público" como el de mayor ocurrencia, ¿qué relación genera entre los dos conceptos? ¿se requiere o no de la falla del servicio para efectos de declarar la responsabilidad? ¿la responsabilidad tiene solo una naturaleza objetiva? Estos interrogantes no son resueltos por el profesor español, quizás por la equivocación conceptual de estudiar el papel de la falla del servicio en el acápite de la imputación. No debe perderse de vista que quedando en claro la imputación, por ejemplo por un hecho omisivo en la protección de la vida, debe el juez obligatoriamente preguntarse si ese hecho podrá ser explicado como fundamento de la responsabilidad por expresar una falla del servicio o cualquier otro fundamento inmediato de la responsabilidad. La naturaleza puramente objetiva queda entonces cuestionada aun a partir de la concepción de quien con ahínco la defiende, además porque no se hace un estudio de si pueden o no existir casos en los cuales la ausencia de falla del servicio suponga que no se presenta un daño antijurídico.

La concepción anterior, planteada en el texto de la Ley de Expropiación Forzosa, fue ratificada por la Constitución Española de 1978, aunque con diferente redacción.¹⁰⁰ Las explicaciones que en efecto da el profesor García de Enterría sobre el texto constitucional, esta vez ya en su tratado, son reproducción básica de los comentarios que hiciera a la Ley de Expropiación Forzosa. Al respecto escribe:

"Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, mas simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)", aclarando que las causas justificativas de la lesión "han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado".¹⁰¹ Con base en lo anterior concluye afirmando que "el concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración), puesto que si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuridicidad, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto-deber de reparación, y si se imputase a una causa extraña o fuerza mayor, sobre faltar también la nota de antijuridicidad, no existiría un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento, que es la finalidad última de la institución".

De igual manera a como lo afirmaba en los comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa, se puede decir ahora que la noción de Lesión Indemnizable o Perjuicio Antijurídico es un extremo de la relación de responsabilidad, quedando el de la imputación del perjuicio, en el cual, como se ha anotado, de todas formas también se requiere de las teorías subjetivas que justifican la responsabilidad. Por lo anterior es oportuno afirmar con el profesor Leguina Villa que "aunque la antijuridicidad sea un elemento que caracteriza principalmente el daño en cuanto realidad objetiva que se exterioriza mediante su incidencia en la esfera jurídica del sujeto que lo padece, ... nos parece también correcto afirmar que, a fin de cuentas, dicha antijuridicidad objetiva se refleja directa o indirectamente, a través del ciclo de causación del hecho dañoso, en el comportamiento (o comportamientos) que lo ha provocado".¹⁰²

Estudiada pues la concepción de quien modernamente ha creado en derecho administrativo la noción de daño antijurídico, resta observar cómo la jurisprudencia colombiana ha ido decantando la noción.

¹⁰⁰ Dice el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978: "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

¹⁰¹ García de Enterría Eduardo y, Fernández Tomas-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo. II", ediciones Civitas, Madrid 1991, tercera edición, p. 367.

¹⁰² Leguina Villa, Jesús. "La responsabilidad civil de la administración pública", Editorial Tecnos, segunda edición, 1983, Madrid, p. 139.

II.C. Presentación analítica de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano desde 1991

Estudiar ahora dicha jurisprudencia, en sus pronunciamientos más importantes, es de interés para observar cómo ha sido asimilada la noción de daño antijurídico que, como ha quedado visto, era absolutamente extraña a nuestro ordenamiento.

Para tal efecto se adopta la metodología de sacar conclusiones preliminares permitidas por el estudio previo de la jurisprudencia, para que, en términos de hipótesis, se constaten o no por el estudio realizado. Varios puntos se analizarán: en primer término, la influencia del profesor español Eduardo García de Enterría, quien guió en una primera época al Consejo de Estado y con quien se desechó la falla del servicio público como fundamento único de la responsabilidad; en segundo término, se estudiará la actual vigencia de los regímenes de responsabilidad que existían con anterioridad a la Constitución de 1991; en tercer término, se estudiará el papel exacto que juega la noción de falla del servicio. El estudio de los tres aspectos redundará en beneficio del cabal entendimiento de la responsabilidad del Estado con posterioridad a 1991, año en el cual se introdujo en Colombia la noción de daño antijurídico que indudablemente influyó sobre la jurisprudencia.

II.C.1. La influencia del profesor Eduardo García de Enterría y el desecho de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad

La influencia del mencionado profesor es indudable, lo cual, naturalmente, producirá importantes consecuencias. Aún antes de la promulgación de la nueva Constitución, se encuentra una primera sentencia que empieza a abrir el sendero por el cual se transitará, en la cual se considera que "la situación fáctica que se recoge en la 'causa petendi' debe manejarse a la luz de la idea de 'lesión', como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, (y que) ha sido desarrollado en la doctrina española por Leguina y García de Enterría".¹⁰³ Si bien se advierte que "es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de 'daño antijurídico', [ello] lleva a indagar el alcance actual del mismo, [recurriendo a] la doctrina española que lo precisa en todo su universo".¹⁰⁴ Es así como se intenta definir el daño antijurídico, sobre el cual "la Sala ha dicho en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar",¹⁰⁵ o que equivale a aquel que se produce "cuando el sujeto que lo padece no tenía porqué soportarlo".¹⁰⁶

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de junio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6454, actor: Edgar Pérez Rodríguez, Tomo 134 de los copiadore del Consejo de Estado, p. 120.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de octubre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6515, actor: Fabio Ruiz Ospina y otros, Tomo 144 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 328.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163, actor: José Elías Rivera Arenas y otros.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de septiembre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 7060, actor: María Otilia Caycedo Parra y otros, Tomo 171 de los copiadore de la Sección Tercera

Bajo esta influencia doctrinaria se recuerda que "es característica contemporánea el que se prescindiera de los conceptos de licitud e ilicitud, culpa o dolo, y, en fin de cualquier elemento subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa; actualmente ésta tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en sus derechos, aun con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legalmente por el ente público".¹⁰⁷ En efecto, "dentro de este universo Constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. No hay duda de que a partir del texto Constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y la solidaridad de las personas que la integran".¹⁰⁸

Con estas sentencias se observa que la obra de la doctrina española, y principalmente de García de Enterría, influye en el manejo del concepto "daño antijurídico", lo cual permite a la Sección Tercera centrar el enfoque de la responsabilidad desde la perspectiva de la antijuridicidad objetiva, produciéndose un avance respecto de la forma como tradicionalmente se venía desarrollando la teoría de la responsabilidad. El juez colombiano, ya sin los temores que pudiera mostrar en otras épocas, se desliga de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad, y se adapta a un lenguaje que le permite transitar con mayor libertad en el fundamento de la misma.

II.C.2. Los regímenes de responsabilidad existentes con anterioridad a la Constitución de 1991 siguen existiendo

Corolario de la conclusión contenida en el acápite anterior, es que los diversos regímenes de responsabilidad que la jurisprudencia colombiana había elaborado en más de 130 años de existencia, siguen teniendo pleno valor bajo la Constitución de 1991.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6014, actor: Anibal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 248.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 64.

En efecto, si bien se le ha dado un golpe duro a la noción de falla del servicio, puesto que no necesariamente tiene que ser el único fundamento para que procediera la declaratoria de responsabilidad, se debe recordar que "la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación", puesto que "no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación".¹⁰⁹

Lo anterior conlleva a que la noción de daño antijurídico ha servido para que el juez administrativo se adapte a la nueva realidad, sin producir verdaderamente traumatismos en la jurisprudencia que había producido bajo el imperio de la Constitución de 1886, puesto que los regímenes que utilizaba antes de 1991 siguen vigentes y utilizados. De todas formas debe anotarse que el actual texto ha servido para que se pierda el tabú por la responsabilidad objetiva, sin que ello signifique que se califique de tal el actual ordenamiento colombiano.

Veámoslo.

En lo que toca a la falla del servicio, que es la "forma obvia de la antijuridicidad", ella se presenta "cuando la administración actúa en forma irregular y culposa",¹¹⁰ lo cual significa que "la demostración de una acción u omisión constitutiva de falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por el sistema de la falla del servicio probada", permitiendo afirmar que "pese a la tendencia objetivante que se aprecia en el artículo 90 de la C.N., (la responsabilidad) continua siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva".¹¹¹ En el importante fallo del 19 de agosto de 1994 sobre los trágicos hechos del Palacio de Justicia, la Sala reitera la posición de principio al afirmar que "el concepto anterior, el de la falla del servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contencioso administrativa para decidir las controversias sobre responsabilidad patrimonial pública, con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, que continua orientando en número mayoritario, las providencias respectivas. Precisamente y

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de marzo de 1993, Consejero Ponente: Dr. Betancur Jaramillo, expediente n° 7429, actor: Nancy Amparo Ramírez, Torno 185 de los copiadore de la Sección Tercera, fl 320 y siguientes.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio viuda de Celis, expediente n° 6941, Tomo 166 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 250.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163, actor: José Elías Rivera Arenas y otros.

para darle claridad a algunas anticipadas concepciones doctrinales, la Sala ha clarificado la vigencia de la jurisprudencia de la teoría de la falla del servicio, en simultaneidad con el concepto de daño antijurídico, sobre el cual se estructura el régimen Constitucional del artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial de los entes oficiales".¹¹² Así las cosas, no es de extrañar que sean numerosos los ejemplos sobre falla del servicio bajo la égida del actual artículo constitucional.

En lo que toca a la falla presunta del servicio, que aunque es más una forma de concebir la técnica de la carga de la prueba que un régimen de responsabilidad, ya que su sustento sigue siendo la falla del servicio, la situación es idéntica: el juez colombiano la sigue utilizando bajo la Constitución de 1991. En este aspecto es conocida la construcción jurisprudencial que aplica la presunción de falla del servicio para los servicios médicos. En fallo del 30 de julio de 1992, se afirma que "en el caso objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas, con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios".¹¹³ Esta lógica de la presunción, que naturalmente tiene por consecuencia aligerar la carga de la prueba para las víctimas de los perjuicios, también tiene y ha tenido su campo de aplicación predilecta en los perjuicios causados con armas de dotación oficial. La conocida sentencia del 31 de julio de 1989, ya citada, que fue revocada por la Sala Plena del Consejo de Estado en reñida votación, sigue vigente en su estructura, esto es, en la posibilidad de utilizar la presunción de falla del servicio, puesto que así lo determinó expresamente la Plenaria cuando afirmó que "la teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la Sección Tercera de la Corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o causa petendi de la demanda sea posible su aplicación, por darse (sic) los elementos y condiciones que de acuerdo con la ley le permita presumir su responsabilidad".¹¹⁴ Es así como se puede anotar que, sentencias como la del 6 de mayo de 1993, para citar un sólo ejemplo, dictada bajo la Constitución de 1991, siguen teniendo vigencia cuando afirman que "las pruebas anteriores son

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de agosto de 1994, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 9276, actor: Susana Becerra de Medellín y otros.

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 14 de febrero de 1995, consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Jorge Arturo Herrera Velázquez, expediente n° S-123.

suficientes para comprometer la responsabilidad de la administración, por cuanto se evidencian los elementos que estructuran esa responsabilidad bajo el régimen de la falla presunta del servicio, a saber, un hecho dañoso consistente en los disparos realizados por el agente mencionado con un fusil galil asignado a la Policía Nacional; el daño, en este caso la muerte y la relación de causalidad, lo que quiere decir que este último se produjo como consecuencia necesaria del hecho atribuible a la administración".¹¹⁵

Si, como se ha visto, la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano sigue utilizando la falla del servicio y ha logrado armonizarla perfectamente con el mandato del artículo 90 de la Constitución, es apenas natural que los denominados regímenes objetivos de responsabilidad también se apliquen bajo la noción del daño antijurídico.

En un interesante fallo de la Sección Tercera, en el cual se condenó al Estado a reparar los perjuicios ocasionados a un transeúnte por el atentado que terroristas produjeron con una bomba contra el Brigadier General Maza Márquez en momentos en los que se desplazaba en su vehículo,¹¹⁶ se afirmó que "frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que en el caso en comento sí es posible aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial", y "por ello patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee (que) de lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo "(subrayas de la Sala). Es por lo anterior que la sentencia deja en claro que "el atentado contra el Brigadier General Maza Márquez fue un acto terrorista que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó", siendo "el fenómeno violento (dirigido) contra la organización estatal, con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionan esa forma de lucha". En este interesante fallo, que se comparte, se produce una mezcla del régimen objetivo sustentado en la teoría del riesgo y de aquel sustentado en el daño especial, lo cual hace predicar que ambas teorías siguen teniendo vigencia bajo la actual Constitución.

Esta sentencia es clara también en lo que a aplicación del daño especial se refiere, pues expresamente afirma que "como se puede apreciar, el principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad", lo cual permite afirmar que "si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el objeto directo

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, actor: Esperanza Loaiza y otros, expediente n° 7931, Tomo 191 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 228.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Justo Vicente Cuervo Londono, expediente n° 8577

de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etcétera, se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen porqué soportar sólo el daño causado... En el caso sub-examine el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de estas, no tiene porqué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no libera del deber jurídico de indemnizar daños que cause con tal motivo".

En lo que toca a la teoría del daño especial se puede observar la sentencia del 24 de febrero de 1995, en la cual se expresa: "lo precedente releva de otras consideraciones, dada la claridad del asunto, ya que el proceso pone de presente un evidente rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Así, se demostró que el conductor del vehículo particular, señor José del Carmen Núñez, fue obligado a prestar un servicio a la autoridad (transporte de tropa por zona de alta confrontación guerrillera), con tan mala suerte que los militares fueron emboscados por los delincuentes organizados, quedando de ese enfrentamiento varios muertos, entre éstos el citado conductor. Se le impuso a la víctima una carga excepcional que no tenía porqué soportar; y dado el resultado de esa exigencia que la Nación le impuso deberá indemnizar a los damnificados".¹¹⁷ También se puede citar el fallo en el cual se condenó a la Nación por la consecuencia de la confiscación legal de bienes efectuado por agentes de policía en lucha contra el narcotráfico, y en el cual afirma el Consejo de Estado: "la problemática que se plantea en el sublite asegura la aplicación del régimen de responsabilidad por daño especial, pues el demandante, a pesar de su inocencia, debió soportar las consecuencias que brotan de la improductividad de sus bienes, por la sola razón del actuar administrativo del Estado con miras a combatir el narcotráfico. Así las cosas, el desenlace es bien perceptible: se ha roto la igualdad frente a las cargas públicas, trayendo consigo un daño antijurídico al demandante, pues un grupo de persona o una sola de éstas, no tiene porqué soportar individualmente los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional. Por más que el actuar de la administración en estos casos sea lícito, tal circunstancia no la libera *per-se* del deber jurídico de indemnizar los daños que cause al administrado".¹¹⁸ En un interesante y reciente caso en el cual se condena por primera vez al Estado por su actividad legislativa, por los perjuicios sufridos por los familiares de una persona que fallece atropellada por un vehículo conducido por un diplomático con fuero de conformidad con la Conversión de Varsovia, lo que les impidió obtener indemnización en Colombia, por los daños causados, se afirmó: "En el sub iudice, estima la Sala que es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de febrero de 1995, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 9405, actor: Flor Marlén Mora vda. de Núñez y otros, Tomo 272 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 81.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de junio de 1995, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Tomo 282 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 42.

aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961... y su aplicación produjeron un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar".¹¹⁹

En lo que toca a la teoría del riesgo, para citar un ejemplo, se observa la condena a un municipio a indemnizar el perjuicio por la caída de un cable desconociéndose su causa, ya que, "hecho el análisis de rigor, se concluye que la tragedia no fue generada por la culpa de la administración ni de la víctima. Pero el daño ocurrió y tuvo, a no dudarlo, su causa eficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción empleados para la prestación del servicio público de energía eléctrica y en tal virtud la administración está obligada a reparar el daño patrimonial causado a la demandante. La lesión padecida por la víctima no debe soportarla ésta ni sus causahabientes; antes bien, con fundamento en lo prescrito por el artículo 90 de la Carta Política, se impone su resarcimiento".¹²⁰ De similar tenor es la sentencia del 31 de octubre de 1991 en la cual se indemniza a un conductor de un automotor por la caída de una piedra en momentos en los cuales transitaba por la carretera Panamericana, y en la cual se concluye que "fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuridicidad objetiva, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito".¹²¹ De manera más reciente y clara, ha dicho la jurisprudencia que "los daños provenientes de las redes eléctricas así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad del Estado es objetiva y el Estado sólo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (causa extraña)".¹²²

Otra interesante forma de la teoría del riesgo se observa en las recientes pero ya reiteradas aplicaciones que la Sección Tercera ha hecho, cuando indemniza los perjuicios ocasionados a personas privadas de la libertad. Luego de citarse el fallo del 2 de junio de 1994 en el expediente 8784, la sentencia del 10 de marzo de 1995 afirma "que con respecto al personal de internos de los establecimientos carcelarios o penitenciarios, éstos asumen frente a aquellos una obligación de brindarles seguridad, obligación que es de resultado y no simplemente de medios y que se traduce en el compromiso oficial de regresar a la sociedad al recluso que es puesto en libertad, en el

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, 25 de agosto de 1998, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo, expediente IU-001.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de octubre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 7141, actor: Pedro Antonio Aragón Aparicio y otra, Tomo 174 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 214.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de octubre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6515, actor: Fabio Ruiz Ospina y otros, Tomo 144 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 328.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de septiembre de 1998, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente n° 10.820.

mismo estado de salud en que fue recibido para su internamiento, salvo, desde luego, las enfermedades y problemas de salud inherentes ordinariamente a la misma naturaleza de la persona. En caso contrario -continúa la sentencia-, se ocasiona un daño antijurídico susceptible de indemnizar conforme al artículo 90 de la Carta Política".¹²³ Hay aquí pues aplicación de la teoría del riesgo, en la medida en que con la detención el Estado asume los riesgos que puedan acaecer al privarlo de su libertad, sin que sea dable exonerarse probando la ausencia de falla del servicio porque se está en presencia de una obligación de resultado.

II.C.3. El fundamento de la responsabilidad en el "daño antijurídico" genera que el sistema de responsabilidad tenga una naturaleza mixta

Si en el análisis anterior se concluyó que los regímenes de responsabilidad existentes con anterioridad a la aparición constitucional de la noción de daño antijurídico siguen siendo utilizados, se debe estudiar ahora cuál es el papel que la jurisprudencia le sigue otorgando al concepto de falla del servicio. Hasta ahora se puede afirmar que el concepto sigue existiendo, y que cada vez que el juez encuentra los elementos que definen su aplicación, recurre a dicho régimen para justificar el deber resarcitorio del Estado.

Sin embargo, no se estudiaría en un todo el concepto de daño antijurídico si no se realiza la siguiente pregunta: ¿cuándo el juez no encuentra los elementos de la falla del servicio, desecha la responsabilidad del Estado? ¿puede la carencia de falla del servicio conllevar la indefectible ausencia de responsabilidad del Estado?

La respuesta que se dé al interrogante es fundamental. En primer término, porque permitirá descubrir si el artículo 90 de la Constitución Política estatuyó un régimen general de responsabilidad objetiva del Estado. En segundo lugar, porque permitirá determinar cuál es exactamente el lugar y la forma como se mueve dentro del engranaje el concepto de falla del servicio. De la respuesta al presente interrogante se podrá concluir si el profesor español García de Enterría tiene razón cuando, como se vio, afirma que "para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)", o si, por el contrario, la posición correcta es la del profesor español Garrido Falla, cuando afirma que se debe tener en cuenta "que el funcionamiento del servicio sea normal o anormal, lo cuál ... resulta ser un criterio más correcto que el de determinar si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportar el daño",¹²⁴ porque en algunos casos "el funcionamiento anormal del servicio se convierte en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad". En este sentido pues la noción

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de marzo de 1995, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 9990, actor: Héctor López Echevarría.

¹²⁴ Garrido-Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", volumen II, Editorial Tecnos S.A., novena edición, 1991, p. 246.

misma de daño antijurídico o lesión resarcible es cuestionada por el profesor Garrido Falla, quien considera que la naturaleza tan objetiva que se pretende del ordenamiento español, y que ha llevado al profesor García de Enterría a catalogarlo como el de "vanguardia del Derecho Comparado", es cuestionable: "lo cierto es que el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico engloba diversos supuestos de responsabilidad, o, dicho de otra forma, a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial *no es indiferente* que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal". Bajo la perspectiva del profesor Garrido Falla se ubican otros doctrinantes españoles tan importantes como Fernando Pantaleón Prieto, quien ha también tenido oportunidad de criticar el fundamento único dado en la responsabilidad objetiva.¹²⁵ En el derecho argentino, igualmente, según el tratadista José Roberto Dromi "no existen normas jurídicas específicas que determinen cuáles son las condiciones legales para que se opere esa responsabilidad. En algunos casos se exige que la conducta dañosa sea culpable (responsabilidad subjetiva), y en otros se prescinde de ese dato subjetivo (responsabilidad objetiva)".¹²⁶ En sentido similar se expresa el profesor Juan Carlos Cassagne, quien si bien considera que "la obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad", estima que "según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado va a diferir el alcance y la medida de la reparación".¹²⁷ Recientemente el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo coincide con esta óptica al señalar que, "daño antijurídico es aquel que el Estado no tiene derecho a causar. Ese derecho a dañar, en algunas hipótesis, deja de existir si el Estado actúa con falla o culpa. En otras hipótesis ese derecho de dañar nunca existe".¹²⁸

La jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano parecería darle razón a la última corriente conceptual que tanto se ha citado, lo cual permite observar que la asimilación de la teoría del profesor García de Enterría no fue totalmente avalada por su jurisprudencia. En efecto, si se encuentran hipótesis en las cuales a pesar de existir daño -en el sentido material de merma económica- no se declara la responsabilidad del Estado pese a que se le pueda imputar un hecho causante del mismo, la conclusión sería que la falla del servicio, como lo afirma el profesor Garrido Falla, "se convierte en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad". Supongamos el caso de responsabilidad en la omisión general de protección de la vida de los asociados: si el propietario de un inmueble es amenazado por la guerrilla y al cabo de varios días de la amenaza es secuestrado por la misma, ¿surge la responsabilidad del Estado? El daño es cierto - consecuencias económicas del secuestro -, y la imputación al Estado también - omisión en la protección de la libertad de locomoción. Sin embargo, la solución del caso dependerá de si ese hecho omisivo logra o no constituirse en una falla del servicio, caso único en el cual procederá la declaratoria de

¹²⁵ Prieto, Fernando Pantaleón. Responsabilidad del personal sanitario, Madrid, 1995, p. 180 y ss.

¹²⁶ Dromi, José Roberto. "Derecho Administrativo. Tomo 2", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 253.

¹²⁷ Cassagne, Juan Carlos. "Derecho Administrativo. Tomo I, tercera edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 223.

¹²⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. "La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico", Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 45.

responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ya ha marcado la pauta cuando ha hablado sobre la naturaleza de la responsabilidad: "... Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño. Se dice en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultara comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio".¹²⁹ De esta cita jurisprudencial, que en mi conocimiento no ha sido profundizada en otras sentencias, se observa que el Consejo de Estado ha considerado que en ocasiones la falla del servicio se torna en indispensable para que se configure el daño antijurídico, sobre todo en los casos en los que están en juego obligaciones de medio y no de resultado.

Es por la anterior concepción por lo que se pueden entender sentencias en las cuales se rechaza la declaratoria de responsabilidad porque no se dio la falla del servicio, a pesar de que se haya dado el perjuicio y la imputación al Estado. Es por ejemplo el caso de la sentencia del 11 de mayo de 1995, en donde no se declaró la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados con el atentado terrorista contra el avión de Avianca en el que murieron todos sus ocupantes, y en el cual se lee: "a la luz de los anteriores medios probatorios, que son los únicos que obran dentro del expediente, resulta imposible, como ya se anticipó, concluir que hubo falla del servicio. El apoderado de los demandantes, en el escrito en que sustenta el recurso, pone mucho énfasis en la circunstancia de que la policía portuaria no cumplió con lo dispuesto en los artículos primero y segundo del Decreto 263 de 1988, que le asigna la función de vigilancia y control de las instalaciones aeronáuticas, y de las personas ... Quien así razona olvida que la Corporación ha predicado, en forma reiterada, que la falla del servicio tiene un universo relativo, pues al Estado no se le puede exigir que, dada la gravedad de la situación de orden público, que desde hace muchos años vive el país, se coloque al pie de cada edificio o casa particular, al lado de todos los vehículos utilizados para el transporte aéreo, terrestre o marítimo, al lado de cada ciudadano, agentes del orden para que protejan, con obligación de resultado, sus vidas o bienes".¹³⁰ Se puede también citar el fallo del 8 de junio de 1995 en el cual no se declara la responsabilidad del Estado, con base en el siguiente argumento: "Las irregularidades narradas por los parientes de la demandante, en el sentido de que la paciente no

¹²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio vda. de Celis, expediente n° 6941, Tomo 166 de los Copiadores de la Sección Tercera, p. 250.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de mayo de 1995, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 10176, actor: Yomaira del Socorro Cadavid López y otros, Tomo 278 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 144.

fue atendida por el obstetra por las circunstancias anotadas (paro médico) pero sí por parte de un médico general, no llegan a constituir una falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración".¹³¹ Igual ocurre por atentados terroristas al servicio de transporte, caso en el cual la jurisprudencia afirma que "tampoco podrá condenarse al Estado por falla del servicio porque no se demostró que el día de los hechos se hubiera presentado en el área una situación de perturbación del orden público que demandara una especial vigilancia del Estado; tampoco se acreditó que el actor hubiera requerido de las autoridades una mayor protección con anterioridad a la ocurrencia del hecho ni que las autoridades hubieran desatendido su deber de prever y controlar el hecho ...".¹³²

Bajo el estudio de estas consideraciones, se puede afirmar entonces, que en algunas ocasiones la ausencia de falla del servicio produce indefectiblemente la no declaratoria de responsabilidad. El punto es de extrema importancia pues dependiendo de si se acepta o no el postulado, los alcances de las hipótesis de declaratoria de responsabilidad del Estado variarán, ya que, si se acepta que en algunos casos la responsabilidad no sea declarada porque no existió la falla del servicio, el postulado mismo de la construcción teórica del profesor español García de Enterría estaría cuestionado, abriendo paso a la posición de la corriente que lo critica. En efecto, si la antijuridicidad objetiva es la que ha de tenerse en cuenta según el profesor García de Enterría, en desmedro de la subjetiva que no tiene ninguna incidencia en la calificación o no de antijurídico de un daño, no tendría explicación negar la responsabilidad en los casos reseñados, en los cuales el único argumento para dicha negativa consiste en la ausencia de falla del servicio.

Pero a la luz de la jurisprudencia citada, que comparto, se puede concluir que dentro del concepto de daño antijurídico no sólo está inmersa la falla del servicio, sino que en ocasiones su ausencia supondrá la ausencia del mencionado concepto.

II.C.4. A manera de conclusión de la segunda parte: la definición personal del daño antijurídico

En aras de aportar elementos de discusión sobre el tema objeto de estas reflexiones, me permito anotar que entiendo por daño antijurídico aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio iura novit curia, sin que se viole el derecho de defensa.¹³³

¹³¹Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 1995, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, expediente n° 8228, actor: Aurora Cruz Rubio, Tomo 280 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 184.

¹³²Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de febrero de 1999, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente n° 10.731. Es claro en los anteriores casos que existía daño - consecuencias económicas de la no atención "óptima", de la muerte de pasajeros, de la destrucción de bus, de atentados terrorista-, pero que por no alcanzar a configurar una falla del servicio, no permitieron que prosperaran las súplicas de la demanda.

¹³³La definición fue acogida en una sentencia de la Corte Constitucional en donde se expresó: "Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado" (sentencia del 1° de agosto de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la sentencia C-333/96, cuyo actor fue Emilse Margarita Palencia Cruz).

La presente postura se explica en las páginas anteriores, pero con la intención de presentar una síntesis se puede anotar:

1° El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla del servicio como por daño especial, riesgo, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.

2° El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva. En determinados eventos el daño antijurídico sólo se expresa en efecto por la vía de la falla del servicio, que en caso de no estar presente, genera la no declaratoria de responsabilidad. Pero para que esta situación se concrete supone que no se pueden aplicar los otros regímenes de responsabilidad, porque no se encuentren en el caso concreto los elementos que permitan su aplicación. Ello conlleva a que el juez debería en todos los procesos sometidos a su decisión, explicar por qué no se presenta la falla del servicio, la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, para allí sí concluir que no se está en presencia de un daño antijurídico. Solo con la explicación de que no existió el género se puede aplicar el artículo 90 de la Constitución.

3° El juez debe aplicar el principio *iura novit curia* como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello supone que se ha superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad.

4° En la aplicación del principio *iura novit curia* el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla. Es decir, el juez no puede pasar de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo, aunque sí a la inversa, pasar de uno subjetivo a uno objetivo. Este postulado es lógico en la medida en que el régimen de responsabilidad por falla del servicio lleva ínsitos los elementos de los regímenes objetivos, puesto que aquella siempre requiere de mayores elementos que éstos.

5° La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al "Estado" sin que excluya alguna de las ramas que lo componen. Permite pues no sólo la responsabilidad del Estado-Administrador, sino la del Estado-Legislator y del Estado-Juez. La tendencia de la jurisprudencia, por ejemplo en el conocido caso de Carmen Aminta Escobar con ponencia del Consejero Daniel Suárez, así lo demuestra.

Muy seguramente en un futuro próximo, por no decir inmediato, se producirán sentencias en este sentido, como lo prueba la sentencia referida del 25 de agosto de 1998, en donde la Plenaria del Consejo de Estado condenó a la Nación Colombiana a indemnizar por la actividad legislativa que incorporó al país el tratado internacional de la Convención de Varsovia, rompiendo con ello el principio de igualdad de los ciudadanos que no pueden acceder a la justicia colombiana para ser indemnizados por los daños causados por diplomáticos.

II.C.4. A manera de conclusión de la segunda parte: la definición personal del daño antijurídico

En aras de aportar elementos de discusión sobre el tema objeto de estas reflexiones, me permito anotar que entiendo por daño antijurídico aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*, sin que se viole el derecho de defensa.¹³⁴

La presente postura se explica en las páginas anteriores, pero con la intención de presentar una síntesis se puede anotar:

1° El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla del servicio como por daño especial, riesgo, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.

2° El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva. En determinados eventos el daño antijurídico sólo se expresa en efecto por la vía de la falla del servicio, que en caso de no estar presente, genera la no declaratoria de responsabilidad. Pero para que esta situación se concrete supone que no se pueden aplicar los otros regímenes de responsabilidad, porque no se encuentren en el caso concreto los elementos que permitan su aplicación. Ello conlleva a que el juez debería en todos los procesos sometidos a su decisión, explicar por qué no se presenta la falla del servicio, la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, para allí sí concluir que no se está en presencia de un daño antijurídico. Solo con la explicación de que no existió el género se puede aplicar el artículo 90 de la Constitución.

3° El juez debe aplicar el principio *iura novit curia* como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello supone que se ha

¹³⁴ La definición fue acogida en una sentencia de la Corte Constitucional en donde se expresó: "Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado" (sentencia del 1° de agosto de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la sentencia C-333/96, cuyo actor fue Emilse Margarita Palencia Cruz).

superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad.

4° En la aplicación del principio *iura novit curia* el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla. Es decir, el juez no puede pasar de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo, aunque sí a la inversa, pasar de uno subjetivo a uno objetivo. Este postulado es lógico en la medida en que el régimen de responsabilidad por falla del servicio lleva ínsitos los elementos de los regímenes objetivos, puesto que aquella siempre requiere de mayores elementos que éstos.

5° La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al "Estado" sin que excluya alguna de las ramas que lo componen. Permite pues no sólo la responsabilidad del Estado-Administrador, sino la del Estado-Legislador y del Estado-Juez. La tendencia de la jurisprudencia, por ejemplo en el conocido caso de Carmen Aminta Escobar con ponencia del Consejero Daniel Suarez, así lo demuestra. Muy seguramente en un futuro próximo, por no decir inmediato, se producirán sentencias en este sentido, como lo prueba la sentencia referida del 25 de agosto de 1998, en donde la Plenaria del Consejo de Estado condenó a la Nación Colombiana a indemnizar por la actividad legislativa que incorporó al país el tratado internacional de la Convención de Varsovia, rompiendo con ello el principio de igualdad de los ciudadanos que no pueden acceder a la justicia colombiana para ser indemnizados por los daños causados por diplomáticos.

APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD *

*Dr. Gustavo de Greiff R.***

De la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Prestación de Servicios Médicos y de la Carga de la Prueba

En Colombia, con ocasión del fallo que se profirió en el mes de octubre de 1989 contra el Instituto de los Seguros Sociales, del cual quien esto escribe fue ponente, tuve ocasión de examinar lo concerniente a la responsabilidad del Estado por los daños ocurridos a una ciudadana al practicársele una intervención quirúrgica, es decir la llamada responsabilidad por la prestación de servicios médicos.

El caso, llegado en apelación a la Sección Tercera del Consejo de Estado, puede sintetizarse así

* Este ensayo, aumentado y corregido, corresponde a la intervención del autor en el Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, celebrado en la Ciudad de México, en el mes de octubre de 1999, bajo la coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El autor ha sido en su país, Colombia, Consejero de Estado, Rector de la Universidad del Rosario, Fiscal General de la Nación y Embajador de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

** Exconsejero de Estado de Colombia

Una ciudadana, de nombre María Helena Ayala de Pulido pidió, en proceso incoado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que se condenara al Instituto de Seguros Sociales a pagarle el valor de los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron cuando habiendo concurrido a dicha institución estatal para que se le practicara una ligadura de trompas ocurrió que al día siguiente de la intervención quirúrgica, en el curso de la cual se le administró anestesia raquídea, comenzó a sufrir de un intenso dolor en los miembros inferiores con adormecimiento desde la región inguinal hacia abajo. Esta situación persistió durante varios meses hasta cuando finalmente se le diagnosticó una "Aracnoiditis a nivel lumbar", habiendo quedado con una parálisis definitiva que la postró de manera permanente a una silla de ruedas con las consecuencias morales y económicas consiguientes. Alegó, pues, que se había presentado una falla del servicio de la cual responsabilizó a la institución mencionada.

Las tesis que resultan de lo expuesto en la parte motiva de la sentencia en cuestión, que ahora reafirmo, pueden resumirse así:

1º. La fuente de la obligación indemnizatoria, en general, es el daño;

2º. Que la culpa constituya uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad no significa o implica que su prueba corresponda a quien sufra el daño;

3º. Es artificiosa, carece de respaldo en la ley y es, además, inútil, la teoría que la doctrina y la jurisprudencia han creado llamada de la presunción de culpa por daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas;

4º. La responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio requiere de la presencia del elemento culpa, pero el perjudicado, para triunfar en sus pretensiones indemnizatorias, no está obligado a establecerlo o demostrarlo.

5º. La responsabilidad extracontractual del Estado por daños ocasionados con ocasión de la prestación de servicios médicos no constituye un caso especial y se enmarca dentro de los principios generales de la falla del servicio.

1º. Ha sido principio universal que cuando en un juicio se pretende que se declare que sobre el demandado pesa una obligación a favor del actor, éste debe demostrar la existencia de tal obligación. Así lo estipula en el derecho positivo colombiano el art. 1757 del Código Civil y el art. 177 del Código de Procedimiento Civil.¹ Ahora bien, como de acuerdo con el art. 1494 del Código Civil, las obligaciones nacen o del concurso de la voluntad de dos o más personas (contratos o convenciones), o de un hecho voluntario de la persona que se obliga (aceptación de herencia o legado y

¹ El art. 177 se aplica también a los procedimientos contencioso administrativos según lo dispuesto por el art. 168 del Código sobre la materia.

cuasicontratos), o de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (responsabilidad contractual o cuasicontractual) o por disposición de la ley, en un proceso por responsabilidad, lo que debe probar el acreedor es el hecho que da lugar a la obligación indemnizatoria, es decir, el daño o la injuria.²

En el moderno derecho procesal cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quién debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quien no lo hace sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo a quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un hecho determinado. Por esto, la gran mayoría de los actuales códigos de procedimiento civil le dan al juez amplias facultades para decretar las pruebas que considere indispensables para formar su convencimiento con respecto del contenido de la litis.³

2º. En el derecho privado la responsabilidad por el daño causado a una persona se ha dividido o clasificado en contractual y extracontractual, según que se esté en presencia de una violación de obligaciones convenidas o acordadas por las partes o resulte de la violación del principio general de no causar daño a la persona o propiedad de otro (*ei neminen laedere*).

Para determinar la extensión o campo de las obligaciones asumidas contractualmente, se ha hablado de obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Se dice que son obligaciones de resultado aquellas que tienen por objeto un hecho "claro preciso y de contornos definidos", o en otras palabras, "cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor, ésta se llama de resultado"; en cambio, la obligación es de medio⁴ cuando su objeto es un hecho "de lineamientos esfumados" y se estará en este caso, "cuando el deudor no se compromete a realizar u obtener un determinado resultado, sino sólo a poner los medios que de ordinario conducen a ello".⁵ Ejemplos de la primera clase serían todas las obligaciones de dar, algunas de las de hacer (promesa de contrato, las de depositario, las del mutuario, etcétera) y las segundas las de médico y el abogado.

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado ha servido en la doctrina y en la jurisprudencia, para determinar en el campo de la responsabilidad contractual la carga probatoria del deudor (obsérvese que del deudor, no del acreedor) y para este efecto se ha dicho: quien debe una prestación nacida de una convención no puede justificar su incumplimiento sino con prueba de que ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito o por culpa de la víctima; sin embargo, cuando la obligación es de medio, entonces podrá justificarlo demostrando diligencia y cuidado, es decir, que no obstante

² En el derecho mexicano la cosa es aún más clara pues el art. 1910 de su Código Civil señala quién debe indemnizar el daño y quién debe probar la causa que exculpa la responsabilidad, y el art. 2104 y sus concordantes indican quiénes son responsables del incumplimiento de una obligación y cuáles las causas que exculpan esa responsabilidad.

³ Art. 79 del Código Federal de los Procedimientos Civiles en México, y art. 179 del C. de P.C. Colombiano.

⁴ Henri Mazeaud en su obra "Ensayo de clasificación de las obligaciones", impropriamente la llamó de prudencia y diligencia, como si en las de resultado no se requiriera la misma conducta.

⁵ R. Uribe Holguín, De las Obligaciones y del Contrato en General, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, págs. 15 y ss. y 172 y ss.

haber sido cuidadoso y diligente, el resultado que de él se esperaba no se logró; sin embargo, esto no es así como más adelante se explicará.

En cuanto a la carga probatoria del acreedor, a éste le bastará demostrar la existencia de la obligación (es decir, demostrar su fuente, o sea el contrato), pudiendo entonces pedir su cumplimiento o su resolución, con indemnización de perjuicios, moratorios en el primer caso o compensatorios y moratorios en el segundo, los que deberá demostrar. Los daños deben ser consecuencia o efecto del incumplimiento de la obligación reclamada.

En Colombia y en Chile, la mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia sostienen que basta la prueba de la obligación - el contrato -, sin que al mismo tiempo sea indispensable, al acreedor, demostrar el incumplimiento, el que bastará que lo afirme; para ello se fundan en lo prescrito por el art. 1757 del C.C. en concordancia con el inc. 3º del art. 1604 ib. del C.C. colombiano (artículos que corresponden a los 1547 y 1698 del Código Civil Chileno). El deudor, de acuerdo con dichas normas es quien tiene que demostrar o su diligencia o cuidado o que no se alcanzó el resultado concreto esperado de él, debido a fuerza mayor o caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima.⁶

En otros países, como por ejemplo en España, los tratadistas sobre la materia (responsabilidad contractual), sostienen la necesidad de demostrar no sólo la obligación sino el incumplimiento del deudor. Esto se debe a que en los Códigos de los países a los que pertenecen tales tratadistas no se encuentran disposiciones como las citadas en los códigos colombiano y chileno.⁷ Pero ni aún en esos países se exige al acreedor de la indemnización por incumplimiento de contrato que deba demostrar que ese incumplimiento y el daño consiguiente se deban a culpa del deudor, es decir de quien incumplió.

En el campo de la responsabilidad extracontractual, por un mal entendimiento de las cosas, la posición tradicional, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el acreedor a una indemnización por daño que se le hubiera inferido, demuestra su derecho o, lo que es lo mismo, la obligación del deudor, probando el hecho ilícito de éste, su culpa, el daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Sostengo que la idea de que el acreedor debe demostrar la culpa del autor del perjuicio nació o surgió de un erróneo entendimiento de la norma general que establece la responsabilidad por los daños o perjuicios causados.

⁶ Art. 1757: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Art. 1604, inc. 3º. "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito al que lo alega." En el derecho mexicano al art. 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene la norma general según la cual "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones". Además, como la afirmación de haberse incumplido un contrato es de un hecho negativo, la carga de la prueba incumbe del hecho positivo contrario (es decir, que se cumplió) incumbe al demandado, como lo ha expuesto la Suprema Corte de Justicia de México. Véase Teoría de las Obligaciones, J. Martínez Alfaro, Ed. Porrúa, México 1998, p. 263

⁷ Así puede verse no sólo de la lectura del Código Civil español sino, por ejemplo, de la obra La Responsabilidad Contractual, de que es autor Francisco Jordano Fraga, Ed. Civitas, 1987.

En efecto, el art. 2341 del C.C. colombiano, establece que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. A su vez, el art. 1910 del C.C. mexicano, dispone que “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”.

A la luz de estas disposiciones, se ha sostenido que la responsabilidad extracontractual tiene como elementos axiológicos un acto ilícito, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste, y que al actor o demandante de una indemnización le corresponde demostrar tales elementos para que pueda condenarse al demandado como autor del daño y como obligado a su reparación.

Sin embargo, si tales disposiciones no se leen aisladamente sino dentro del contexto de las que regulan las “obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, que es el título de la parte correspondiente del código mexicano o de las que regulan la “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, se podrá apreciar que ellas lo que hacen es señalar cuándo se incurre en una responsabilidad extracontractual por reunirse los elementos constitutivos de ésta, pero no que ellos tengan que ser demostrados por el actor.

En el derecho mexicano la conclusión es evidente pues claramente establece que el que obra ilícitamente y causa un daño debe repararlo y que no estará obligado a hacerlo si demuestra que se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, de donde es claro que es al deudor demandado a quien corresponde la prueba de la ausencia de culpa y no al actor a quien debe atribuirse la carga de demostrar la culpa. Pero también esto es claro en el derecho colombiano pues la disposición general contenida en el art. 2341 sólo está diciendo cuándo el que causa el daño debe repararlo, puesto que establece, según lo transcrito, que es cuando ha cometido un delito o culpa que ha causado un daño. Esta disposición tiene que armonizarse con la que dispone que el daño es la fuente de la obligación de reparar en caso de delito o culpa, por lo que es el daño el que debe ser probado por el acreedor, demandante de la indemnización correspondiente.

A mayor abundamiento, debe anotarse que lo que debe probarse en un litigio son los hechos materiales, es decir los acontecimientos que se producen en el mundo físico, de los cuales el juez inferirá si las decisiones de quienes los provocaron fueron voluntarias o no, decididas y realizadas de manera cuidadosa o negligente, y aplicará las consecuencias que a ellos atribuya la ley.⁸ La culpa no es un hecho sino la falta de diligencia y cuidado que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor o, mejor, consiste, como la define el Código de

⁸ El art. 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, con toda claridad expresa que “Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho.”

Procedimiento Penal, en no haber previsto las consecuencias dañinas de un acto habiéndolo podido prevenirlo o en haber confiado imprudentemente en poderlas evitar habiéndolas previsto. La culpa es pues "la voluntad intencional o no intencional con que libremente se ejecuta un hecho ilícito o se incumple una obligación",⁹ de donde, como el hombre goza de libre albedrío para decidir entre pagar o cumplir una obligación y no hacerlo, y entre ejecutar un hecho dañino o no ejecutarlo, si escoge el incumplimiento de la obligación o la ejecución del hecho dañino, siempre habrá culpa en la elección que así haga y por excepción habrá dolo, cuando el propósito manifestado en la acción sea inferir injuria o daño a la persona o propiedad de otro y esa culpa, que constituye algo subjetivo, se manifiesta con la comisión del hecho o con el incumplimiento de la obligación; es algo subjetivo que se exterioriza con la ejecución de actos materiales que traslucirán ese estado de la conciencia y la voluntad. La culpa es una calificación que se da a unos hechos, que en abstracto pueden haber sido ocasionados o por dolo o por culpa o por fuerza mayor o caso fortuito.¹⁰ En síntesis, lo que se prueba son los hechos que el actor en un juicio alegue que fueron causados por la culpa de quien dio lugar a ellos.

No es entonces, posible la prueba de la culpa misma sino que ella surgirá de los hechos. En otras palabras, probada la autoría de un daño y los perjuicios causados por éste, el juez deberá deducir o inferir que su autor (el demandado) procedió culposamente o no, y, en el primer caso, a él (al autor), para salvar su responsabilidad y no ser condenado al pago de los perjuicios, le corresponderá la demostración de que actuó con la diligencia y cuidado debidos o que ellos se produjeron por una fuerza mayor o un caso fortuito al cual no le fue posible resistir.¹¹

La ilicitud del acto, elemento también axiológico de la responsabilidad, tampoco debe probarla quien alega tener derecho a una indemnización, pues ella resulta o de la obligación o deber general de no causar daño a la persona o propiedad de alguien (el *nemine laedere*) o de obligación o deber concreto establecido por el legislador o por convención entre las partes.¹²

Existen algunos casos de obligación o deber indemnizatorio en los que se sostiene que no se requiere la nota o elemento de ilicitud o antijuridicidad del hecho y de su consecuencial daño y al efecto se mencionan las normas que permiten, por ejemplo, cavar en suelo ajeno para sacar dinero o alhajas propias (art. 702 C.C.¹³) o el del dueño de un

⁹ Ricardo Uribe Holguín, *De las Obligaciones y del Contrato en General*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, págs. 101 y ss.

¹⁰ La culpa de la víctima, en caso de ser causa del daño, es para el deudor un caso fortuito si no pudo prevenirla y le fue imposible evitarla

¹¹ Este es el fundamento filosófico de la norma contenida en el art. 1604 inc. 3º. del C.C. colombiano, relativo a la responsabilidad contractual pero aplicable igualmente a la extracontractual por existir una misma razón de hecho, como lo sostiene con propiedad el tratadista y profesor universitario Dr. Ricardo Uribe Holguín en su obra citada en la nota 8 ut supra. Recuérdese que el inciso citado dispone que "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo: la prueba del caso fortuito al que lo alega."

¹² El Dr. Fernando Hinestrosa, Rector de una de las más prestigiosas universidades colombianas, en sus conferencias como Profesor del Curso de Derecho Civil Obligaciones, menciona dentro de esos deberes concretos de no causar daño, los establecidos en los arts. 353 y 257 del C.C., que obligan a los padres a asistir a sus hijos menores; en el art. 2221 ib. que obliga al deudor a restituir la suma mutuada; en el art. 1002 ib. que obliga al dueño que en ejercicio de facultades propias daña al vecino, sin reportar utilidad legítima, a cesar su actividad y resarcir los daños; en el art. 308 del C. de P.C. que obliga a quien no cubre en el término fijado en la sentencia la indemnización a que se le condenó, a pagar los perjuicios derivados de la nueva violación (el autor, por la época de su escrito, en verdad cita el art. 549 del C.J. que en el nuevo código de la materia encuentra su correspondencia en el 308). (Segunda edición mimeográfica, 1961, pág. 329 y ss.)

¹³ En el derecho mexicano ver los arts. 882 y 885 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

fundo que no tiene salida a la vía pública en cuyo caso puede, es decir tiene derecho, a imponer servidumbre de tránsito a los colindantes, ocupando el terreno ajeno necesario (art. 905 ib.)¹⁴ y en el Código de Comercio se podría citar el art. 1071 que da derecho a la resolución unilateral del contrato de seguros,¹⁵ o, volviendo al Código Civil, el art. 2056 que permite, es decir da derecho, al que encarga una obra para hacerla cesar;¹⁶ entonces, se alega, en tales casos el hecho no es ilícito, por cuanto su autor lo puede realizar en ejercicio de una expresa facultad que la misma ley le da y sin embargo el que cava, impone una servidumbre o revoca, debe pagar perjuicios (en el caso del asegurador, devolver una parte proporcional de la prima), de donde el daño no sería antijurídico y sin embargo hay obligación de repararlo, por lo que no es cierto que el elemento hecho ilícito sea de la esencia de la responsabilidad extracontractual. En el campo del derecho administrativo podría esgrimirse la misma tesis si se recuerda que jurisprudencialmente se ha admitido la responsabilidad del Estado en los casos de indemnización por daño especial, por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra o por riesgo excepcional.

Sin embargo, la presencia de eventos como los mencionados, tanto en el campo civil como en el comercial o en el público o administrativo, en nada contradicen la exigencia del elemento de la antijuridicidad o ilicitud, del que se viene hablando, porque el hecho de que el daño no antijurídico deba ser reparado en ciertos casos, no implica que el ilícito no deba serlo siempre. Como expresa Adriano de Cupis "Es inconcebible un daño antijurídico desprovisto de sanción, ya que la norma encargada de tutelar el interés dañado estaría desprovista del nervio de la fuerza jurídica, mientras que no sólo no hay razón alguna para imponer una reacción general contra el daño no antijurídico, sino que es más, si se estableciere, se vulneraría la misma entraña de la convivencia social. En línea de principio debe valer y no puede ser de otra manera, que el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales [como serían los atrás mencionados y algunos similares a los que el autor cita como de la legislación italiana], se produzca una determinada reacción jurídica".¹⁷

La antijuridicidad o ilicitud del hecho es también elemento axiológico de la responsabilidad del Estado por falla del servicio, como lo han puesto de presente en Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado,¹⁸ sin que por ello su prueba tenga que corresponder al acreedor demandante de la indemnización.

3º. Si pues la culpa es elemento axiológico de la responsabilidad tanto contractual

¹⁴En el derecho mexicano ver el art. 1095 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

¹⁵En el derecho mexicano ver art. 107 de la Ley sobre el Contrato de Seguros.

¹⁶En el derecho mexicano ver el art. 2635 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

¹⁷A. De Cupis, *El Daño*, N° 9, Ed. Bosch, Barcelona 1975.

¹⁸Dijo la Corte en Julio 10 de 1941: Para que el estudio sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación del de servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Bogotá, julio de 1941, G.J., Tomo LII, N°. 1. Así como su conducta ostensiblemente ilegal, son la causa de la responsabilidad de la Nación." (Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera, septiembre 13 de 1984. Exp. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan. Anales, Segundo semestre 1984, p. 695.) (Subraya de la Sala).

como extracontractual pero no corresponde demostrarlo al demandante acreedor a una indemnización, por las razones expuestas, necesariamente habrá que sentar la tesis de que es artificiosa, carece de respaldo en la ley y es, además, inútil, la teoría que la doctrina y la jurisprudencia han creado llamada de la presunción de culpa por daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas.

A la teoría que critico se llegó, porque partiendo del supuesto falso, según lo demostrado en la sección anterior, de que el deudor tenía que demostrar los elementos axiológicos de la responsabilidad y, especialmente, el de la culpa del autor de los daños, se pretendió, por razones de equidad, aligerarle esa carga y se inventó la figura de la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas. En estos casos, se afirmó, al acreedor le bastará demostrar el hecho ilícito, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, pues la culpa se presume. Y así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de marzo de 1938, expresó: "La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que aquí se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlos mientras la haga, y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de imponerse, obedece el art. 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: Tal su categórica redacción".

"El artículo 2356 *ibídem*,¹⁹ que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente debe repararse el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona".

"Exige, pues, tan sólo, que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer".

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento

¹⁹ Este artículo dispone: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación.

^{1°} El que dispara imprudentemente una arma de fuego.

^{2°} El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche.

^{3°} El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino." Esta disposición tendría su concordante en el art. 1913 del Código Civil Mexicano.

material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de una arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de un acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial".

"La teoría del riesgo, según la cual a quien lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esta teoría, causados por el agente respectivo, como sería en esos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño".

"A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales".

"Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio Código disposiciones permisivas que sin interpretación forzosa ni descaminada, permiten atender el equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima".

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad.²⁰ De donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es del damnificado sino del que causó el daño con solo poderse imputar a éste su malicia o negligencia".

²⁰En sentencias posteriores la C. S. de J. aclaró que no se trata de una presunción de responsabilidad sino de una presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producir los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los elementos necesarios de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima".

"No es el artículo 2356 caso único en que nuestro legislador con sabia amplitud haya prevenido o resuelto por anticipado problemas que en otros países no han venido a resolverse sino a poder de lucha jurisprudencial tesonera por la falta o contra la rigidez de textos legales. Nuestro Código de Comercio suministra ejemplos de aquel avance. Basta en ese sentido traer a cuenta aquí la manera discriminada como nuestro Código Civil reglamenta el error y su influencia sobre la validez del consentimiento. Al distinguir error in negotio, in corpore, in substantia, contiene respecto a este último la disposición del inciso 2º del artículo 1511,²¹ a cuya luz nuestros abogados y jueces se han visto libres de poderosas dificultades que los de Francia, por ejemplo, reducidos al texto de su artículo 1110²² no han podido vencer sino a poder de la referida labor de que dan fe sus admirables construcciones".

A partir de esta sentencia puede decirse que la jurisprudencia de la Corte se unificó en el sentido de considerar que el artículo 2356 permite interpretar que a quien desempeña actividades peligrosas se le puede imputar malicia o negligencia y que, por consiguiente, la carga de la prueba no es de cargo del damnificado sino del que causó el daño. No dijo esa primera sentencia a la carga de la prueba de qué se refería, pero al hablar de presunción de responsabilidad, de que no se estaba atropellando la presunción de inocencia y de que en actividades caracterizadas por su peligrosidad el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia, fácilmente se colige que la Corte quiso referirse a una pretendida carga de probar la culpa; más adelante se verá por qué se habla de una "pretendida carga".

La Corte Suprema de Justicia y más concretamente su Sala de Casación Civil no ha vuelto a cuestionar la validez de la tesis sino que se ha preocupado sólo por determinar

²¹Esta norma establece: "El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa [distinto del error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato] no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte." El Código Civil Mexicano no contiene una disposición relativa al error sobre la cosa objeto del contrato y se limita a regular el error sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, sentando que ese error invalida el contrato "si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

²²El art. del C. C. francés dice: "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention."

otras actividades peligrosas, aparte de las que resultan de los que llamó ejemplos dados por el artículo 2356 y del manejo de automotores y así ha dicho que también lo son la operación de ferrocarriles (ya insinuada en el fallo transcrito) o de calderas, la conducción de bicicletas, y hasta la fumigación de cultivos realizada con sustancias tóxicas.²³

En materia de perjuicios ocasionados con ocasión de actividades médicas la Sala de Casación Civil, en un interesante fallo del 14 de octubre de 1959, al tiempo que explicó que "existen hechos que al mismo tiempo que constituyen una infracción de una convención pueden originar la responsabilidad extracontrato, entre las mismas partes" afirmó que las actividades médicas se encuadran dentro de las llamadas actividades peligrosas y que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al médico.²⁴

El Consejo de Estado no se ha quedado atrás en el mismo ánimo de favorecer al acreedor de una indemnización por falla del servicio y trasladó al campo administrativo la misma teoría de la presunción de culpa bajo la denominación de "falla presunta del servicio",²⁵ como se verá más adelante.

La doctrina civilista, por su parte, tampoco se ha quedado atrás, y así, por ejemplo, el tratadista colombiano y profesor universitario, Javier Tamayo Jaramillo, en su obra "De la Responsabilidad Civil",²⁶ advierte: "...Bien vistas las cosas, la culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración. Por ello habrá que decir que jamás se podrá llegar a una culpa probada, ya que la experiencia no permite arribar a tal resultado. Por el contrario, los hechos sí pueden ser verificables por las reglas de la experiencia y la demostración. Una necropsia puede establecer experimentalmente el hecho de la muerte de una persona; en cambio, el juez no dispondrá de medio alguno para demostrar en forma directa el dolo o la culpa. Ante tales circunstancias, lo único que le es posible al juzgador o al intérprete, es estudiar todas las circunstancias que rodearon el acto del sujeto que realizó o que produjo el resultado material. En ese sentido, el juez irá valorando progresivamente las modalidades de conducta y, a partir de ellas, y ya debidamente probadas, emitirá un juicio axiológico que tendrá las consecuencias jurídicas de una culpabilidad establecida. Entonces nos hallaremos, desde el punto de vista epistemológico, frente a una presunción. Lo que se demuestra es la transformación exterior de la realidad causada por el sujeto; las condiciones de espacio, tiempo y demás modalidades del hecho, constituirán indicios por medio de los cuales el juez podrá deducir o presumir la culpa. En consecuencia, podemos decir que la culpa deberá presumirse y que lo único que es posible demostrar es el resultado material, así como las respectivas calificaciones y modalidades de la conducta productora del resultado". Con rigor no debería hablarse de presunción de culpa sino de inferencia de culpa a partir de hechos probados.

²³ Sentencia de agosto 20 de 1987, ordinario de Jorge Reyes Puyana contra Avioservicios Ltda. y Alfonso Corredor, publicada en Jurisprudencia al Día, Segundo Semestre 1987.

²⁴ Ordinario de Alfonso Mariño Flórez y otros contra Clínica de Marly S.A., Gaceta Judicial, Tomo XCI, pág. 758 y ss.

²⁵ Como también creó por vía jurisprudencial las teorías del daño especial y de la responsabilidad por riesgo excepcional. Por ser materia extraña ala examinada en este ensayo, me excuso de tratarlas aquí.

²⁶ Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 63 y ss.

Concluye que existen cuatro grupos de casos que determinan la presunción de culpa, a saber:

Culpa presunta a partir de la conducta o culpa probada, que para el tratadista es la que deduce el juez de las probanzas que el demandante presente acerca de la conducta del autor del daño, de acuerdo con el art. 2341.

Culpa presunta a partir del daño, que es el caso del art. 2355 de acuerdo con el cual se imputa a todas las personas que habitan la parte superior de un edificio por una cosa que cae o se arroja desde esa parte.²⁷

Culpa presunta a partir del hecho, que es la que resulta de lo dispuesto por los arts. 2350 (responsabilidad del dueño de un edificio por los daños ocasionados por su ruina, debida a haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia),²⁸ 2354 (caso del daño causado por un animal fiero, del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el cual le será imputable al que lo tenga),²⁹ y 2356 (caso de las actividades denominadas como peligrosas, porque el autor piensa que "la responsabilidad por actividades peligrosas es una típica obligación de medio en la que no le es dado al juez buscar indefinidamente dónde pueda encontrarse el hecho que permita inferir la culpa. La ley considera que el ejercer una actividad peligrosa es un hecho culposo, un hecho". suficiente para deducir de él la culpabilidad").³⁰

Culpa presunta a partir de la conducta, que encuentra para el tratadista su fundamento en los arts. 2348 y 2349, el primero porque hace responsables a los padres de las culpas o delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir, y el segundo porque hace responsables a los amos del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos, salvo que se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente.³¹

Para mí, la equivocación de la jurisprudencia y de la doctrina está no en considerar que la culpa constituya uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad, puesto que

²⁷ Esta norma tiene su equivalente en el art. 1934 del C.C. para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, según el cual "Los jefes de familia que habitan una casa o parte de ella son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojan o cayeren de la misma."

²⁸ Concordante con el art. 1931 del C.C. del Código Civil Mexicano.

²⁹ En el Código Civil Mexicano no se contiene una disposición similar. En este Código los daños causados por un animal, sea fiero o no, son de cargo de su dueño "si no se probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario, II. Que el animal fue provocado; III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido; IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor."

³⁰ En el Código Civil Mexicano se contempla la responsabilidad por actividades peligrosas en su art. 1913, en donde se dispone que "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima." Se considera que esta disposición consagra una responsabilidad civil objetiva o del riesgo creado.

³¹ En el Código Civil Mexicano estas especies de responsabilidad se reglamentan en los arts. 1919 a 1925.

sí lo es, sino en sostener que ella debe ser probada por quien alegue tener derecho a ser indemnizado, equivocación que se aumenta al tratar de facilitar esa prueba mediante la creación de figuras como la de las actividades peligrosas y, aún más, con la del riesgo creado.³²

Afirmo que la creación de la figura de las actividades peligrosas, que ha servido para sostener que cuando ellas causan un daño la culpa se presume, es absolutamente artificial pues no tiene fundamento en ninguna disposición legal que la consagre y muchísimo menos puede deducirse, mediante una interpretación ni exegética ni científica, del art. 2356. Veámoslo. Dicho artículo, en su inciso primero, se limita a expresar que "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", con lo cual no hizo otra cosa que repetir lo dispuesto en el art. 2341 con el que se abre el Título XXXIV, del Libro Cuarto del Código, que dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido." El resto de la norma señala quiénes están especialmente obligados a esa reparación. Ni en términos expresos ni de manera velada puede decirse que lo que el legislador pretendió con la norma fue decir: "Quien en el desarrollo o ejecución de actividades peligrosas cause un daño será obligado a su reparación." Pero para llegar a emplearlo con ese sentido se ha dicho que a) No tiene explicación lógica pensar que el legislador no hizo sino repetir lo que ya había dicho en el art. 2341: y b) Los ejemplos que señala (disparo de una arma de fuego, corte y caída de un árbol, destape de cañería en vía pública) son todos relativos a actividades que envuelven peligro de daño.

A quien esto escribe no le parece incongruente pensar que el legislador repita en ocasiones, en dos o más normas un principio general que por su importancia lo amerite, para aplicarlo a casos de alguna manera individualizados. Y esto es lo que en mi concepto hizo el redactor del Código cuando a continuación de repetir la regla general de la responsabilidad por culpa o delito cometido señala quiénes están *especialmente* (este es exactamente el vocablo empleado) obligados a reparar el daño, señalando efectivamente a quienes ejecutan actos que envuelven peligro, pero no para crear una presunción de culpa sino, al contrario, para determinar esa responsabilidad cuando los actos se ejecutan sin diligencia y cuidado. En efecto, de acuerdo con la norma no basta con el solo disparo de un arma de fuego para fincar la obligación de reparar el daño causado por el disparo sino que es indispensable que el que disparó lo haya hecho imprudentemente (núm. 1º). Tampoco bastará que se haya causado un daño a quien haya caído al transitar por calle o camino porque el pretendido responsable haya removido o descubierto las losas de una acequia o cañería, sino que de acuerdo con la norma (núm. 2º) es indispensable para fincarle la responsabilidad que quien las removió o descubrió lo haya hecho "sin las precauciones necesarias" para

³²En virtud de la cual se alega que quien crea el riesgo debe cargar con la obligación de indemnizar los daños que ese riesgo ocasione. Ver notas 25 y 30 ut supra.

impedir que un transeúnte caiga. Y en cuanto al tercer ejemplo de esa especial obligación de reparar, hay que decir que tampoco bastará con que una persona esté obligada a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino para que se le finque la obligación de indemnizar a quienes transiten por allí y sufran un daño, sino que es necesario que tenga el camino "en estado de causar [ese] daño". Así pues, si nos atenemos a los términos de la norma no podremos decir que en otras actividades peligrosas, como por ejemplo la aviación o la conducción de vehículos, ni mucho menos en la fumigación de cultivos o en el ejercicio de la medicina, basta con esos hechos escuetos para que si se causa un daño, la sola ejecución de la actividad correspondiente de lugar a la obligación de repararlo. No; para ello será indispensable que la actividad se haya realizado con imprudencia o sin tomar las precauciones necesarias para no causar el daño o los instrumentos de la actividad no se hayan tenido en estado de causarlo. Y esto porque el art. 2356 exige la presencia de esas circunstancias.

Así pues, ingeniosa como fue la creación de la figura de las actividades peligrosas - para decir que en ellas se presume la culpa -, es artificiosa y totalmente contraria a la norma en la que se pretendió fundarla, sin que obste para ello que se hubiera hecho en aras de la equidad para con la víctima de un daño. Lo que ocurre es que no había necesidad de torcerle el cuello a la lógica, desconociendo de paso, los términos expresos empleados por el legislador, cuando basta (y bastaba) aceptar que al no ser posible conocer con independencia de los signos empíricos o externos, cuál fue la intención que movió al autor de un daño para actuar de una determinada manera, sólo de esos signos es posible deducir o inferir esa intención. No es pues, que en unos casos la culpa deba probarse y en otros se presuma sino que ella (la culpa) se determina por el actuar del autor del daño.

Entonces se tratará simplemente de una cuestión probatoria. En principio, el que reclama tener derecho a ser indemnizado por un daño deberá demostrar el hecho fuente de la obligación, el daño mismo y la relación de causalidad entre ellos; así resulta de lo dispuesto por el art. 1757 del C.C., según el cual "Incumbe probar las obligaciones al que alega aquéllas o ésta." La persona a quien se reclama la indemnización no podrá evitar la condena sino con la prueba de que si bien ejecutó el hecho dañino lo hizo con la debida diligencia y cuidado o que, a pesar de ello, no lo pudo evitar debido a fuerza mayor, caso fortuito o culpa (imprudencia o negligencia) de la víctima, aseveración que encuentra su fundamento en el art. 1604 inc. 3º, según el cual "La prueba de la diligencia y cuidado (es decir de la ausencia de culpa) incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".³³

4º. En el campo del derecho administrativo, el Consejo de Estado (y antes la Corte

³³ En derecho mexicano estas normas encuentran su correspondencia en el art. 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de acuerdo con el cual "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones". Que el acreedor de una obligación de resarcimiento de perjuicios no está obligado a probar la culpa, resulta de lo dispuesto en el art. 86 ibidem, cuando dispone que "Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho", pues la culpa no es un hecho sino un concepto, una actitud de la mente, de la cual pueden resultar hechos (el daño, por ejemplo), los que sí serán objeto de prueba.

Suprema de Justicia, cuando tuvo la competencia para decidir sobre la responsabilidad del Estado), quiso separarse de las nociones civilistas y a semejanza de lo ocurrido en Francia, creó una jurisprudencia de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio.³⁴

El Consejo fundamentó la teoría, en términos generales, en la obligación genérica del Estado, consagrada en el art. 16 de la Constitución Política colombiana que rigió hasta el 4 de junio de 1991, según el cual "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Se dijo entonces que para cumplir con ese deber el Estado dispone y organiza los "servicios públicos" y que si como consecuencia de su mal funcionamiento o de su no funcionamiento o de su tardío funcionamiento, se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.

Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo. El Consejo de Estado, en sentencia de 30 de junio de 1989, luego de estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este instituto y de indicar cómo el criterio de la identificación de la obligación administrativa implica que su incumplimiento se califique como falta del servicio y que se ha considerado como obligación de esta clase la que corresponda a una función que el Estado deba cumplir de acuerdo con la ley o los reglamentos, expresó: ". . . la experiencia ha demostrado que el atenerse al solo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla o falta del servicio, por la sola razón de no estar comprendido el servicio como parte de una función creada expresamente por la ley y encomendada a un determinado ente. Por esto, los doctriantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no sólo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir", y más adelante, acogiendo este criterio dijo que "si la Administración tiene como uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero que de hecho asume, en efecto los irroga" y en consecuencia declaró la responsabilidad de un establecimiento público que no tenía dentro de sus funciones transportar materiales de

³⁴ En el excelente ensayo del Dr. Juan Carlos Henao, que sobre esta materia se publica en la obra de la cual hace parte también el mío, su autor presenta una erudita y bien documentada exposición sobre el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

construcción pero que para ayudar en la construcción de una escuela los transportó y en el desarrollo de la operación uno de los vehículos hirió a un menor.³⁵

El Consejo de Estado colombiano, de manera constante ha dicho que los elementos axiológicos por falla del servicio son: a) Un servicio a cargo del Estado, que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; b) un perjuicio; y c) una relación de causalidad entre a y b.

La teoría de la falla del servicio se ha utilizado para afirmar que los casos de responsabilidad extracontractual del Estado deben decidirse no con fundamento en las normas civiles "sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados"³⁶ y se habla de responsabilidad objetiva en cuanto se pretende prescindir de la noción privatista de la culpa, por lo cual al actor en procesos de esta clase no está obligado a demostrar, para triunfar en sus pretensiones, la culpa de la administración, sino simplemente la existencia del hecho (falla del servicio), el daño o perjuicio sufrido y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

Como en varias ocasiones la falta de la prueba sobre las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en las que ocurrieron los hechos dieron lugar a que se rechazaran las pretensiones de la demanda, el mismo Consejo de Estado concibió, como antes lo había hecho la jurisprudencia en el campo civil con la teoría de la presunción de culpa, la teoría de la "falla presunta del servicio", indicándose, entonces, que "el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante".³⁷

En todos estos casos, como ocurrió en el derecho privado, se trasluce el intento de morigerar la carga de la prueba en cabeza del actor, perjudicado por un daño. Pero no debe pensarse que no siga preocupando a los jueces el problema de la culpa y su prueba. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer por cuanto a que la falla es anónima. Así en una ocasión dijo: "Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que las autoridades de la República están constituidas

³⁵Exp. N° 5225, Actor: Javier de Jesús Ángel Herrera.

³⁶Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960, actor Esther Wolff de Posada, Anales, Tomo LXIII, p. 728.

³⁷Consejo de Estado, 31 de julio de 1989, Tomo 104 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 276. De esta sentencia fue Consejero ponente el Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo, con la colaboración de su Magistrado Auxiliar en ese entonces, el Dr. Juan Carlos Henao. Como antes se anotó, se ha ampliado también la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado con la creación jurisprudencial de las teorías de la responsabilidad por riesgo y del daño especial. Tiene ocurrencia la primera, como lo advierte el Dr. Henao, cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional, el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Tiene aplicación la segunda cuando la autoridad cumple legalmente con ejecutar algún hecho pero se causa un perjuicio a un particular rompiendo el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

para proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes [..], de allí no puede concebirse que el Estado asume una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias y por todos los hurtos, robos y depredaciones".³⁸ Y ha agregado que si bien la falla "habla por sí misma", ella no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para de esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligencia de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condena del caso. Y en el caso de la falla presunta del servicio el Consejo de Estado ha hablado de que a la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho imputable a ella, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente, en forma tal que de lugar a comprometer su responsabilidad.

Lo anterior muestra cómo el problema de la culpa y su prueba no está ausente en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado.³⁹ Y no puede estarlo porque por una parte no se ve cuál fundamento moral pudiera existir para hacer responsable al Estado cuando éste haya procedido con diligencia y cuidado, tomando todas las precauciones posibles para evitar causar un daño, y por otra parte, no habría en el mundo ningún Estado con suficiente capacidad económica para correr con el inmenso costo que representaría la obligación de indemnizar todo daño que con su actividad pudiera ocasionar.

Lo que ocurre es que si bien la noción de culpa no está ausente en el campo de la responsabilidad del Estado, ello no quiere decir, como tampoco lo significa en el campo iusprivatista, que el perjudicado tenga que demostrar que el Estado actuó negligente o descuidadamente (es decir, culposamente). No, lo que significa es que para exonerarse de esa responsabilidad él es quien tiene que demostrar o el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de elemento extraño (la culpa de la víctima), de la misma manera que en aquel campo privatista es el demandado quien tiene que demostrar la ausencia de culpa.

Una observación final.

En la nueva Constitución Política Colombiana, que como se dijo comenzó a regir el 4 de junio de 1991, se estableció en su art. 90 inciso 1º. que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

³⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.E., junio 12 de 1984. Expediente N° 11014. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Recurso de súplica contra sentencia del 17 de febrero de 1983 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Anales, Primer semestre 184, págs. 887-894. Ver también nota 45 *infra*.

³⁹ Excepto en los casos expresos en los que el legislador ha establecido una responsabilidad directa, sin que entre en consideración si la administración, es decir el Estado, ha sido o no cuidadoso o prudente, casos que en Colombia se contraen a los perjuicios que cause en la ejecución de trabajos públicos o de la expropiación de propiedades privadas.

Se ha preguntado si esta disposición implica un cambio radical en la naturaleza de la responsabilidad del Estado, volviéndola una responsabilidad objetiva, entendiéndose por ésta la obligación de responder por todo daño que el Estado ocasione con motivo de su actividad, cualquiera que ella sea y sin consideración a que aquél haya o no actuado con diligencia y prudencia, es decir sin culpa.

En mi opinión la respuesta debe ser negativa y con esto estoy de acuerdo con las decisiones que al respecto ha pronunciado el Consejo de Estado ya en vigencia de la nueva Constitución. En el ensayo del Dr. Juan Carlos Henao, que hace parte de la obra que recoge las ponencias presentadas en el Seminario organizado por el INAP y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y en la cual también aparecerá el presente escrito, el Dr. Henao estudia con amplitud este punto y por ello me bastará con decir lo siguiente:

El daño antijurídico no es otra cosa que el perjuicio contrario a la ley. Es decir, es el detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido, o, en otras palabras, es el hecho ilícito que se estudió bajo el apartado o numeral 2º. precedente.

Tal vez lo importante de la disposición radica en consagrar de manera expresa la responsabilidad del Estado, que, recuérdese, se fundó primero en las normas generales de responsabilidad del derecho civil y posteriormente se construyó jurisprudencialmente con fundamento en la disposición constitucional según la cual "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Pero esa consagración expresa en nada cambia, en mi concepto, el fundamento filosófico de la responsabilidad estatal ni los aspectos probatorios de los casos que por daño ocasionados por la actividad de Estado lleguen a la jurisdicción.

5º. Atrás se mostró cómo una preocupación fundamental de la doctrina y la jurisprudencia ha sido la concerniente a la prueba que debe aportar el demandante víctima de un daño inferido por la administración o por un particular y cómo, partiendo de la premisa falsa de que estaba obligado a demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad y en especial el elemento culpa, la doctrina y la jurisprudencia se preocuparon por morigerar la carga probatoria de éste y crearon las doctrinas de la presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas y en el campo administrativa la de la falla presunta.

En ese camino, en el campo de la responsabilidad contractual, también se dijo atrás, los doctrinantes colombianos y la jurisprudencia, siguiendo orientaciones de juristas y tribunales franceses, distinguieron entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, para decir que cuando se incumplía una obligación de medio y con ello se ocasionaba un daño, la víctima estaba obligada a demostrar que el deudor de la obligación no había sido ni cuidadoso ni diligente.⁴⁰

⁴⁰ Ver sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, pronunciada dentro del juicio ordinario de Georges Maguin vs. Rafael y Enrique Iregui, Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 586 y ss.



Dentro de esas obligaciones de medio siempre se clasificaron los servicios médicos, pues se dijo, el médico no está obligado a un resultado concreto sino a practicar los reconocimientos de rigor, a recetar los medicamentos adecuados, a ordenar los exámenes que la técnica recomiende, de la misma manera que el abogado encargado de llevar un juicio por cuenta de un tercero no está obligado a obtener una sentencia favorable sino solamente a aplicar en defensa de los intereses de su cliente los conocimientos adecuados y a desarrollar la actividad necesaria y oportuna para obtener un pronunciamiento del juez.

Pero también en relación con las actividades médicas, tanto la doctrina como la jurisprudencia pretendieron aligerar la carga probatoria del perjudicado y para tal efecto llevaron a ese campo la teoría de la presunción de culpa por actividades peligrosas, clasificando la obligación del médico no sólo como de medio sino además como peligrosa.

Así, en un interesante fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 14 de 1959, al tiempo que se explicó que "existen hechos que al mismo tiempo que constituyen una infracción de una convención pueden originar la responsabilidad extracontrato, entre las mismas partes", afirmó que las actividades médicas se encuadran dentro de las llamadas actividades peligrosas y que la prueba de la diligencia y cuidado, por consiguiente, incumbe al médico.⁴¹

En el campo del derecho administrativo el Consejo de Estado no ha dicho que la actividad médica sea una actividad peligrosa, pero sí ha afirmado que se encuadra dentro de la falla presunta, en cuyo caso al autor le incumbe probar solamente que se le prestó el servicio médico en determinada fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.⁴²

Para algunos autores colombianos la responsabilidad de quien causa un daño estando sujeto a una obligación de medio y la de quien lo causa en ejercicio de una actividad peligrosa, tiene una importante consecuencia probatoria, pues mientras en el primer caso el obligado se exime de responsabilidad probando que fue diligente y cuidadoso, en el segundo sólo se exime demostrando la intervención de causa extraña, a saber: la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

No; en los dos eventos (responsabilidad por incumplimiento de una obligación de

⁴¹ Juicio ordinario de Alfonso Mariffo Fídrax y otros vs. Clínica de Marly S.A., G. J. Tomo XCI, pág. 758 y ss.

⁴² Sentencia de agosto 24 de 1990, Informativo Jurídico Fasescolida, No. 21, pág. 53 y ss. Más tarde, en fallo del 24 de agosto de 1992 (Informativo Jurídico Fasescolida No. 91, pág. 54) el Consejo de Estado va más allá, pues no sólo postula la presunción de falla sino que afirma que si la causa del daño del paciente es desconocida, la entidad demandada debe ser declarada responsable. Sin embargo, en una sentencia del 18 de abril de 1994, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se aparta de la tesis de la falla presunta en esta clase de actividades y acepta en cambio la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para decir



medio y responsabilidad por daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa) el deudor no se exonera sino con la prueba de eventos de fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

Recuérdese a este propósito que de acuerdo con el inc. 3º. del art. 1604 del C.C. "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega," y que esta disposición, como en varias oportunidades lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se aplica tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en la extracontractual y si ello es así, los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima) serán de cargo del deudor (que será aquel a quien se imputa la responsabilidad).⁴³

No debe pensarse que en algunos casos de responsabilidad contractual o extracontractual ya trátase de obligaciones de medio o de obligaciones de resultado -, basta la prueba, por parte de la persona a quien se impute una responsabilidad, de haber sido diligente y cuidadoso y en otras que además deba demostrar que su conducta obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima, para obtener su exoneración. No; lo que sucede es que si de acuerdo con la naturaleza de la obligación transgredida con el hecho dañino, el deudor sólo debía ser diligente y cuidadoso, la prueba de que lo fue implicará de suyo, obviamente, que no hubo un caso fortuito o una fuerza mayor que le hubiera impedido serlo. En cambio, si el deudor también de acuerdo con la naturaleza de la obligación -, debía entregar algo y no lo entregó o debía alcanzar un fin determinado y no lo alcanzó, es evidente, entonces, que lo único que podrá exonerarlo en tal caso será la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor,⁴⁴ pues tratándose de una obligación de esa clase no le bastaba con ser diligente y cuidadoso.

En el campo del derecho administrativo ocurre lo mismo pues si bien aquí, recuérdese, la noción de culpa se sustituye por el concepto de falla del servicio, presunta o no, esto no quiere significar que la administración sea siempre responsable al fallar en el servicio. Así lo ha expresado el Consejo de Estado cuando, por ejemplo, en fallo de noviembre 28 de 1982, luego de explicar que el particular perjudicado tiene la carga de la prueba de la falla, del daño y de la relación de causalidad, agregó "a la parte demandada la administración, le corresponde la prueba de que el daño se produjo por culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito que acrediten la no existencia del vínculo de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado, o que el daño fue causado por el agente administrativo en actos fuera del servicio o sin conexión con él, o que la causa del daño fue la falta personal del agente, para que pueda exonerarse de responsabilidad a la administración y absolverla de los cargos formulados en su contra."

⁴³ Así ha dicho la Corte: "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearla, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana o extracontractual. El art. 1604, inc. 3 del C.C. que tal regla establece, pertenece al título 12 del Libro 4 de este Código, que trata 'Del efecto de las obligaciones', e incluye en estas las que provienen de un hecho que ha causado injuria o daño a un tercero, de conformidad con el art. 1494, que determina las fuentes de las obligaciones." Sentencias de 26 de junio de 1924, Gaceta Judicial Tomo XXXI, pág. 23 y ss.; de 19 de noviembre de 1927, Gaceta Judicial, Tomo XXXV, pág. 96 y ss.; de febrero 2 de 1932, Gaceta Judicial, Tomo XXXIX, pág. 459.

⁴⁴ La culpa exclusiva de la víctima será para él un caso fortuito.

Con base en las consideraciones expuestas, en un caso de responsabilidad por daños sufridos con ocasión de la prestación de servicios médicos, es al médico o a la administración (si ésta es la demandada y quien prestó el servicio) a quien corresponde probar la diligencia y cuidado, es decir que empleó todos los medios que la técnica y la ciencia médicas indicaban, no obstante lo cual se produjo el daño. Sin esta prueba a su cargo debe sufrir la condena al pago de los perjuicios irrogados, como ocurrió en el caso referido al comienzo.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ARGENTINA

*Dr. Beltrán Gambier**

Estar en la ciudad de México es para mí un hecho lleno de significación por la riqueza cultural de este país. Por eso agradezco profundamente la invitación de D. Álvaro Castro Estrada para asistir y a los organizadores por haber tenido la sensibilidad de producir este importante encuentro académico. La presencia en este Seminario de mi amigo D. Jesús Leguina Villa es un incentivo adicional porque tengo un gran respeto por sus calidades humanas y académicas. En Madrid y Buenos Aires he aprendido de él.

Me ocuparé de tratar el tema de la Responsabilidad del Estado en Argentina.

Ningún jurista resiste la tentación de citar el magnífico pensamiento de Maurice Hauriou cuando alude a la importancia de este tema junto al del control judicial de la actividad del Estado. Y no pretendo ser la excepción frente a tan atinado concepto.

Antes de entrar en las cuestiones técnicas que hoy me propongo desarrollar, me gustaría aludir someramente a una serie de casos de responsabilidad estatal que tienen una particularidad en común. Han ocurrido una serie de catástrofes que me han llamado la atención: Waco (agentes del FBI se introducen violentamente en una residencia de fanáticos religiosos y provocan con sus acciones un incendio que genera la muerte de la mayoría de éstos),

* Profesor del curso de posgrado en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Profesor titular de derecho administrativo del Museo Social Argentino

Bru (un joven que muere en una comisaría de La Plata en circunstancias dudosas), María Soledad Morales (la joven María Soledad muere en un episodio de drogas y sexo y en la investigación se producen hechos inadmisibles ej.: el cadáver fue lavado por la policía antes de que intervinieran los peritos - para una seria investigación policial), Cabezas (el asesinato de un fotógrafo que tomó una foto a un empresario argentino cercano al poder en el que hubo policías implicados), Núñez (un albañil que es apresado y que luego de su asesinato en cautiverio es encontrado en la finca de un comisario de policía), Menem Jr. (el hijo del entonces Presidente Menem muere en un accidente aéreo y su madre asegura que fue un atentado). En todos estos casos la constante es que se ha producido un grave deterioro en la preservación de pruebas.

El último caso que deseo mencionar ocurrió en Ramallo (Provincia de Buenos Aires). Unos delincuentes toman rehenes durante el asalto a un banco. De repente y luego de muchas horas de tensión deciden salir del banco con los rehenes. El banco está rodeado de policías. Al salir los delincuentes, la policía abre fuego y mueren casi todos. Pero la orden había sido tirar a las gomas. Hay huellas de entre 50 y 100 impactos de bala, ninguno en las gomas ni en las llantas. Uno de los delincuentes herido es capturado y encerrado en la comisaría, en una celda. A menos de 48 horas aparece ahorcado. En fin, tremendos casos todos estos.

En mis pocos días aquí, me mencionaron el caso de la matanza Aguas Blancas en Guerrero y el accidente reciente en Guanajuato que pueden llegar a ser comparables a los ejemplos antes mencionados. La verdad es que a la hora en la que debe garantizar la posibilidad de tener un juicio donde la prueba pueda desplegarse y terminar con una condena del Estado, los deudos no están en condiciones de contratar a un abogado para preservar esta prueba, de manera que creo que es una función del estado legislar esta materia puntualmente para evitar esta deficiencia del sistema.

He querido referirme al "submundo" de la responsabilidad del Estado solamente para llamar vuestra atención y, en todo caso, dejar el tema para el debate posterior.

Vuelvo ahora al "mundo" de la responsabilidad del estado para hacer alguna mención de lo que ocurre en Argentina.

Cuando leí el libro de Álvaro Castro y repasaba su anteproyecto de ley realmente me sentía regocijado porque su postura contrasta con una tendencia, en nuestro país, de solucionar el tema de la responsabilidad del estado a partir de las normas del Código Civil y creo que ya es hora de abandonar a los civilistas. Se deben tomar sus enseñanzas pero en seguida pensar y repensar profundamente el tema a partir de los principios propios de nuestra disciplina. Vamos a ver en concreto cómo, con algún ejemplo que quiero darles, ese apego a la solución de las normas del Código Civil, conduce a veces a situaciones realmente injustas, por no formularse la adaptación necesaria que toda analogía implica. Tendría que haber una ley en Argentina en el ámbito nacional -que no la hay-, y tantas leyes como provincias tenemos porque el

tema de la responsabilidad del Estado no fue delegado a la Nación. Así como se dictan leyes de procedimientos, de proceso, de obras públicas, de funcionarios públicos, también tiene que dictarse una ley de responsabilidad del estado y no nos deben preocupar las diferencias de soluciones en una y otra provincia porque, en definitiva, todas van a ir tendiendo hacia las soluciones más razonables.

Por el riesgo de aplicación de las soluciones civilistas, hay juicios que directamente no se promueven. Los abogados tienen temor de que se les aplique, por ejemplo, la prescripción. La prescripción fue pensada por el legislador en Argentina, y en todas las legislaciones, para relaciones entre los particulares, para relaciones de coordinación. Es riesgoso extrapolar al derecho público institutos del derecho privado cuando esta institución de la responsabilidad del estado está desarrollándose cada vez con más intensidad. Me viene a la memoria una restricción administrativa establecida en forma gratuita cuando debió ser onerosa, recaída sobre un inmueble donde funcionaba un teatro. El legislador había dicho "cuando se tira abajo un teatro debe construirse otro de similares características". En 1959 quien era el propietario del teatro pensaba seguir en el rubro y no le preocupó esta restricción y, en todo caso, no se le ocurrió que podía hacer un juicio de responsabilidad de Estado por actividad legítima, fundado en que la restricción en vez de ser onerosa lo fue gratuita.

¿Qué abogado se animaría a demandar hoy, en Argentina, cuando le pueden aplicar una prescripción de dos años contada a partir del dictado de la ley restrictiva?. Yo me animaría a decir si tuviera ese caso: "esa prescripción no resulta aplicable". Pero tendría que obtener una declaración judicial de inaplicabilidad lo cual no es, por cierto, fácil.

Para no repetir consideraciones que ya fueron mucho mejor expuestas en este día y medio que llevamos, solamente, a modo de titulares, haré una mención de cómo está la responsabilidad del estado en Argentina, y cuáles son sus principales características, para luego entrar a reflexionar someramente sobre algunos casos que yo considero importantes en esta materia.

En Argentina se reconoce ampliamente la responsabilidad del estado tanto por su actividad lícita como por la ilícita. También acudimos a la noción de falta de servicio y se ha desplazado, definitivamente, la noción de culpa. Se puede responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del hecho.

Hay responsabilidad del estado contractual y extracontractual, la clasificación no es tan importante, desde el punto de vista doctrinal, aunque sí lo es, por ejemplo, en lo que se refiere al plazo de prescripción. Hay un buen desarrollo de la responsabilidad del estado por omisión. En materia de responsabilidad del estado por actividades legislativas -y esto lo va a explicar el profesor Zubiaur- se acude a la noción o a la doctrina de la confianza legítima.

En cuanto al alcance de la reparación corresponde distinguir. Si es responsabilidad del estado por actividad ilegítima, la reparación es integral: se repara el daño emergente más el lucro cesante. Si es lícita, a veces se repite, sin demasiada reflexión, que solamente debe repararse el daño emergente. Eso es equivocado y los precedentes jurisprudenciales lo demuestran. Hay casos donde es responsable el estado por actividades legítimas en las cuales se indemniza el daño emergente y también el lucro cesante. Pero también hay casos en los que sólo se indemniza el daño emergente.

En Argentina estamos lejos de tener casos como el que resulta de "Francovich", referido a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de directivas del derecho comunitario. Tenemos un Mercosur con normas que emanan de sus órganos, pero no podemos plantear la responsabilidad de los Estados del Mercosur por el incumplimiento de esas normas.

En cuanto a los presupuestos, quiero decir que nosotros también utilizamos en el caso de la responsabilidad legítima: la imputabilidad, el daño cierto y la conexión causal. Y en el caso de la responsabilidad ilegítima incluimos la noción de la falta de servicio. También acudimos a la idea del "sacrificio especial" y tenemos desarrollado el tema de los estándares comunes de la vida social.

Vamos ya entonces a los casos que quiero exponer hoy. El primero es un caso de responsabilidad del Estado por actividad contractual. Supongamos que la firma Blasco Esteve S.A. se acoge a un régimen de promoción industrial para desarrollar una industria editorial en Monterrey, y para eso le dicen: "Usted va a estar allí por diez años, nos interesa que la industria editorial se desarrolle en esa área del país, va a tener desgravaciones impositivas durante ese período y va a tener reembolsos a las exportaciones que haga". Blasco Esteve S.A. tiene entonces un derecho adquirido a esos beneficios. Un día el gobierno decide quitarle a la empresa una parte de estos beneficios por no subsistir las razones de interés público que lo llevaron a concederlos. Le dejan los otros beneficios. ¿Que hace Blasco Esteve S.A. frente a un acto ilegítimo como éste? Está frente a un supuesto de responsabilidad del estado, dirá que tiene un derecho adquirido, dirá que existen todavía las razones de interés público que llevaron a la promoción industrial. Tendrá que plantear la nulidad del acto y, en su caso, los daños y perjuicios.

En Argentina, no sé aquí, puede plantear la nulidad del acto, y mientras lo discute, no le corre la prescripción. Cuando obtiene la nulidad del acto, entonces sí ya puede plantear los daños y perjuicios. Pero puede también hacerlo todo al mismo tiempo. El problema, y en esto la conexión entre responsabilidad del estado y el proceso es importante, es que el debate, no debería ser muy complicado si fuera solamente sobre la existencia o no de un derecho adquirido. Yo haría todo junto, nulidad más daños. Pretendería que se declare la nulidad y que me otorguen los reembolsos que dejé de percibir. Pero como el interés público también es un elemento del acto administrativo que va a ser debatido, tendría una complicada prueba. Será necesario debatir con el Estado si el

interés público ha desaparecido o no, y para eso voy a tener que acudir a pericias complicadas y costosas. Y antes de empezar ese pleito, voy a tener que pagar la tasa de justicia -no se aquí cuánto es- en Argentina es el 3% si estoy reclamando los daños. Por eso muchas veces se decide plantear la nulidad y pagar la tasa reducida por monto indeterminado, y luego, si la nulidad se decreta, reclamar los daños y perjuicios y, entonces ahí sí pagar la tasa de justicia relacionada con el monto.

Fijense ustedes cómo el ciudadano o la empresa que es invitada a someterse a un régimen contractual para un fin de interés público -como es promocionar a una industria determinada- se debe enfrentar frente a ciertas decisiones de la administración que la colocan en una difícil situación, y en algunos casos pueden poner en riesgo la subsistencia de la empresa.

Otro supuesto que a todos le va a resultar familiar es el que gira en torno a la seguridad en las rutas.

Imaginémonos una ruta de aquí a una ciudad del interior que no esté concesionada en cuanto al mantenimiento. La seguridad de la ruta está comprendida en la policía de seguridad, que está a cargo del estado. La ruta está perfectamente señalizada. Colisiona un auto con un animal suelto no marcado. No podemos identificar al dueño del animal. Se produce en una zona donde hay mataderos de animales y por lo tanto hay carteles, antes y después de llegar a esa zona, de uno y otro lado, donde dice "animales sueltos". No hay imprudencia de la víctima que va a la velocidad correspondiente para ese tramo.

Veamos si frente a este supuesto fáctico se configuran los presupuestos de la responsabilidad ¿Hay daño? Si es imputable, ¿qué es lo que tengo que imputar?, ¿un hecho o una omisión? Me parece que estoy más cerca de tener que reflexionar en torno a una omisión, si hay una omisión antijurídica. Para eso debo verificar si la administración tomó todas las medidas de seguridad razonables. Debe verificarse el estado del pavimento, la existencia de los carteles, que los fondos estén con los alambrados correspondientes, etcétera. Pero ¿cuánto más puede hacer el estado? No es pensable que pueda pasar un helicóptero todo el tiempo para ver si hay animales sueltos, me parece exagerado. Bueno, un caso similar fue resuelto por nuestra Corte Suprema rechazando la demanda. Un sector de la doctrina de mi país criticó la sentencia opinando que no se había ejercido en forma regular el poder de policía de seguridad en las rutas y que, por lo tanto, correspondía indemnizar. Este caso, me hizo reflexionar bastante porque no me imaginaba qué otra cosa puede hacer el estado para preservar esas rutas y, a mi modo de ver, la responsabilidad no se configuraba. Lo que me hace dudar de esta doctrina es que si la extrapolamos al tema de la seguridad pública podemos estar frente a una suerte de garantía de total eficiencia del poder de policía de seguridad pública y esto es peligroso.

Otro caso. Este es un supuesto de una revocación de una autorización para funcionar de un establecimiento comercial. Concretamente una estación de servicios (gasolinera) encima de la cual hay viviendas. Un día la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires dijo "esto es inseguro, revoco la autorización para funcionar como estación de servicio, ponga usted cocheras, ponga usted lavaderos, pero no puede funcionar como estación de servicio con tanques, porque esto genera riesgo para los que viven arriba de la estación de servicio" ¿Qué debe demandar el dueño de la estación de servicio? Es un acto legítimo, entonces será responsabilidad del estado por actividad legítima. ¿Debería repararse el daño emergente y el lucro cesante? Aquí es donde se plantea la duda, la Corte Suprema dijo "lucro cesante no" y se razona aplicando la ley de expropiaciones que, para mí, es inaplicable al caso porque es un instituto que tiene connotaciones diferentes. Me parece que durante el tiempo que este señor tarde en reinstalarse con una estación de servicio en otro lugar, vamos a suponer que tarda un año, se genera un lucro cesante resarcible. El problema se plantea si el hombre no decide reinstalarse y resuelve cesar en la actividad de estación de servicios. En este caso hay que ver cómo plantear la demanda y en todo caso creo que puede, aunque no quiera reinstalarse, dictarse una sentencia donde la indemnización contemple ese lucro cesante, como si se hubiera efectivamente reinstalado.

Otro caso interesante que se da con bastante frecuencia en Argentina es el de las obras hidráulicas que producen inundaciones en fundos o campos. Estamos frente a actividad legítima. Existe una jurisprudencia reiterada que acepta la responsabilidad del Estado por actividad legítima y condena al estado al pago del daño emergente y el lucro cesante, mientras esté inundado el campo. Esto merece una reflexión adicional. Ha habido un supuesto en que la indemnización que pagó el estado fue casi igual a la del valor del campo. El dueño del campo estaba muy contento porque sin trabajar durante cinco años - lo que tardó el retiro de las aguas - se lo indemnizó, incluso, con lucro cesante futuro. En un caso como este creo que bien hubiera podido decidirse la expropiación del bien. El estado entonces debe pagar el valor del inmueble y se queda con la propiedad. Luego puede nuevamente colocarla, devolvérsela a ese particular o a otro.

En otro caso similar la justicia teniendo en cuenta los dichos del actor de que el daño era total, resolvió indemnizar el valor del campo pero, fíjense que interesante, ordenó la transferencia del dominio a favor del estado. Se trata de un supuesto difícilmente clasificable. Es una suerte de expropiación judicial, sin base legal.

Llego a los dos últimos casos, los más interesantes. Quienes hayan estado en Buenos Aires, sabrán que desde Ezeiza hasta el centro de la ciudad hay una autopista que se construyó a finales de los 70. Los vecinos plantearon juicios por los daños y perjuicios generados por la disminución del valor de las propiedades causado por la construcción de la autopista y el consecuente deterioro urbanístico. Hubo casos en los cuales se rechazaron las demandas. No todas las circunstancias eran equiparables pero, en general, fueron acogidas. Llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual

aplicando erróneamente una norma que dice "los trabajos y las obras que, sin causar a los vecinos un perjuicio positivo o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen, simplemente, por resultado, privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios" rechazó las demandas. Para la Corte, la disminución del valor de la propiedad no significa un "perjuicio positivo". Con este equivocado criterio se dejaron sin efecto las sentencias y se privó de indemnización a todos esos propietarios que tuvieron que soportar sobre sus espaldas este "sacrificio especial" en aras al bienestar general, causado con la construcción de la autopista.

Es aquí donde se ve claramente que la aplicación de la norma del derecho civil es equivocada, está pensada para un supuesto distinto; si yo tengo un predio y de un lado está Álvaro y del otro lado está Carlos Zubiaur y ninguno de los dos construye, mi predio se valoriza porque ellos los tienen arbolados y pastizados. Mi propiedad vale, por ejemplo cien y el día que ellos decidan construir, de acuerdo a las normas urbanísticas, quizá mi casa, si pierde ese entorno, ese paisaje, valga menos. De valer cien, pasa a valer ochenta. Esta pérdida de "ventaja" no se puede equiparar a "la ventaja de 'no tener' una autopista frente a nuestra casa o al lado".

Para terminar, el caso de las que nosotros denominamos "ordenanzas de excepción", ordenanzas urbanísticas de excepción, o sea, autorizaciones para construir o edificar aquello que está prohibido por el Código de Edificación o de Planeamiento Urbano. No sé cómo será la situación en el D.F. pero me imagino. En Buenos Aires las ordenanzas de excepción, fueron en su momento, una fuente de corrupción impresionante, se cobraba un valor por metro cuadrado que se autorizaba contra las reglas. Ese dinero en vez de ir a las arcas públicas iba a los bolsillos de los funcionarios que aprobaban estas ordenanzas.

En este caso, se trataba de una ordenanza de excepción dictada en 1974 en un barrio residencial, en las afueras de Buenos Aires. En 1976 con un gobierno de facto y el 65% de la obra construida, se decide dar marcha atrás. El nuevo intendente dice: "esto viola la legalidad urbanística". La empresa Zubiaur S.A. demanda los daños y perjuicios por actividad lícita ya que le revocaron la autorización por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. La municipalidad se defiende y dice "la autorización fue ilegítima, porque supuso una violación al principio de inderogabilidad singular". La Suprema Corte de Buenos Aires que tiene la jurisdicción contencioso administrativa a su cargo, en forma originaria, consideró que la ordenanza de excepción era ilegítima y, por lo tanto, que nadie tiene derecho a daños y perjuicios provenientes de un acto ilícito, máxime si el particular sabía que el acto era ilícito.

Pero ¿podía Zubiaur S. A. saber que el acto era ilícito cuando se demostró en el expediente que había 100 ordenanzas de excepción iguales? Hoy si uno le preguntara a diez administrativistas argentinos si la ordenanza de excepción es un acto legítimo o ilegítimo, ocho dirán que es legítimo, dos que es ilegítimo. La Corte ha oscilado y dijo finalmente, que eran legítimos considerando que constituyen un privilegio pero que la

sustancia legislativa de la ordenanza permite que estos se otorguen por el Consejo Deliberante.

Si nosotros hubiéramos sido abogados de Zubiaur S.A; en 1974 cuando se dictó la ordenanza por el Consejo Deliberante, ¿nos hubiéramos atrevido a decirle al inversor "mire no invierta porque quizá un día viene un intendente con otro modo de pensar y dice 'esto conculca la legalidad urbanística' y si esto ocurre a usted no le van a indemnizar nada, porque usted ya debe saber que esto es ilegítimo" ? La verdad que esto es impensable. Cualquiera de nosotros hubiera asesorado que Zubiaur S.A bien pudo llevar adelante la obra.

Ahora bien, el hecho de que consideremos ilegítimas a las ordenanzas de excepción no significa que en todos los casos tengamos que iniciar la acción de lesividad. En mi país muchos creen que la acción de lesividad es de inexcusable ejercicio. Con ese criterio, todas las ordenanzas de excepción que permitieron construir edificios que violan la normativa urbanística tendrían que someterse a un proceso de lesividad, y demolerse los edificios. Eso es absurdo. Creo que antes de iniciar una acción de lesividad hay que hacer un juicio de oportunidad y conveniencia y la administración puede decidir no hacer la acción de lesividad y convivir con la ilegalidad.

En relación al caso de Zubiaur S.A. ocurrido en 1974 debo decir que con el pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza de hoy, los vecinos están pagando ese juicio.

Termino con un lamentable episodio ocurrido en mi país. En 1976 el gobierno militar decide cumplir con una norma del gobierno anterior que ordenaba "aniquilar la subversión" a través de un plan concreto que incluyó el asesinato clandestino de personas. Cuando vino el gobierno democrático del Presidente Alfonsín se condenó a las Juntas por los homicidios. Lamentablemente el Presidente Menem indultó a los comandantes. Mientras tanto y volviendo a la responsabilidad del estado- quienes sufrieron los daños del "terrorismo de estado" demandaron los daños y perjuicios ¿Qué instrucciones daba el Procurador del Tesoro de la Nación, máximo organismo de asesoramiento legal del estado argentino y jefe del Cuerpo de Abogados del Estado, a los abogados que defendían estas causas? Él decía "opongan la prescripción". Una inmoralidad teniendo en cuenta que era durante un gobierno democrático (Alfonsín). Los abogados de estado, yo fui abogado del estado, están preparados para defender al cliente, que es el estado, como si fuera uno más. Pero no debemos olvidar que el Estado es una persona moral y entonces es una inmoralidad la oposición de la prescripción en casos como éstos.

En Argentina todavía falta un camino por recorrer en esta materia. Creo que, sobre todo, en el terreno del alcance de la indemnización. En definitiva, y para terminar citando a nuestro querido anfitrión, Álvaro Castro Estrada, creo que reconocer o incluir en la legislación la responsabilidad del estado genera respeto y genera confianza. Estos valores agrego yo- le hacen mucha falta a nuestras administraciones. Muchas gracias.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN ARGENTINA

*Dr. Carlos Zubiaur**

I.- Del Estado de derecho y la seguridad jurídica.

La evolución del derecho administrativo está íntimamente ligada con el desarrollo y respeto del Estado de derecho, es decir con el sometimiento de la administración a la ley y la posibilidad que los jueces controlen su actuación.

Dicho sometimiento no se limita solamente a la legalidad de la actuación estatal sino que se extiende necesariamente al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione en el ejercicio de sus actividades.

De esta forma analizar la responsabilidad del Estado no es sino analizar el alcance del concepto del Estado de derecho de manera que la efectiva vigencia de dicho concepto está íntimamente ligada con la posibilidad que sea declarada su responsabilidad por los daños que pudiera haber ocasionado y que los indemnice debidamente.

Por otra parte cabe señalar que la vigencia del concepto de Estado de derecho le generará a los particulares una sensación de seguridad jurídica, siendo

* Abogado del despacho Estudios O'Farrell, en Buenos Aires, Argentina

previsible que el Estado respetará sus derechos adquiridos y que en caso de ser afectados en aras del interés de la comunidad, serán resarcidos en su justa medida.

Cuando ello no ocurra, es decir cuando los particulares se enfrenten a una situación de inseguridad jurídica, donde peligren sus derechos sea por una violación directa o por la falta de reparación de un daño derivado de la actuación estatal, se podrían generar distintas consecuencias tanto políticas (inseguridad y desconfianza) como económicas (aumento de costos y de precios) que resulta muy perjudiciales para el bienestar general.

II.- *Mecanismos para evitar la consumación del daño resarcible.*

Considerando que la existencia de un daño es uno de los presupuestos exigidos para que se configure responsabilidad estatal resulta conveniente que, independientemente del análisis que se realice respecto de sus caracteres, se establezcan mecanismos para evitar su configuración o que restrinjan sus consecuencias.

En general todos los ordenamientos positivos prevén frente a la ejecutoriedad del acto administrativo, la posibilidad que la propia administración pueda disponer la suspensión de sus efectos o, en su defecto, el Poder Judicial mediante las medidas cautelares.

En nuestro país, La Ley de Procedimientos administrativos permite disponer la suspensión del acto administrativo cuando de su ejecución derive un daño grave, entendiéndose, en general, que ello ocurrirá cuando su cumplimiento produzca mayores daños que los que podrían derivar de su suspensión.

De esta forma la propia administración puede, a fin de evitar la consumación de un daño o de menguar sus alcances, suspender los efectos de un acto, limitando de esa forma, los alcances de su responsabilidad.

Pero en la práctica, lamentablemente, la administración es reacia a disponer la suspensión de sus propios actos por lo que los particulares afectados deben ocurrir ante el Poder Judicial para solicitar una medida cautelar.

Al respecto la jurisprudencia exige no solo la alegación de un derecho verosímil (*fumus bonis iuris*) sino también la acreditación del peligro que traería aparejado el diferimiento de la resolución a la sentencia definitiva (*periculum in mora*). Pero considerando el principio de solvencia estatal (*Fiscus semper solvens*), la Administración -supuestamente- está en condiciones de reparar los daños producidos por lo que este último requisito sólo estaría configurado en aquellos casos en que el daño sea irreparable, resultando excluidos aquellos supuestos donde las consecuencias del daño sufrido pueden ser indemnizadas a posteriori.

De esta forma si bien el ordenamiento jurídico prevé distintos mecanismos a fin de evitar que los particulares deban soportar un daño derivado del accionar del Estado (especialmente cuando es ilegítimo), en la práctica ello no resulta materializado configurándose aquellas consecuencias que se pretendían evitar (existencia de un daño y deber de reparar)

Es por ello que sería conveniente flexibilizar la utilización de los mecanismos previstos para prevenir que los particulares se vean en la obligación de soportar daños derivados del accionar estatal.

III.- La responsabilidad estatal derivada de la actividad normativa.

Uno de los ámbitos de responsabilidad estatal es la actividad normativa, es decir la derivada de la conducta seguida cuando el Estado actúa en su carácter de emisor de pautas reguladoras de conductas, generales, abstractas y obligatorias para la población sea ejercida tanto por el órgano constituyente, el legislativo, o la propia administración.

Nos interesa formular algunas reflexiones respecto a las consecuencias derivadas de las normas dictadas en forma lícita por el Estado mediante las cuales a fin de obtener un beneficio a la sociedad, regula, limita o restringe los derechos individuales. De esta forma cabe señalar que quedan al margen de los supuestos de responsabilidad aquellas normas que no restringen ni limitan los derechos individuales sino que los amplían. Así cabe señalar que si la norma considera como ilícito una actividad que antes era lícita generará un supuesto de responsabilidad pero si, por el contrario, permite la realización de una actividad que antes vedaba, no será reclamable ninguna indemnización.

A fin de distinguir los distintos supuestos mencionados comenzaremos por ejemplificar cada uno de ellos:

- Normas constitucionales: El art. 15 de la Constitución establece: “ En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libre desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración...”
- Normas con jerarquía de ley: Aquellas que establecen que determinada actividad deberá ser prestada bajo un sistema de monopolio estatal (en general es lo que ha ocurrido al establecerse la “*publicatio*” de los servicios públicos); las que prohíben fabricar o vender ciertos productos.



- Normas dictadas por el administrador (reglamentos): Prohibición de importar mercaderías a fin de equilibrar la balanza comercial; establecimientos de pautas cambiarias, devaluación de la moneda, fijación de precios.

Con el objeto de considerar la existencia de un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita la doctrina y la jurisprudencia es unánime en considerar imprescindible la existencia de (i) un daño cierto, real, actual y apreciable en dinero; (ii) la imputación jurídica del daño a una conducta al propio Estado y (iii) la relación de causalidad entre el daño padecido por el particular la conducta estatal.

En relación al tipo de responsabilidad analizado cabe señalar que la caracterización del daño, con las salvedades que luego expondremos, y de la imputabilidad no requieren de la configuración de características especiales siendo aplicables las que en general se detallan en la Teoría General de la Responsabilidad Estatal.

Diferente es el caso del requisito de la relación de causalidad respecto del cual se ha señalado la necesidad que se configure como una relación directa y exclusiva de forma tal que de la norma dictada se siga en forma inmediata la consumación del perjuicio reclamado. Así, conforme ha sostenido la Corte Suprema para ser viable el reclamo de indemnización deberá demostrarse una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto entre la conducta impugnada y el perjuicio sin intervención estréno que influya en el nexo causal.

Además de los clásicos requisitos antes mencionados, en relación con este supuesto específico de responsabilidad estatal debe señalarse que la jurisprudencia exige la configuración de lo que llamamos un sacrificio especial y la inexistencia de un deber de soportar el daño sufrido.

Así, para que exista responsabilidad estatal derivada del dictado de una norma, el sujeto perjudicado deberá encontrarse frente a una situación diferenciada del resto de la comunidad, configurándose un sacrificio especial; la mera existencia de un daño, si éste es generalizado a todos los habitantes no resulta causal de responsabilidad.

De esta forma partiendo del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas se ha señalado que si el Estado dicta una norma que, a fin de lograr un beneficio para toda la comunidad, afecta en forma directa y exclusiva a un particular, éste tiene derecho a la reparación de dicho perjuicio o daño.

Resulta, entonces, necesario determinar qué requisitos debe tener dicha situación diferenciadora para generar un daño que sea considerado un sacrificio especial y que, por tal motivo, resulte resarcible.



Si el damnificado resulta ser un único integrante de la comunidad o un grupo perfectamente determinado la respuesta resulta indubitable, pero diferente es la cuestión si los afectados constituyen, por su cantidad, un grupo importante de personas o si éstos no resultan determinables.

Al respecto la Corte Suprema ha señalado dos principios rectores para determinar la existencia de un sacrificio especial, uno cuantitativo y otro de índole material u objetivo.

La primera de dichas pautas fue establecida con motivo de una causa donde un particular reclamaba la indemnización de los daños producidos por la modificación realizada por el Estado de una pauta cambiaria, luego que dicho particular hubiese consolidado su deuda en dólares en razón de serle conveniente dado la existencia de una sobrevaluación de la moneda nacional.

En esa ocasión dicho tribunal señaló que la modificación de la paridad cambiaría origina un beneficio para algunos deudores y perjuicios para otros, según la moneda en que estén obligados. Pretender que todos resulten beneficiados (los que estaban en moneda nacional por esa misma circunstancia y los que se habían pasado a dólares por la indemnización que debería pagarles el Estado) es utópico, incoherente desde el punto de vista práctico e impracticable del económico.

Por otra parte, la Corte a fin de resolver un reclamo de responsabilidad estatal, ha exigido como pauta material y objetiva la existencia de una situación jurídicamente protegida para que exista un deber de indemnizar los daños protegidos.

En este sentido frente a un reclamo formulado por un particular que se consideró afectado porque el Banco Central dejó sin efecto un sistema pautado de cotización del dólar, la Corte Suprema señaló que los requisitos de la responsabilidad no bastan por sí solos para que sea procedente la indemnización ya que aún cuando exista un menoscabo frente a la preeminencia del interés público corresponde examinar si se configuran un dato a una situación jurídica protegido. Es decir que en el caso planteado dicho tribunal debió valorar si el particular contaba con un derecho adquirido al mantenimiento de esa pauta cambiaria.

Al respecto sostuvo que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de una pauta cambiaria por lo que aún cuando el particular hubiera sufrido un daño cierto y directo no es reparable porque la lesión cuya reparación era reclamada no afectaba un interés protegido por el derecho.

Por otra parte sostuvo que el anuncio de la administración en el sentido de que mantendría cierta paridad cambiaria durante un determinado tiempo no tiene otro alcance que el de una expresión de una voluntad de mantener cierta cotización en ciertas condiciones de mercado. Pero ello no significó el establecimiento de un derecho o de una protección jurídica ni implicó la posibilidad de trasladar al Estado, que dictó



el programa cambiario, el riesgo de emprendimientos comerciales o financieros que involucraban obligaciones en moneda extranjera.

De esta forma la Corte ha sostenido que a fin de que exista un derecho a ser resarcido de las consecuencias de la actividad normativa del Estado debe existir un perjuicio a una situación jurídicamente protegida, caso contrario rige el principio que establece que nadie tiene derecho al mantenimiento de la vigencia de las normas, y que la cantidad de afectados sea suficientemente reducida para que el resto de la comunidad pueda soportar el costo económico de su reparación.

Además se ha señalado que el particular no debe tener jurídicamente el deber de soportar el daño y no existan causas de justificación que hagan legítimo el perjuicio causado.

IV.- Conclusiones

A modo de conclusión de lo aquí expuesto cabe señalar:

1. La falta de reconocimiento de la responsabilidad estatal cuando de su accionar se deriva un daño afecta tanto al Estado de derecho como a la seguridad jurídica y puede generar distintas consecuencias perjudiciales;
2. Especialmente en lo que se refiere a la actividad ilícita del Estado, deberá procurarse una mayor flexibilidad en la aplicación de mecanismos destinados a fin de evitar la consumación de daños derivados de la conducta estatal;
3. El Estado puede ser responsable por el ejercicio de su actividad normativa.

MESA REDONDA CATEDRÁTICOS Y DIRECTORES DE INSTITUCIONES ACADÉMICAS

*Moderador: Dr. Hugo Ítalo
Morales Saldaña**

*Lic. Mario A. Becerra Pocoroba***

No es difícil evaluar la importancia de este Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado que ha sido convocado por el Instituto Nacional de Administración Pública. Al contrario, resulta sumamente impactante conocer, por una parte, los avances que otros países han logrado en esta delicada y trascendental materia, y comprobar, por otra, el atraso que México ha padecido y que afortunadamente, parece estar ya superando, en buena medida, gracias a los esfuerzos de los estudiosos del derecho que se han empeñado meritoriamente a lograr que en nuestro país sea exigible la indiscutible responsabilidad del Estado, respecto del daño patrimonial que cause en el ejercicio de su acción administrativa.

Es notable también que dicho esfuerzo forme parte de un gran movimiento jurídico mexicano, representado por jóvenes juristas, en quienes con satisfacción vemos interés por el derecho, pero también, compromiso sensible y visible con la justicia.

* Rector de la Escuela Libre de Derecho

** Jefe de la División de Posgrado de la Facultad de Derecho

Por esta razón, y como un estímulo a la destacada labor que nuestros juristas están realizando, me honro en participar en esta Mesa Redonda. Estimo imprescindible que en el debate nacional que seguramente provocará la interesante iniciativa de Reforma Constitucional para incorporar como una nueva garantía la posibilidad de que el particular afectado obtenga una indemnización por parte del Estado cuando aquel reciba un daño en su patrimonio, participen las universidades y escuelas de derecho, instituciones que, por una parte podrán aportar elementos adicionales a los análisis que se realicen en otros foros y que podrán ser tomados en cuenta por el constituyente permanente, y por otra, no menos importante, que los impulsores de esta trascendental reforma encuentren en sus instituciones de origen, apoyo, reconocimiento y un espacio para la difusión de sus ideas y de sus trabajos.

Asistimos, estoy seguro, al nacimiento de un nuevo concepto de jurista. Al acercarse el año 2000, la sociedad exige una respuesta pronta y eficaz a problemas viejos y jamás resueltos; la sociedad exige también imaginación creadora en las propuestas que necesariamente tendrán que ofrecerse para atender con celeridad los retos que no solo el futuro, sino el presente ya está planteando. El tema específico de la responsabilidad patrimonial del Estado es uno de ellos.

Sorprende escuchar como el tema, conocido desde los primeros momentos en que los estados modernos se fundan, es olvidado debido a la incapacidad de afrontar el riesgo de la acción administrativa sin control y con el particular a merced de decisiones arbitrarias. Más de doscientos años de experiencia estatal en occidente, con un sistema incapaz de asumir la posibilidad de resarcir a los ciudadanos cuando estos fueran afectados, ha obtenido por parte de la nueva generación de estudiosos del derecho mexicano, una respuesta y una estrategia de solución, que combina pericia técnica, conocimientos jurídicos y un muy destacable espíritu de justicia, que enaltece a la profesión del abogado y que permite avizorar un futuro promisorio en el que los ideales que dieron vida a nuestra nación se harán por fin efectivos para beneficio de todos, aún del mismo Estado, que al verse compelido a actuar con mayor responsabilidad, mejorará sus sistemas administrativos y el ejercicio de su acción en el ámbito de la sociedad.

Hemos escuchado con interés, tanto el día de ayer como hoy, importantes testimonios de las diversas y ricas posibilidades de solución que se han intentado en países hermanos, como España, Colombia y Argentina. Estas noticias enriquecen sin duda el debate nacional a través del análisis comparado, elementos de suma utilidad para definir las instituciones necesarias para mejorar nuestro sistema jurídico. Hoy, afortunadamente, la experiencia de otros países, en el caso que nos congrega, sirve de un aliciente adicional para que nuestros legisladores, que ya conocen y se hallan sensibles a esta problemática - muestra de ello su participación en este Seminario - consoliden sus posiciones y concreten sus puntos de vista para incorporar a nuestra Carta Magna esa garantía que sin duda fortalecerá, el Estado de derecho en que queremos vivir los mexicanos.

Hemos presenciado también, en voz de expertos, la evolución de las intenciones y de los fracasos, de las posibilidades y de los retrocesos que en México ha sufrido la responsabilidad patrimonial del Estado.

En consecuencia, parece indiscutible la bondad de la reforma en estudio, al perseguir el establecimiento expreso de una nueva garantía constitucional que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos con respecto del Estado, al tiempo que establece la obligación correlativa de este a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad cause en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía. Estamos ciertos de que de aprobarse la reforma constitucional propuesta, podrá desarrollarse más adelante, a través de diversas leyes reglamentarias de la materia, un sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado dotando de una inédita seguridad jurídica a los gobernados. Como Rector de la Escuela Libre de Derecho, una de las instituciones de enseñanza del derecho que forman abogados comprometidos con México, considero necesario extender un reconocimiento a los abogados que han hecho posible este avance indudable que hace más efectiva y mucho más cercana la idea de la justicia, a veces tan difusa y etérea, sobre todo cuando se refiere a esa inimaginable confrontación entre el individuo que reclama al Estado el daño que le ha ocasionado.

Esto, que fue el sueño dorado de los pioneros del derecho constitucional, de quienes concibieron a las constituciones como una norma jurídica que señalaría expresamente los límites del poder público, que fijaría claramente la competencia y las facultades de los órganos de la administración pública, que señalaría enfáticamente los derechos que el Estado no puede arbitrariamente violar ni conculcar, se hace realidad hoy mediante esta iniciativa.

¿Fue necesario esperar al fin del milenio para que el Estado aceptara discutir su propia responsabilidad frente a los particulares? ¿O más bien esta discusión es fruto del empeño y de la tesonera labor que los juristas han venido realizando en los últimos tiempos, cuando un aire refrescante de libertad y de creatividad se ha dejado sentir en la ciencia del derecho?

La lucha por el derecho, frase que recuerda a Von Ihering, es absolutamente exacta y aplicable en este caso. Estamos frente a un acontecimiento jurídico que demostrará su conveniencia por los evidentes tintes garantistas que la sustentan. Y lo debemos, lo creo sinceramente, a los profesionales del derecho que con su dedicación, estudio e imaginación audaz, cumplen efectivamente con el ideal de hombre al que aspiramos todos aquellos que ejercemos la docencia y que estamos preocupados por formar a mejores abogados y hombres de bien.

Quiero reconocer públicamente que este paso tan grande que el derecho mexicano está a punto de dar, se debe en mucho a la iniciativa, prestancia, acuciosidad e inteligencia de un destacado jurista mexicano, el Doctor en Derecho Álvaro Castro Estrada.

Me complace reconocer en él a uno de los más distinguidos representantes de la nueva generación de juristas que unen a sus sólidos conocimientos, una profunda capacidad de estudio y de análisis, en perfecta combinación con la realidad social a la que desean mejorar, porqué no decirlo, con espíritu justiciero.

Juristas como el Doctor Castro Estrada, honran al foro mexicano y permiten augurar un futuro mucho más promisorio para la ciencia del derecho en México.

Porque su ejemplo debe propagarse. Creo que es importante que las instituciones educativas, donde estudian los abogados y juristas del mañana, deben alentar a los jóvenes que despiertan con curiosidad a la vida del derecho, y que se plantean interrogantes cuyas respuestas muchas veces se quedan en el amargo recuerdo de la incapacidad de las universidades y escuelas que no ofrecieron el espacio y los medios necesarios para canalizar las inquietudes y escalar hacia nuevos horizontes, muchas veces por desprecio hacia las ideas juveniles y otras por la simple rutina de seguir al pie de la letra los viejos manuales y textos escolares.

Con orgullo, me pregunto qué sería de esta idea de la incorporación de la garantía de la responsabilidad patrimonial del Estado, si Álvaro Castro Estrada no hubiese perseverado en la ilusión de responder al reto que planteó en una conferencia en la Escuela Libre de Derecho el eminente jurista Antonio Carrillo Flores. Quizá ese sea el mayor reto que enfrentan las instituciones educativas: preparar a sus alumnos para que sean capaces, no de ejercer simplemente una profesión, sino de hacerla avanzar para bien de todos.

Por eso, considero de enorme importancia que la discusión y el debate de este tema, debe ampliarse a los foros académicos y escolares. Debemos llevar a nuestras universidades y escuelas de derecho los pormenores de esta importante transformación de nuestro orden jurídico. Si estamos convencidos de que el estado de derecho implica no solo la existencia de leyes, sino también que su contenido se apegue cada vez más a la justicia, ¿qué mejor oportunidad para mostrar a nuestros alumnos que si es posible acceder a ella?

Estamos frente a un cambio que dará mucho de que hablar. El impacto social y económico será muy grande, pero más lo será el impacto en la cultura cívica y en la mentalidad del gobernante y del gobernado. Creo firmemente que se avecina una interesante etapa de la evolución del derecho en México, que responde efectivamente a un anhelo de justicia que seguramente soñaron los fundadores de nuestra patria y que solo hasta ahora, cuando asumimos todos la conciencia de nuestra madurez como nación, podremos alcanzar.



Lic. Loretta Ortiz Ahlf*

Después de escuchar a los profesores invitados, todas las experiencias que se tienen en otros países en torno al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, vino a mi mente, por defecto, la trayectoria del tema de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, por esta razón es indispensable una reforma constitucional como la que se está planteando al artículo 113 constitucional y también al Título Cuarto de nuestra Constitución.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas formula las siguientes preguntas vinculadas con el tema de la responsabilidad del Estado: ¿responsabilidad objetiva o culpa?, ¿quién debe ser el principal objeto de protección?, ¿indemnización global o parcial?

Sería increíble que entraran en vigor instrumentos internacionales sobre la materia y que México se obligara a cubrir una indemnización originada por una responsabilidad por daños transfronterizos ocasionados a víctimas del otro lado de nuestras fronteras o en otros países y que en nuestro país no tengamos incorporada la responsabilidad del Estado por daños a nuestros nacionales.

Ante las preguntas señaladas por el Dr. Álvaro Castro Estrada en su obra, con el fin de regular de manera acertada la responsabilidad patrimonial del Estado, cabe comentar:

¿Responsabilidad directa o subsidiaria? Coincido con el Dr. Álvaro Castro en el sentido de que deberíamos, en aras a proteger a los particulares, a la víctimas, contemplar una responsabilidad directa del Estado; los tiempos actuales no nos permiten seguir con la línea de la responsabilidad subsidiaria y tener el temor de que el erario no tenga los recursos necesarios para hacer frente a una responsabilidad directa.

¿Cobertura general o la existencia de zonas de inmunidad? El Dr. Castro en su obra señala la posibilidad de una zona de inmunidad, la relativa a la responsabilidad de los médicos. Cabría preguntarse ¿cuáles serían los criterios para determinar estas zonas de inmunidad?, ¿por qué la responsabilidad por daños médicos?, ¿cuáles serían los criterios que nos orientarían para determinar estas zonas de inmunidad?

* Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana



¿Una indemnización global o equivalente? Las pautas para determinar el monto de la indemnización deberían partir de la naturaleza del acto o hecho del Estado que origina el daño, si la actividad es ilícita la indemnización deberá ser global o integral, en cambio si es lícita pero ocasiona daños, deberá cubrirse una indemnización equivalente a los daños y perjuicios causados.

Otra cuestión sumamente interesante es la relativa a la determinación del tribunal competente y ley aplicable para el caso de daños que ocurrieran en diversas entidades federativas o bien cuando los puntos de contacto permiten aplicar leyes de diversas entidades federativas y resulten competentes diversos tribunales, para resolver dichos problemas, asegurando la regulación de la materia de responsabilidad patrimonial del Estado a las entidades federativas, bastaría con establecer normas ius-privatistas en virtud de las cuales ante la posibilidad de que resultaran diversos tribunales competentes, la víctima eligiera dentro de ellos. La determinación de la ley aplicable podría regularse de conformidad con el principio de la *lex fori*.

Finalmente, una última cuestión es la relativa a los mecanismos de solución de controversias, debería contemplarse al lado de la vía judicial, el acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje y la mediación. Ante la carga de trabajo de los tribunales, el arbitraje y la mediación han demostrado grandes bondades en nuestro sistema jurídico.

*Dr. Jorge Fernández Ruiz**

Buenas tardes a todos, el Doctor Hugo Ítalo Morales tuvo a bien designarme sinodal propietario en el jurado a cuyo cargo estuvo el examen doctoral de don Álvaro Castro Estrada; gracias a ello tuve la oportunidad de conocer su espléndido alegato sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, que conformó su tesis doctoral acerca de la cual no sólo emití mi voto razonado en sentido aprobatorio sino con una muy amplia y extensa felicitación, dada la calidad del trabajo presentado, por lo que me permití sugerir y recomendar la publicación de dicho trabajo. Por tanto, soy un convencido de los puntos doctrinales que el Doctor Álvaro Castro Estrada sostiene en el libro en que se convirtió su investigación doctoral, publicado por Editorial Porrúa y que, en mi opinión, es el documento más importante sobre este tema, que se ha producido en México.

Considero propicia la ocasión para proponer que para toda reforma constitucional se siga un procedimiento que permita verificar su necesidad, su conveniencia y su oportunidad, de esta suerte, sería recomendable que se comprobaran los siguientes supuestos: primero, si para atender el problema planteado ¿es indispensable hacer algo?; segundo, ¿cuáles son las alternativas?; tercero, ¿debe actuar la Federación?; cuarto, ¿debe reformarse la Constitución? o simplemente elaborarse una ley; quinto, ¿es oportuno hacerlo ahora?; sexto, ¿es adecuado que la reforma tenga la amplitud prevista?; séptimo, ¿se identifica la reforma con el sentir ciudadano?, octavo, ¿es comprensible la regulación prevista?, noveno, ¿es practicable dicha regulación?, y, décimo, ¿es adecuada la relación de costo-beneficio? Estos cuestionamientos, me parece que deberían plantearse para toda reforma constitucional a fin de evitar reformas al vapor o sin el debido análisis, como en la historia de nuestro derecho constitucional ha ocurrido en repetidas ocasiones.

Desde mi personal punto de vista, la reforma constitucional propuesta por el doctor Álvaro Castro Estrada, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado es conveniente, porque contesta positiva y favorablemente los cuestionamientos que he propuesto; pero al margen de ello me parece muy importante que la reforma, en su caso, se vincule con una serie de dispositivos o mecanismos que aseguren y garanticen, en la práctica, los objetivos de la misma reforma; en este caso, asegurar que existan los recursos necesarios para que el Estado pueda afrontar su obligación, pues ya veíamos cómo en la historia de la responsabilidad del Estado, cuando ésta fue exclusivamente subsidia-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

ria, después de un largo peregrinar a través de procedimientos judiciales, el ganador de una controversia con el Estado acerca de su responsabilidad se encontraba con la dura realidad de que no existían recursos asignados en el presupuesto para poderle pagar y con esto concluía su peregrinar, era un intento finalmente frustrado.

La reforma reciente al paquete de leyes que afecta a la responsabilidad patrimonial del Estado representa un avance significativo, pues incluye ya, en el artículo segundo de la Ley del Presupuesto de Contabilidad y Gasto Público Federal, una situación que previene la existencia de una partida presupuestal para tales efectos, sin embargo, qué tan amplia puede ser dicha partida. A este respecto debería de meditarse si es justo, si es equitativo que esta responsabilidad se afronte con recursos fiscales, ¿es equitativo que todos los causantes contribuyamos? ¿es justo que se dejen de realizar obras de beneficio social para afrontar la responsabilidad patrimonial del Estado?, ¿que no habrá otros mecanismos que permitan que se afronte esta responsabilidad sin afectar los recursos fiscales?, especialmente en un país como el nuestro en el que se produce una gran evasión fiscal y que los causantes cautivos cada día soporten mayor tributación, yo creo que debiera pensarse en una situación que no tocara los recursos fiscales para hacer frente a esta responsabilidad patrimonial del Estado.

Pudiera pensarse, por ejemplo, en la constitución de un fondo al que obligatoriamente debieran aportar los servidores públicos, un porcentaje determinado de su sueldo debiera dedicarse a la constitución de este fondo, esta pudiera ser una solución, así como se ha creado un fondo para afrontar la responsabilidad respecto del Estado, que constituyen los empleados de Hacienda, de la Tesorería, de acuerdo con la Ley del Servicio de Tesorería en vigor, así también pudiera constituirse en un fondo semejante, para cubrir las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad del Estado.

De tal suerte, el fondo de referencia vendría a operar como un seguro para los servidores públicos, en caso de que incurriesen en responsabilidad por su actuación, estaría cubierta con el importe de este fondo, o directamente pensar en un seguro cuyas cuotas debieran ser cubiertas por los propios servidores públicos, o finalmente en un esquema mixto, en el que, con el producto del fondo constituido por los servidores públicos se pagase un seguro para tales efectos.

En fin, los mecanismos pueden ser diversos, lo que es importante es pensar en soluciones alternas que no vengán a gravar los recursos fiscales, de por sí exigüos, de por sí insuficientes para atender las necesidades del Estado y las necesidades sociales, creo que no sería justo que se distrajeran recursos fiscales para afrontar el pago de la responsabilidad patrimonial del Estado; en cambio, los servidores públicos están en el riesgo de incurrir en acciones que finalmente desemboquen en la responsabilidad patrimonial del Estado y de que, éste repita contra de ellos, de suerte que se verían beneficiados al evitarse un grave riesgo patrimonial en su actividad, y de esta manera se podría solventar la responsabilidad patrimonial del Estado sin afectar los recursos fiscales.

Por otra parte, sería necesario pensar en la adopción de mecanismos para que esta medida no generase impunidad, es decir, para que no con esto el servidor público culpable, el servidor público que dolosamente realice una actividad que origine el pago de una indemnización para el particular dañado, pueda decir "ya tengo mi seguro, ya voy a quedar en la impunidad; no, esto no quitaría todo tipo de responsabilidad y de sanciones, pues subsistiría, por ejemplo, la responsabilidad penal y la responsabilidad política que, por el mismo hecho, pueda producirse, por lo que no habría obstáculo para la imposición de sanciones penales y administrativas.

Si no tenemos mecanismos y dispositivos que, efectivamente, conduzcan a la plena vigencia de una reforma en este sentido, entonces, vendríamos a incrementar el catálogo de derechos subjetivos de los gobernados que, para millones de mexicanos, no es sino un catálogo de utopías, un catálogo de deseos; como es para millones de mexicanos el derecho al trabajo, millones de desempleados en México piensan que esto no es más que una utopía; como para otros muchos viene a ser el derecho a la vivienda digna; como para otros muchos viene a ser el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social.

Si encontramos mecanismos y dispositivos realmente practicables, fácilmente utilizables, entonces estaremos acercando a la vigencia plena la realidad de la norma jurídica. Muchas gracias

Mtro. Gonzalo Moctezuma Barragán*

He revisado con mucho interés los argumentos de soporte así como la propuesta de reformas constitucionales que plantea la incorporación de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado al nivel de nuestra Constitución Política, que prevé la necesidad de la expedición de una ley *ex professo*.

A este momento, se han presentado muchos comentarios a favor y en contra de las propuestas de adición, es por ello que con la finalidad de nutrir el debate sobre el tema, considero importante explicarles algunas dudas que se me presentan en torno a un campo de mi vida profesional que se relaciona directamente con las propuestas que analizamos.

Es precisamente en el campo del derecho de la salud en el cual los servicios públicos se traducen fundamentalmente en prestación de servicios profesionales, vinculados con la vida, la integridad y el bienestar de la población. Efectivamente, los médicos, residentes y enfermeras, entre otros profesionistas y auxiliares, son considerados servidores públicos y como tales, actúan en nombre del Estado.

La prestación de servicios de salud conlleva la posibilidad de que se causen daños y perjuicios a particulares, receptores de los servicios, que pueden darse, como sucede en la gran mayoría de los casos, sin que medie dolo o culpa producida por negligencia o impericia, aunque estos casos también se presentan en ocasiones y constituyen la conocida "mala práctica médica".

Los médicos y sus auxiliares al desarrollar el ejercicio de su profesión, por la cual también son responsables por la vía civil y penal, no dejan de ser considerados servidores públicos, y por ende, si ocasionan lesiones o daños de cualquier índole a sus pacientes, el Estado se convierte también en responsable de la reparación del daño y sus eventuales perjuicios.

Es un hecho que la mayor parte de la fuerza laboral de las instituciones públicas de salud radica en los médicos residentes, que son estudiantes en periodo de adiestramiento y que se encuentran bajo la supervisión de médicos adscritos a la institución correspondiente. Estos estudiantes son en realidad médicos realizando su especialización y desarrollan sus actividades en las condiciones y con los medios que se encuentran disponibles en las instituciones médicas respectivas.

* Abogado general de la Universidad Nacional Autónoma de México

Estos prestadores de servicios, como consecuencia de su ejercicio profesional, se encuentran expuestos a importantes reclamaciones en cuanto a su actuación, en ocasiones fundadas, pero en la mayoría no. De ahí que tengan que afrontar denuncias del corte penal por presuntos delitos cometidos en contra de sus pacientes, como lo son las lesiones y el homicidio culposo. En caso de que se determine su responsabilidad tendrán la obligación de reparar el daño causado, con la posibilidad de verse incluso impedidos por resolución judicial a desarrollar su profesión, como consecuencia de la responsabilidad profesional, de la que también pueden ser sujetos como consecuencia.

Sin embargo, no es ésta la única vía jurídica que tienen que afrontar: también son objeto de demandas de carácter civil por responsabilidad profesional, por responsabilidad objetiva e incluso por daño moral, que conllevan la reparación del daño y la indemnización por perjuicios.

Asimismo, se encuentra la vía administrativa traducida en procedimientos disciplinarios en su contra, motivados por quejas, denuncias o como consecuencia de auditorías; también se encuentra la queja o denuncia ante las Comisiones Nacional de Derechos Humanos y las locales, que frecuentemente determinan la presunta responsabilidad de los servidores públicos, concretamente en el campo médico y recomiendan la reparación del daño, como se ha venido haciendo.

Más recientemente, con la integración de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, en la amigable composición que ésta promueve en ocasiones se transige entre médicos y pacientes en lo que podría constituir una reparación del daño, con lo cual se evita, y este es precisamente el sentido de su constitución, que los médicos se vean inmersos en procedimientos jurisdiccionales.

Como puede apreciarse, así como se ha ilustrado a lo largo de este Seminario, en la mayoría de las vías jurídicas que se encuentran expeditas, de quien se exige la responsabilidad es precisamente del propio prestador de servicios, en su calidad de profesional de la salud y de servidor público, porque ante los ojos de los pacientes y sus familiares son los médicos y sus auxiliares de quienes se puede exigir tal responsabilidad.

No obstante, como ustedes saben, el Estado no puede soslayar su obligación patrimonial, reconocida de manera expresa en nuestro Código Civil desde su expedición en el año de 1928; no por coincidencia fue el artículo del mismo número el que por muchos años (hasta 1994 en que se recorrió al 1927) establecía la responsabilidad expresa del Estado para afrontar la reparación de los daños y perjuicios que causen sus trabajadores y funcionarios.

No estoy hablando de letra muerta, conozco diversos casos en los que, por la vía civil, se ha exigido de las instituciones públicas, de manera directa, la reparación del daño y los perjuicios causados como consecuencia de la prestación de servicios médicos. En estos casos lo que ha sucedido es que cuando se presentan sentencias favorables a los particulares, los abogados de las instituciones frecuentemente recomiendan, dado que por regla general no existe disponibilidad presupuestal para afrontarlo, dejar de cumplir voluntariamente con las sentencias condenatorias, invocando en favor de las instituciones lo señalado en el artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Civiles, que en la realidad práctica restringe la posibilidad de ejecutar sentencias en contra de la administración pública. Para esos efectos, generalmente se hace uso de todos los medios jurídicos de defensa disponibles, aun los improcedentes, para evitar que la institución tenga que cubrir demandas millonarias por reparación de daños y perjuicios, incluido el daño moral. No obstante, conozco casos en los que la institución pública demandada reconociendo la responsabilidad institucional negoció con los reclamantes el monto y pagó las indemnizaciones correspondientes.

Como ha quedado ilustrado, existen a la fecha diversas vías para reclamar la responsabilidad de servidores públicos y también del Estado, las cuales no son excluyentes. Esta es la razón que me hace cuestionar, en torno a la propuesta de adición constitucional, si se piensa que la nueva vía administrativa que se propone operará en lugar de las existentes o bien, será una mas que se integre al abanico de opciones.

Como ciudadano, considero que todos los mexicanos reclamaríamos más activamente la responsabilidad patrimonial del Estado si existieran medios, jurídicos o no, simplificados, oportunos y ágiles que permitieran obtener el resarcimiento del daño y de los perjuicios que el Estado nos ocasionara, de ahí que debemos dar la bienvenida a la propuesta que en esta ocasión nos reúne.

Con la propuesta parece que estamos frente a una nueva migración del derecho civil, como ha venido sucediendo a lo largo de la historia jurídica de nuestro país; saldrá del viejo código, buscando la especialización, certeza y agilidad, la figura de la responsabilidad del Estado con un nuevo contexto; pasará seguramente de un esquema jurisdiccional, como lo es, a uno administrativo en el que las indemnizaciones se fijen probablemente por la propia autoridad con base en las pretensiones de los propios particulares afectados y en los elementos probatorios necesarios, y en caso de desacuerdo tendrá que llevarse el asunto a una vía contenciosa administrativa, tal como se visualiza.

Sin embargo, pienso que debe reflexionarse respecto de la plena jurisdicción de que gozan los tribunales judiciales y la ausencia de ésta en los de corte administrativo, que tienen competencia limitada y ausencia de *imperium* para hacer valer sus resoluciones. Quisiera saber ¿qué se ha pensado en torno a esto para la propuesta?

Por su parte, al asumir el Estado toda la responsabilidad patrimonial como se plantea en la exposición de motivos de la iniciativa del PRI, seguramente se dará mucha

celeridad al pago de indemnizaciones, pero el Estado afrontará otro problema, quizás más serio: En el caso de que haya mediado dolo o negligencia en la conducta del servidor público, seguramente se dispondrá en la ley ordinaria la obligación para el Estado de recuperar de sus servidores públicos responsables del daño los montos que el propio Estado haya cubierto a los particulares.

Con esto, el Estado se convertiría en acreedor de sus empleados, probablemente por montos altos que no puedan cubrirse fácilmente y al cabo de los años, se puede prever la acumulación de deudores. Deberá entonces reflexionarse en torno a la eventual necesidad de que se contraten por el Estado seguros globales de responsabilidad civil para los servidores públicos, o bien, pensar si éstos podrán, o deberán, contratar este tipo de seguros directamente. La pregunta obligada es entonces, si se buscará una mejoría salarial para que los servidores públicos puedan asumir este nivel de responsabilidad.

Ahora bien, en las conductas que no sean negligentes o dolosas, ni ilícitas y que causen daños a particulares, seguramente no se repetirá en contra de los servidores públicos, pero ¿quién lo valorará y cómo?

¿Tendrá que ejercitarse el procedimiento disciplinario en todos los casos para determinar si hubo negligencia, dolo o no y de esa forma saber si el Estado deberá de repetir en contra del servidor público o no?

Quizás una alternativa en el campo de la prestación de servicios de atención médica podría ser que la CONAMED lo determinara, para limitar la existencia de actos discrecionales.

Otro problema que visualizo radica en analizar quién y cómo se fijarán las indemnizaciones. Si es una vía administrativa la que se propone, como me parece, seguramente se piensa que será la propia autoridad ejecutora del acto dañino la que conozca del procedimiento de reclamación, reciba elementos de procedencia y cuantificación, y proceda a determinar los montos de la indemnización y forma de pago.

En este mismo sentido, tal como se precisa en la exposición de motivos, la iniciativa se ha basado en un principio de *ponderación* al indicar que "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*, con lo cual se busca equilibrar o cuando menos favorecer el equilibrio respecto del pago de indemnizaciones a los particulares que hayan sido afectados a su patrimonio".

Asimismo, en la citada exposición de motivos se argumenta que la diferenciación en las indemnizaciones se debe al reconocimiento de restricciones presupuestales generales, siendo preferible "concentrar las indemnizaciones más completas para quienes menores ingresos tienen", siendo deseable otorgar indemnizaciones integrales para todos, lo cual refleja aceptables principios de justicia distributiva pero que, en mi

opinión, no son permisibles en figuras jurídicas de tipo resarcitorio como la que nos ocupa, que está relacionada con el binomio “daño y reparación”.

Como litigante, me parece inaceptable que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial para el Estado vayan a ser “filtradas” bajo argumentos de tipo presupuestal, aunque sería interesante explorar este argumento como un buen criterio a utilizar por el Estado al momento en que requiera repetir en contra de sus servidores públicos. Así, el funcionario o empleado responsable que menos recursos tenga, deberá cubrir un monto de recuperación menor y el servidor público de mayores recursos uno superior, más acorde con el daño causado.

Finalmente, los invito a reflexionar en torno a la idea económica en que se basa la iniciativa, al reflejar únicamente la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria, soslayando la posibilidad de que el Estado repare, de manera directa, los daños causados volviendo las cosas al estado anterior al daño producido, y sólo de ser esto imposible, o a elección de la persona dañada, se conceda una indemnización, como lo visualiza el Dr. Alvaro Castro en su libro al explicar el concepto de responsabilidad y su clasificación, atento al espíritu del artículo 1915 del Código Civil.¹ De esta manera, podría pensarse en la prestación gratuita de servicios, la reparación en talleres gubernamentales o subrogados, la sustitución de bienes por otros de propiedad del Estado, la rehabilitación en las instituciones de salud públicas, o cualquier otra forma que la imaginación y el Derecho permitan.

Al hacer referencia a este precepto jurídico, me viene a la mente la forma en que se da la reparación del daño que se cause a los particulares en sus personas o bien, que produzcan la muerte, que se relaciona con los montos de las indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo para las incapacidades de tipo laboral. Una vez aprobada la iniciativa, para la reparación del daño a cargo del Estado ¿se aplicarán las reglas que establece el Código Civil y la Ley Federal del Trabajo para el efecto, o bien, se calculará una indemnización en forma proporcional y equitativa? ¿Cómo se calcula el valor de la vida y de la integridad física y mental?

¹ Artículo 1915 Código Civil: 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.

*Dr. Roberto Ibáñez Mariel**

Agradezco profundamente al Dr. Álvaro Castro Estrada, su gentileza por invitarme a participar en este seminario. Ciertamente, la iniciativa de invitar a las instituciones educativas me parece absolutamente justificada, si tenemos en cuenta la necesidad de promover una institución jurídica cuya regulación presenta injustificables lagunas que es preciso colmar. Es por eso que las instituciones universitarias hemos acogido con beneplácito la convocatoria del Dr. Castro Estrada. Estoy seguro que entre todos y desde luego con base en las reflexiones y estudios del Doctor Castro Estrada, llevaremos a propuestas viables y de gran valor técnico y político.

Tras haber escuchado las magníficas exposiciones de quienes me han antecedido en el uso de la palabra, me parece que algunas propuestas netamente educativas, es decir centradas en la enseñanza del derecho podrían ser de mayor utilidad.

Álvaro Castro Estrada menciona como alma de esta propuesta de reforma, ciertos principios. En primer lugar, el de equidad y proporcionalidad. Esto nos conecta con lo más rico de la tradición occidental de justicia y más concretamente con el aristotélico de justicia conmutativa, y legal o justicia del bien común; la clásica triada aristotélica. Me parece loable ubicar el tema a partir de este principio, porque es un punto de partida de gran riqueza para la creatividad de los juristas y de nuestros tribunales; pues al fijar los extremos de la responsabilidad del Estado lo que interesa es, finalmente, la realización de la justicia.

No es lo único en juego la justicia, también los principios de solidaridad y de servicio que deben orientar la acción de la administración pública son valores de extraordinaria importancia, pues ciertamente la mejor administración es la que va más allá de la justicia, la administración que realmente es acogida y aplaudida por la sociedad es la que no se queda en el estricto margen de la justicia. Me parece que estos principios iluminarían con su profundo humanismo las modificaciones constitucionales y legislativas que acaso surjan de las propuestas del Dr. Castro Estrada en ésta y en otras reuniones académicas, de reflexión y análisis. También iluminarán las tareas de los tribunales federales y locales al aplicar las múltiples controversias que se susciten entre las autoridades y quienes se consideran víctimas de algún agravio a ellas imputable.

* Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

El pensar que el espíritu de servicio debiera de pasar de una retórica exuberante a una realidad efectiva nos haría avanzar muchísimo. Modificaría por completo esa relación, hoy transida de desconfianza, entre Estado y sociedad, para devenir en una relación de mutua credibilidad en la buena fe de ambos, en la que los funcionarios públicos dejen de ser vistos y a través de estereotipos negativos.

Por otra parte, creo que las instituciones educativas tenemos que coadyuvar para que, cada vez que sea menos necesario acudir al extremo de exigir responsabilidad al Estado. Es decir, debemos coadyuvar a crear una conciencia de servicio y de solidaridad en los futuros empleados y en los funcionarios públicos que pasen por nuestras aulas. Me parece que creando un profundo sentido ético en nuestros alumnos es como haremos que las reformas, de producirse, vayan precedidas de una nueva cultura de servicio y solidaridad. Pero también esa formación servirá para quienes el día de mañana patrocinen a particulares, en estas demandas. Pues ellos también deben actuar con ética y honradez, no ignorando la importancia del bien común y de sus exigencias en el terreno de la justicia. Pues desgraciadamente los juicios por responsabilidad del Estado, pueden volverse deporte de tinterillos y de abogados sin escrúpulos, que busquen un *modus vivendi*, tal como sucede en muchos países.

Si formamos tanto a los futuros funcionarios públicos como a los futuros abogados postulantes a fin de que ambos vean la nobleza e incomparable trascendencia de la función de gobierno, lograremos lo que en el fondo es la mejor garantía para los gobernados y para el propio Estado.

¿A qué formación me refiero? Desde luego a una que tiene que ver con diversos aspectos y diversas materias del Plan de Estudios de la Carrera de Derecho. Por ejemplo, teoría del Estado, filosofía del derecho, ciencia política y derecho constitucional.

En estas materias solemos dar esquemas decimonónicos del Estado, en virtud de los cuales o bien es una entidad perfecta e infalible o bien es aliada de explotadores, o un producto histórico fatal e inevitable; estará ahí aunque quisiéramos otra forma de organización política, por lo cual su salud y fortalecimiento significa salud y fortalecimiento de la sociedad.

Por otro lado la filosofía del derecho muchas veces se pierde en abstracciones en torno a conceptos jurídicos fundamentales, pero que no conectan con su aplicación práctica. Apenas se analiza la eficacia del derecho y las motivaciones sociológicas y psicológicas para su observancia.

Entender que la actividad del Estado es fundamentalmente una actividad legal es correcto, porque el principio de legalidad no quiere decir otra cosa, pero dejar a un lado el descrédito que sufren los gobiernos occidentales por su insensibilidad ante muchos problemas sociales, como pobreza, servicios públicos impersonales y *masificados*,

indiferencia ante la saturación de peticiones insatisfechas de los gobernados, indiferencia ante una justicia lenta y sin alma. Todo ello provoca un legalismo que se refleja ante todo en una abulia legislativa. No me refiero al número de leyes sino a la escasa creatividad para mejorar los servicios públicos a partir de nuevas formas de organización, tanto del gobierno como de los ciudadanos. En otras palabras, nuestra aproximación al Estado se aleja de la vida, sólo nos interesan las normas que lo rigen, sin ninguna crítica de la eficacia de las mismas. Tampoco se analizan las normas que han dado origen a servicios deficientes, por que no prevén una adecuada capacitación de empleados y funcionarios para su formación en un auténtico espíritu de servicio, ni un combate eficaz contra la corrupción. Tampoco se piensa de una auténtica carrera para el servidor público, que no dependa de los vaivenes de la política electoral. Todo esto es efecto del legalismo y si no se atiende el alma y el espíritu tanto del servicio público como del juzgador, esta reforma quedará sin alma, y puede ser empleada en una porción injustificadamente alta para servir a especuladores o no disminuir el número de actos que lesionen a los gobernados por negligencia de los empleados y funcionarios públicos.

En otras palabras, si no formamos en una nueva cultura ética y de servicio a los futuros abogados, las consecuencias de reglamentar la responsabilidad del Estado nunca serán las mismas que si los formamos como he descrito. Pero al mismo tiempo si no damos una nueva explicación de la misión y de las tareas que le están siendo asignadas al Estado y si no lo explicamos como una entidad que sólo se justifica cuando sirve a la sociedad, insisto que ésta y otras reformas serán meros paleativos, pobres sucedáneos de una auténtica paz social entre gobernantes y gobernados.

Hoy por hoy en nuestro medio, todavía subsisten muchas concepciones del Estado maniqueas, en las que por una suerte de divinización, el Estado se justifica a sí mismo de una manera semejante a como cada hombre es un fin en sí, tal como Kant nos enseñó y por ello, las mejoras de sus funciones provienen únicamente se piensa- a partir de nuevas leyes y no de mejores hombres. Desde el punto de vista de los servidores públicos esto suele provocar una falta de objetivos en el uso del poder, que para Max Weber era uno de los signos trágicos de la creciente burocratización de la política. Decía que no existía peor pecado en un político que buscar el poder por el poder, sin una misión específica.

Esta exaltación romántica del Estado como una entidad *a se*, que encuentra en sí mismo su justificación ha creado grandes contradicciones, como son las de llevar a nivel de fin superior, monopolizar todo poder a costa de la sociedad. Cosa irrealizable históricamente pero que supone una simulación permanente e incompatible con un sistema democrático. Hoy más que nunca los estados han comprendido que la sociedad establece formas de organización dotadas de poder, que legítimamente deben ejercer, como es el caso de los vecinos en el derecho urbano, el caso de pequeñas comunidades rurales tratándose de aprovechamiento de recursos naturales para un desarrollo sustentable, en su comarca, etcétera.

Lo anterior ha sido comprendido en otras escuelas universitarias como son las de economía, sociología, etc. Pero no siempre ha sucedido esto en las escuelas de derecho, que siguen sujetas a un riguroso esquema un tanto abandonado en otras latitudes, de competencias exclusivas del Estado.

Otro problema: la enseñanza del derecho está basada toda ella (con no muchas excepciones) en una obsesión por el formalismo. Parece que lo más importante de un razonamiento jurídico es su congruencia con las disposiciones aplicables y no la capacidad que tiene una decisión de provocar bienestar y calidad de vida. Cuando algo justo y deseable se ve imposibilitado por una prohibición legal, un formalista se encoge de hombros y le dice al ciudadano, "no se puede". Un hombre formado en el espíritu de servicio y de justicia encuentra fórmulas que el mismo sistema legal ofrece pero que son invisibles para quien no tiene de por medio un interés de servicio. En ocasiones la Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia ha declarado que algunas conductas aparentemente prohibidas, no pueden serlo cuando va de por medio algo equitativo y razonable y para ello echa mano de una presunta voluntad de legislador, quién jamás sostiene- hubiera admitido una prohibición, a costa del bien público. Llegar a esta actitud mental no lo facilitamos hoy por hoy, las escuelas de derecho, sino, insisto, sólo unas cuantas.

El problema, no puedo desarrollarlo con mayor amplitud en este momento, pero nuestro atraso en la enseñanza del derecho, respecto a lo que está sucediendo en muchas naciones, podría detenerse y no seguir el fatal círculo vicioso, consistente en actualizarlos cuando nuevos problemas han vuelto obsoletas las soluciones que debimos haber implantado décadas atrás.

O la enseñanza del derecho vuelve los ojos a un concepto más funcional del Estado y a una profundización a la Teoría de la Justicia, o cuando queramos hacerlo será demasiado tarde.



Lic. Jaime Artemio Vela del Río*

Bien, pues primeramente un agradecimiento al Dr. Álvaro Castro Estrada por la gentil invitación y por la oportunidad de compartir esta mesa con tan queridos y distinguidos colegas, con el maestro Jorge Fernández Ruiz que para mí es muy satisfactorio. Por la hora trataré de ser breve. Cuando, en su oportunidad, el Dr. Castro me planteó la participación en esta mesa, de inmediato se agolparon en mi mente algunas inquietudes que he venido arrastrando en mi cátedra de derecho administrativo desde hace más de dos décadas y que, en mi época de estudiante, me planteé esto de la responsabilidad del Estado.

¿Qué es lo que venía sucediendo? Bueno, yo coincido, y así lo menciona en su libro el Dr. Castro haciendo referencia a lo dicho por Lecambra hace ya algunas décadas, en el sentido de que un Estado de derecho no puede considerarse tal si no hablamos de la responsabilidad del Estado. Ciertamente, los maestros y los doctrinarios discutieron mucho acerca de un atributo del Estado, de la soberanía, lo que conducía a pensar en la irresponsabilidad del Estado, en la imposibilidad jurídica de esto; lo cual condujo a la doctrina, y en particular, a esta legislación, a un marasmo que se empezó a romper hasta el año del 94 con algunas iniciativas tibias pero importantes, por qué no decirlo, como la reforma al artículo 77 bis, la adición a la Ley de Responsabilidades, las modificaciones a los artículos 1927 y 1928 del Código Civil, el mismo Código Federal de Procedimientos Civiles, en el que ya empieza a haber el concepto de ese rompimiento, de esa irresponsabilidad del Estado, para mí no significa más que, precisamente, denota que no culminemos con ese Estado de derecho y, yo creo que esta figura, este instituto jurídico que se propone ahora analizar, permitirá un cambio no sólo muy importante en la vida misma del país, sino en la doctrina del derecho administrativo en México.

Creo yo que es muy importante, como señalaba el Dr. Fernández Ruiz, considerar la conveniencia, la pertinencia de la reforma, yo estoy convencido y, tal vez por mi conformación de estudios sobre derecho administrativo, primero que debe dar, es un instituto que debe contemplarse en nuestro ordenamiento jurídico, no me cabe la menor duda, pero también en la forma en que debe aparecer, yo creo, y estoy convencido, al analizar las dos propuestas presentadas por las dos fracciones parlamentarias,

* Director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle



que la presentada por el PRI es un poco más precisa en el sentido de que se ha, obviamente, hablado de una responsabilidad directa y objetiva, sin embargo, nos puede conducir a puntos muy delicados, desde el propio aspecto del patrimonio por el que el Estado puede responder, ya han anticipado mis predecesores algunas conclusiones, pero no sólo esto, sino analizar si vamos a hablar de toda la actividad del Estado.

A fechas recientes, se van cambiando, inclusive, los conceptos mismos que se tiene de autoridad y, con ello, la actividad misma del Estado, es decir, toda la actividad del Estado, todo lo que hace el Estado, se hace a través de ciertas funciones como la función administrativa pero, la Corte con dos jurisprudencias del pleno, dos tesis ha ganado aspectos muy importantes como confiar que alguna actividad del Estado respecto de algún órgano descentralizado pueden constituir actos de autoridad respecto de cierto contenido, en sí se consideran autoridades respecto de toda su actividad, entonces, habría que pensar que esto amplía el campo, y las propuestas hablan de actividad del Estado, es decir, la lesión que se cause por la actividad del Estado de la que deberá responderse, entonces, aquí yo incluiría las eventuales concepciones de actividad del Estado respecto a organismos descentralizados de actos que sean de autoridad, ésta traería una ampliación y, finalmente, matizarlo con todos aquellos aspectos que se han mencionado. Dos de mis predecesores hicieron hincapié en aspectos de responsabilidad del Estado por ejercicio de servicios públicos en razón de actividades médicas, entonces, así como se han visto estos aspectos, yo propondría que analizáramos toda la gama de posibilidades que sobre esto pudieran existir.

Finalmente, también se tocó el aspecto de si llegara a considerarse o no -como lo hace la propuesta del Partido Acción Nacional- una adición al artículo 16 si estará consignada o no, yo creo que es cierto, ahorita se protegería, sin embargo, a veces en México somos muy especiales para interpretar la ley y, yo diría, como muy seguido lo mencionaba mi maestro, el senador Lanz Cárdenas, que fue de derecho constitucional, "lo que abunda no sobra"; tal vez habría que analizar esto.

Finalmente, y para no ser repetitivo, que de alguna manera las dudas que traía yo, son las que aquí se han mencionado, yo felicitaría la iniciativa, me parece una magnífica iniciativa, va a llenar un vacío grande en el sistema político mexicano, va a hacer que la doctrina del derecho administrativo avance muy positivamente en el país y, agradecer, sobre todo, la invitación que, ya lo decía Roberto Ibáñez, es importante que las instituciones educativas participemos muy activamente en todo este tipo de iniciativas. Muchísimas gracias.

TEMA V

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO
EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Dr. Héctor Fix Zamudio**

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

SUMARIO: I. Introducción. II. La responsabilidad internacional del Estado. III. Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos. IV. La responsabilidad internacional en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. V. La responsabilidad del Estado en el sistema interamericano. VI. Algunos principios jurisprudenciales de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos sobre esta materia. VII. Necesidad de expedir ordenamientos nacionales que regulen el cumplimiento de las recomendaciones y de los fallos compensatorios de organismos internacionales de

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

derechos humanos. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía básica. X. Apéndice. Proyecto de principios y directrices básicos en materia de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos (Theo van Boven).

I. Introducción.

1. El análisis sistemático de las reglas y los principios de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional es relativamente reciente, ya que si bien en esta materia se habían introducido algunos lineamientos generalmente consuetudarios, los mismos se referían al derecho de los Estados que se sentían lesionados por otro u otros Estados, para hacer uso de la fuerza, inclusive la militar, con la finalidad de obtener reparaciones, ya sea por conducto de las *represalias*, que podían llegar hasta la guerra y con motivo de ella a las llamadas *reparaciones de guerra*, que han seguido utilizándose, o bien en situaciones individuales, por conducto de la *protección diplomática* de los Estados en beneficio indirecto de sus nacionales, cuando hubiesen sufrido afectaciones en sus bienes o en sus personas.

2. En todo caso, las relaciones eran entre los Estados involucrados y las personas individuales no tenían más medio de reparación que invocar la protección de sus respectivos gobiernos cuando eran lesionados por otro u otros Estados en los cuales residían. Lo anterior produjo numerosas injusticias debido al uso frecuente de la fuerza por parte de los Estados poderosos en contra de los más débiles. Debemos recordar lo que ocurrió en nuestro país con la agresión de Francia en 1836 para reclamar daños y perjuicios sufridos por sus nacionales con motivo de las numerosas asonadas que se producían, especialmente en la ciudad de México. A esta injusta intervención se le calificó como la "Guerra de los Pasteles", ya que de esta reclamación la suma más importante era la que exigía un pastelero francés por la destrucción de su local y que fue necesario cubrir para el cese de las hostilidades.

3. Otro ejemplo lo encontramos en el año de 1862 cuando varias potencias (Inglaterra, Francia y España) amenazaron con el uso de la fuerza militar si no eran cubiertas las reparaciones económicas que exigían, en su mayor parte por daños a sus nacionales, y que si bien se pudo llegar a un arreglo con dos de esas naciones, que se retiraron de nuestro país, no sucedió lo mismo con el ejército francés enviado por el gobierno encabezado por Napoleón III, quien utilizó esa exigencia como pretexto para invadir nuestro territorio e imponer al gobierno imperial de Maximiliano de Habsburgo. Otra situación similar se produjo en los años veinte del siglo XX con las reclamaciones del gobierno de los Estados Unidos y algunos países europeos, fundadas en los daños sufridos por sus nacionales con motivo de la Revolución iniciada en el año de 1910, y que motivaron la creación de varias Comisiones Especiales de Reclamaciones entre los años de 1923 a 1941. (Castro Estrada, 1997, pp. 140-146). Durante el siglo XIX se utilizaron con frecuencia los árbitros internacionales para decidir los conflictos entre los

Estados, y que en general no fueron muy favorables para los Estados latinoamericanos, ya que de manera predominante se acudía a la decisión de gobernantes europeos.

4. Se hizo un esfuerzo en la Primera Convención de la Haya de 1907 para institucionalizar los conflictos entre los Estados por conducto de la Corte Permanente de Arbitraje, pero en la realidad no se constituyó como un verdadero tribunal y tampoco era permanente. Por vez primera se estableció una secretaría que residía en dicha ciudad, y el organismo se integró por un conjunto de árbitros propuestos por los Estados Partes y designados por la mencionada Corte al presentarse conflictos. Este órgano de arbitraje existe actualmente y ha resuelto con éxito varias controversias internacionales (Rosenne. 1995, pp. 8-12).

5. Después de la Primera Guerra Mundial se creó la Liga de las Naciones con el objeto de contar con un organismo en el cual se discutieran los problemas de los Estados partes, con un Consejo Permanente y una Asamblea que se reunía una vez por año. Dicha Liga no tuvo demasiado éxito, sin embargo debe destacarse que en los tratados de paz firmados en Versalles en 1919 que le dieron origen, se creó la *Corte Permanente de Justicia Internacional*, cuyo estatuto que fue suscrito en diciembre de 1920, entró en vigor el año siguiente, por lo que dicho organismo judicial inició sus actividades en la ciudad de La Haya y desarrolló una actividad significativa no obstante la inestabilidad de esos años, ya que en el período entre 1922 y 1939, año en que se inició de la segunda contienda mundial, se plantearon ante dicha Corte 66 casos, 38 contenciosos y 11 opiniones consultivas, respecto de los cuales dictó 33 fallos y 27 opiniones consultivas. Algunos de estos casos sentaron las primeras bases para establecer la responsabilidad internacional, de los Estados (Rosenne, 1995, pp. 15-20).

6. El paso definitivo hacia la institucionalización de la resolución de los conflictos internacionales se produjo en la Carta de las Naciones aprobada en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945, cuyos artículos 92 a 96 establecieron la *Corte Internacional de Justicia* en sustitución de la anterior Corte Permanente. El Estatuto del citado tribunal fue aprobado por la citada Asamblea de San Francisco, el mismo día en que se firmó la Carta, y ambos instrumentos entraron simultáneamente en vigor el 24 de octubre de 1945. La normativa fue complementada por el Reglamento expedido por la Corte el 6 de mayo de 1946, reformado el 10 de mayo de 1972. Años más tarde el mismo organismo jurisdiccional elaboró un segundo Reglamento, expedido el 14 de abril de 1978, actualmente en vigor (Rosenne, 1991, pp. 60-275).

7. La Corte Internacional de Justicia ha tenido un papel muy importante en la solución de numerosos conflictos de carácter internacional, además de las trascendentes opiniones que ha dictado, y si bien no se logró la aprobación de la propuesta de que su jurisdicción fuese obligatoria, son numerosos los Estados que se han sometido a la misma. Como resultado de esa actividad judicial la Corte ha establecido principios y

reglas importantes sobre la responsabilidad internacional de los Estados, que se han tomado como modelo.

8. Por lo que respecta a la doctrina del derecho internacional, si bien había analizado algunos principios que se habían incorporado en la jurisprudencia y en la costumbre internacionales en esta materia, puede afirmarse, que como ocurrió en otros campos del conocimiento jurídico, fue el insigne jurista austríaco Hans Kelsen quien destacó los lineamientos teóricos que fundamentaban la responsabilidad del Estado en varios estudios (Kelsen, 1943, 1965). Este autor que señaló que la violación de las normas internacionales debía traducirse en una sanción, que se concretaba en la responsabilidad del Estado, pero que tenía carácter colectivo, en virtud de que la individualización de la sanción se hacía efectiva en contra de los miembros de la comunidad jurídica estatal por el incumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a los órganos del Estado (Gómez Robledo, Alonso, 1999-A, pp. 153-180).

9. A partir de la creación de las Naciones Unidas y de sus numerosos organismos de supervisión de las obligaciones de los Estados miembros, se han establecido varias reglas sobre la responsabilidad internacional de los propios Estados, ya sea de carácter consuetudinario, convencional o jurisprudencial, uno de cuyos aspectos más importantes está relacionado con el derecho internacional de los derechos humanos, el que ha tenido en los últimos años un desarrollo muy dinámico y de naturaleza progresiva.

II. La responsabilidad internacional del Estado.

10. Aun cuando este sencillo trabajo no tiene la intención, que rebasaría sus posibilidades, de hacer una revisión de los principios y reglas de la responsabilidad internacional de los Estados en nuestra época, debemos señalar que, como lo hemos destacado anteriormente, a partir de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, dicha responsabilidad y las reparaciones correspondientes se han diversificado de manera considerable, de tal manera que constituye en la actualidad una materia muy compleja.

11. Se puede señalar como indiscutible la norma básica, que puede calificarse de *ius cogens* (Gómez Robledo, Antonio, 1982), de que si un Estado realiza una violación o incurre en un incumplimiento de una obligación de carácter internacional, tiene el deber de reparar el hecho lícito que se le imputa (Gómez Robledo, Alonso, 1999, pp. 181-183). De este principio en apariencia tan sencillo se derivan consecuencias muy complicadas debido tanto a la índole de las infracciones del derecho internacional, como a la naturaleza de las reparaciones que deben realizarse, a los sujetos de derecho internacional que pueden solicitarlas y a los órganos supranacionales que tienen la competencia de exigirlos. Así, el artículo primero del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados presentado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, recoge el

principio esencial que hemos mencionado al disponer: “*Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste*”.

12. En el ámbito universal tanto la citada Carta de las Naciones Unidas como un número muy elevado de tratados multilaterales han establecido numerosos organismos que se encargan de supervisar a los Estados miembros con el objeto de prevenir las violaciones o incumplimiento de las obligaciones internacionales, o bien en el caso de no haber podido evitarse, lograr la reparación de los daños que se han producido por la conducta ilícita de los propios Estados.

13. Al respecto y en vía de ejemplo podemos señalar la competencia muy debatida del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para tomar medidas, que pueden ser inclusive de carácter militar, en casos de amenazas o quebrantamientos de la paz, o actos de agresión, de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la Carta de la Organización, que han dado origen al establecimiento de destacamentos militares multinacionales integrados por los llamados “cascos azules”, que se han utilizado con bastante frecuencia en los últimos años debido a la proliferación de conflictos bélicos. En otras ocasiones se han establecido sanciones económicas a determinados Estados para obligarlos a cumplir con deberes internacionales, como ocurrió notoriamente con Irak y que se han prolongado por varios años.

14. Por otra parte, se ha señalado que la conducta ilícita de un Estado puede causar daños a otro u otros Estados determinados, pero existen obligaciones que por su trascendencia, deben considerarse como *erga omnes*, es decir, oponibles a todos los Estados, por lo que su desconocimiento afecta a la comunidad internacional, y en su caso extremo pueden conducir a crímenes o delitos internacionales, que son aquellos señalados en el artículo 19 del Proyecto antes señalado de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, como los hechos internacionalmente ilícitos resultantes de las violaciones por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional cuya violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, tales como los actos de agresión y genocidio, pero también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana (Aguilar, 1997, pp. 117-122).

15. Por lo que respecta a las reparaciones por violación o incumplimiento de obligaciones internacionales que deben realizar los Estados responsables, dichas reparaciones asumen diversas modalidades de acuerdo con la gravedad de las infracciones, pero en términos generales se dividen en dos grandes categorías, que pueden ser simultáneas, cuando se aducen daños de carácter material, o sean, por una parte la restitución en especie (*restitutio in integrum*) y por la otra, la indemnización de daños y perjuicios, (Gómez Robledo, Alonso, 1999 pp. 183-208), ya que según la doctrina tienen su origen en el trasplante de las enseñanzas civilistas en el mundo jurídico internacional por la doctrina y la jurisprudencia arbitral. La doctrina contempo-

ránea ha propuesto formas alternativas de reparación de la responsabilidad internacional del Estado de carácter retributivo o sancionatorio, con el propósito común de prevenir e intimidar a los agentes de los hechos ilícitos internacionales, además de propender al restablecimiento o recomposición del orden jurídico vulnerado (Aguilar, 1997, pp. 137-143).

III. Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos.

16. Después de la brevísimas mención a los principios generales de la responsabilidad internacional del Estado, nos referiremos también de manera sintética a las consecuencias de la conducta ilícita de los agentes de los Estados en el campo de los derechos humanos, que es una de las materias que se ha desarrollado con mayor fuerza en los últimos años, debido a la vigorosa actuación de numerosos organismos supranacionales encargados de la protección de los propios derechos humanos y del creciente número de tratados, convenciones y declaraciones en los cuales apoyan su actuación.

17. La dinámica evolución del derecho internacional de los derechos humanos se inicia a partir de su reconocimiento como uno de los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas aprobada en la Conferencia de San Francisco en 1945, si se toma en consideración que en el artículo primero, inciso 3 de la propia Carta se establece como uno de los propósitos de la organización: “Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

18. De acuerdo con esta finalidad esencial, la Organización de las Naciones Unidas ha creado un número creciente de organismos de supervisión y de solución de conflictos respecto de la conducta de los Estados miembros en relación con el respeto y protección de los derechos humanos, además de propiciar la suscripción de numerosos tratados, convenciones y declaraciones internacionales, que constituyen un acervo importante de carácter legislativo, al cual deben añadirse las aportaciones de una doctrina muy dinámica y una jurisprudencia muy consistente sobre esta materia, que debe considerarse de *desarrollo y aplicación progresivos* (Nikken, 1987).

19. Otro aspecto importante que debe destacarse es la innovación que significa el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto otorga a las personas individuales y a los grupos sociales la calidad de sujetos que anteriormente sólo se confería a los Estados, pues cuando éstos desarrollaban una actividad protectora de sus súbditos radicados en otros Estados, lo hacían por la vía de la protección diplomática (Buergenthal, 1988).

20. La extensa actividad de promoción y tutela de los derechos humanos de las Naciones Unidas (que de manera panorámica describen dos importantes volúmenes, editados uno por el entonces Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, Nueva York y Ginebra, 1994, y el otro intitulado *Naciones Unidas y los derechos humanos, 1945-1995*, Nueva York, 1995), se puede dividir en dos sectores, el primero relativo a los organismos de promoción, supervisión y protección de los propios derechos humanos y el segundo que comprende por al extenso sector de los tratados, convenciones y declaraciones que sirven de apoyo a la actividad de los mencionados organismos (Ferret Loret, 1988, pp. 47-52).

21. Para proteger los derechos consagrados en los tratados y declaraciones en el ámbito universal, las Naciones Unidas han establecido diversos organismos entre los cuales podemos citar, en primer término, a los que dependen del Consejo Económico y Social (ECOSOC), regulado por el Capítulo X, artículos 6-72, de la Carta de las Naciones Unidas; entre ellos la Comisión de Derechos Humanos establecida en 1946 que actualmente se integra por los representantes de 53 Estados y cuenta con el apoyo técnico proporcionado por una Subcomisión, que anteriormente se denominaba de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y actualmente de Promoción y Protección de Derechos Humanos, formada por 26 expertos independientes a título individual, nombrados por la Comisión por un período de cuatro años que puede ser renovado. Ambos organismos tienen su sede en la ciudad de Ginebra, Suiza. Además, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula la composición y funcionamiento del Comité de Derechos Humanos, que se reúne en Nueva York y en Ginebra, integrado por 18 expertos independientes electos por los Estados Partes del Pacto, por períodos de cuatro años, y que pueden recibir reclamaciones individuales contra los Estados que han ratificado dicho protocolo, pero también está facultado para efectuar análisis generales y para solucionar conflictos entre Estados por medio de comisiones de conciliación, cuando dichas controversias se refieren a la violación de los derechos humanos.

22. Por otra parte, las Naciones Unidas han establecido varios comités integrados por expertos independientes designados a título individual por períodos de cuatro años, y que se encargan de analizar la situación de los derechos humanos en los diversos países en relación con los campos que tienen encomendados, con el objeto de formular recomendaciones y vigilar el cumplimiento de los tratados respectivos. Entre dichos organismos podemos mencionar: a) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, formado por 25 expertos según la Convención que entró en vigor en 1948; b) Comité contra la Tortura, 10 expertos de acuerdo con el Tratado que entró en vigor el 26 de junio de 1987; c) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 18 expertos, Convención que entró en vigor el 4 de enero de 1969; d) Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 18 expertos, Pacto en vigor el 3 de enero de 1976; e) el Comité sobre los Derechos del Niño, 10 expertos, Convención en vigor el 2 de septiembre de 1990; y f) Grupo de tres expertos

para fiscalizar la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen del *Apartheid*, en vigencia a partir del 18 de julio de 1976. A lo anterior debe agregarse que existen dos Altos Comisionados: a) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuya Oficina fue creada por el Estatuto aprobado por Resolución de la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950; y b) Alto Comisionado para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, cuya Oficina sustituyó el anterior Centro de Derechos Humanos en Ginebra, Suiza. Dicho Alto Comisionado que se encuentra actualmente a cargo de la señora Mary Robinson, fue creado por la Resolución 48/41 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993 (Ferret Lloret, 1988, pp. 52-58).

23. Como se ha dicho anteriormente, el número de tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos de las Naciones Unidas es enorme, según se observa la compilación realizada por el anterior Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, *Human Rights. Compilation of International Instruments*, (2 volúmenes, Nueva York y Ginebra, 1994, 950 pp.), pero nos limitamos a señalar tres documentos de carácter genérico: la Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida en París el 10 de diciembre de 1948, que si bien no puede considerarse como un tratado ha adquirido efectos de vínculo jurídico para los Estados signatarios; y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sobre Derechos Civiles y Políticos, expedidos ambos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor, respectivamente, el 3 de enero y el 23 de marzo de 1976.

24. Los diversos organismos que hemos mencionado en los párrafos 20 y 21 de este breve estudio no poseen funciones jurisdiccionales, pero han sido de gran trascendencia para establecer, por medio de estudios y recomendaciones, un conjunto de reglas sobre las obligaciones internacionales de los Estados y las reparaciones que deben realizar éstos cuando incumplen o infringen lo establecido por los documentos internacionales, ya que si bien es verdad que la Corte Internacional de Justicia (ver *supra* párrafo 7) ha establecido un conjunto de reglas sobre la responsabilidad internacional de los Estados por medio de los fallos y de las opiniones consultivas que ha emitido, las cuales se han tomado como una guía para el cumplimiento de las obligaciones sobre derechos humanos, no debe perderse de vista que dicho Tribunal interviene en conflictos entre los Estados sometidos a su jurisdicción, y por ello, corresponden a una situación diversa de las responsabilidades por desconocimiento o infracciones del derecho internacional de los derechos humanos (Buergethal, Grossman y Nikken, 1990, pp. 19-51; Travieso, 1996, pp. 253-297).

25. Como sería materialmente imposible pasar revista a las aportaciones de los organismos de las Naciones Unidas en relación con las reglas sobre la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos, podemos citar como un ejemplo significativo el magnífico análisis realizado por el destacado internacionalista Theo van Boven por encargo de la Subcomisión, entonces de Prevención de

Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas en Ginebra, (ahora de Promoción y Protección de Derechos Humanos), y cuya versión definitiva fue presentada a la citada Subcomisión el 2 de julio de 1993, con el título significativo de *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8).

26. Con independencia del examen minucioso y profundo de la mencionada responsabilidad internacional y que la misma se refiere a las violaciones más graves y evidentes de los derechos humanos (genocidio; la esclavitud y las prácticas similares; las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; las desapariciones forzadas; la detención arbitraria y prolongada; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo), las conclusiones del autor pueden aplicarse, en la debida proporción a otras infracciones menos significativas pero siempre importantes, a los derechos humanos de carácter internacional. Debe destacarse que el mencionado documento contiene un proyecto de principios y direcciones básicos sobre la responsabilidad internacional de los Estados a nivel de Naciones Unidas y en relación con las infracciones graves a los derechos humanos, que en nuestro concepto constituyen una base esencial para establecer las reglas de dicha responsabilidad, no sólo en cuanto a las violaciones flagrantes, sino también para las restantes con los matices necesarios, por lo que consideramos conveniente insertar esta parte del documento que incluimos como un apéndice a este modesto estudio.

IV. La responsabilidad internacional en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

27. En la actualidad existen, además del universal que corresponde a las Naciones Unidas, tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos, es decir, el europeo, el interamericano y el africano. Nos referiremos exclusivamente a los dos primeros, pues el último todavía se encuentra en formación, ya que hasta la fecha ha establecido únicamente un solo órgano, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que tiene su fundamento en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, aprobada el 26 de junio de 1981 y en vigor el 21 de octubre de 1986 y que se encuentra en su etapa inicial por lo que se refiere al establecimiento de principios y reglas de responsabilidad internacional de los Estados del citado continente, el que además padece en los últimos años, una situación de permanente inestabilidad política y social (Buergerthal, Grossman y Nikken, 1990, pp. 115-127).

28. A) El sistema europeo de protección de los derechos humanos fue el primero en aparecer y además es el más evolucionado, por lo que de cierta manera ha servido de modelo especialmente al interamericano pero también, así sea parcialmente al africano. Dicho sistema tiene su fundamento en la Convención Europea para la

Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor el 13 de septiembre de 1953, la que además de consagrar un amplio catálogo de los citados derechos y libertades, que han sido fortalecidos por once Protocolos adicionales, estableció dos organismos para su tutela: la Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos.

29. a) La *Comisión Europea de Derechos Humanos* estuvo integrada por un número de miembros igual al de los países partes de la Convención, electos en lo individual inicialmente por el Comité de Ministros y posteriormente por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por un período de seis años con posible reelección. Durante los años en que funcionó dicha Comisión (la que fue suprimida por el Protocolo número 11, en vigor el primero de noviembre de 1998), con residencia en la ciudad de Estrasburgo, tenía como función esencial recibir las reclamaciones individuales presentadas por cualesquiera persona, organismo no gubernamental o grupo de individuos que alegasen haber sido afectados en los derechos que establecía la Convención. También estaba facultada dicha Comisión para conocer de reclamaciones de un Estado Parte con otro, cuando se señalaran violaciones generalizadas de derechos humanos, pero esto último ha sido excepcional.

30. La Comisión inició sus actividades en 1954 y tratándose de reclamaciones individuales podía pedir informes a los gobiernos involucrados, en caso de no lograr una solución amistosa, realizaba las investigaciones necesarias y formulaba recomendaciones a los Estados respectivos, las que se comunicaban al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que éste obtuviera la aceptación y el cumplimiento por parte de los Estados respectivos. Cuando lo estimara conveniente la Comisión podía entablar una demanda ante la Corte Europea contra el Estado que en su concepto había incurrido en violaciones de los derechos de las reclamaciones individuales, pero como la Comisión recibía y tramitaba un número elevado de este tipo de reclamaciones, estableció en sus recomendaciones un conjunto de principios y de reglas sobre las obligaciones de los Estados respectivos, así como la forma de lograr la reparación del incumplimiento o de la infracción de las citadas obligaciones.

31. b) La *Corte Europea de Derechos Humanos* inició sus actividades en 1959 y reside todavía en la ciudad de Estrasburgo. Está formada por miembros elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en un número igual a la de los Estados Partes de la Convención de Roma, inicialmente por períodos de nueve años con posible reelección. Hasta hace unos años la Corte estaba facultada para recibir reclamaciones de un Estado Parte contra otro (lo que también ha sido excepcional y que todavía conserva) o de las demandas presentadas por la Comisión respecto de quejas individuales por violaciones de los derechos establecidos en la Convención de Roma, las que ahora se formulan directamente ante el citado tribunal.

32. Sin embargo, al entrar en vigor el primero de noviembre de 1998 el Protocolo número 11, dicho tribunal sufrió una transformación radical, ya que por una

parte se suprimió la Comisión y por la otra se permite a partir de entonces el acceso directo de los reclamantes individuales. La nueva Corte está formada por 41 jueces designados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por seis años con posible reelección, uno por cada uno de los Estados Partes de la Convención, ya que la misma ha sido suscrita y ratificada por todos los Estados que forman el propio Consejo de Europa, entre ellos varios de los Estados de Europa Oriental que anteriormente seguían el modelo socialista, la Federación Rusa y algunos de los que integran la Unión Soviética. Funciona en Salas de siete jueces y en ciertos casos, se puede acudir a una Gran Sala de diecisiete.

33. La Corte ha establecido una jurisprudencia muy amplia y significativa sobre numerosos preceptos de la Convención Europea, entre ellos los relativos a la responsabilidad de los Estados respectivos, por medio de sentencias que son obligatorias pero no ejecutivas, ya que deben cumplirse por los Estados en su ámbito interno. El Consejo de Ministros interviene para lograr el debido cumplimiento de los fallos, el cual se realiza espontáneamente en la mayor parte de los casos (Feret Lloret, 1988, pp. 59-63).

34. En virtud de que la regla general es el cumplimiento voluntario de los fallos de la Corte Europea, la Convención de Roma ha dejado a los Estados involucrados aplicar sus disposiciones internas para realizar las reparaciones y sólo cuando el cumplimiento no es plenamente satisfactorio, el tribunal puede otorgar una indemnización equitativa a los afectados. Por tanto, la forma de realizar las reparaciones debido a la responsabilidad internacional de los Estados que son partes en la mencionada Convención europea se deja al *derecho interno*, y sólo cuando la reparación nacional no cumple en su totalidad con los requisitos para considerar cumplida la obligación del Estado involucrado, se aplica *la regla internacional establecida por la Convención*. Al respecto, el artículo 50 de la mencionada Convención de Roma, dispone:

Si la Corte considera que una decisión o una medida tomada por una autoridad judicial o por cualquier otra autoridad de una de las altas partes contratantes está completa o parcialmente en conflicto con las obligaciones que surjan de la presente Convención, y si la ley interna de esa parte permite hacer solamente una reparación parcial por las consecuencias de las citadas decisión o medida, *la Corte dictará una resolución para establecer, si es necesario, una indemnización equitativa a la parte perjudicada.*

35. Por otra parte, las legislaciones nacionales de los países europeos, ya sea que adopten la teoría monista o dualista en las relaciones entre el derecho internacional el interno, no establecen reglas precisas para el cumplimiento de los fallos de la Corte Europea, con la excepción de Holanda, ya que el artículo 94 de su Constitución de 1983, establece la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, inclusive respecto de normas constitucionales, y por ello los tribunales holandeses han otorgado prevalencia a la Convención Europea sobre otros tratados internacionales, pero en la práctica no se ha conferido a las sentencias de la Corte Europea un efecto

vinculante (Ruíz Miguel, 1997, pp. 72-108; Cohen-Jonathan, 1989, 241-273).

36. Debido a la situación mencionada en el párrafo anterior y en tanto no se dicten disposiciones legales específicas para el cumplimiento de los fallos de la mencionada Corte Europea, sólo puede afirmarse que dichas sentencias *son obligatorias* de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Roma, el cual establece que "Las partes contratantes se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en cualquier caso en que sean partes" y que ese cumplimiento será supervisado por la Comisión de Ministros del Consejo de Europa, según el artículo 54 de la propia Convención. Sin embargo, *dichas sentencias de la Corte Europea no pueden considerarse ejecutivas en sentido estricto*, a pesar de la voluntad de los Estados de darles cumplimiento, por lo que, cuando esa ejecución no tiene carácter pleno, se aplica el derecho internacional de la satisfacción equitativa del artículo 50 de la Convención de Roma que se ha transcrito con anterioridad (Fix-Zamudio, 1998, pp. 292-296). V: La responsabilidad del Estado en el Sistema Interamericano.

37. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos tomó como base los lineamientos esenciales del europeo, y a semejanza de éste estableció dos organismos que todavía subsisten y que con el tiempo han adquirido perfiles peculiares que los han apartado de dicho modelo.

38. A) La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* no se estableció como su homóloga europea con motivo de un tratado, sino que fue creada mediante resolución dictada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959 y su primer Estatuto fue aprobado por el Consejo Permanente de la Organización el 25 de mayo de 1960. Los miembros de dicha Comisión fueron electos por vez primera el 29 de junio de ese mismo año. Desde entonces como ahora está integrada por siete miembros designados por la Organización a título individual por un período de cuatro años con una sola reelección y desde sus inicios tiene su residencia en la ciudad de Washington, D. C.

39. En sus comienzos la Comisión Interamericana fue considerada como un organismo de estudio y promoción de los derechos establecidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, pero de manera paulatina fue adquiriendo mayores facultades, entre ellas, la de formular estudios sobre las denuncias de violaciones masivas y sistemáticas de los mencionados derechos. Tal situación se presentó con frecuencia en varios países de nuestra región en un período en el que predominaron las dictaduras militares; con motivo de la cual se publicaron varios informes de gran importancia para dar a conocer dichas violaciones en Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Guatemala, entre otros. Además se confirió a la Comisión la facultad de realizar visitas *in loco*, cuando los Estados respectivos las autorizaran, para conocer directamente las violaciones enunciadas.

40. En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria efectuada en Río de Janeiro, Brasil en 1965, se reformó el Estatuto original de la Comisión y se autorizó para recibir reclamaciones individuales (lo que había iniciado con anterioridad) y para formular recomendaciones a los Estados involucrados, con el fin de hacer más efectivo el respeto de los derechos humanos fundamentales. Este desarrollo que continuó con otra reforma a la Carta de la Organización, efectuada por la Asamblea General en la ciudad de Buenos Aires en 1967, por la fue elevada a la categoría de uno de los órganos principales de la misma Organización. Finalmente, la Comisión fue incorporada a la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en la ciudad de San José Costa Rica en noviembre de 1969, en vigor el 18 de julio de 1978 (capítulo VII, artículos 34-51), en la cual se regulan las complejas actividades de promoción y protección de los propios derechos humanos que se desarrollaron e incrementaron en los casi 20 años que transcurrieron desde su fundación hasta su regulación por la citada Convención Americana. El actual Estatuto de la Comisión fue aprobado por la Asamblea General de la Organización realizada en La Paz, Bolivia en octubre de 1979. Su Reglamento fue expedido en abril de 1980 y ha sido modificado en varias ocasiones.

41. Aun cuando las atribuciones de la Comisión Interamericana son más amplias y complejas que las que tuvo en su época la Comisión Europea, la más importante de todas en ambos organismos es la relativa a la admisión de reclamaciones individuales, de manera muy amplia respecto de la Interamericana, ya que de acuerdo con el artículo 44 de la Convención Americana: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte". Como no se exige que el promovente demuestre haber sido afectado por las violaciones que denuncia, sino que puede intervenir en representación de las presuntas víctimas, se puede afirmar que si bien no se trata propiamente de una especie de "acción popular", la amplia legitimación de los reclamantes se aproxima bastante a esta figura procesal.

42. La Comisión posee poderes de instrucción y de investigación bastante extensos (artículos 41, 47 y 48 de la Convención y 31 a 44 del Reglamento respectivo), es decir que si no se declara inadmisibile de manera preliminar la petición individual (entre cuyos requisitos se requiere el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, que la Comisión ha interpretado de manera flexible, artículos 46.2 de la Convención y 37.2 del Reglamento), dicho organismo puede solicitar informes al Estado demandado, pedir documentos y practicar todas las diligencias que considere convenientes, inclusive una investigación *in loco*, así como la celebración de audiencias para escuchar a los afectados y a sus abogados o representantes y a los agentes de los Estados involucrados. Además, la citada Comisión, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, cuando la naturaleza del asunto lo permita, se pondrá a disposición de las mismas partes en cualquier etapa del examen de una petición a fin de llegar una solución amistosa.

43. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 de su Reglamento, en el caso de que no se llegue a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministren el Gobierno aludido y el peticionario, las que recoja de los testigos de los hechos o bien las que obtenga por medio de documentos, registros, publicaciones oficiales o mediante una investigación *in loco*. Una vez examinadas las pruebas, la misma Comisión Interamericana debe preparar un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su consideración. El artículo 47 reglamentario señala que al transmitir el informe, la Comisión podrá formular las proposiciones que juzgue pertinentes, entre ellas las medidas que debe adoptar el Estado respectivo para reparar las violaciones que se le imputen.

44. Los artículos 50 y 51 de la Convención establecen la posibilidad de dos informes. Uno es el mencionado por el artículo 50, en el cual se formulan las primeras conclusiones y recomendaciones que se transmiten al Estado interesado, quien no está facultado para publicarlo. Por su parte en el artículo 51 de la Convención se fija un plazo de tres meses contados a partir de la trasmisión al Estado interesado del primer informe mencionado, a fin de que la Comisión decida si somete el caso a la Corte Interamericana (si el propio Estado ha reconocido su jurisdicción), o bien continúa la tramitación del mismo y formula un segundo informe con las conclusiones y recomendaciones definitivas, que incluyen la reparación de las violaciones, cuando el Estado no la ha realizado de manera satisfactoria con motivo del primer informe, y se señala un plazo para que el propio Estado remedie la situación examinada. Transcurrido el citado período, la Comisión resolverá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas y si publica o no el informe (Hitters, 1993, tomo II, pp. 271-416; Fix-Zamudio, 1999, pp. 471-487; Faúndez Ledezma, 1999 pp. 200- 344).

45. Debe tomarse en consideración que la Comisión Interamericana es el órgano del sistema interamericano que puede señalar a los Estados respectivos las medidas de reparación que considere adecuadas para cumplir con su responsabilidad internacional cuando se les impute desconocimiento o violación de las disposiciones de la Convención Interamericana, tratándose de las recomendaciones que formula, tanto la provisional como la definitiva establecida en el artículo 51 de la propia Convención, si el asunto no ha sido sometido a la resolución de la Corte Interamericana. Por otra parte, la propia Comisión es el organismo que de manera exclusiva puede establecer las medidas de reparación en el supuesto de que se viole de la Declaración Americana por los Estados que no han suscrito la Convención, documento que si bien no es tratado, produce efectos jurídicos vinculantes de acuerdo con la Opinión Consultiva número 10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada el 14 de julio de 1989. En estos casos se establece un procedimiento específico según los artículos 51 a 54 del Reglamento de la Comisión.

46. Muy brevemente es preciso plantear el problema de los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana; ello es importante para determinar si los Estados a los cuales se dirigen están obligados a hacer efectivas las medidas de reparación que se establecen en las mismas. Por su parte la Comisión Interamericana ha sostenido que los Estados están obligados a acatar con sus recomendaciones de acuerdo con el principio *Pacta sunt Servanda*, y con apoyo en este principio la propia Comisión ha instado a los Estados miembros, sean o no parte de la Convención Americana a observar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos mediante el cumplimiento tanto de las recomendaciones emitidas en los informes sobre casos individuales, como de las medidas cautelares (*Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998, Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 1999, tomo II, p. 1243*).

47. A su vez, la Corte Interamericana después de superar algunas imprecisiones, estableció que de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término *recomendaciones* usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, sin embargo, en virtud del principio de buena fe consagrado en el mismo artículo 31.1, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función *promover la observancia y la defensa de los derechos humanos* en el hemisferio, de acuerdo con la Carta de la OEA, artículos 52 y 111. (Caso Loayza Tamayo, sentencia de fondo resuelta el 17 de septiembre de 1997, párrafo 80). (Hitters, 1993, tomo I, pp. 392-393; Faúndez Ledezma, 1999, 341-344).

48. La situación es compleja, puesto que si se consideran obligatorias las recomendaciones, serían equiparables a las sentencias de la Corte, en los términos del artículo 68, inciso 1, de la Convención Americana, según el cual "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes." No existe una disposición similar respecto de las recomendaciones de la Comisión, ni sería factible debido a que ésta no es un órgano jurisdiccional. Tampoco puede considerarse que los Estados a los que se dirigen recomendaciones tienen absoluta libertad para atender o negarse a hacerlo, las medidas reparatorias que se les solicitan.

49. Lo que sostiene la Corte Interamericana en el fallo mencionado es que los propios Estados interesados deben realizar sus mejores esfuerzos para aplicar estas medidas y que no pueden desatender las recomendaciones o ignorarlas, pues en caso de hacerlo, la sanción se traduce en la decisión de la Comisión para que se publique el informe definitivo del artículo 51 de la Convención, que se somete a consideración de la Asamblea General de la OEA con motivo del informe anual de la propia Comisión. No



existe en el sistema interamericano un órgano similar al Comité de Ministros del Consejo de Europa que trasmítala a los Estados involucrados las recomendaciones de la Comisión Europea durante el período de su funcionamiento, con el objeto de que fueran atendidas por dichos Estados.

50. No ha sido examinada por la doctrina ni por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano la cuestión relativa a la aceptación expresa de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, situación que afortunadamente se ha hecho más frecuente, ya que en ese supuesto tenemos la opinión personal de que el cumplimiento de las medidas de reparación solicitadas deben acatarse obligatoriamente debido a que los Estados respectivos han expresado su voluntad de aplicarlas.

51. B) La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana, que como se ha dicho anteriormente, entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Estatuto de la propia Corte fue aprobado, paralelamente al de la Comisión Interamericana, por la Asamblea General celebrada en La Paz, Bolivia en octubre de 1979. Dicho tribunal inició sus funciones el 7 de septiembre del citado año de 1979, en la ciudad de San José, en la que actualmente tiene su sede, de acuerdo con el convenio celebrado con el Gobierno de Costa Rica el 10 de septiembre de 1981. Se compone de siete jueces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, elegidos a título individual por los países que han suscrito la Convención Americana, por un período de seis años con una posible reelección, entre juristas de la más alta autoridad moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del que sean nacionales o del que los postule como candidatos. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad (artículo 52 de la Convención y 4 del Estatuto).

52. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 61 y 64 de la Convención, así como 1º. y 2º. de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: a) la primera de naturaleza *consultiva*, que pueden plantear los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana (que lo ha hecho con frecuencia), así como cualquier órgano de la misma OEA en el campo de su competencia, sobre la interpretación de la Convención Americana así como de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. A partir de las dos primeras opiniones consultivas, resueltas el 24 de septiembre de 1982, hasta la última, por cierto solicitada por el Gobierno de México y pronunciada el primero de octubre de 1999, la Corte ha resuelto 16 opiniones consultivas que han sido de gran valor para la interpretación, esencialmente de la citada Convención pero también de otros documentos internacionales. b) la segunda atribución es de carácter *jurisdiccional* o *contencioso* para resolver las controversias que le sometan la Comisión Interamericana o eventualmente un Estado Parte contra otro. Hasta el momento únicamente la Comisión ha presentado casos ante el tribunal.

53. La función jurisdiccional o contenciosa de la Corte que es la que la que ha

establecido principios y reglas sobre las reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados demandados ante ella, tiene carácter potestativo para los Estados Partes, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención, es decir, que sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo supuesto de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. A este respecto debe recordarse que nuestro país se sometió a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998 (Fix-Zamudio, 1999-B). Además, las controversias sometidas al conocimiento de la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la misma), la que además, ha sido adicionada con dos Protocolos. El primero, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, fue aprobado en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (y por ello se le conoce como "Protocolo de San Salvador"), y si bien no ha entrado en vigor, al parecer lo hará muy pronto, porque únicamente falta una adhesión. México firmó dicho Protocolo el 16 de abril de 1996. El segundo Protocolo es el relativo a la abolición de la pena de muerte, sucrita en la ciudad de Asunción, Paraguay el 8 de junio de 1990 y entró en vigor el 28 de agosto de 1991.

54. Hasta la fecha 21 Estados de los 25 que han ratificado la Convención Americana han reconocido de manera expresa la competencia de la Corte, pero sólo para hechos ocurridos con posterioridad al depósito de la ratificación del sometimiento a la jurisdicción, los que se mencionan alfabéticamente, con la cita del año de ese reconocimiento: Argentina (1984); Bolivia (1993); Barbados (2000); Brasil (1998); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); El Salvador (1995); Guatemala (1987); Haití (1998); Honduras (1991); México (1998); Nicaragua (1991); Panamá (1990); Paraguay (1993); Perú (1981); República Dominicana (1999); Surinam (1987); Uruguay (1985); y Venezuela (1985).

55. Debe hacerse notar que Trinidad y Tobago que había aceptado la competencia de la Corte desde 1991, denunció la Convención el 25 de mayo de 1998, por lo que implícitamente también afectó la competencia de la Corte Interamericana, y ha transcurrido el año que exige el artículo 78 de la Convención para los efectos del retiro. Por otra parte, el Gobierno del Perú, en nota presentada al Secretario General de la OEA con fecha primero de julio de 1999, notificó la declaración de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pero esta última en sus resoluciones de 24 de septiembre de 1999 sobre competencia en los casos pendientes de Ivher Bronstein y el Tribunal Constitucional contra dicho Gobierno, decidió que no era válido dicho retiro con efectos inmediatos en virtud de que el Perú no había denunciado la Convención y en caso de hacerlo, debía transcurrir el plazo de un año para que pudiera surtir efectos, por lo continuó con el conocimiento de dichos asuntos. (García Ramírez, 2000, pp. 389-405).

56. Los fallos de la Corte Interamericana han establecido principios y reglas sobre la responsabilidad de los Estados demandados por la violación de los derechos

humanos que se les imputan, ya sea en la sentencia de fondo o bien en una resolución especial sobre las reparaciones respectivas, de las cuales daremos algunos ejemplos en los párrafos siguientes. Sólo queremos resaltar en esta oportunidad, en relación con lo que expresamos respecto a dichas reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (ver *supra* párrafos 31-36), que en tanto que dicho tribunal, con fundamento en la Convención de Roma ha dejado el cumplimiento de las citadas reparaciones a los Estados involucrados de acuerdo con las reglas de su derecho interno, y sólo en el supuesto de cumplimiento parcial o insatisfactorio la Corte Europa establece una indemnización equitativa a los afectos (artículo 50 de la Convención de Roma), la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias condenatorias ha utilizado de manera directa el derecho internacional como base de la responsabilidad de los Estados respectivos, incluyendo la indemnización económica, a pesar de que el inciso 2 del artículo 68 de la Convención establece que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”, precepto que hace en este sentido una referencia al derecho nacional (Gros Espiell, 1991, pp. 191-195; Piza Roccafort, 1988; García Ramírez, 2000, pp. 419-420).

57. Antes de abordar el problema de las reparaciones, consideramos que debe señalarse que la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias en los casos de Honduras, señaló que la responsabilidad del Estado por infracción de los derechos humanos está vinculada con lo establecido por el artículo 1.1 de la Convención Americana (*Obligación de respetar los derechos*) el cual dispone:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

58. En efecto, en las sentencias de fondo dictadas los días 29 de junio de 1988 y 20 de enero de 1989, respectivamente, por la Corte Interamericana en los casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz contra el Gobierno de Honduras, el tribunal estableció en relación con el precepto citado en el párrafo anterior, que: “Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de los derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.” (párrafos 162 y 171, respectivamente, de dichos fallos). Más adelante, el tribunal agregó en relación con la misma disposición: “Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma del ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, ante toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto

consagrado en ese artículo.” (párrafos 169 y 178, respectivamente, de ambas sentencias).

59. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las mismas sentencias pronunciadas en los mencionados casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, destacó una segunda regla sobre la responsabilidad genérica de los Estados Partes de la Convención:

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

60. Con apoyo en estos dos principios básicos la Corte Interamericana en las sentencias posteriores en las cuales determinó la existencia de violaciones a los derechos humanos consagrados por la Convención Americana, relacionó las infracciones con disposiciones específicas acerca del incumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados Partes por el mencionado artículo 1.1 de la propia Convención.

VII. Algunos principios jurisprudenciales de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos sobre esta materia.

61. Como sería imposible hacer un análisis así sea superficial de las reglas que de manera paulatina ha desarrollado la jurisprudencia de ambos organismos protectores del Sistema Interamericano, sólo proporcionaremos algunos ejemplos que consideramos significativos, ya que se trata de una materia de constante perfeccionamiento.

62. Debemos reiterar que tanto la Comisión en sus recomendaciones y en sus demandas ante la Corte Interamericana, así como este último organismo jurisdiccional desde los primeros asuntos de su conocimiento, tomaron como base esencial para establecer las reparaciones respectivas, los principios del derecho internacional, por considerar que los ordenamientos internos de los países latinoamericanos no se han desarrollado suficientemente para realizar un reenvío hacia los mismos como lo hace la Corte Europea (ver *supra* párrafo 34).

63. Aun cuando la Convención Americana no contiene en sus artículos 50 y 51 disposiciones precisas sobre el contenido de los informes que puede elaborar la Comisión Interamericana, en el inciso 2, del segundo precepto dispone que “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el

Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada". Ha sido constante la práctica de dicha Comisión señalar en esos informes, especialmente el segundo y definitivo, la conducta que debe observar el Estado respectivo para reparar las violaciones que se le imputan, que pueden incluir la restitución de los derechos infringidos, otras medidas de reparación e inclusive el pago de una indemnización, cuando ella se considere procedente (Hitters, 1993, pp. 385-390). Por supuesto que cuando interpone una demanda ante la Corte, la Comisión Interamericana señala las medidas de reparación que en su concepto deben imponerse al Estado demandado en el supuesto de que la Corte lo considere responsable de las infracciones que se le señalen, las que sirven de base para que el tribunal se pronuncie sobre las mismas.

64. Por lo que respecta a la Corte Interamericana, el artículo 63.1 de la Convención le otorga la facultad de establecer la responsabilidad del Estado demandado y las reparaciones correspondientes, en cuanto dispone:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

65. Desde los primeros casos que fueron sometidos a la Corte Interamericana contra el Gobierno de Honduras (ver *supra* párrafos 58-59), el Tribunal inició de manera paulatina la construcción de reglas para establecer las medidas que debí a cumplir el Estado demandado con el objeto de reparar las violaciones a los derechos de los afectados, de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las infracciones. Estas medidas se han perfeccionado en los casos subsiguientes de acuerdo con una "progresividad interpretativa" (Gozaíni, 1992, 1992, pp. 97-99; Aguiar, 1997, pp. 245-264; Rodríguez Rescia, 1998, pp. 449-490).

66. A). En los casos ya mencionados de Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, la Corte consideró que el Gobierno de Honduras había sido responsable de la desaparición forzada de ambas personas y por tanto había infringido varios derechos establecidos en la Convención. En tal virtud, el Tribunal decidió que el citado Gobierno debía pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas, y además, estableció que la forma y cuantía de esa indemnización serían fijadas por la Corte en la ejecución de dichos fallos.

67. En las las sentencias dictadas el 21 de julio de 1989 sobre indemnización compensatoria a los familiares de estas dos víctimas, la Corte Interamericana de acuerdo con lo solicitado por la Comisión y los abogados de las víctimas, estableció que además de la indemnización, el Gobierno de Honduras, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de los fallos de condena, tenía el deber de investigar en cuanto subsistiera la incertidumbre sobre la suerte final de las personas desapareci-

das; el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas; así como el de sancionar a los responsables directos de las mismas (párrafos 34 y 32, respectivamente, de las sentencias de reparación). Este fue el inicio para el desarrollo de la distinción entre la indemnización y las reparaciones propiamente dichas (Faúndez Ledezma, 1999, pp. 498-510).

68. Por lo que respecta a la justa indemnización a que se refiere el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte en las sentencias antes mencionadas de 21 de julio de 1989, señaló, en primer lugar, que *tenía carácter compensatorio y no sancionatorio*, en referencia a los llamados “daños punitivos” (Aguiar, 1997, pp. 258-260), solicitados en estos casos por los abogados de las víctimas, ya que en concepto de la Corte Interamericana si bien algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, han fijado indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no era aplicable en el estado actual del derecho internacional (párrafos 38 y 36 respectivamente).

69. En los mencionados fallos de reparación se estableció que el monto de la indemnización debía establecerse con apoyo en dos criterios: a) *los perjuicios de carácter material, que comprenderían, de acuerdo con la doctrina tradicional de la responsabilidad internacional, el daño emergente y el lucro cesante;* y b) *el daño moral.* En términos muy sintéticos, y en cuanto a los daños materiales, los que pueden considerarse emergentes se traducen en el menoscabo directo o destrucción material de los bienes, en tanto que el lucro cesante es la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado. El daño moral asume una situación significativa en el derecho internacional de los derechos humanos, pues consiste en el desconocimiento de la dignidad humana de la víctima y la angustia, así como el sufrimiento a que es sometido, y que tienen efectos sobre el grupo familiar, especialmente cuando, como en los asuntos mencionados, se presume la muerte de la propia víctima. (Aguiar, 1997, pp. 240-245; Faúndez Ledezma, 1999, pp. 510-519).

70. La Corte Interamericana en los citados asuntos de Velázquez Rodríguez y Rodríguez Cruz contra el Gobierno de Honduras, tomó en cuenta los perjuicios irreparables de la posible muerte de las dos víctimas al haber transcurrido varios años desde su desaparición forzada sin tenerse noticias de su paradero, y estableció como base para la indemnización por daños materiales una estimación prudente de los posibles ingresos de las víctimas durante el resto de sus vidas probables, ya que las indemnizaciones en ambos casos estaban destinadas exclusivamente a los familiares de ambos desaparecidos.

71. Por otra parte, la Corte Interamericana afirmó que las sentencias de 29 de julio de 1988 y de 20 de enero de 1989 sobre el fondo, en las cuales se estableció la responsabilidad del Gobierno de Honduras constituían, en sí mismas, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las

víctimas, (párrafos 36 y 34 de las decisiones sobre indemnización), pero además, dicho Tribunal fijó una cantidad equitativa como daño moral por los daños psicológicos demostrados mediante dictámenes rendidos y exámenes periciales practicados a las esposas y a los hijos de las dos víctimas (párrafos 49-51 y 48-50, respectivamente, de los mismos fallos compensatorios).

72. Como lo hemos señalado anteriormente (ver *supra* párrafos 65-67), la Corte Interamericana desde estos primeros casos y en los subsecuentes, se ha apoyado para establecer las indemnizaciones y las reparaciones, en las normas de la Convención Americana y en los principios de derecho internacional aplicables a la materia (párrafos 31 y 29, respectivamente, de las resoluciones compensatorias). Por ese motivo, la Corte Interamericana en sus fallos compensatorios de 21 de julio de 1989, determinó que de la indemnización total correspondería la cuarta parte a cada una de las cónyuges, que debían recibir directamente, pero que las tres cuartas partes restantes se distribuirían entre los hijos de las víctimas, mediante la constitución de sendos fideicomisos en el Banco Central de Honduras, en las condiciones más favorables según la práctica bancaria hondureña. Los hijos recibirían mensualmente los beneficios de estos fideicomisos y al cumplir los veinticinco años de edad percibirían la parte alícuota que les correspondiera.

73. El monto de las indemnizaciones, que era elevado y además, libre de todo impuesto que eventualmente pudiera aplicarse; fue establecido en Lempiras que es la moneda nacional de Honduras, pero como el Gobierno de dicho país, en virtud de sus procedimientos internos incurrió en una mora de un año respecto del plazo fijado por la Corte para su cumplimiento, y durante este período se presentó una devaluación sustancial de esa moneda, la Comisión Interamericana con fecha 29 de septiembre de 1989, presentó ante la Corte una solicitud de interpretación de las sentencias compensatorias antes citadas, de 21 de julio de ese año, con apoyo en los artículos 67 de la Convención y 48 del entonces Reglamento del Tribunal. El citado precepto de la Convención dispone que "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En el caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo." Este remedio procesal, si bien no puede considerarse como un verdadero recurso constituye un instrumento similar a la aclaración de sentencia en los ordenamientos nacionales (Fix Zamudio, 1999, pp.513-514).

74. La Corte Interamericana consideró procedente dicha instancia y en sus sentencias de 17 de agosto de 1990 sobre interpretación de los fallos compensatorios citados, determinó que además de los intereses moratorios correspondientes, el Gobierno de Honduras debería cubrir las sumas necesarias para compensar las pérdidas sufridas en el valor de las indemnizaciones con el objeto de que éstas pudieran cumplir su finalidad como *restitutio in integrum* de los daños causados. A partir de entonces y para evitar situaciones similares de pérdida en el valor del monto de las

indemnizaciones, el Tribunal ha tomado como base una moneda estable, en particular el dólar norteamericano, aun cuando las sumas pudieran cubrirse en moneda nacional pero con valor equivalente al momento del pago.

75. B) Un segundo caso paradigmático en materia de reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el de Aloboetoe y otros, de acuerdo con demanda presentada ante el Tribunal por la Comisión de Derechos Humanos contra el Gobierno de Suriname el 27 de agosto de 1990. En dicha demanda se señaló que un grupo de militares del ejército de ese país detuvieron el 15 de enero de 1988, a varios integrantes de la tribu Saramaka que vivía en la selva, con el argumento de que se trataba de miembros de un grupo guerrillero, los golpearon y posteriormente dispararon sobre los detenidos, asesinando a seis de ellos e hiriendo a otro que abandonaron por considerar que también había fallecido, todo ello cuando las víctimas regresaban de la capital Paramaribo hacia su aldea. El Gobierno demandado, en la audiencia que celebrada en la Corte Interamericana el 2 de diciembre de 1991, reconoció expresamente su responsabilidad en los hechos denunciados, y por ello el Tribunal, en su decisión del día 4 del propio mes de diciembre, tomó nota del mencionado reconocimiento de responsabilidad y ordenó abrir el expediente para los efectos de reparaciones y costas. Fue la primera vez que un Estado demandado reconoció su responsabilidad en los hechos objeto de la demanda, y afortunadamente otros han seguido su ejemplo en varios casos contenciosos sometidos al conocimiento de la Corte.

76. Lo importante de este caso radica en la sentencia de reparaciones que dictó la Corte Interamericana el 10 de septiembre de 1993, después de un procedimiento muy complejo para lograr establecer tanto la naturaleza de las propias reparaciones, como determinar los beneficiarios de las víctimas que fueron asesinadas por los militares de Suriname. Las cuestiones que debieron decidirse fueron varias y difíciles, habida cuenta de en primer lugar que las víctimas eran calificadas como "cimarrones", es decir, que vivían en plena selva y formaban parte de una tribu integrada por antiguos esclavos que huyeron de las plantaciones holandesas durante la época de la dominación colonial, y en tal virtud conservaban sus costumbres originales africanas, entre ellas, por ejemplo, no utilizan el registro civil, tenían y tienen una organización matriarcal y practican la poligamia.

77. Fue necesario realizar una cuidadosa investigación, en la que además del asesoramiento de un antropólogo experto en cultura Saramaka, la Secretaría Adjunta de la Corte Interamericana fue comisionada por ésta para visitar el lugar de residencia de la tribu para conocer algunas de sus características e inclusive, de sus puntos de vista sobre las reparaciones. Después de obtener una lista de los descendientes, esposas y algunos ascendientes de los muertos, se realizó la siguiente distribución: a) De la reparación del daño material correspondiente a cada víctima se adjudicó un tercio a las esposas, que lo debían dividirlo por partes iguales entre ellas si hubiere más de una y dos tercios a los hijos que también debía dividirse por igual entre ellos si hubiere

más de uno. b) La reparación del daño moral correspondiente a cada víctima sería dividido: una mitad a los hijos; un cuarto para las esposas y otro cuarto para los padres. Si hubiere más de un beneficiario en alguna de esas categorías, se dividiría por igual. c) Se ordenó que se reintegraran los gastos hechos por gestiones ante las autoridades del Estado responsable a la persona que según la Comisión demandante los había realizado (párrafo 97 del citado fallo de reparaciones).

78. Pero esta situación, ya de por sí compleja, se dificultó en virtud de que la citada tribu, de acuerdo con sus costumbres no utilizaba moneda para sus transacciones que se efectuaban a base de trueque y los miembros que viajaban hasta la capital y otras ciudades de países vecinos para realizar trabajos temporales, al regresar a su aldea, llevaban objetos para las labores domésticas y agrícolas que compraban en dichas ciudades con el importe de sus salarios.

79. Tomando en cuenta lo anterior, la Corte Interamericana estableció un sistema bastante elaborado para lograr que se cumplieran los fines de la indemnización decretada, por lo que con la cantidad que debía depositar el Gobierno demandado antes del primero de abril de 1994 (la que ascendía a la suma de cuatrocientos cincuenta y tres mil ciento dos dólares o su equivalente en florines holandeses de acuerdo con la cotización de la ciudad de Nueva York el día anterior al del pago), se debían constituir dos fideicomisos en el banco Suritrust, de la ciudad de Paramaribo, en las condiciones más favorables de acuerdo con la práctica bancaria, uno en beneficio de los beneficiarios menores de edad y otro a favor de los beneficiarios mayores. (párrafos 99-100, de la sentencia de reparaciones).

80. Algo similar ya se había establecido en los casos contra el Gobierno de Honduras (ver *supra* párrafo 72), pero por la situación peculiar de los beneficiarios en el asunto Aloeboetoe, la Corte Interamericana fue más allá y ordenó el establecimiento de una Fundación sin fines de lucro en la ciudad de Paramaribo, integrada por personas de reconocida solvencia moral, que desempeñarían sus funciones *ad honórem*. Dicha Fundación privada, además de asesorar a los beneficiarios entre los cuales los hijos de las víctimas tenían carácter principal, pero sus madres o tutores debían prestarles gratuitamente asistencia, alimento, vestido y educación, por lo que la Fundación debía tratar que las indemnizaciones percibidas por los hijos menores de las víctimas fueran utilizadas para gastos posteriores de estudio o para formar un pequeño capital cuando comenzaran a trabajar o contrajeran nupcias y que sólo debían invertir en gastos comunes cuando razones serias de economía familiar o de salud así lo exigieren (párrafos 103-105 del fallo de indemnización). Además, la Corte Interamericana estableció que el Gobierno de Suriname no podía restringir o gravar las actividades de la Fundación o la operación de los fideicomisos más allá de lo que estaba vigente, ni tampoco modificar las condiciones entonces existentes, salvo lo que pudiese ser favorable, ni intervenir en las decisiones de aquella.

81. Otro problema que se presentó a la Corte Interamericana en el período de reparaciones en el caso Aloboetoe, tenía relación con el concepto de agravio colectivo que formaba parte de las costumbres tradicionales de la tribu Saramaka a la cual pertenecían las víctimas, ya que para dicho grupo las violaciones de los derechos de estas últimas afectaba también a toda la comunidad. Para compensar esta situación, el Tribunal estableció como reparaciones colectivas la obligación del Estado de Suriname de reabrir una escuela y dotarla de personal docente y administrativo para que funcionara de manera permanente, así como poner en operación en el curso del año en que se dictó dicho fallo, el dispensario existente en ese lugar.

82. C). Finalmente, en relación con algunos ejemplos para tener una idea de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones, haremos referencia al caso Loayza Tamayo, que fue sometido al tribunal por demanda de la Corte Interamericana de 12 de enero de 1995 y resuelto en cuanto al fondo por el Tribunal el 17 de septiembre de 1997. En dicho fallo la Corte Interamericana consideró que el Gobierno del Perú había violado en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo varios artículos de la Convención Americana relativos a la libertad y la integridad personales, el debido proceso y particularmente el previsto por el inciso 4 del artículo 8, que consigna el principio conocido como *non bis in idem*, en cuanto dicho precepto establece que "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".

83. El aspecto esencial del caso se apoyaba en el hecho de que la señora Loayza Tamayo había sido detenida el 6 de febrero de 1993 y acusada ante los tribunales militares por el delito de "traición a la patria" (en realidad, terrorismo agravado), pero no obstante haber sido absuelta por el Juez Instructor Especial de Marina en sentencia de 5 de marzo del citado año de 1993, (absolución que fue confirmada el 24 de septiembre siguiente por la Sala Plena del Tribunal Militar Especial, por lo que dicho fallo quedó firme), no obstante lo cual, por los mismos hechos pero con la tipificación de terrorismo, fue sometida y condenada posteriormente por los tribunales ordinarios a una pena muy larga de libertad y en condiciones carcelarias excesivamente rigurosas.

84. En la citada sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997, la Corte Interamericana, en virtud de las violaciones de la Convención en perjuicio de la señora Loayza Tamayo por el Gobierno del Perú, y especialmente de la prohibición de doble enjuiciamiento, decidió que el Estado demandado debía de ponerla en libertad dentro de un plazo razonable y de acuerdo con sus disposiciones de derecho interno, y además ordenó que se abriera el expediente en cuanto otro tipo de reparaciones (párrafos 84-85 del fallo de fondo). El Gobierno del Perú cumplió sin condiciones esta parte de la sentencia condenatoria y liberó a la señora Loayza Tamayo el 16 de octubre del citado año de 1997.

85. En el complejo fallo de 27 de noviembre de 1998, la Corte Interamericana, determinó las restantes compensaciones que debía cumplir el Estado peruano, las que

dividió en *medidas de restitución, medidas de indemnización compensatoria y otras formas de reparación*, con lo que se avanzó de manera considerable en esta materia.

86. a) Las medidas de restitución que ordenó el Tribunal consistían en la obligación del Estado del Perú para tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones debería ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha de dicho fallo. El Gobierno debía asegurar a la víctima el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde el momento de su detención. Además, como otro aspecto de restitución el Gobierno el Perú debía adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora Loayza, produjera efecto legal alguno.

87. b) Como indemnización compensatoria, la Corte Interamericana estableció que el Estado Peruano debía cubrir en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación del fallo de reparaciones, la suma global de ciento sesenta y siete mil ciento noventa dólares de los Estados Unidos de América con treinta centavos o su equivalente en moneda peruana, dividida entre la víctima, sus hijos, padres y hermanos en diversas proporciones, y que había de ser cubierta directamente a los beneficiarios mayores de edad, y si alguno hubiese fallecido, a sus herederos. En cuanto a la cantidad que correspondía a un hijo de la víctima, menor de edad, pero próximo a alcanzar la mayoría, debía depositarse en una institución bancaria solvente y de reconocido prestigio, por medio de un certificado de depósito a plazo fijo, que devengase intereses de acuerdo con las condiciones más favorables de la práctica bancaria en el Perú. Esta suma debía entregarse al beneficiario al alcanzar la mayoría de edad. También se ordenó el pago de honorarios y gastos. Como en ocasiones anteriores, la Corte Interamericana determinó que todo pago ordenado en la sentencia de reparaciones debía estar exento de impuesto o tasa existente, o que llegara a existir en el futuro.

88. c) Como otras formas de reparación la Corte Interamericana dispuso que el Gobierno del Perú debía tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25,475 (Delito de Terrorismo) y 25, 659 (Delito de Traición a la Patria), se conformaran con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que había confusión con la tipificación de ambos delitos, cuyo conocimiento se dividió entre los tribunales militares (traición a la patria) y los penales ordinarios (terrorismo), aun cuando ambos ilícitos correspondían al mismo género del terrorismo, lo que contrariaba los principios del debido proceso del artículo 8º. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafos 59-77 de la sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997 en el caso Loayza Tamayo). Dicha obligación de adecuar la legislación interna de los Estados Partes a los principios y preceptos de la Convención Americana está establecida en su artículo 2, *Deber de adoptar disposiciones de*

derecho interno, precepto que dispone:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 (ver *supra* párrafo 57), no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

89. Como una medida más para el derecho interno del Perú, la Corte Interamericana estableció que dicho Estado debía investigar los hechos del caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento de esa obligación.

90. d) Uno de los aspectos más novedosos de la sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo es el relativo a *los daños al proyecto de vida de la víctima*. Al respecto la Corte Interamericana sostuvo que se trataba de un concepto que había sido objeto de análisis por la doctrina y la jurisprudencia recientes, como una noción distinta del “daño emergente” o del “lucro cesante”, ya que el citado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. Agregó el Tribunal que este término de “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. De esta manera, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en los órganos del poder público, obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

91. En relación con la señora Loayza Tamayo, el Tribunal estimó que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesionales, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica así como severo quebranto físico y psicológico. Con todo esto, que resultaba obvio que ese conjunto de circunstancias directamente atribuibles a los hechos violatorios señalados, habían alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la propia víctima e impedido que ésta alcanzara las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse.

92. La Corte Interamericana reconoció la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la evolución de la jurisprudencia

dencia y la doctrina hasta la fecha del fallo de reparaciones no permitía traducir essterreconocimiento en términos económicos y por ello se obstuvo de cuantificarlo. La Corte advirtió que no obstante lo anterior, que el acceso de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implicaban un principio de satisfacción en ese orden de consideraciones (párrafos 147-153 del fallo de reparaciones). (Faúndez Ledezma, 1999, pp. 519-523; García Ramírez, 1999, pp. 158-160).

93. Finalmente, para concluir la descripción de las complejas y variadas reparaciones establecidas en esta sentencia de la Corte Interamericana de 27 de septiembre de 1998, en el caso Loayza Tamayo, resulta conveniente examinar el voto concurrente a dicho fallo de los jueces Alirio Abreu Burelli y del Presidente Antonio Cançado Trindade, en el cual examinaron con minuciosidad el concepto de "daño al proyecto de vida" que señaló la Corte Interamericana y concluyeron en el sentido de que todo el capítulo de las reparaciones por violaciones de los derechos humanos debía ser repensado desde la perspectiva de la integridad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad, por lo que la sentencia de reparaciones a que se ha hecho referencia al reconocer la existencia del daño de vida, entre otras medidas de reparación, había dado un paso acertado y alentador en esta dirección, que será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro. (párrafo 17 del voto).

VII. Necesidad de expedir ordenamientos nacionales que regulen el cumplimiento de las recomendaciones y de los fallos compensatorios emitidos por organismos internacionales de derechos humanos.

94. Expresamos con anterioridad que los fallos de los tribunales regionales de derechos humanos, tanto el europeo como el interamericano, tienen carácter obligatorio pero que no son ejecutables directamente en el ámbito interno, sino que dicho cumplimiento debe efectuarse por los Estados responsables (ver *supra* párrafos 33). También señalamos que si bien los ordenamientos europeos no se han desarrollado ampliamente para darle mayor eficacia a los fallos de la Corte respectiva, sin embargo es frecuente el cumplimiento de sus decisiones, y sólo cuando este cumplimiento no es satisfactorio, la propia Corte establece una indemnización equitativa en beneficio del afectado (ver *supra* párrafo 34). De manera diversa, las sentencias compensatorias de la Corte Interamericana se han apoyado directamente en normas del derecho internacional para establecer las reparaciones respectivas, aun cuando las mismas deban ejecutarse en el ámbito interno por los Estados responsables (ver *supra* párrafo 56).

95. La razón de esta diferencia se debe a que en el ámbito latinoamericano (si se toma en cuenta que ni Estados Unidos ni Canadá han suscrito la Convención Americana y menos aun se han sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana), con pocas excepciones, no han expedido normas internas para regular el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión o los fallos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Por ello es que resulta difícil la aplicación del artículo 68,2 de la Convención Americana en cuanto establece que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país *por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”. La regulación de este procedimiento interno es muy deficiente en los ordenamientos de Latinoamérica salvo pocas excepciones, y por ello consideramos conveniente que se expidan normas que establezcan una tramitación rápida y eficaz para el cumplimiento de recomendaciones y fallos compensatorios.

96. Si pasamos revista a la legislación latinoamericana en esta materia podemos señalar pocas excepciones en las cuales se han expedido disposiciones específicas para el cumplimiento de recomendaciones y fallos compensatorios provenientes de los organismos internacionales. En primer término, podemos señalar el ordenamiento peruano, si tomamos en consideración que el artículo 205 de la Carta Fundamental de 1993 (que tiene su antecedente en el artículo 305 de la Constitución anterior de 1979), dispone que “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce *puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.*”

97. La disposición fundamental anterior está complementada por los preceptos relativos de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo publicada originalmente el 8 de diciembre de 1982, durante la vigencia de la Constitución anterior de 1979, pero que con varias modificaciones está vigente en la actualidad. El título V de dicha Ley, *De la jurisdicción internacional*, contiene varios preceptos, entre los cuales destaca el artículo 40 que establece:

La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, *no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno*. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencia.

98. Resulta paradójico que a pesar de estas normas internas de cumplimiento de las determinaciones de organismos internacionales a los cuales se encuentra sometido el Perú (que reconoció expresamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana desde el año de 1981), las recientes sentencias compensatorias de dicho Tribunal han encontrado resistencia para su cumplimiento en el ámbito interno del Perú, cuyo Gobierno ha pretendido sin éxito desconocer esa competencia jurisdiccional de la Corte (ver *supra* párrafo 55).

99. Otro ordenamiento latinoamericano que ha legislado sobre esta materia es Colombia por conducto de la Ley 288 publicada el 9 de julio de 1996, en la cual se establecen instrumentos para hacer efectivas la indemnizaciones establecidas por

determinados organismos internacionales de derechos humanos en beneficio de las víctimas de las violaciones de tales derechos. Si bien el artículo 2º. de dicho ordenamiento únicamente se refiere para tal efecto al Comité de Derechos Humanos del Protocolo adicional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una interpretación por mayoría de razón de dicho precepto, debería incluir también a la Corte Interamericana si se toma en cuenta que el Gobierno Colombiano se sometió expresamente a su facultad contenciosa en el año de 1985.

100. Por el contrario el ordenamiento mexicano se encuentra todavía muy retrasado en la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito interno y por supuesto en una situación todavía menos favorable respecto de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos, lo que resulta preocupante, en virtud de que, nuestro país se ha sometido expresamente a la facultad jurisdiccional de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998 (ver *supra* párrafo 53).

101. Por una parte y hasta las reformas de 1994, con excepción de algunas materias como la expropiación pública y otras similares, prácticamente no existía el reconocimiento de la responsabilidad económica del Estado mexicano por los actos ilícitos de sus empleados y funcionarios. El artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a toda la República en materia federal, cuyos antecedentes se remontan al Código Civil napoleónico de 1804, sólo establecía la responsabilidad subsidiaria del Estado por dichos actos ilícitos, siempre que se demostrase en un juicio civil ordinario los daños causados por la conducta ilícita del agente del Estado y su insolvencia total o parcial para cubrir directamente la compensación.

102. Por la reforma publicada el 10 de enero de 1994 se inició un cambio, así sea modesto, en la responsabilidad económica del Estado por la conducta ilícita de sus "servidores públicos". El actual artículo 1927 del citado Código Civil distrital que sustituye al de 1928 antes mencionado, reconoce la *responsabilidad solidaria* en los casos *ilícitos dolosos* y se mantiene la de carácter subsidiario para los demás.

103. Sin embargo, la responsabilidad patrimonial se reguló en dichas reformas legislativas de 1994 de manera menos estrecha tratándose de ilícitos en materia administrativa, ya que se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidades de 1982 (para los servidores públicos del Gobierno Federal y del Distrito Federal), de manera que el actual artículo 77 bis de dicho ordenamiento dispone:

Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del

daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquiera otra.-El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.- Si el órgano del Estado niega la indemnización o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.- *Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pagar respectiva.*

104. A su vez, el artículo 78 de la citada Ley de Responsabilidades establece que el derecho de los particulares para solicitar la indemnización de daños y perjuicios prescribe en un año a partir de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa. Por otra parte, debe considerarse equívoca la disposición que establece que cuando se niega la indemnización, o el monto es insuficiente para el reclamante puede utilizar a la vía administrativa o la judicial. En realidad ambas posibilidades son judiciales, ya que en el primer caso el afectado puede acudir a los tribunales administrativos y en la otra a los organismos judiciales ordinarios. En relación con la primera opción, el artículo 23, fracción XI, de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal publicada el 19 de diciembre de 1995, establece que se pueden impugnar ante las Salas de dicho Tribunal las resoluciones que nieguen a las personas físicas o morales la indemnización a que se refiere el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que se ha transcrito en el párrafo anterior, y se agrega que el particular podrá emplear esa vía o la instancia judicial competente. Y un precepto similar está contenido en el artículo 11, fracción X, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, publicada el 15 del mismo mes de diciembre de 1995, en relación con la competencia de las Salas del citado Tribunal.

105. La doctrina considera insuficientes las normas anteriormente mencionadas, las que sólo deben tomarse como un inicio del reconocimiento más amplio de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano y propone una reforma constitucional al artículo 113 de la Carta Federal, en el título de responsabilidades, así como la expedición de una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (Castro Estrada, 1997, pp. 397-510). En el artículo 2º. del Anteproyecto de dicha Ley Federal se considera necesario establecer que los preceptos de dicho ordenamiento sean aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones (Castro Estrada, 1999, pp. 67-122).

106. También es preciso mencionar, como complemento de la reforma de enero de 1994 que hemos mencionado en el párrafo 102 de este trabajo, lo dispuesto sobre esta materia por la Ley sobre Celebración de Tratados publicada el 2 de enero de

1992, en vigor a partir del día siguiente, (ordenamiento que debe perfeccionarse en virtud de la evolución del derecho internacional), en cuanto ordena en su artículo 11, que:

Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8º. (sobre los lineamientos que debe contener cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que establezcan mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que son parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales), *tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.*

107. No obstante lo anterior, el artículo 9º. de la citada Ley sobre Celebración de Tratados contiene una disposición de carácter tradicional que debe revisarse de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Estado mexicano al ratificar convenciones multilaterales sobre derechos humanos. En efecto dicho precepto dispone que: "El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8º., cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación".

108. Especialmente debe tomarse en consideración al respecto la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio de amparo en revisión número 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, fallado el 11 de mayo de 1999, por unanimidad de diez votos; fallo en el cual se estableció la tesis que interrumpió el criterio jurisprudencial tradicional de que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa, y por el contrario, en la última resolución mencionada la Suprema Corte estimó que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (Tesis publicada en el Informe de la Suprema Corte de 1999, Anexo de Jurisprudencia, pp.841-843), lo que significa que para que nuestro país se niegue a aplicar en el ámbito interno las decisiones de organismos internacionales, debe existir un pronunciamiento del más Alto Tribunal de la República que considere que el tratado o convenio internacional respectivo contiene disposiciones que contraríen las normas constitucionales.

VII. Conclusiones.

109. De acuerdo con las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

110. Primera. El análisis sistemático de las reglas y los principios de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional es relativamente reciente, ya que si bien

se habían establecido algunas reglas consuetudinarias de carácter tradicional entre los Estados para exigir dicha responsabilidad, tales como las represalias y las reparaciones de guerra, así como la protección diplomática respecto de reclamaciones individuales y en algunos casos se acudía al arbitraje, pero todo ello con resultados insatisfactorios. Hasta la primera posguerra, con el establecimiento de la débil Liga de las Naciones, y particularmente con la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1922-1939), se inició la construcción de principios y reglas sobre la citada responsabilidad internacional, por medio de la jurisprudencia y la doctrina.

111. Segunda. Un paso definitivo hacia la institucionalización de la resolución de los conflictos internacionales se produjo con la Carta de las Naciones Unidas aprobada en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945, en cuyos artículos 92 a 96 se estableció la Corte Internacional de Justicia en sustitución de la anterior Corte Permanente y cuyo Estatuto fue aprobado por la Asamblea General el mismo día que dicha Carta y ambos instrumentos entraron en vigor el 24 de octubre de 1945. La citada Corte Internacional de Justicia ha tenido un papel de gran importancia en la solución de numerosos conflictos de carácter internacional y con ese motivo ha establecido principios y reglas muy significativas en la materia de la responsabilidad internacional de los Estados y de su obligación de reparar los daños producidos por la conducta ilícita de los mismos.

112. Tercera. Con la creación de las Naciones Unidas, una de cuyas funciones es la promoción y protección de los derechos humanos, se inició una nueva etapa en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones por la violación de los propios derechos humanos y además se estableció el concepto de las personas individuales como sujetos del derecho internacional, ya que anteriormente sólo tenían este carácter los Estados. Con ese motivo surgieron numerosos Comisiones y Comités de supervisión de las obligaciones de los Estados partes de las Naciones Unidas en el campo cada vez más amplio de los derechos humanos y además, debido a la intensa labor de estudio y protección por parte de dichos organismos, las Naciones Unidas han aprobado un número impresionante de tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos, entre los cuales destacan por su carácter genérico, los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de los Derechos Civiles y Políticos, aprobados en la ciudad de Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y en vigor, respectivamente, los días 3 de enero y 23 de marzo de 1976.

113. Cuarta. Al lado de los instrumentos y organismos de carácter universal, se han establecido sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Actualmente son tres, el europeo, el interamericano y el africano, pero este último no se ha desarrollado de manera suficiente debido a la inestabilidad social y política de ese Continente. El primero en surgir fue el establecido en Europa por conducto de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor el 13 de septiembre de 1953. En esta Convención se establecieron dos organismos tutelares, la Comisión y la Corte

Europeas de Derechos Humanos. La primera en funcionamiento a partir de 1954 y la segunda en 1959, con residencia de ambas en la ciudad de Estrasburgo. Las actividades de la Comisión terminaron el primero de noviembre de 1998, fecha en la que entró en vigor el Protocolo número 11 de la Convención de Roma, que suprimió dicha Comisión y dio acceso directo a los reclamantes individuales ante la propia Corte, ya que antes de esa fecha los afectados debían acudir primeramente ante la Comisión para que ésta examinará sus quejas por violaciones de los derechos establecidos en la Convención y en su caso podía formular recomendaciones a los Estados respectivos, cuyo cumplimiento estaba a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa. De no cumplirse sus recomendaciones, la Comisión podía acudir a la Corte para demandar al Estado responsable, y esta última estaba facultada para dictar un fallo condenatorio, en el cual se fijaban las reparaciones correspondientes.

114. Quinta. A partir del primero de noviembre de 1998 la Corte Europea recibe directamente las reclamaciones individuales y puede pronunciarse sobre el fondo de las mismas, para determinar la responsabilidad y las reparaciones de los Estados demandados. De acuerdo con la Convención de Roma y su aplicación por la Corte Europea, el cumplimiento de las sentencias condenatorias tiene carácter obligatorio pero no ejecutivo, por lo que deben cumplirse por los Estados respectivos en su ámbito interno y sólo cuando dicho cumplimiento no es satisfactorio, la Corte Europea puede establecer una indemnización compensatoria a cargo del Estado y en beneficio del afectado. Tanto la Comisión en los años en que ha funcionado como la Corte Europea han establecido principios y reglas muy complejas sobre la responsabilidad y las reparaciones de los Estados Partes de la Convención de Roma. Actualmente suman más de cuarenta.

115. Sexta. El sistema interamericano de protección de derechos humanos se inspiró en varios aspectos en el europeo, en cuanto también se han establecido dos organismos tutelares, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, pero con modalidades peculiares que se han acentuado de manera progresiva. La Comisión fue establecida en el año de 1960, con residencia desde entonces en la ciudad de Washington, D.C., pero no de manera convencional, sino por medio de un simple acuerdo de los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, y se le confirieron facultades que se ampliaron de manera creciente en reformas a la Carta de la OEA, por lo que adquirió atribuciones mucho más amplias que su modelo europeo, ya que abarca extensas actividades de promoción y protección, entre ellas la de visitas *in loco*; supervisión y dictámenes de carácter general respecto de Estados a los cuales se atribuyen violaciones generalizadas; consultas y opiniones; y por supuesto, la de mayor significado, que es recibir y tramitar reclamaciones individuales, y en su caso, formular recomendaciones a los Estados responsables. La citada Comisión fue incorporada a la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor el 18 de julio de 1978.

116. Séptima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en la

Convención Americana de Derecho Humanos y establecida en la ciudad de San José, Costa Rica, a partir del 7 de septiembre de 1979. De acuerdo con la mencionada Convención y su Estatuto aprobado en octubre del citado año de 1979, la Corte Interamericana posee dos tipos de facultades. Una muy amplia, de carácter consultivo, por la cual puede pronunciarse no únicamente sobre la interpretación de la Convención sino también respecto de otros tratados sobre derechos humanos con aplicación en el Continente Americano. Las consultas pueden ser solicitadas por los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana (que lo ha hecho con frecuencia) y cualquier órgano de la propia Organización en el campo de su competencia. Hasta la fecha el Tribunal ha dictado 16 opiniones consultivas. La segunda atribución es de carácter jurisdiccional o contenciosa y requiere el consentimiento expreso de los Estados, y lo han hecho de manera paulatina 21 de los 25 Estados que han suscrito la Convención (México el 16 de diciembre de 1998). A partir del establecimiento de la Corte, la Comisión Interamericana puede, si un Estado no cumple o no acepta sus recomendaciones, someter el caso al Tribunal, solicitando a éste que declare su responsabilidad y se establezcan las reparaciones respectivas. Tanto la Comisión en sus recomendaciones y en sus demandas ante la Corte, esta última en sus fallos, han establecido de manera progresiva un conjunto de reglas y de principios sobre la responsabilidad y sobre las reparaciones que deben realizar los Estados cuando se considera que han incurrido en violaciones a los derechos establecidos por la Convención.

117. Octava. Las reglas y principios sobre responsabilidad y reparaciones creados por la Corte Interamericana se han perfeccionado paulatinamente y se han hecho cada vez más complejas. Como es imposible hacer un examen general de los fallos condenatorios de la Corte, se señalan en el texto algunos ejemplos significativos en su jurisprudencia sobre un sistema de responsabilidad de los Estados demandados y la restitución de los derechos infringidos. Al respecto podemos señalar que el concepto de reparación es muy amplio y comprende diversas actividades compensatorias. Una de las más importantes es la justa indemnización a que se refiere el artículo 63 de la Convención y que comprende el resarcimiento de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y de los de carácter moral, pero además otras medidas compensatorias, cada vez más amplias, como la obligación de investigar y sancionar a los autores de la violación; información sobre el paradero de las víctimas; así como la adopción de medidas para prevenir y evitar futuras violaciones, entre otras, y pueden llegar, como ocurrió en las sentencias compensatorias más recientes de la Corte, a establecer el concepto de daño del proyecto de vida de las víctimas.

118. Novena. Una de las características del sistema de responsabilidad y reparaciones establecido por la Corte Interamericana se aparta del modelo europeo, en cuanto éste confía el cumplimiento de las sentencias condenatorias al derecho interno de los Estados respectivos, y sólo cuando no es satisfactorio, se ordena una indemnización equitativa, pero la Corte Interamericana desde sus primeros fallos de resarcimiento, aplicó de manera directa el derecho internacional, y de acuerdo con el mismo, estableció las reparaciones, aun cuando su cumplimiento debe hacerse en el

ámbito interno de los Estados responsables, pero de acuerdo con las reglas supranacionales.

119. *Décima.* Son escasos los ordenamientos latinoamericanos que han creado procedimientos para la ejecución en el ámbito interno de las decisiones adoptadas por los organismos internacionales; al respecto deben mencionarse las disposiciones establecidas por las legislaciones de Perú y de Colombia. Por lo que se refiere a México existe un notorio retraso en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en relación con la conducta ilícita de sus empleados y funcionarios, ya que podía afirmarse que prácticamente no existía salvo situaciones muy específicas, como la expropiación por causa de utilidad pública. Mediante la reforma legislativa de enero de 1994, se modificó por una parte el Código Civil del Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal, para establecer la responsabilidad solidaria del Estado en relación con la conducta ilícita de carácter doloso de los servidores públicos. De mayor importancia es la modificación de algunos preceptos de la Ley Federal de Responsabilidad de 1982 (de los servidores públicos al servicio del Gobierno Federal y del Distrito Federal), en el sentido de que cuando se determine la responsabilidad administrativa de un empleado o funcionario, la autoridad que sigue el procedimiento puede señalar la responsabilidad por daños y perjuicios causados a los particulares en virtud de la conducta de dichos servidores y realizar la liquidación de los mismos. En el supuesto de que ésta sea negada o la misma se considere insatisfactoria, el afectado puede acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal o ante el Tribunal Fiscal de la Federación, según sea el caso, o bien ante los organismos jurisdiccionales ordinarios. La doctrina ha señalado la necesidad de realizar una reforma constitucional y expedir una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, cuyos procedimientos puedan aplicarse también a la responsabilidad internacional.

IX. Bibliografía básica.

-AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos Humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores-Universidad Católica Andrés Bello, 1997.

-BUERGENTAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; y NIKKEN, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

-CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado (Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Comparado. Propuesta legislativa en México)*, México, Porrúa, 1997.

-CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de responsabilidad patrimonial del Estado", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, número 23, 1999, pp. 67-122.

-COHEN-JONATHAN, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires D'Aix-Marseille-Economica, 1989.

-COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados*, Informe presentado en el 48º. Período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (6 de mayo a 26 de julio de 1996). Asamblea General. Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones. Suplemento número 10/A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996.

-FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª. ed., San José, Costa Rica, 1999.

-FERRET LLORET, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos. Estudio de la práctica relacional e Institucional*, Madrid, Tecnos-Universidad de Alicante, 1988.

-FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 147-188.

-FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en la obra editada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997, pp. 161-224, reproducido en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 455-531.

-FIX-ZAMUDIO, Héctor, México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

-FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *Memoria del Seminario Internacional. Similitudes y divergencias entre los sistemas de protección regional de los derechos humanos. El Caso de América y Europa*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, pp. 91-131.

-GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 1, Julio-Diciembre 1999, pp.293-296.

-GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas"; "Dos temas de la jurisprudencia interamericana: "Proyecto de vida" y "amnistía"; "Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; Los cuatro trabajos incluidos en el libro del propio autor, *Estudios jurídicos*, México, 2000, pp. 279-314; 351-372, 389-405; 407-443, respectivamente.

-GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, 1982.

-GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, "Concepto de responsabilidad internacional del Estado según Hans Kelsen" y "Aspectos de la Reparación en derecho internacional", ambos en el libro del mismo autor, *Temas selectos de derecho internacional*, 3ª. ed., México, UNAM, 1999, pp. 153-180 y 181-208.

-GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1992.

-GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

-HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo II, Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993.

-KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.

-KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, trad. de Hugo Caminos y Ernesto G. Hermida, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.

-NIETO NAVIA, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de los derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, 1993.

-NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1987.

-PIZA ROCAFORT, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado y derechos humanos*, San José de Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1988.

-PIZA, R. Rodolfo y TREJOS, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989.

-ROSENNE, Shabtai, *The World Court. What it is and how it works*, 5ª. ed. Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1995.

-RUÍZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997.

-TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, 2ª. ed., Editorial Heliasta, 1996.

-TRAVIESO, Juan Antonio, *Código de Derecho Internacional. Tratados e instrumentos internacionales. Organizaciones Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

IX. ANEXO

*Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización
y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes
de los derechos humanos y las libertades fundamentales
Informe definitivo presentado por el
Sr. Theo van Boven, Relator Especial
Informe final E/CN. 45 Sub. 1993/8,
2 de julio de 1993.*

El Relator Especial presenta las siguientes propuestas relativas a la reparación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos.

Principios generales

● En virtud del derecho internacional, la violación de un derecho humano da a la víctima el derecho a obtener reparación. Se debe prestar particular atención a las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre las cuales figuran como mínimo las siguientes: el genocidio; la esclavitud y las prácticas similares; las ejecuciones sumarias o arbitrarias; la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las desapariciones forzadas; la detención arbitraria y prolongada; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo.

● Cada Estado tiene el deber de conceder la reparación en caso de quebrantamiento de la obligación, contraída en virtud del derecho internacional, de respetar y garantizar que se respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales. La obligación de garantizar el respeto de los derechos humanos incluye el deber de prevenir las violaciones, el deber de investigarlas, el deber de tomar medidas apropiadas contra sus autores y el deber de prever reparaciones para las víctimas. Los Estados velarán por que ninguna persona que sea responsable de violaciones flagrantes de los derechos humanos goce de inmunidad con respecto a sus acciones.

● La reparación por violaciones de los derechos humanos tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones.

● La reparación debe responder a las necesidades y los deseos de las víctimas. Será proporcionada a la gravedad de las violaciones y los daños resultantes e incluirá la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.



● La reparación de determinadas violaciones flagrantes de los derechos humanos que constituyeron crímenes en virtud del derecho internacional incluye el deber de enjuiciar y castigar a los autores. La impunidad está en conflicto con este principio.

● Deben reclamar la reparación las víctimas directas y, si procede, los familiares, las personas a cargo u otras personas que tengan una relación especial con las víctimas directas.

Además de proporcionar reparación a los individuos, los Estados tomarán disposiciones adecuadas para que los grupos de víctimas presenten reclamaciones colectivas y para que obtengan reparación colectivamente. Se deben tomar medidas especiales con el fin de ofrecer oportunidades de desarrollo y progreso a los grupos que, a raíz de violaciones de sus derechos humanos, hayan carecido de tales oportunidades.

Formas de reparación

● La *restitución* tendrá por objeto restablecer, en lo posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de las violaciones de los derechos humanos. Entre otras cosas, se debe restaurar la libertad, la ciudadanía o la residencia, el empleo o los bienes.

● La *Indemnización* se proporcionará en relación con los daños resultantes de violaciones de los derechos humanos que puedan evaluarse económicamente, como los siguientes:

- Daños físicos o mentales;
- Dolor y sufrimiento físico o psicológico;
- Pérdida de oportunidades, incluida la posibilidad de realizar estudios;
- Pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida;
- Gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación;
- Daños a los bienes o comercios, incluido el lucro cesante;
- Daños a la reputación o la dignidad;
- Gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

La *rehabilitación* incluirá la atención y los servicios jurídicos, médicos, psicológicos y de otra índole, así como medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

11. La satisfacción y las garantías de no repetición incluirán:

- La cesación de las violaciones aún existentes;
- La verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad;
- Un fallo declaratorio a favor de la víctima;
- Una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad;
- El enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones;
- La celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- La inclusión de datos exactos sobre las violaciones de los derechos humanos en los planes de estudio y el material didáctico;
- La prevención de una repetición de las violaciones del modo siguiente:
 - i) sometiendo a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil;
 - ii) reforzando la independencia del poder judicial;
 - iii) reforzando la independencia del poder judicial;
 - iv) protegiendo a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos;
 - v) enseñando a todos los sectores de la sociedad, en particular a las fuerzas militares y de seguridad y a los oficiales encargados de aplicar la ley, a respetar y conocer mejor los derechos humanos.

Procedimientos y mecanismos

- Cada Estado mantendrá procedimientos disciplinarios, administrativos, civiles y penales rápidos y eficaces, con jurisdicción universal para las violaciones de los derechos humanos que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.
- Se debe adaptar el sistema jurídico, especialmente para los asuntos civiles, administrativos y de procedimiento, a fin de velar por que el derecho a la reparación esté al alcance de todos, sin dificultades excesivas y habida cuenta de la posible vulnerabilidad de las víctimas.

- Cada Estado dará a conocer, a través de los medios de comunicación y otros mecanismos apropiados, los procedimientos existentes para obtener reparación.
- No habrá prescripciones respecto de los períodos durante los cuales no existan recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos humanos. Las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos no estarán sujetas a prescripción.
- No se puede obligar a nadie a que renuncie a presentar reclamaciones de reparación.
- Cada Estado presentará prontamente todas las pruebas de que disponga en relación con violaciones de los derechos humanos.
- Los tribunales administrativos o judiciales encargados de conceder la reparación deben tener en cuenta que los expedientes u otras pruebas tangibles pueden ser escasos o inasequibles. En caso de no disponer de otras pruebas, la reparación debe basarse en el testimonio de las víctimas, los familiares y los profesionales del campo de la medicina y la salud mental.
- Cada Estado protegerá a las víctimas, sus familiares y amigos, y los testigos contra los actos de intimidación y represalia.
- Las decisiones sobre la reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos se adoptarán en forma expeditiva y pronta a este respecto, habrá que elaborar procedimientos de seguimiento, apelación o revisión.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En virtud de haber podido conocer la experiencia que otros países han generado con motivo de la incorporación y aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en sus propios regímenes jurídicos, además de haber realizado un examen completo del contenido de las Iniciativas Constitucionales que en abril (PRI) y junio (PAN) se han presentado ante la H. Cámara de Diputados para introducir dicho instituto jurídico al orden jurídico mexicano, puede afirmarse que el "Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado", organizado conjuntamente por el Instituto Nacional de Administración Pública y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, durante los días 4 y 5 de octubre de 1999 en las instalaciones del primero, cumplió muy satisfactoriamente sus objetivos.

Antes de realizar algunas consideraciones que permitan dejar en claro aspectos en los que existe consenso indudable respecto de la institución jurídica que se estudió, es preciso dejar aquí constancia del amplio agradecimiento que los institutos organizadores expresan a todos los conferencistas nacionales y extranjeros, catedráticos y Directores de Facultades y Escuelas de Derecho, así como a legisladores federales y moderadores que participaron con sapiencia y entusiasmo.

Por lo que se refiere a la experiencia aplicativa de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado en derecho comparado, resultó sumamente interesante advertir que, no obstante las diversas modalidades y dificultades que representa la formulación de un principio de resarcimiento de los daños causados por el Estado, ha cobrado carta de naturalización en diversos países de Europa y Latinoamérica, en los que incluso dicha figura jurídica ha sido elevada a rango Constitucional -como ha sucedido, entre otros países, en España y Colombia, según lo refirieron eximios juristas provenientes de dichos países-; y en otros casos se ha introducido por vía jurisprudencial, de acuerdo a la experiencia relatada por destacados jusadministrativistas argentinos.

Los expositores subrayaron que una de las consecuencias de la introducción del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido precisamente la elevación en la calidad de los servicios públicos, toda vez que asumir la responsabilidad de reparar los daños y perjuicios que se causen con su prestación, ha conducido en su propia experiencia aplicativa, a un mayor control administrativo y, por ende, a evitarlos en la mayor medida de lo posible. Además, pudo advertirse que a ninguno de los países desarrollados o en vías de desarrollo- que han adoptado este régimen de responsabilidad, les ha generado problemas financieros graves, y que en todo caso se trata de una institución imprescindible en un auténtico Estado de derecho.

Por su parte, prestigiados jus-administrativistas mexicanos destacaron el injustificado retraso que impera en México en esta materia, al afirmar que actualmente no se cuenta con un verdadero régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado, sino más bien con un sistema de responsabilidad de los servidores públicos, de carácter subjetivo e indirecto -tanto en el ámbito civil como en el administrativo-, a pesar de los impulsos que en el pasado han habido para avanzar en la incorporación de esta importante institución jurídica, incluidas las diversas reformas legales que se introdujeron en 1994, que si bien significaron un avance, quedaron en la antesala de un verdadero régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado. En la inteligencia de que un régimen como el propuesto, sería perfectamente complementario al existente para los servidores públicos.

En la inauguración del Seminario, el propio Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Genaro David Góngora Pimentel, al reconocer el injustificado rezago legislativo que acusa nuestro país en esta materia, exhortó a todos los participantes a analizar con detenimiento y atención esta importante institución jurídica, y, con profundo conocimiento de causa, sostuvo que para garantizar la debida reparación del daño, no bastaría una reforma Constitucional o legal, sino que se requeriría también que tal concepto quedara debidamente soportado en el presupuesto público. Así, el consenso alcanzado entre conferencistas y participantes en el seminario, fue prácticamente unánime en cuanto a la necesidad impostergable de incorporar el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetiva y directa al orden jurídico mexicano.

En la mesa redonda integrada por legisladores federales de los tres partidos políticos más importantes en México, se analizaron las Iniciativas que sobre esta materia se han presentado ante la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, por parte de diputados del Partido Revolucionario Institucional (PRI), y del Partido Acción Nacional (PAN), mismas que se encuentran para su discusión y dictamen- en las Comisiones legislativas correspondientes de la mencionada Cámara.

Derivado de las posiciones expresadas por los integrantes de dicha Mesa Redonda, así como de la Mesa Redonda compuesta por directores y catedráticos de diversas instituciones académicas, se arribó a la conclusión de que ambas Iniciativas coinciden en cuanto a la necesidad de elevar a rango constitucional el principio rector de la responsabilidad patrimonial del Estado, mediante el reconocimiento de una garantía individual a favor de los gobernados que proteja su patrimonio en contra de las lesiones antijurídicas que produzca el Estado con su actividad, así como en dejar un plazo prudente para su entrada en vigor. Lo anterior, a fin de que la administración pública, principalmente, adopte las medidas correctivas y preventivas más pertinentes con el objeto de disminuir en todo lo posible la irrogación de daños y perjuicios como consecuencia de su actividad, así como para tomar las medidas financieras aconsejables para atenuar los impactos de esta nueva situación, incluidos la contratación de seguros contra la responsabilidad civil respecto de sus actividades más riesgosas. También se habló de la conveniencia de identificar fórmulas idóneas para proteger a los servidores públicos con fianzas o cauciones que les permitiese, en caso de repetición de lo pagado por el Estado, y previa resolución de responsabilidad administrativa, hacer frente a los resarcimientos respectivos.

No obstante las coincidencias que ambas Iniciativas presentan en cuanto al fondo, se destacaron algunos puntos de diferencia respecto de la forma en que habría de expresarse dicha figura jurídica en el texto Constitucional, ya que mientras la Iniciativa priísta, atendiendo a un principio de economía constitucional, propugna por la adición de un solo párrafo a un precepto de la Ley Suprema, la Iniciativa panista propone, en cambio, la modificación a cuatro artículos Constitucionales, incluida la integración de la nueva garantía individual en la parte dogmática de la Ley Suprema. Existió plena coincidencia en cuanto a reconocer que lo anterior no representa en forma alguna obstáculo para continuar impulsando en las Comisiones Legislativas correspondientes la incorporación de esta solidaria institución jurídica; más aún, se expresó la intención conjunta de trabajar en un solo proyecto que armonice las propuestas contenidas en ambas Iniciativas Constitucionales, en función de lo que mejor aconseje la técnica legislativa y Constitucional.

Después de haber recogido la rica experiencia que aportaron al Seminario los ilustres conferencistas invitados de España, Colombia y Argentina, así como las importantes enseñanzas y reflexiones de juristas y legisladores mexicanos, con excelencia, el Dr.

Héctor Fix Zamudio -investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-, disertó sobre la responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, en la que se refirió al importante pronunciamiento que el Senado hizo el 1º de diciembre de 1998 para que México reconociera la jurisdicción obligatoria y de pleno derecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derivado de tal avance de nuestro país en materia de derechos humanos, antes de clausurar formalmente el Seminario, el Dr. Fix Zamudio subrayó la pertinencia de que, en ausencia de disposiciones legales precisas en México sobre la materia, sería conveniente que nuestro país contara con un instrumento legislativo interno que, en armonía con el orden jurídico nacional, previera mecanismos para la adecuada cumplimentación de los fallos que dicte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también, en su caso, de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando estas últimas hayan sido previamente aceptadas por el gobierno mexicano.

Para finalizar, es válido aseverar que este Seminario Internacional constituye un hito en la evolución histórica de la solidaria institución jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho mexicano, ya que nunca antes en México se había estudiado el tema con tal profundidad por especialistas en la materia, y porque como resultado de sus trabajos se confirmó la justificación de que pronto nuestro país cuente con un auténtico régimen de responsabilidad objetiva y directa del Estado que, sin desdeñar los aspectos económicos de su incorporación, cumpla con un imperativo de justicia y de seguridad jurídica.

Lo antes mencionado, coincide plenamente con lo expresado por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ceremonia inaugural del seminario, en el sentido de que los frutos que se recojan de este trascendental evento, sin duda contribuirán a fortalecer nuestro Estado de derecho, ya que la responsabilidad del Estado es igual a seguridad jurídica, que se traduce en libertad individual y en justicia para la comunidad y para cada uno de sus integrantes.

ANEXOS

- **INICIATIVA DE DECRETO QUE PROPONE MODIFICAR LA DENOMINACIÓN DEL TÍTULO CUARTO Y ADICIONA UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL.**
- **INICIATIVA DE DECRETO QUE PROPONE MODIFICAR LA DENOMINACIÓN DEL TÍTULO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL ASÍ COMO ADICIONAR UN DUODÉCIMO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 16, UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTICULO 113, UNA FRACCIÓN VIII AL ARTICULO 116, Y UN SEGUNDO PÁRRAFO A LA BASE QUINTA, APARTADO C, DEL ARTICULO 122, TODOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO ACCIÓN NACIONAL**
- **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 DEL 2000)**

ANEXO I

Los suscritos, diputados a la LVII Legislatura del Honorable Congreso de la Unión, integrantes del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en ejercicio de la facultad comprendida en la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sometemos a la consideración del H. Congreso de la Unión la presente iniciativa de 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, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, al tenor de la siguiente

Exposición de motivos

El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 postula, entre sus objetivos esenciales, la consolidación de un régimen de convivencia social regido plenamente por el Derecho, en el que la ley sea aplicada a todos por igual y la justicia sea la vía para la solución de los conflictos.

Los mexicanos hemos incorporado nuevos derechos fundamentales a la Constitución de 1917 y contamos con leyes que integran un amplio sistema jurídico. Sin embargo, tenemos que reconocer que nuestro marco normativo e institucional aún debe responder de mejor manera a las expectativas y a las condiciones de nuestro tiempo.

Se ha considerado que para hablar propiamente de un Estado de Derecho, es necesario el cumplimiento de los siguientes requerimientos:

- La existencia de un orden jurídico estructurado, al que se encuentren sometidas las actuaciones del Estado;
- El reconocimiento de los derechos públicos subjetivos -o garantías individuales- de los gobernados;
- El establecimiento de medios idóneos para la defensa de esos derechos, y
- Un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

A ochenta y dos años de la promulgación de la Constitución Política de 1917, no hemos logrado consolidar un mecanismo que permita resolver satisfactoriamente el problema que se presenta cuando, a consecuencia de la actividad que realiza el Estado -sea ésta regular o irregular, lícita o ilícita- se ocasionan daños y perjuicios a un particular o gobernado, sin que éste tenga la obligación jurídica de soportarlos; es decir, no se ha edificado un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo y directo, que colme tal deficiencia.

Las acciones que más se han acercado hacia la consecución de un régimen de responsabilidad del Estado con las características señaladas, datan del año de 1941, cuando de una manera plausible pero insuficiente, se expidió la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, misma que fue abrogada en 1988 por falta de operatividad técnica.

También existen diversos ordenamientos legales que, sin responder a una misma base jurídica sistemática y bien justificada, prevén algunos supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo creado, como la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; la Ley Federal del Trabajo, en lo relativo a riesgos de trabajo; la Ley Aduanera, con relación al extravío de bienes depositados en recintos fiscales, y el propio Código Civil, en lo que se refiere a riesgos profesionales y utilización de objetos peligrosos; y finalmente, la Ley de Vías Generales de Comunicación que previó una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva originada por daños causados por la operación de una aeronave, si bien la parte conducente de dicho ordenamiento legal fue derogada por la Ley de Aviación Civil de 1995, aunque esta última recogió las disposiciones contenidas en la Ley de Vías Generales de Comunicación, en materia de responsabilidad objetiva.

La insuficiencia legislativa actual y general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado es manifiesta, pues para estar en posibilidades de iniciar una acción de responsabilidad extracontractual contra el Estado -que es el supuesto de la responsabilidad como aquí es entendida-, es menester que previamente se logre la identificación del servidor público causante del daño reclamado, la demostración de su culpabili-

dad directa, así como la acreditación en juicio de la insolvencia del servidor público respectivo. Sólo agotados todos estos requisitos podría iniciarse una acción de responsabilidad subsidiaria contra el Estado, exclusivamente por hechos o actos ilícitos; en la inteligencia de que a partir de las reformas de 1994 al Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se prevé adicionalmente el supuesto de la responsabilidad solidaria del Estado, cuando ante el hecho o acto ilícito haya habido dolo.

Cabe apuntar que dicha reforma no resuelve completamente el problema, toda vez que son posiciones hoy superadas por la doctrina más actualizada sobre tan importante y trascendente tema para el Derecho Administrativo, ya que la responsabilidad "solidaria" postula que el perjudicado pueda acudir indistintamente en contra del servidor público o del Estado para presentar su reclamo; mientras que bajo un régimen de responsabilidad "directa", es el Estado el único responsable frente al particular para efectuar el pago de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que posteriormente el Estado pueda exigir en vía de regreso el pago hecho al particular lesionado, en contra del servidor público que sea declarado responsable por falta grave.

En la actualidad, las disposiciones jurídicas que abordan aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, tienen como criterio rector un enfoque de responsabilidad civil subsidiaria y solidaria-previsto en los códigos civiles-, así como un sistema de responsabilidad administrativa de los servidores públicos -previsto en las leyes de responsabilidades de los servidores públicos-, que en ciertos casos facilita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a un particular, mas no constituye un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, sino de los servidores públicos. Estos sistemas de responsabilidad no satisfacen las expectativas de una sociedad cada día más exigente y participativa, ya que la naturaleza indirecta y subjetiva de la responsabilidad del Estado como la regula el Derecho Privado, ha demostrado su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas de indemnización a que tienen derecho los particulares cuando el Estado les infiere daños y perjuicios, a través de sus órganos representativos, es decir, los servidores públicos.

En efecto, entre las dificultades que la teoría de la culpa ha encontrado respecto de su pretendida aplicación a las acciones u omisiones ilícitas de la Administración Pública y más precisamente dicho de sus servidores públicos, son las siguientes:

- La imposibilidad de identificar a los autores materiales tratándose de "daños impersonales o anónimos" -casos cada vez más frecuentes en una Administración Pública compleja y tecnificada- ha dado lugar a que dichas acciones u omisiones queden impunes;
- La dificultad para los particulares lesionados, de probar el actuar ilícito de los servidores públicos del Estado, es decir, su culpabilidad, así como acreditar la insolvencia de éstos, lo cual propicia que a los particulares no les quede más remedio que sufrir

injustas consecuencias, en lugar de promover las acciones jurídicas correspondientes, que por otra parte son largas y difíciles, o bien ejercer presiones en "vías de hecho";

●La teoría de la culpa no comprende la responsabilidad por la producción de daños como consecuencia del actuar lícito o normal de la Administración Pública, a diferencia de la teoría de la lesión antijurídica que funda la responsabilidad sobre el concepto de patrimonio dañado y pone el acento sobre este término de la relación, y no sobre la conducta dañosa del servidor público, como en la construcción tradicional; de tal suerte que esta nueva concepción permite imputar responsabilidad al Estado, incluso por el funcionamiento normal de la actividad administrativa, habida cuenta de que tal daño ha afectado negativamente el patrimonio del particular, y

●La teoría de la culpa sólo puede predicarse de personas físicas con voluntad propia y no del Estado.

Por otra parte, el sistema de responsabilidad de los servidores públicos, a partir de las reformas de 1994 a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no establece más que un aparente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en el orden jurídico administrativo. En realidad se mejora el sistema de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, aunque no resuelve con suficiencia el problema, ya que la responsabilidad administrativa del servidor público, aunque se relaciona para efectos de la repetición del Estado en contra del servidor público que haya resultado responsable, es distinta a la responsabilidad patrimonial del Estado propiamente dicha.

En efecto, el sistema establecido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, únicamente se refiere a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos -no a los daños derivados de actuación lícita-; además, no se establece un verdadero régimen de responsabilidad "directa" del Estado, ya que aun cuando en el artículo 77-bis se establezca la posibilidad de acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo para que ellas "directamente" reconozcan la responsabilidad de indemnizar, no se trata de responsabilidad "directa" del Estado, toda vez que para demandar a éste es indispensable que los particulares hayan denunciado los hechos y se haya seguido el procedimiento respectivo en contra del servidor público y que a este último se le haya declarado responsable.

Desde luego, la incertidumbre procedente de un régimen insuficiente, así como la dualidad de sistemas de responsabilidad: uno civil y otro administrativo, constituye un problema de seguridad jurídica que implícitamente ha sido reconocido en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, al considerar que si bien en los últimos años se han logrado importantes avances en la modernización del marco jurídico, aún se observan rezagos que imposibilitan la plena seguridad jurídica.

En tal virtud, Señores Secretarios de la Cámara de Diputados, es necesario remontar el grave e injustificado retraso que México tiene en relación con otros países, en cuanto al grado de desarrollo en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Por ello, resulta impostergable incorporar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una garantía de integridad patrimonial en favor de los particulares contra la actividad lesiva que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular del Estado, toda vez que esta incorporación constituiría la base para establecer el deber del Estado de indemnizar al particular que haya sufrido una lesión en su patrimonio, lo cual sería a su vez el fundamento expreso para que en los ordenamientos legales secundarios se desarrollen y pormenoricen los mecanismos a partir de los cuales los particulares podrán reclamar la indemnización correspondiente, en contra de aquellas lesiones patrimoniales causadas por la autoridad estatal que no tengan la obligación jurídica de soportar.

Derivado de lo anterior, la iniciativa que se somete a la consideración del Honorable Congreso de la Unión, propone modificar la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de la propia Carta Magna, a fin de incorporar en el texto constitucional dos aspectos fundamentales:

- El establecimiento expreso de una nueva garantía que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad del Estado, y
- La obligación correlativa del Estado a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad irroque en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía.

Estas modificaciones constitucionales permitirían desarrollar más adelante, a través de una ley reglamentaria de la materia, un sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado, en mérito del cual se reconocería la obligación de éste, de resarcir los daños y perjuicios que cause a los particulares, cuando éstos no tengan la obligación jurídica de soportarlos y, al mismo tiempo, impulsar la eficiencia y el control de las actividades estatales en su conjunto.

En relación a la indemnización a que tienen derecho los particulares por los daños causados por el Estado, es importante subrayar que la presente iniciativa se ha basado en un principio de *ponderación* al indicar que “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*”, con lo cual se busca equilibrar o cuando menos favorecer el equilibrio respecto del pago de indemnizaciones a los particulares que hayan sido afectados en su patrimonio.

En efecto, difícilmente podemos reflexionar en los principios de equidad o solidaridad social que informan a la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que nos induzcan a pensar en la posibilidad de otorgarle a la misma una participación en la tarea redistributiva del Estado, en razón de que no es igual el impacto negativo a

un patrimonio personal abundante que a uno exiguo, si pensamos que la afectación proporcional en el primer caso es menor que en el segundo.

Lo anterior, no significaría en forma alguna que la existencia de un patrimonio mediano o alto no deba ser objeto de restitución integral como consecuencia de su afectación antijurídica imputable al Estado. Significa más bien que habiendo restricciones presupuestales generales, es preferible concentrar las indemnizaciones más completas para quienes menores ingresos tienen; en la inteligencia de que en el supuesto de que los ingresos públicos lo permitiesen, lo más deseable sería otorgar una indemnización integral para todos.

A primera vista pudiera pensarse que esta propuesta conculca el principio de igualdad. Sin embargo, para que opere realmente esta garantía y se pueda invocar su violación por una disposición legal que conceda un tratamiento más favorable a quienes menos tienen, tendría que acreditar el quejoso respectivo que él está situado exactamente en idéntica circunstancia respecto de aquél o aquéllos que reciben una indemnización mayor. Es decir, bajo la garantía de igualdad se debe “dar igual trato a los iguales y desigual trato a los que son desiguales”. Con base en lo anterior, la propuesta que en esta iniciativa se incluye, resulta conforme con el principio de igualdad, en cuanto a que se estaría dando igual tratamiento a quienes se encuentren en idénticas circunstancias.

Lo importante es que, más allá del significado de la igualdad ya comentado, ha sido preciso identificar un parámetro conforme al cual pueda establecerse la categorización de las personas, atendiendo a un criterio de justicia. Sabemos que los criterios de justicia varían de una época a otra y de un país a otro. Por ello se ha considerado pertinente referir o adoptar como criterios de ponderación de las indemnizaciones los de la proporcionalidad y equidad que, en última instancia, forman parte del significado de indemnización justa.

Esta iniciativa respeta las órbitas de competencia de la Federación y de las entidades federativas, ya que todo aquel que sufra una lesión patrimonial, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en la forma y términos que lo dispongan las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las legislaturas locales. Es decir, la reforma permitiría que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que contemplen los lineamientos y requisitos que regularían las características del daño resarcible, los supuestos de imputabilidad al Estado, las bases para la cuantificación del daño, las relaciones de causalidad entre el daño y la actividad del Estado, así como el procedimiento de reclamación para exigir las indemnizaciones resarcitorias provenientes de la responsabilidad patrimonial del Estado, entre otras.

Asimismo, la iniciativa prevé que los tribunales contencioso-administrativos sean los órganos jurisdiccionales a quienes se les otorgaría la facultad de dirimir las controver-

sias o reclamaciones que se presenten con motivo de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito administrativo. Lo anterior, precisamente con la finalidad de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado por lo que hace a su actividad administrativa- se establezca bajo una jurisdicción única -la contencioso-administrativa-, con lo cual se evitaría que el discernimiento de competencias se convierta en un “peregrinaje de jurisdicciones” entre la vía civil y la administrativa, para reclamar la indemnización correspondiente en contra del servidor público que haya inferido daños y perjuicios a un particular.

A fin de propiciar la efectividad de estas reformas constitucionales, se propone señalar en el Artículo Segundo Transitorio del presente Decreto, que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente iniciativa, deberán expedir las correspondientes leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, así como realizar las modificaciones legales que sean necesarias para proveer el debido cumplimiento de este Decreto. Lo anterior, en razón de que se estima pertinente conceder un tiempo razonable para integrar de mejor manera los estándares de calidad de los servicios públicos, tal y como ha sido reconocido por el Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000, así como para que la misma Administración Pública tenga oportunidad de revisar y corregir, en su caso, las deficiencias más pronunciadas que pudiesen identificarse en la prestación de los servicios públicos, en forma previa a la entrada en vigor del instrumento legal respectivo.

La reforma constitucional que se propone, evidentemente, no busca convertir al patrimonio público en una especie de “aseguradora universal”, ni menos aún, entorpecer la actividad de las funciones públicas. Se trata más bien de un mecanismo de distribución de las cargas públicas que busca terminar con la impunidad de las actividades lesivas del Estado que causan daños a particulares que no tengan la obligación jurídica de soportarlos. Además, el objetivo fundamental de las adiciones al texto constitucional que se someten a consideración de esta Soberanía, consiste en avanzar en la consolidación de un Estado responsable, pues un Estado que asume en forma directa las consecuencias de su actuar, es un Estado que merece confianza.

En suma, la incorporación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, como un instrumento solidario y resarcitorio de las lesiones que se causen a los particulares, tiene las siguientes finalidades: por una parte, la reparación del daño, que tendría un doble efecto: contribuir a robustecer la majestad, respetabilidad y confianza en el Derecho y, al mismo tiempo, en el Estado, lo cual se traduce en la genuina expresión del Estado de Derecho; y por otra parte, la incorporación de este instituto sin duda propiciaría la elevación en la calidad de los servicios públicos.

En virtud de lo anterior, y en ejercicio de la facultad establecida en la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la fracción II del artículo 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso

General de los Estados Unidos Mexicanos, por el digno conducto de ustedes, ciudadanos Secretarios de la Cámara de Diputados, se somete a la consideración del Honorable Congreso de la Unión, la presente iniciativa de:

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

ARTÍCULO PRIMERO.- Se modifica la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Título Cuarto

De la responsabilidad patrimonial del Estado y las responsabilidades de los servidores públicos

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del presente Decreto, deberán expedir las correspondientes leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, así como realizar las modificaciones legales que sean necesarias para proveer al debido cumplimiento del mismo.

TERCERO.- Las leyes que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán indicar qué órgano de impartición de justicia será competente para conocer de las controversias

730

derivadas de la aplicación del ordenamiento referido, en caso de que no se hayan instituido los tribunales de lo contencioso-administrativo que señalan los artículos 73, fracción XXIX-H y 116, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

México, Distrito Federal, a los 22 días del mes de abril de 1999
Dip. Marcos Augusto Bucio Mújica.

Dip. Miguel Quiroz Pérez, Dip. Rafael Ocegüera Ramos (rúbricas).

Publicado en la Gaceta Parlamentaria del Palacio Legislativo de San Lázaro, del 22 de abril de 1999, Número 249, Año II



ANEXO II

Los suscritos Diputados a la LVII Legislatura, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, con fundamento en el artículo 71-II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 55-II, 56 y 62 del Reglamento para el gobierno interior del Congreso de la Unión, sometemos a la consideración de esa H. Cámara de Diputados, la presente **INICIATIVA PARA ADICIONAR** un duodécimo párrafo al artículo 16, un segundo párrafo al artículo 113, una fracción VIII al artículo 116, y un segundo párrafo a la BASE QUINTA Apartado C del artículo 122, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así como para modificar la denominación del Título Cuarto de la citada Ley Fundamental.

Según GABINO FRAGA, "El principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que solo excepcionalmente, y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado". (GABINO FRAGA. Derecho Administrativo, 31ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992. Página 416).

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

Que de acuerdo con este precepto, "El Estado no asume una obligación directa de indemnizar los daños causados por sus funcionarios, sino que debe exigirse previamente a éstos, en lo personal, la reparación procedente... Además, esa **responsabilidad subsidiaria** parece no estar establecida mas que **para el caso de que exista culpa de parte del funcionario**, puesto que el precepto de que venimos hablando se encuentra dentro del capítulo del Código Civil relativo a "**las obligaciones que nacen de los actos ilícitos**". (G. FRAGA. Op. Cit. P.418).

Lo anterior, "hace pensar fundadamente que la legislación mexicana se ha mantenido en una situación de atraso tal que bien puede decirse que no se ha logrado en nuestro país un verdadero Estado de Derecho...". (G. FRAGA. Op. Cit. P. 419).

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

Por su parte Antonio Carrillo Flores, ve la necesidad de regular adecuadamente la responsabilidad del Estado, existiendo obstáculos reales muy grandes para su adopción. Concluye: "Me parece una utopía pensar, por ejemplo, que llegue a aceptarse en un futuro cercano la responsabilidad objetiva". (ANTONIO CARRILLO FLORES. "La Justicia Federal y la Administración Pública". Editorial Porrúa, S.A., México 1973. Segunda Edición. P.23.).

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

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

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

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

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

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

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

Como bien afirma el jurista mexicano ALVARO CASTRO ESTRADA, “De las reflexiones aludidas podemos concluir que las modificaciones al anterior artículo 1928 no introducen cambio substancial al régimen existente desde 1928 año de la expedición del Código Civil vigente-, que nos invite a claudicar de nuestra pretensión de coadyuvar al convencimiento general sobre la necesidad de contar con un sistema moderno y ponderado, de responsabilidad patrimonial del Estado, sustentado en principios más propios a su naturaleza, como son los de carácter administrativo. En realidad se advierte que la *ratio legis* de la reforma es de carácter penal y no se pretendió establecer un régimen de responsabilidad directa del Estado por la actuación de sus agentes públicos...”. (RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. Ed. Porrúa, 1ª edición, 1997, pág. 202).

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

“1.- El sistema únicamente se refiere a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos; excluyendo tácitamente los daños y perjuicios que los mismos puedan

ocasionar con su actuación normal o lícita. Para estos últimos casos, la Ley no prevé reparación alguna en favor de los particulares lesionados.

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

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

“4.- El precepto tiene el mérito de que, en vía administrativa, se pueda reconocer la responsabilidad de indemnizar y ordenar el pago correspondiente, sin tener la necesidad de acudir a la instancia judicial o a cualquier otra. En este último supuesto cualquier otra- el legislador muy probablemente haya pensado en los tribunales contencioso-administrativos, como el Tribunal fiscal de la Federación, que como sabemos, tuvo competencia para conocer de la responsabilidad del Estado. Al respecto habría que agregar que el precepto en comentario, no excluye la posibilidad de dirimir una controversia de determinación de responsabilidad e indemnización ante instancias jurisdiccionales, sólo apunta que éstas no son indispensables para que los particulares puedan obtener la indemnización que soliciten; cumplidos, evidentemente, los demás requisitos.

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

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

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

“8.- El nuevo sistema tiene el mérito de superar el viejo problema relativo a la “insolvencia” de los funcionarios y empleados de la Administración Pública, habida cuenta de que se establece ahora que los particulares pueden “acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo) para que ellas *directamente* reconozcan la responsabilidad de indemnizar”, aun cuando como hemos dicho **deba substanciarse previamente el procedimiento administrativo disciplinario y, desde luego, que en éste se resuelva la responsabilidad personal del servidor o servidores públicos involucrados. Es esto último, es decir, **la necesidad de seguir el procedimiento disciplinario previo, lo que no nos autoriza a hablar de un régimen de responsabilidad directa en México,** a partir de la reforma legislativa que comentamos.**

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

“9.- Otro de los asuntos que no queda suficientemente resuelto, es el relativo a la doble legislación que regula la responsabilidad del Estado: la civil (responsabilidad subsidiaria y solidaria) y la administrativa (responsabilidad indirecta y subjetiva). Esta situación no sólo nos pone frente al problema de la “competencia” al cual haremos mayor referencia en otro momento-, sino a su contradicción teórica; **principalmente en lo que hace a la arcaica responsabilidad subsidiaria del Estado**

que supone como cualquier otro patrón,-, la obligación de reparar los daños de los funcionarios y empleados no la propia-, en los casos en que los servidores públicos no puedan hacer frente a su obligación reparadora por razones económicas. En otro intento anterior para resolver esta problemática, se optó por derogar el dispositivo civil en materia de responsabilidad del Estado como se comentará mas adelante cuando nos refiramos a las propuestas de Antonio Carrillo Flores, dentro del inciso D-. Esta vez no hace referencia expresa alguna, aun cuando podría interpretarse que las disposiciones civiles que se opongan al nuevo sistema se encuentran implícitamente derogadas por ser anteriores, lo cual conllevaría otro serie de dificultades. Sin embargo, tal interpretación tampoco es procedente, en razón de que sorprendente, más que complementariamente- ambas reformas se efectuaron en el mismo decreto reformativo, expedido y publicado en igual tiempo. Nosotros estamos a favor de un único procedimiento que facilite al lesionado la obtención de la reparación indemnizatoria a la que por justicia y equidad tiene derecho.

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

“11.- Faltaríamos al sentido de la objetividad si no dijéramos y ratificáramos aquí, que la adición legislativa que venimos comentando en estos once puntos, es de suma importancia; mas faltaríamos a la verdad también si aceptáramos que fue suficiente lo anterior para incorporar un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con la objetividad y amplitud deseable que el Derecho Administrativo y la experiencia de la doctrina extranjera nos proporcionan como guía para consolidar el nuestro. Además, pensamos que es mucho mas lo que se puede lograr para perfeccionar diversos aspectos regulatorios de la responsabilidad patrimonial del Estado, tales como las excepciones de responsabilidad, requisitos del daño, relación de causalidad entre el daño sufrido y su imputación a un órgano del Estado, características de la indemnización, etc., que estudiaremos en los capítulos posteriores de la presente investigación”. (ALVARO CASTRO ESTRADA. Op. Cit. Págs. 209, 210, 211, 212 y 213).

“Desde el punto de vista técnico jurídico, en la actualidad contamos con una dualidad de sistemas de responsabilidad del Estado: uno de naturaleza civil y otro de naturaleza administrativa. El primero, de carácter subjetivo e indirecto, generalmente subsidiario y excepcionalmente solidario. El segundo, también de carácter subjetivo e indirecto, mas no subsidiario o solidario”. (ALVARO CASTRO ESTRADA. Op. Cit. Pág. 251).

Por nuestra parte estimamos que otro caso, además del contemplado en la reforma de 1994 al artículo 1927 del Código Civil, en que el Estado debe responder directamente de los daños que se ocasionen, es tratándose de la responsabilidad objetiva por riesgo creado en que pudiera incurrir, por el uso de instrumentos, mecanismos, aparatos o substancias peligrosas, en los términos de los artículos 1913 y 1915 del Código Civil Federal, con la salvedad de que en la responsabilidad objetiva por riesgo creado, no hay obligación de pagar el daño moral, según criterio de la Suprema Corte de Justicia, ya que la reparación del daño solo procede cuando se trata de hecho ilícito, siendo esta otra insuficiencia legal que debe resolverse.

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

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

De lo expuesto se llega a las siguientes conclusiones:

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

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

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

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

4.- Tanto el artículo 1927 del Código Civil, como el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se **sustentan en la teoría de la culpa**, la cual debe ser ya desplazada de los textos legales para dar cabida a la **teoría del perjuicio** o del **daño objetivo**, la que ya no toma en cuenta la conducta subjetiva del agente. Por tanto, el Estado debe responder de los daños que cause al patrimonio de las personas aún cuando sus funcionarios, en el ejercicio del poder público, incurran en actos u omisiones **sin culpa alguna**, en virtud de que el Estado moderno ha invadido todos los campos de la vida social, creando con su actuación una multiplicidad de riesgos. (GABINO FRAGA. Op. Cit. Pp. 420 y 421). Además de que la persona no tiene el deber jurídico de soportar un quebranto en su patrimonio, aunque el funcionario obre lícitamente. De lo contrario se rompería el principio de igualdad de los individuos frente a las cargas públicas.

5.- La teoría de la culpa no debe ser el fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado, sino la lesión antijurídica en sí misma, con independencia de cualquier elemento subjetivo. Lo que importa para dar fundamento a la responsabilidad del

Estado es el daño en sí mismo, por ser antijurídico, pues quebranta los principios de equidad, de igualdad y el bien común, por no tener el particular la obligación de soportar los daños que se le ocasionan en sus bienes. De no ser así, sería contrario a la justicia y a la igualdad el que los particulares tuvieran que soportar los daños que se les ocasionaran en su patrimonio, quedando en situación de injusta desventaja respecto de los demás miembros de la sociedad.

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

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

En la Gaceta Parlamentaria de fecha 22 de abril de 1999, aparece publicada la Iniciativa de algunos Diputados del Partido Revolucionario Institucional, para modificar la denominación del Título Cuarto y adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tal iniciativa, sin citar ninguna fuente doctrinal, se fundamenta primordialmente en las tesis defendidas por el Jurista ALVARO CASTRO ESTRADA en su obra "Responsabilidad Patrimonial del Estado", Editorial Porrúa, Primera Edición, 1997, y la propuesta de los legisladores de adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de nuestra Ley Suprema, es exactamente la misma que hace el prenombrado Jurista (Op. Cit., págs. 177 y 494).



Nuestra propuesta es a favor, desde luego, de establecer un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado para que éste indemnice a toda persona que se vea afectada en sus bienes y derechos con motivo de la actividad del Estado, sin importar que ésta sea lícita o ilícita, regular o irregular (excepto cuando exista causa de fuerza mayor), y que tal responsabilidad sea directa en todos los casos.

Sin embargo, el derecho a que se reparen los daños y perjuicios que el Estado cause en el patrimonio de los particulares, debe estar consagrado como **garantía individual**, sin perjuicio de que la obligación del Estado para resarcir los daños esté también contemplada en la parte orgánica de la Constitución General de la República. Como las garantías individuales valen ante todo tipo de autoridades, ya sean Federales, Estatales o Municipales, la correlativa obligación de pagar los daños la tendrán la Federación, el Distrito Federal, Los Estados y los Municipios.

Por todo lo anterior, proponemos establecer como garantía individual y como obligación del Estado, un sistema de responsabilidad directa para que el Estado responda de los daños y perjuicios que con su actividad, ocasione en el patrimonio de los particulares.

Debe por ello, adicionarse un párrafo más, el duodécimo, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

“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 los daños y perjuicios será directa”. El interesado, antes de acudir al amparo, deberá agotar los recursos y procedimientos que la ley establezca, para hacer efectiva dicha indemnización.

Para complementar la anterior garantía constitucional, debe establecerse en la parte orgánica de la Constitución y en la relativa a “Los Estados de la Federación y del Distrito Federal”, la norma que obligue a la Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, a indemnizar en forma equitativa, cuando con motivo de la actividad de sus servidores públicos, los particulares sufran daños en sus bienes o en sus derechos. Por tanto, proponemos se adicione el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con una fracción VIII, que debe decir:

“Artículo 116...

VIII.- Los Estados y sus Municipios indemnizarán en forma equitativa, por los daños y perjuicios que con su actividad ocasionen a las personas en sus bienes y derechos, conforme a las leyes que al efecto expidan las legislaturas locales. Dicha responsabili-

dad será directa. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados, serán competentes para conocer de las controversias en que se reclamen, a Estados y Municipios, el pago de la indemnización correspondiente”.

Se propone adicionar un tercer párrafo a la BASE QUINTA, apartado C, del artículo 122 constitucional, para decir lo siguiente:

“El Distrito Federal indemnizará en forma equitativa, por los daños y perjuicios que con su actividad ocasione a las personas en sus bienes y derechos, conforme a las leyes que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Dicha responsabilidad será directa. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo a que se refiere esta base, será competente para conocer de las controversias en que se reclamen el pago de la indemnización correspondiente.”

Se propone modificar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

**“TITULO CUARTO.
DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y
PATRIMONIAL DEL ESTADO”.**

Se propone adicionar el artículo 113 de la Constitución General de la República con un segundo párrafo para quedar como sigue:

“La Federación responderá directamente por los daños y perjuicios que con su actividad ocasione a los bienes y derechos de los individuos. Estos tienen derecho a ser indemnizados en forma equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que expida el Congreso de la Unión”.

TRANSITORIOS.

PRIMERO.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Los Tribunales Fiscales de los Estados, serán competentes para conocer de las controversias en las que se exija el pago de la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños y perjuicios que ocasionen a los particulares en sus bienes y derechos, en aquellos Estados en los que aún no se hayan establecido Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

ANEXO III

Honorable Asamblea:

A la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales fue turnada, para su estudio y dictamen, la iniciativa de reforma constitucional presentada al Pleno de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión el 22 de abril de 1999, y suscrita por los diputados Marcos Bucio Mújica, Miguel Quirós Pérez y Rafael Ocegüera Ramos, todos integrantes del Partido Revolucionario Institucional. En dicha iniciativa se propone modificar la denominación del título cuarto y adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer a nivel constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado, y el derecho de los particulares a ser indemnizados cuando sufran un daño o lesión por causa de la actividad pública del Estado.

A las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, fue turnada el 16 de junio de 1999, la iniciativa presentada el mismo día, y suscrita por los diputados Abelardo Perales Meléndez, Nicolás Jiménez Carrillo, Juan Bueno Torio, Espiridión Sánchez López, José Antonio Álvarez Hernández, Edgar Martín Ramírez Pech, Ricardo Ortiz Gutiérrez, Joaquín Montaña Yamuni, Margarita Pérez Gavilán Torres, Francisco Javier Reynoso Nuño, Gloria Ocampo Aranda, Julio Faesler Carlisle y Jorge López Vergara, todos ellos integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional. En dicha segunda iniciativa se propone modificar la denominación

del Título Cuarto de la Constitución General, así como adicionar un duodécimo párrafo al artículo 16, un segundo párrafo al artículo 113, una fracción VIII al artículo 116, y un segundo párrafo a la Base Quinta, Apartado C, del artículo 122, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estas Comisiones, con fundamento en las facultades que le otorgan los artículos 42, 43 fracción II, 48, 56 y demás relativos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, y los artículos 60, 65, 87, 88 y demás aplicables del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, someten a la consideración de esta Honorable Asamblea el presente dictamen, a partir de los siguientes

Antecedentes

1. Las iniciativas mencionadas en el proemio, que se presentan a consideración y dictamen, tienen como objeto central establecer la responsabilidad patrimonial del Estado sobre las bases de mayor garantía y seguridad jurídica para los particulares, conforme a la evolución que han ido teniendo estas instituciones tanto en nuestro derecho como en el derecho comparado. En ellas se propone elevar a rango constitucional esta institución, que los iniciadores denominan "garantía de integridad patrimonial", a favor de los particulares en contra de la actividad dañina que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular de la función pública del Estado.

2. En ambas iniciativas se hace mención a nuestros antecedentes legislativos, en los que se encuentran diversas disposiciones que reconocen la responsabilidad del Estado, cuando por su actividad cause daños o perjuicios a los particulares.

Dentro de estas disposiciones se encuentran el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que establece la responsabilidad civil del Estado; la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; la Ley Federal del Trabajo, en lo que se refiere a riesgos de trabajo; la Ley Aduanera, respecto a la responsabilidad por extravío de mercancías en depósito; la Ley de Aviación Civil que derogó en la parte conducente a la Ley de Vías Generales de Comunicación y la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, que recoge el principio de responsabilidad directa del Estado, pero condicionada a la previa responsabilidad administrativa del servidor público. También cabe señalar que, desde 1994, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público contempla la responsabilidad patrimonial del Estado como gasto público.

No debe dejarse de mencionar, como se hace en ambas iniciativas, dentro de los antecedentes de esta institución jurídica en nuestro Derecho, a la Ley de Depuración de Créditos de 1941, que aunque señalaba la responsabilidad patrimonial directa del Estado, por falta de operatividad práctica, se abrogó en 1988.

3. A pesar de estos esfuerzos legislativos, hay que reconocer, tal como se señala en la fundamentación de las iniciativas en estudio, que no contamos con un auténtico



sistema de responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior supone un rezago en el fortalecimiento del principio de seguridad jurídica y por ende del Estado de derecho. El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 señala, como uno de sus objetivos esenciales, la consolidación de un régimen de convivencia social regido plenamente por el derecho, en el que haya una aplicación igualitaria de la ley, y en donde, la impartición de justicia sea la vía para la solución de los conflictos.

4. Nuestro actual sistema de responsabilidad del Estado se basa en los principios civiles de la culpa y establece una responsabilidad subsidiaria del Estado como regla general; la responsabilidad solidaria se establece únicamente para el caso de dolo en la actuación del servidor público. No obstante lo anterior, en este sistema se adolece de un procedimiento eficaz para que el particular obtenga un resarcimiento por el daño causado, cuando no tenga la obligación jurídica de soportarlo. En la iniciativa presentada por la fracción del Partido Revolucionario Institucional, se detallan como principales dificultades para la reparación del daño, en un sistema basado en la teoría de la culpa del servidor, como ha sucedido en nuestro Derecho hasta ahora, los siguientes: a) la imposibilidad de identificar a los autores materiales dentro de la compleja organización administrativa; b) la dificultad de probar la culpa o el actuar ilícito del servidor público; y, c) el hecho de que en este sistema no se protege a los particulares por los daños que se causan en el actuar lícito o normal del Estado.

5. Por las razones apuntadas en los numerales anteriores, 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.

6. Es necesario advertir que las razones que se han esgrimido, en México, en contra de establecer la responsabilidad directa del Estado, se encuentran fundadas en las dificultades económicas que supone sufragar los montos de indemnización. Este temor, sin duda justificable, no se sostiene actualmente frente a la necesidad de hacer prevalecer el Estado de derecho.

De acuerdo con los antecedentes anteriores esta Comisiones Unidas que dictaminan pasan a exponer sus

Consideraciones

A. Los miembros de estas Comisiones que someten el presente dictamen a la aprobación de la Cámara de Diputados, como órgano integrante del Poder Revisor de la Constitución, según lo establece el artículo 135 constitucional, presentan primeramente, en este apartado, dos consideraciones generales.

I. Coincidimos plenamente con el sentido de las iniciativas en comento, y consideramos que es plausible el propósito de integrar en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, advirtiendo que esto se ha convertido en una exigencia cada vez más reiterada; primeramente, porque la compleja conformación de la actividad del Estado requiere de sistemas sencillos y ágiles para proteger a los particulares, y en segundo término, porque la responsabilidad patrimonial, establecida de manera directa, se traduce en un mecanismo de equidad en las cargas públicas, evitando que quien sufre un daño, tenga que soportarlo inequitativamente.

Así pues, a los miembros de estas Comisiones nos parece que la reforma propuesta contribuye, sin lugar a dudas, al fortalecimiento del Estado de derecho en México.

II. Considerando que, como se mencionó en los antecedentes, ya está prevista la responsabilidad del Estado en nuestra legislación, podría parecer que no es necesaria una nueva iniciativa de modificación legal; no obstante lo anterior, cabe hacer la siguiente precisión que reafirme la conveniencia de llevar a cabo la reforma propuesta: En efecto, aunque ha habido un progreso en el tema de la responsabilidad del Estado en nuestras leyes, es de la opinión general que hacer efectiva esa responsabilidad, en nuestro país, resulta prácticamente imposible, y que son muchos los casos en los que por la actividad pública se causan daños a los particulares en sus bienes o derechos y que quedan sin resarcimiento alguno. Una de las razones que explican esta situación es, precisamente, que los principios en que se funda la actual responsabilidad del Estado, son los de la teoría de la culpa civil y los de la responsabilidad subsidiaria. Así pues, la doctrina moderna y los sistemas jurídicos de otros países nos han llevado a la conclusión de que la responsabilidad del Estado debe regirse por los principios propios del derecho público, en concreto del derecho administrativo, estableciendo una responsabilidad directa y objetiva, sin necesidad de demostrar la culpa del servidor público, siendo, en cambio, indispensable la prueba del daño ocasionado y el nexo causal con la actividad del Estado. En opinión de estas Comisiones, las iniciativas en dictamen consiguen este propósito.

B. Hechas estas consideraciones generales, los miembros de estas Comisiones, advertimos necesario puntualizar en las siguientes observaciones particulares:

I. Ambas iniciativas proponen reformar diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado a nivel constitucional. Los miembros de estas Comisiones dictaminadoras coinciden en este punto con las iniciativas, no obstante que en algunos países la responsabilidad del Estado toma su fundamento en las leyes secundarias, sin estar consagrada en sus constituciones. Estamos ciertos de que el efecto de establecerlo en la Constitución, es el de darle carácter de norma superior, que obligue y limite al legislador ordinario; de esta forma se garantiza que la responsabilidad directa y objetiva del Estado será regulada tanto en la legislación federal como en la de las

entidades federativas. Si no se estableciera a nivel constitucional, quedaría a discreción del legislador ordinario establecer un sistema de responsabilidad directa o subsidiaria, con lo que, en primer lugar, no se conseguiría el propósito de proteger plenamente al particular, y, en segundo término, se darían sistemas de responsabilidad distintos en cada entidad federativa, con la consiguiente inequidad e inseguridad jurídica. Por estos motivos, estas Comisiones consideran que las bases de la responsabilidad del Estado deben establecerse a nivel constitucional.

II. Para referirnos a la ubicación constitucional que debe tener esta institución jurídica, consideramos pertinente apoyarnos en la división que la doctrina establece entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución. La parte dogmática contiene los derechos fundamentales de la persona, que el ordenamiento jurídico constitucional establece y garantiza. La parte orgánica, como su nombre lo indica, crea a los órganos de gobierno y les otorga facultades, buscando "organizar" y estructurar el ejercicio del poder público.

En las iniciativas presentadas se propone incluir esta institución, tanto en la parte orgánica, reformando, entre otros, el artículo 113 de la Constitución, como en la parte dogmática, proponiendo una adición al artículo 16 constitucional. A este respecto, estas Comisiones que dictaminan, consideran que es preferible ubicar esta institución en la parte orgánica de la Constitución, y no en la parte dogmática, por las siguientes razones: a) el objetivo de la iniciativa es establecer un mandato al legislador ordinario, y por lo tanto regular, limitándola, su facultad legislativa, correspondiendo, por ende, a la parte organizativa de las funciones del Estado; b) Aunque es evidente que al establecer una obligación para la autoridad, que es la de responder por los daños causados, se otorga un derecho al particular, este derecho no pierde su categoría ni su efectividad por encontrarse en la parte orgánica de la Constitución. Es de general aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia, que los derechos que se establecen en la Constitución gozan de la misma protección y tienen la misma jerarquía, independientemente de su ubicación formal. Atendiendo a los anteriores razonamientos, y al principio de que, por técnica legislativa, hay que evitar las reiteraciones en el texto constitucional, consideramos que no es necesario establecer la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la parte dogmática, bastando que se incluya en la orgánica.

III. Como ya se ha mencionado, en ambas iniciativas se propone modificar el artículo 113 y cambiar la denominación del Título Cuarto, que actualmente se nombra *De la Responsabilidad de los Servidores Públicos*.

En cuanto a ubicar esta institución jurídica dentro del Título Cuarto, y muy concretamente en el artículo 113, los miembros de estas Comisiones lo consideran adecuado por tratarse del título referente a la responsabilidad de los servidores públicos, que finalmente son quienes llevan a cabo la actividad estatal. Coincidimos, igualmente, en la conveniencia de modificar la denominación del título, toda vez que la

responsabilidad de los servidores públicos individuales es específicamente distinta de la responsabilidad del Estado, y deben distinguirse al mencionarlas.

Existe una pequeña diferencia entre ambas iniciativas respecto a la denominación del título. En una de las iniciativas se propone denominarlo: "*De la responsabilidad patrimonial del Estado y las responsabilidades de los servidores públicos*". En cambio, en la otra iniciativa, se cambia el orden de los términos y proponen como título: "*De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado*". Como en ninguna de ellas se argumenta la razón de adoptar uno u otro orden en los términos del título, estas Comisiones Unidas se inclinan por la segunda, es decir mantener la denominación actual y añadir la mención a la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que en realidad la mayor parte de los preceptos del Título Cuarto se refieren a lo primero, y solamente en uno de los párrafos se regulará la responsabilidad patrimonial del Estado; se respeta así la anterior denominación y las pautas de la lógica.

IV. 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. En el texto de decreto de la iniciativa presentada primero en tiempo, se señala que todo aquel que sufra una lesión en sus bienes o derechos, será indemnizado de manera proporcional y equitativa. En la exposición de motivos se explica que la inclusión de estos dos términos, tiene como objetivo acotar el alcance de la indemnización, y derivan de un principio de ponderación, es decir, del propósito de buscar un equilibrio en el pago de indemnizaciones a particulares. El motivo de esta ponderación, según se advierte expresamente en la iniciativa, es doble: por un lado obedece a las limitaciones presupuestales generales, y por otro a la función que la figura de la responsabilidad patrimonial tiene en la tarea redistributiva del Estado. Es preciso añadir, como se deduce de la misma iniciativa, que la utilización de los vocablos, proporcional y equitativo, proviene, entre otras razones, de que son términos adoptados por nuestra propia Constitución, concretamente en el artículo 31 fracción IV, y sobre los que ha habido una profunda labor interpretativa.

En la iniciativa presentada segunda en tiempo, sin mayor argumentación o razonamiento, utilizan solamente el calificativo de "equidad" referida a la indemnización del Estado. No obstante que existe una diferencia entre ambas iniciativas, pues aunque en ambas se señala el término de equidad, sólo en una de ellas se añade el término proporcional, por estimar que subyace la misma motivación en ambas, y la diferencia es sólo en cuanto a los términos, estas Comisiones consideran pertinente hacer un análisis conjunto.

Para poder iniciar una consideración al respecto, resulta conveniente referirnos al significado que se ha dado a los conceptos de proporcionalidad y equidad en la

interpretación constitucional. Esto lo hacemos a sabiendas de que estos términos hacen expresa referencia a la materia impositiva y fiscal, y por lo tanto, tales definiciones, no son exactamente aplicables al tema de la responsabilidad estatal. De hecho, en los debates del constituyente del 17 no se hace una distinción entre ambos términos, y la doctrina ha considerado que la proporcionalidad y la equidad deben interpretarse conjuntamente, atendiendo a su acepción primigenia, cuyo significado es el de justicia. Sin embargo, por tratarse de una reforma constitucional, tampoco podemos desdeñar el contenido que han ido adquiriendo a través de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales.

La proporcionalidad es un parámetro de aplicación de la ley impositiva, tomando en cuenta la capacidad contributiva del particular, es una referencia a las circunstancias particulares; en cambio la equidad exige la igualdad de trato ante la igualdad de circunstancias, pero entendiendo por estas, las condiciones más objetivas.

Con base en lo anterior y en los razonamientos que se exponen en la iniciativa, los miembros de esta Comisiones Unidas, consideramos que no es necesario incluir tales términos como parámetro de justicia en el pago de indemnizaciones, por lo siguiente: a) Por el sólo hecho de establecer que los particulares tendrán derecho a una indemnización, se implica que esta será justa, y, siendo consecuentes con su auténtico significado, que será proporcional y equitativa. En cambio, si se hace una acotación, señalando que la indemnización será proporcional y equitativa, se hará necesaria una interpretación respecto al significado de los términos en el precepto concreto, dando cabida inclusive a reducir el alcance del derecho, o, como ha sucedido en anteriores experiencias de interpretación constitucional, haciéndolo prácticamente nugatorio. En este sentido, el no incluir los términos da como resultado la consagración de un derecho más amplio y contundente, que el tratar de precisar sus alcances. b) Estamos convencidos, como lo afirman los legisladores en ambas iniciativas, que 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, etc. 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.

VI. 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 este es precisamente el *status quo* que pretende modificarse.

Los particulares no tienen la obligación jurídica de soportar el daño que sufran por la actividad administrativa del Estado, ya que tal daño es antijurídico por sí mismo, al quebrantar los principios de equidad, bien común e igualdad; por un imperativo de justicia se debe restablecer la igualdad que se vulnera, por lo que el Estado debe repararlo.

VII. Otra acotación que consideramos necesaria incluir, es que la responsabilidad del Estado sólo surge tratándose de daños causados en su actividad pública, distinguiéndola de la actividad privada, en donde no se aplican los principios del Derecho Público, y en ese caso el régimen de responsabilidad adecuado sería el de responsabilidad civil, conforme a la legislación de derecho privado. Queda claro, conforme se señala en la exposición de motivos de una de las iniciativas, que al establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, no se derogarían los principios civiles de responsabilidad objetiva por riesgo creado, por actos ilícitos, etcétera, que rigen las relaciones entre personas jurídicas de derecho privado.

VIII. Los miembros de estas Comisiones, después de haber hecho los análisis pertinentes y sopesado las consecuencias de las modificaciones legales y constitucionales que se plantean, buscando como primer objetivo el respeto de la justicia en nuestro Estado, consideran 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 causarían, 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. Un ejemplo puede ayudar a entender esto: si debido a la aprobación del presupuesto de egresos, o a la

expedición de la ley de ingresos, y en general a la política fiscal y económica, se originaran daños en el patrimonio de los particulares, como de hecho podría alegarse, y se entablaran demandas de responsabilidad patrimonial por los actos legislativos, esto legitimaría a casi todos los particulares, poniendo en peligro la capacidad presupuestal de cualquier entidad.

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.

Por lo analizado y expuesto en estas líneas, 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.

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

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

Así pues, se precisa que el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado debe circunscribirse a la lesividad de su actividad irregular, con lo cual además se cubriría el mayor número de incidencias de afectación patrimonial del Estado.

IX. El siguiente punto a considerar es el referente a las instancias competentes para reglamentar esta institución. En la iniciativa presentada segunda en tiempo, se propone modificar los artículos 113, 116 y 122 de la Constitución, con el fin de establecer específicamente y por separado, la obligación de indemnizar por daños causados, tanto de los estados, como de los municipios, el Distrito Federal y la Federación. En la opinión de estas Comisiones no es necesario establecer la obligación para cada una de las instancias de poder, porque al señalarse como un derecho constitucional para el particular, expresada, según dijimos, en su tipología, como un mandato al legislador, quedan obligadas todas las autoridades a llevar a cabo esa indemnización, y a expedir, como un medio indispensable para hacer efectivo ese derecho, la legislación respectiva.

La intención de establecerlo para cada autoridad por separado, ratificándolo mediante la modificación de los artículos 113, 116 y 122, la interpretamos en el sentido de ganar en claridad y contundencia, sin embargo estas Comisiones consideran que además de no ser necesario para su obligatoriedad, iría en contra del principio de economía constitucional.

X. Tomando como base lo anterior, la reglamentación de esta institución quedaría a cargo del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales de las entidades federativas, estando facultadas para expedir leyes administrativas en el ámbito de su competencia. Nos parece claro, tal como se deduce de las mismas iniciativas, que no hay necesidad de señalar expresamente la facultad de expedir estas leyes, ni hacer la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas, que le corresponde al órgano constituyente, toda vez que se puede aplicar sin dificultad el principio del artículo 124 constitucional. En efecto, si, como proponemos en este dictamen, se establece que la reglamentación de la responsabilidad del Estado, se hará conforme a la ley, debe entenderse que quedan facultados tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas locales, para expedir, en el ámbito de su competencia, las leyes respectivas; es decir, en virtud de que la tipología constitucional de las adiciones que se proponen, consiste en un mandato al legislador, este se entiende dirigido a todos los órganos legislativos que integran los diversos órdenes jurídicos de nuestro Estado mexicano. Así pues, la responsabilidad patrimonial corresponderá a la Federación, Estados o Distrito Federal, según de quién dependa el órgano que llevó a cabo la actividad dañina. En cuanto a los municipios, que indudablemente, según el artículo 115 constitucional, son autoridades administrativas susceptibles de responsabilidad, toca a las legislaturas locales establecer los procedimientos para hacer valer la responsabilidad frente a los mismos.

Por estas razones estamos de acuerdo, en los términos de la iniciativa, presentada primero en tiempo, que al establecer la institución jurídica de la responsabilidad

patrimonial del Estado en la forma mencionada, se están respetando las órbitas de competencia de la Federación y de las entidades federativas.

XI. Al tratarse de una responsabilidad administrativa regida por las leyes de la materia, los iniciadores proponen, con toda lógica, que sean los tribunales de lo contencioso administrativo -a nivel federal el Tribunal Fiscal de la Federación- los que conozcan de las acciones en contra del Estado por las lesiones causadas. Sin embargo, esta Comisiones Unidas consideran que no es necesario ni conveniente establecerlo a nivel primario, primeramente porque la Constitución establece en el artículo 116 fracción V que "*La Constitución y Leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo*", sin obligarlos a ello, por lo que cabe la posibilidad constitucional de que un Estado resuelva la competencia de sus conflictos administrativos por otros tribunales. Siendo congruentes con esta disposición constitucional, no nos parece indicado establecer la competencia de determinados tribunales como imposición constitucional. Como segunda razón, consideramos que el objetivo de la reforma constitucional es establecer la responsabilidad directa del Estado por los daños que cause en su actividad pública, bajo las bases de equidad, y no así el procedimiento específico, que es materia propia de una ley secundaria.

XII. Como final consideración, estas Comisiones Unidas se hacen conscientes de la problemática financiera y presupuestal que puede significar establecer la obligación del Estado, de indemnizar directamente a los particulares a los que cause un daño, independientemente de si su actuación es lícita o ilícita. No obstante esta realidad, consideramos, como lo señala la iniciativa, que no se busca convertir al patrimonio público en una especie de aseguradora universal. Corresponderá al órgano legislativo establecer, bajo el principio de equidad, los montos, bases, límites y procedimientos para la indemnización. Esto significará que el legislador, tanto el federal como el de las entidades federativas, deberá armonizar el principio de la responsabilidad directa con la capacidad presupuestal, respetando omnímodamente el principio de equidad.

Es por ello que el artículo transitorio del proyecto que se somete a consideración de la H. Cámara de Diputados, señala el plazo de dos años para que la federación y las entidades federativas expidan las leyes reglamentarias correspondientes, y a su vez los municipios lleven a cabo las modificaciones necesarias en sus respectivos ordenamientos normativos para proveer el debido cumplimiento de la garantía constitucional que se propone; en el entendido de que en las tres instancias de gobierno -federal, estatal y municipal- deberá incluirse una partida en sus presupuestos para hacer frente a las indemnizaciones que se deriven de los daños ocasionados en los bienes o derechos de los particulares.

No obstante lo anterior, y con el fin de evitar un desajuste financiero contraproducente a los fines que se persiguen, estas Comisiones consideran pertinente señalar lo siguiente: a) Debido a que la modificación constitucional propuesta significa un cambio diametral en nuestra estructura jurídica y administrativa, nos parece necesario señalar

un período de *vacatio legis* suficiente, para que se corra el lógico proceso de adaptación. Nos parece que la reforma deberá empezar a regir a partir del 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación; **b)** Con el objeto de hacer frente a las responsabilidades que se determinen, y para respetar el orden y equilibrio de los poderes, las autoridades administrativas deben señalar una partida presupuestal para el ejercicio fiscal que corresponda, que se aprobará dentro del presupuesto de cada una de las instancias de gobierno, federal, local y municipal para ese año; **c)** Tomando como referencia la legislación comparada, y las experiencias que nos aporta, estas Comisiones apuntan la posibilidad de que en la legislación secundaria, se estudie la capacidad financiera y se establezcan límites de indemnización según las diferentes áreas de servicio o actividad pública. Hay que tomar en cuenta que, por la naturaleza de los servicios, la cuantía de algunos daños puede ser mucho mayor en unas materias que en otras. Hacemos la aclaración que, esta posibilidad legislativa, debería respetar, en nuestro parecer, tres parámetros: el principio de equidad, la responsabilidad directa y objetiva y un proceso de gradualidad creciente en el pago de indemnizaciones.

Aunado a lo anterior, compartimos con los iniciadores, la perspectiva de que establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, favorece la eficiencia en los servicios, despierta la confianza en las autoridades y, por lo anterior, incentiva la inversión privada, nacional y extranjera.

Una vez expuestas las consideraciones anteriores, estimamos conveniente señalar, a manera de síntesis, las siguientes

Conclusiones:

1. Consideramos plausible y muy necesaria la reforma que se propone a esta Soberanía, con el objeto de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, a nivel constitucional.
2. Los integrantes de esta Comisiones que dictaminan hemos hecho propio el contenido esencial de esta iniciativa porque consideramos que contribuye de manera fundamental a la justicia y a la equidad en las relaciones entre el Estado y los particulares, y que por lo mismo fortalece nuestro Estado de derecho.
3. Con el fin de respetar el campo propio de la Constitución y fortalecer el fin que persiguen las iniciativas dictaminadas, estas Comisiones proponen un texto de decreto que se pretende incorporar a nuestra Constitución Jurídico Política. La responsabilidad patrimonial del Estado debe consagrarse como un mandato al legislador, federal y local, para que regule la responsabilidad directa y objetiva del Estado, manteniendo en las formas y procedimientos de indemnización los principios de justicia.

Por lo antes expuesto y fundado, nos permitimos someter a la consideración de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, como integrante del Poder Revisor de la Constitución, el siguiente proyecto de

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

ARTÍCULO ÚNICO.- 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, para quedar como sigue:

Título Cuarto

De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado.

Art. 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.

Transitorios

UNICO.- El presente decreto entrará en vigor el 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el período comprendido entre la publicación del presente decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

- a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y
- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para

proveer al debido cumplimiento del decreto, se contaría con el período comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del decreto y su consiguiente publicación, el citado período no sería menor a un año ni mayor a dos.

Palacio Legislativo de San Lázaro, a 28 de abril del año 2000

Por la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales:

Diputados: Perales Meléndez, Abelardo, Presidente (rúbrica); Qirós Pérez, Miguel, secretario (rúbrica); Urbiola Ledesma, Felipe, secretario (rúbrica); Arceo Corcuera, Álvaro, secretario; Lavara Mejía, Gloria, secretaria; Arroyo Vieyra, Francisco Agustín; Escalante Jasso, Aracely; García de Quevedo, Juan; González Cabrera, Enoé (rúbrica); Hernández Gómez, Tulio (rúbrica); Herrera Beltán, Fidel (rúbrica); Ibarra Pedroza, Juan Enrique; Lamadrid Sauza, José Luis; Muñoz Fernández, Lourdes Angelina (rúbrica); Ocegüera Ramos, Rafael (rúbrica); Rizo Ayala, Salvador (rúbrica); Silva García, Librado (rúbrica); Trinidad Palacios, Juan Oscar (rúbrica); Alcántara Soria, Juan Miguel (rúbrica); Contreras Rodríguez, Pablo (rúbrica); Medina Plascencia, Carlos (rúbrica); Olvera Higuera, Edgar (rúbrica); Rodríguez Prats, Juan José (rúbrica); Bátiz Vázquez, Bernardo; Gómez Álvarez, Pablo; Gutiérrez Cureño, José Luis; López Rosas, Alberto; Martín del Campo, José de Jesús; Sodi de la Tijera, Demetrio; Cantú Garza, Ricardo.

Por la Comisión del Distrito Federal:

Diputados: Villalobos Pérez, Esperanza, Presidenta; Solares Chávez, Miguel Angel, secretario; Segura Rangel, Sandra, secretaria (rúbrica); Jorge Durán Chávez, secretario; Arizmendi, Efraín (rúbrica); Durán Reveles, Porfirio (rúbrica); Espina von Roehrich, José (rúbrica); Faesler Carlisle, Julio (rúbrica); Cervantes Peredo, David Ricardo; Velasco Oliva, Jesús Cuauhtemoc; Noyola, David Miguel; Batres Guadarrama, Lenia; Brugada Molina, Clara Marina; De Souza Mayo, Francisco; Barnes García, Guillermo (rúbrica); Martínez Cruz, Ma. Guadalupe Francisca (rúbrica); Serrano Pérez, Humberto (rúbrica); Godínez Bravo, Miguel Angel (rúbrica); Moreno Garavilla, Jaime Miguel (rúbrica); González González, Enrique (rúbrica); Gazca, Enrique (rúbrica); Guevara Ramírez, Héctor (rúbrica); González Espinoza, Manuel; Bucio Mújica, Marcos Augusto; Angeles Cerón, Miguel Esteban; Hernández Gómez, Tulio (rúbrica); De los Reyes Torres, José Ma. (Rúbrica).

La Responsabilidad Patrimonial del Estado

Se terminó de imprimir en septiembre del 2000
por Gráfica Antares, S.A. de C.V;
Albert # 8 Col. Albert, México D.F.

La edición en tiro Consta de 1000 ejemplares y estuvo
al cuidado de la Subcoordinación de Difusión

Distribución a cargo del INAP.



**INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**