

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: ALGUNAS CONSIDERACIONES*

SOME CONSIDERATIONS IN REGARD THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE STATE

Mauro Arturo RIVERA LEÓN**

RESUMEN: La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema altamente controversial en la literatura jurídica mexicana. Las causas de esta polémica son diversas, pero entre ellas destaca el acogimiento de posturas diferentes en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado y la naturaleza, relativamente reciente, de la regulación de la responsabilidad del Estado mexicano. En el presente artículo se analizará brevemente la normativa federal y algunos casos representativos de las entidades federativas para plantear áreas de oportunidad en la responsabilidad objetiva del Estado. Se dará cuenta incidental de algunas resoluciones que se han producido respecto a la responsabilidad objetiva del Estado. Así, se debaten los límites de configuración del legislador en las entidades federativas y la urgente necesidad de legislar por parte de los Estados que no han cumplido con la normativa constitucional, tomando como ejemplo la Iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial presentada al Congreso local de Sonora en el año 2009. De igual forma, se plantean sugerencias en cuanto a la contratación de seguros y el establecimiento de un procedimiento de repetición obligatorio.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial del Estado, procedimiento de repetición, retraso legislativo, seguros de responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT: The patrimonial responsibility of the State it's a highly controversial theme in the judicial Mexican literature. The reasons of this polemic are varied, but among them prevails the acknowledgment of different positions regard the nature of the patrimonial responsibility of the State and the nature, relatively new, of the regulation of it. This article analyses, briefly, the federal normative and some representative cases in the federal states, in order to propose some areas of opportunity in the objective responsibility of the State. This paper presents some judicial resolutions in regard with the objective responsibility of the State. Likewise, it discusses the limits of configuration by the legislator in the federal states and the urgent need to legislate by the states that haven't yet fulfilled with the constitutional regulation, taking as an example the initiative of the Law of Patrimonial Responsibility presented by the local congress of Sonora in 2009. In the same manner, this work proposes some suggestions in regard the engagement of insurances and the establishment of a obligatory repetition process.

KEYWORDS: Patrimonial Responsibility of the State, Repetition Process, Legislative Delay, Insurances of Patrimonial Responsibility.

* Deseo agradecer al profesor Carlos Jesús Ramos Bous sus estimulantes comentarios sobre distintos borradores de este trabajo; a él está dedicado este artículo.

** Jefe de Publicaciones de *Letra Joven*. Coautor del libro *Elementos de Lingüística Jurídica* (Fontamara 2010) y diversos artículos en revistas arbitradas. Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: I. *Notas de la responsabilidad patrimonial en el Estado mexicano.* II. *Responsabilidad objetiva en las entidades federativas: casos representativos.* III. *La mora legislativa: iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial de Sonora.* IV. *Conclusiones.*

I. NOTAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ESTADO MEXICANO

La responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, como institución jurídica, se compone de una serie de elementos y reglas que intentan permitir, de forma objetiva, el deslinde de una responsabilidad ocasionada por el Estado a los particulares como consecuencia de su propia actuación *irregular* o antijurídica.

Esta responsabilidad había estado basada, previo al año 2002, en una responsabilidad patrimonial de naturaleza: a) subjetiva, en tanto primaba la demostración del sujeto culpable; b) subsidiaria, en tanto el Estado sólo respondía si previamente se demostraba la incapacidad del sujeto culpable, y c) problemática, en tanto los requisitos hacían materialmente muy difícil la interposición de una reclamación patrimonial.

La reforma constitucional del año 2002, que modificó el artículo 113 constitucional, se dirigió a la alteración del modelo de responsabilidad mexicano para convertirlo en objetivo y directo. En este texto, daremos breve cuenta de esta modificación, así como la adecuación normativa de algunas entidades federativas relevantes. En nuestro análisis, se intentará dar cuenta de algunas resoluciones jurisdiccionales en torno a la responsabilidad objetiva y directa. Se tomará la iniciativa legislativa sonoreNSE como parámetro de las entidades federativas morosas en la reglamentación de esta responsabilidad del Derecho positivo mexicano, argumentándose la necesidad de legislar en materia de responsabilidad del Estado (en tanto entidad federativa) no sólo para protección del ciudadano, sino de las propias entidades federativas que aún cuando no hayan reglamentado, se encuentran sujetas al texto constitucional. De igual forma, se planteará un somero análisis de algunas figuras como la repetición y se propondrán mejoras normativas como una regulación más extensa del procedimiento de repetición (implementar su obligatoriedad) y la contratación de seguros que cubran la probable responsabilidad por la administración y/o algunos servidores públicos a efectos de no plantear afectación significativa al presupuesto estatal.

A) *Sistema teórico de la responsabilidad patrimonial*

Han existido diversas teorías que pretenden explicar y normativizar la culpa del Estado. Así, anteriormente en México se utilizaba la *teoría de la culpabilidad* o *criterio de la culpa*,¹ afirmando que la responsabilidad se enlaza directamente con la culpa del servidor público (en donde culpabilidad es sinónimo de ilicitud). De tal suerte, la responsabilidad deriva de haber actuado *contra legem* o no haber previsto una situación que era previsible o, aun habiéndola previsto, no haberse tomado las precauciones correspondientes para evitar el daño. El funcionario público juega un papel preponderante bajo esta teoría, dado que, sin una identificación precisa del funcionario culpable del daño, es imposible el deslinde de la responsabilidad correspondiente. Esta teoría, reconoce sólo al agente como responsable y no así al Estado, requiriendo la identificación del sujeto activo, tarea dejada a cargo del dañado.

La *teoría del riesgo creado*, se fundamenta en la responsabilidad que deriva del Estado cuando su propia actuación puede traer consecuencias dañosas al patrimonio de particulares independientemente del servidor público. En esta corriente se objetiva relativamente el daño, en tanto la actividad riesgosa del Estado *per se* no requiere la individualización del sujeto culpable.

Finalmente, el *criterio de la lesión antijurídica* proviene de una teoría civilista que pugna por el resarcimiento de daños si el perjuicio causado a un particular o contratante era directamente consecuencia de la actividad en sí, con independencia de si la conducta fue o no negligente o si implicaba culpa, incluso al extremo de prever el pago ante caso fortuito o fuerza mayor. El carácter antijurídico de la teoría aludida, no proviene de una connotación a la actividad que ha causado el daño, sino a la falta de fundamento jurídico existente para que el particular (o el contratante en la teoría original) soporte el daño que se le ha causado.²

¹ Así, la Suprema Corte de Justicia ha marcado una diferencia entre la responsabilidad objetiva y subjetiva, véase la tesis P./J.41/2008 de rubro: “Responsabilidad patrimonial del estado. Diferencia entre responsabilidad objetiva y subjetiva”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena época, t. XXVII, junio de 2008, p. 674.

² Para un estudio a profundidad de los antecedentes del sistema de responsabilidad en México véase: HADMAN AMAN, Fauzi, “Antecedentes y régimen actual de la responsabilidad patrimonial en México”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado: memorias del Seminario internacional sobre responsabilidad patrimonial del Estado*, Mexico, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 35.

La Constitución mexicana vigente, de 1917, al establecer un sistema federal, permite ciertos matices en el sistema de responsabilidad que no pueden presentarse en sistemas con un régimen centralista. Así, en México, existe un régimen federal de responsabilidad del Estado basado en el artículo 113 constitucional con incidencia exclusiva en la Federación, y un sistema paralelo e independiente³ de responsabilidad del Estado y municipios a nivel de entidad federativa, que, aún cuando se encuentra basado en la Constitución, coexiste de forma separada al sistema federal, pero con límites formales.⁴

B) *Sistema legal de la responsabilidad patrimonial en México*

La responsabilidad patrimonial del Estado mexicano se encuentra basada en el segundo párrafo del artículo 113 constitucional, cuya reforma más importante, sin duda alguna, aconteció en el 2002 para quedar en los términos siguientes:⁵

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad irregular, cause en los bienes o derechos en los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Transitoriamente, se dispuso que la Federación, entidades federativas y municipios, expedirían, previa a la entrada en vigor de la reforma, leyes de responsabilidad, y preverían la inclusión de una partida presupuestal para tal fin, obligación que sólo se ha cumplido por la Federación y algunos estados.

³ Esta independencia debe ser matizada. Así, en el amparo en revisión 75/2009, la Corte entendió que la limitación del pago de daño moral a 20,000 salarios mínimos impuesto por el artículo 14 de la Ley de Responsabilidad del Estado era inconstitucional por ser poco proporcional y obstaculizar la reparación íntegra del daño. Lo mismo es aplicable, *mutatis mutandis*, a las leyes de las entidades federativas. La primera sala de la Corte con posterioridad reiteró su criterio en la tesis de rubro: “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR...”, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 228; argumentando que la delegación legislativa a las entidades federativas no era incondicional.

⁴ Véase NIETO, Santiago y MEDINA PÉREZ, Yamile (coord.), *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 87.

⁵ Cabe aclarar que esta reforma fue aprobada por unanimidad, recibiendo un balance positivo entre los especialistas de la materia.

De una lectura cuidadosa del párrafo constitucional en comento, podemos apreciar que los elementos de la responsabilidad del Estado mexicano giran en torno a la irregularidad en la actuación, la objetividad y característica directa, y la delegación en cuanto a la regularización normativa.

Por cuanto al carácter objetivo y directo de la responsabilidad, debe entenderse la falta de subsidiariedad y lo innecesario de acreditar la culpa. Anteriormente se preveía la necesidad de entablar una demanda contra el servidor público en su carácter particular y sólo ante la fehaciente comprobación de insuficiencia de medios para realizar el pago se podía requerir al Estado para tal fin. De igual forma, se debía demostrar la actuación *culpable* del servidor público en cuestión,⁶ condición inexistente en la actualidad, toda vez que basta la acreditación de un daño que el particular no se encuentra jurídicamente obligado a soportar. Evidentemente, esto no excluye al servidor público responsable de una afectación jurídica a su patrimonio, pues el derecho de repetir del Estado permanece incólume aunque potestativo.⁷

De igual manera, la objetividad y la naturaleza directa del sistema de responsabilidad patrimonial realiza una conjugación entre la teoría de la antijuricidad o falta de fundamento para soportar el daño estatal y el artículo 14 constitucional, depositario de una garantía patrimonial. Así, ambos artículos, resultan un complemento recíproco para la consecución de sus finalidades.

Una consideración particular exige la expresión “actuación irregular del Estado” que controversialmente fue plasmada en la reforma constitucional aludida. Si bien es cierto que la instauración de un régimen objetivo y directo resulta loable, el requisito de irregularidad en la actuación estatal (contradictoriamente) parece constituirse en un freno para el propio régimen creado.

En la reforma constitucional en comento, el Senado, que actuó como cámara revisora, realizó una interpretación correctiva de la terminología “actuación irregular del Estado” equiparándola a la producción *per se* del daño

⁶ Así lo considera también la SCJN en la jurisprudencia P./J. 42/2008, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, XXVII, junio 2008, p. 72.

⁷ En este derecho de repetición debe dársele, por supuesto, garantía de audiencia al funcionario que se impute como responsable a efectos de no vulnerar su garantía del 14 constitucional. Así lo ha dispuesto la SCJN en la tesis de rubro “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 392 DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE EN 2004, VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA”. Tesis P. J. 46/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 720.

y por tanto, retornando a la claridad terminológica del daño objetivo y directo. De tal forma, la cámara alta ratifica lo innecesario de demostrar la culpabilidad del funcionario, requiriendo sólo la prueba del daño ocasionado y nexo causal idóneo con la actividad estatal.⁸

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en adelante LFRPE), reglamentaria del II párrafo del multicitado 113 constitucional, continúa en su texto el debate que se iniciara en la interpretación correctiva del Senado acerca de la definición de “actividad irregular”. Desde el primer artículo, la LFRPE establece que se entenderá por actividad irregular “aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”. Es decir, la propia definición normativa se erige en ancla terminológica.

A pesar de mantener una teoría directa y objetiva, la LFRPE matiza la teoría de la lesión antijurídica al eliminar⁹ el caso fortuito, la fuerza mayor y las circunstancias imprevisibles de las causales de indemnización (una matización que se antoja correcta). El procedimiento se inicia ante la propia instancia responsable como lo marca el artículo 18 constitucional, ajustándose procesalmente también a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo en la vía jurisdiccional.

La acreditación del daño como presupuesto de la responsabilidad patrimonial se mantiene fiel al principio objetivo/directo (art. 21), pues sólo requiere: a) relación causa-efecto de la lesión patrimonial y la acción administrativa irregular imputable al Estado y; b) dado el caso, la causalidad única o concurrencia de hechos y condiciones causales incluyendo la participación de otros agentes en la generación de la lesión reclamada.

⁸ CASTRO ESTRADA, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del estado en México: fundamento constitucional y legislativo” en DAMNSKY, Isaac, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Librado (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 549.

⁹ Debe entenderse que la función jurisdiccional queda exenta de reclamación patrimonial. Así resolvió el octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 113, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, NO COMPRENDE LA FUNCIÓN MATERIALMENTE JURISDICCIONAL. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; 2a. Sala. t. XXXII, septiembre de 2010; p. 199.

Dado que el procedimiento de responsabilidad patrimonial se interpone ante la supuesta responsable, la resolución es impugnabile¹⁰ en vía de revisión administrativa mediante el recurso de revisión, o bien, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en la vía jurisdiccional.¹¹

La propia LFRPE reglamenta el derecho de repetición del Estado, en el usual tono potestativo. La vía estatal para la repetición es la substanciación de un procedimiento administrativo disciplinario (previsto en la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos) en donde la sanción económica aplicada al servidor será incrementada en tanto haya sido el pago del Estado por concepto de responsabilidad patrimonial.

II. RESPONSABILIDAD OBJETIVA PATRIMONIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS: CASOS REPRESENTATIVOS

A partir de la reforma constitucional del 2002, las distintas entidades federativas han ido adaptando, en mayor o menor grado, sus distintas leyes y/o Constituciones al marco de la Constitución Federal. Aún cuando la normativa constitucional haya estatuido esta obligación, no todas las entidades federativas han cumplimentado esta ordenanza. A modo de ejemplo, Sonora aún no ha expedido una Ley de Responsabilidad Patrimonial, pero una iniciativa en este sentido ya ha sido presentada al Congreso Local por el diputado Carlos Amaya Rivera.¹²

¹⁰ Tanto por la negativa de indemnización como por la insatisfacción en el monto acordado.

¹¹ Respecto a la necesidad de plantear en primera vía la reclamación ante una instancia administrativa y sólo con posterioridad judicializarla, se ha debatido si esto no representa una vulneración del propio 113 constitucional al plantearle a la propia instancia administrativa una reclamación que ella misma resolverá. En tanto que existe una revisión por la vía contencioso-administrativo y ulteriormente el amparo, la primera sala de la SCJN entendió que dicho requisito previo no constituía una violación del 113 constitucional. En este sentido la tesis aislada "RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR. DEBE RECLAMARSE POR LA VÍA ADMINISTRATIVA, DE CONFORMIDAD CON LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, OBLIGACIÓN QUE NO DESNATURALIZA EL DERECHO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL. Tesis aislada, 1a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época, t. xxxiv, agosto de 2011, p. 228. De haber admitido los argumentos de la impetrante de garantías, implícitamente se hubiera cuestionado la legitimidad de toda la jurisdicción contencioso-administrativo.

¹² Con posterioridad dedicaremos una sección al análisis de algunos aspectos particulares de la mencionada iniciativa.

A) *Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal*

El Distrito Federal expidió el año 2008 su Ley de Responsabilidad Patrimonial (en adelante LRPDF). Esta ley tiene el tinte curioso de haberse visto envuelta en un conflicto interpretativo¹³ a consecuencia de la conocida deficiencia técnica de haber plasmado el término “actividad irregular” dentro de la reforma constitucional del 2002. En el párrafo 1 del artículo 3, se estipula que para efectos de la LRPDF, se entenderá actividad irregular como aquella consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad o servicios públicos y que además se haya incumplido con los estándares promedio del funcionamiento de estos servicios y actividades. Desde una óptica rigurosa, esto puede ser percibido como un requisito mayor que simplemente probar el daño ocasionado y demostrar la ausencia de normativa jurídica que obligue al particular a soportarlo.

Dentro del cálculo del monto a pagar como concepto de indemnización, se limita el daño moral a 10,000 veces el salario mínimo vigente por reclamante¹⁴ y se establecen lineamientos al respecto. El procedimiento se incoa a instancia de parte, optativamente ante la autoridad responsable o ante la Contraloría General del Distrito Federal. La autoridad administrativa competente, deberá dictar una resolución donde evalúe la existencia del perjuicio, la relación del nexo causal con la autoridad que supuestamente ha producido el daño y, en su caso, la determinación del monto a pagar. Esta resolución es impugnabile ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

El derecho de repetición se encuentra consagrado en el título IV de la LRPDF y se establece, directamente, que las cantidades obtenidas por la vía de repetición se adicionarán de forma inmediata al fondo para el pago de la responsabilidad patrimonial del Distrito Federal, comprendido en el artículo 20 de la ley en comento.

¹³ Se interpuso una acción de inconstitucionalidad por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal acción de inconstitucionalidad 4/2004, cuya resolución por unanimidad por parte del Pleno de la Corte, sentó la jurisprudencia Tesis P./J. 44/2008, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 720. El conflicto giraba en torno a la ambigua reglamentación del primer párrafo del artículo 389 del Código Financiero del Distrito Federal en relación al artículo 113 constitucional.

¹⁴ Véase nota 4, donde la primera sala de la Corte resolvió la inconstitucionalidad de un precepto limitativo del daño moral en cuanto a la responsabilidad objetiva en el amparo 75/2009.

Un dato curioso es que la propia ley faculta a las entidades públicas a la contratación de un seguro que cubra la responsabilidad patrimonial que pueda ocasionarse, lo que constituye una sana medida para evitar una afectación grande al presupuesto de distintas entidades ante una posible responsabilidad.

B) *Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios*

La LRPEJM, retoma el concepto original de “actividad irregular” por parte del Senado, puesto que en su artículo 11 define la actividad irregular como “aquella acción u omisión que cause daño a los bienes o derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”. Como se puede observar, la cuestionable redacción de la reforma al 113 constitucional tuvo su eco a nivel de entidades federativas.

En su artículo 11, se pretenden objetivar el cálculo de las indemnizaciones al establecer reglas trasladadas del Código Civil de la entidad y de la Ley Federal del Trabajo para ciertos supuestos como muerte, incapacidad o daño moral.

El artículo 19 del mismo ordenamiento, permite que el procedimiento para determinar la responsabilidad patrimonial no sólo comience a petición de parte interesada, sino que además, es posible que el mismo órgano que ha causado el daño inicie un procedimiento de reparación respectivo por acuerdo propio o por denuncia de un órgano superior o distinto.

Siguiendo el criterio de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la resolución que niegue indemnización o que establezca un monto menor al solicitado es impugnable ante el Tribunal Administrativo correspondiente, substanciándose el procedimiento con las formalidades del juicio de nulidad.

El derecho de repetición se conserva incólume, permitiéndose atenuar la responsabilidad del servidor de acuerdo a ciertos criterios como responsabilidad en el desempeño de su función, participación en la causación del daño reclamado, intencionalidad etcétera.

Finalmente, el artículo 40, retoma el concepto de la contratación de un seguro para la responsabilidad patrimonial, sólo que, a diferencia de las legis-

lación del Distrito Federal, dicha contratación es en Jalisco una obligación y no una facultad.

C) *Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Nayarit*

La ley de Nayarit, que reglamenta a nivel estatal la reforma constitucional del 2002, sigue la línea de la discusión del Senado en tanto equipara actividad irregular como aquella sin un fundamento jurídico para ser soportada (fracción I, art. 3). En el artículo VI se estatuye la obligación de los municipios de contar con una partida presupuestal para la responsabilidad patrimonial que ellos mismos generen. De igual forma, se establece un régimen de supletoriedad con el Código Fiscal, la Ley de Justicia y Procedimiento Administrativo, el Código Civil y la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos en dicho orden. Sigue también la tendencia nacional de facultar a los entes públicos a la adquisición de un seguro para la cobertura de la eventual responsabilidad patrimonial que lleguen a generar.

El capítulo III de la ley en comento, reglamenta el procedimiento para la reclamación patrimonial, mismo que es iniciado a instancia de parte interesada. Las resoluciones de las autoridades competentes que nieguen la indemnización podrán ser impugnadas vía juicio contencioso-administrativo por la vía administrativa, o bien, en la vía contenciosa por el recurso de reconsideración.

Ahora bien una diferencia grata entre la ley procedimental de Nayarit y sus homólogos, es que ésta sí exige y no faculta el derecho de repetición, puesto que en su artículo 35 sostiene que: “El Estado deberá exigir a los servidores públicos responsables el resarcimiento del importe de la indemnización cubierta a los afectados por concepto de la reparación de los daños y perjuicios...”.

De tal suerte, previa a esta exigencia, debe mediar un procedimiento administrativo (ajeno al particular reclamante) en donde debe demostrarse que el servidor incurrió en dolo o en culpa que trajeron como consecuencia el daño patrimonial que ha sido demandado por el particular. El artículo 37 de este ordenamiento, hace extensiva esta obligación a todos aquellos servidores públicos nombrados, comisionados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión del gobierno, lo que nuevamente toca la esfera de concesionarios de servicios exclusivos del Estado. De esta forma, se privilegia la naturaleza material de la función pública y no la

naturaleza formal del nombramiento, toda vez que, para efectos de responsabilidad, tanto el Estado como el demandante pueden considerar servidor público y/o sujeto obligado responsable, a una persona que, sin serlo, ejerza presupuesto estatal en una función del Estado.

III. LA MORA LEGISLATIVA: INICIATIVA DE LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SONORA

A) *Ausencia de normatividad acorde al ordenamiento constitucional*

El Estado de Sonora es una de las aproximadamente dieciséis entidades federativas que no tiene una Ley de Responsabilidad Patrimonial o contempla a nivel Código Civil la responsabilidad objetiva y directa. De tal suerte, a pesar del mandato constitucional, entidades como Chiapas, Hidalgo, Michoacán, Campeche, Oaxaca, Sonora, etcétera; no han emitido una Ley de Responsabilidad, ni han hecho reformas al respecto, por lo cual, en sus textos legales subsiste formalmente una responsabilidad patrimonial subjetiva del Estado.¹⁵

Nótese que, contrario a la práctica institucional en los Estados que efectivamente han acatado la disposición constitucional, el multicitado artículo 113 del pacto federal no establece una obligación directa de expedir una Ley de Responsabilidad Patrimonial a nivel de entidad federativa (puesto que el artículo transitorio único permita un optativo de reforma legal) o mucho menos constitucionalizar el régimen de responsabilidad objetivo/directo, sino simplemente garantizar el cumplimiento de dicha responsabilidad en las leyes. Luego entonces, este mandato del 113 constitucional de recibir "...una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes", puede ser cumplimentado mediante la reforma a las respectivas leyes del procedimiento contencioso/administrativo, reformas al Código Civil o a la Constitución de cada estado. De tal suerte, que si las entidades federativas han optado por implementar una combinación de esquemas al expedir leyes reglamentarias aparejadas de reformas constitucio-

¹⁵ Con independencia de si existen o no normas, la jerarquía de la Constitución provee una situación homóloga en entidades con normativa específica y en entidades morosas.

nales, ha sido en un afán de extender el manto protector, pero no en virtud de una obligación de estricto cumplimiento de la reforma constitucional¹⁶.

Así, a modo de ejemplo, el Estado de México tiene una tenue reglamentación de la materia en los artículos 117 y 138 del Código de Procedimientos Administrativos y no una ley o reforma constitucional expresa.

Una situación peculiar se produjo a raíz de una sentencia en un amparo. Un Tribunal Colegiado resolvió que dichos artículos no vulneraban el 113 constitucional al imponer la terminación previa del procedimiento de responsabilidad al funcionario (repetición) antes del pago de la indemnización correspondiente.¹⁷

La resolución parece incorrecta por dos razones: primero, de la lectura cuidadosa de los artículos anteriores no se advierte esta obligación y más bien se aprecia simultaneidad. De hecho, el propio artículo 138 del ordenamiento en comento sostiene que “pagarán los daños y perjuicios, debiendo cobrarlos posteriormente a dichos sancionados, a través del procedimiento administrativo de ejecución”. De la redacción del texto, sólo una interpretación administrativa tendenciosa podría encontrar la finalización del procedimiento de responsabilidad al servidor público, como un requisito inexcusable para el pago de la responsabilidad y de hecho, la frase “debiendo cobrarlos posteriormente a dichos sancionados” prácticamente hace preceptiva la interpretación contraria, es decir, que el pago se efectúe sin perjuicio del correspondiente deslinde de responsabilidades. Como segunda razón de peso, se puede argumentar que la teleología misma de la reforma al 113 constitucional, es evitar que el particular deba probar necesariamente la culpa del servidor público o su identificación previa a la obtención de una indemnización. En tal sentido, si las entidades federativas imponen como requisito previo (y no simultáneo) la repetición del funcionario el resultado en tiempo será el mismo, dado que el particular deberá esperar un largo procedimiento y sólo cuando éste haya finalizado, procederá el pago de la responsabilidad del Estado. Ciertamente será ahora el Estado y no el particular quien realizará esta *cacería de funcionarios*, pero si la responsabili-

¹⁶ Así lo expone de igual forma el artículo transitorio único del decreto de reforma al artículo 113 constitucional: “La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo 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...”.

¹⁷ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, enero de 2011, p. 3260.

dad es objetiva y directa, no existe un obstáculo para que la repetición sea simultánea al pago.

Finalmente, cabe interpretar este procedimiento contra *el funcionario que originó la conducta irregular*, como una simple verificación para proceder al pago de la responsabilidad correspondiente. Este criterio, al que parece acogerse el Colegiado genera nuevamente el problema de determinar el funcionario culpable (lo cual subrepticamente nos devuelve a la teoría de la culpa) siendo que el ciudadano podrá haber demostrado: a) un perjuicio como consecuencia de la actividad administrativo del Estado, y b) que no existe una norma que le obligue a soportar dicho perjuicio, y aún así, estará sujeto a la determinación formal de un culpable para estar en aptitud de recibir un pago.

Habiendo aclarado lo anterior, es menester enfatizar que el Estado de Sonora (como las demás entidades mencionadas) adolece de reglamentación constitucional o legal que permita formalmente¹⁸ reclamar una responsabilidad objetiva, siendo un caso representativo de los estados en *rebeldía legislativa*.

Así, el Código Civil para el estado de Sonora, en su artículo (aún vigente) 2101 y 2102, aún mantiene una responsabilidad subsidiaria en los siguientes términos:

Art. 2101.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas, siempre y cuando exista culpa en la elección de los mismos o falta de vigilancia del superior jerárquico.

Art. 2102.- Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga, no sean suficientes para reparar el daño causado.

Como puede apreciarse, los artículos supracitados establecen elementos ajenos a la actual normativa constitucional dado que debe demostrarse la culpa en la selección o falta de vigilancia en la actividad del funcionario res-

¹⁸ Decimos formalmente en tanto que Sonora, como parte integrante de la Federación, se encuentra obligada a cumplimentar las disposiciones del pacto federal y la falta de reglamentación de la responsabilidad objetiva y directa a nivel estatal no es razón suficiente para evadir el cumplimiento del artículo 113 constitucional.

ponsable para poder exigir responsabilidad patrimonial. Más aún también estatuye la subsidiariedad en dicha responsabilidad, elementos todos ellos contrarios al régimen de responsabilidad establecido en nuestra Constitución. De tal suerte, con la reforma constitucional del artículo 113 del pacto federal, sobrevino la inconstitucionalidad de los artículos 2101 y 2102 del código sustantivo civil para el Estado de Sonora y sus análogos en los demás códigos civiles de las entidades federativas.¹⁹

Ante tal contradicción, en el año 2009 se presentó al Congreso local del Estado de Sonora una iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial por parte del diputado Carlos Amaya Rivera, integrante de la facción parlamentaria del Partido Acción Nacional. Aún cuando esta iniciativa se muestra consciente de las reformas constitucionales en materia de responsabilidad del año 2002, es reprochable que haya sido hasta el año 2009 cuando se haya presentado propuesta de reforma legal, una mora de siete años de actividad legislativa.

B) *Apuntes descriptivos de la iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial para el estado de Sonora*

La iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Sonora, se mantiene en la tesitura de las reformas legales en otros ordenamientos jurídicos, toda vez que no es sólo la creación de un texto jurídico independiente, sino que, tal y como se manifiesta en la propia iniciativa, implica la reforma a la Constitución Política del Estado de Sonora, en este caso al artículo 158 al que se le agrega un apartado *bis*. De tal suerte, ya el artículo primero de la iniciativa bajo análisis estatuye que dicha ley es reglamentaria del artículo 158 bis de la Constitución sonorensa. Debe ser objeto de crítica que la iniciativa, a pesar de crear una ley autónoma y oportunamente reformar la Constitución, deja incólume a la Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de Sonora (LOTCAES) y, sin embargo, en los artículos 20, 22, 27 y relacionados, le otorga facultades a dicho tribunal para conocer del procedimiento establecido. Aún cuando la reforma constitucional a nivel de entidad federativa en Sonora garantice el

¹⁹ Esto es aplicable de forma extensiva a todos los códigos civiles de las entidades que mantengan una responsabilidad subsidiaria y basada en el sistema de la culpa: sobreviene su inconstitucionalidad.

derecho al constitucionalizarlo, orgánicamente es necesaria una reforma a la LOTCAES si se le otorgarán facultades para conocer de este procedimiento.

Se establece por objeto de la ley fijar bases y procedimientos para otorgar una indemnización por la actuación irregular del Estado que cause un daño a los particulares que adolezcan de un fundamento jurídico para soportarlo, circunscribiéndose al ámbito ejecutivo.²⁰ El artículo 4 establece que los daños habrán de ser susceptibles de ser valorados pecuniariamente y el artículo 3 establece la exención de pago en casos de fuerza mayor, ausencia de nexo causal con la actividad administrativa, hechos que no pudieron haber sido previstos o cuando el propio solicitante haya sido causante del daño reclamado.

Los montos destinados al pago de las indemnizaciones serán propuestos por el ejecutivo estatal a través de la Secretaría de Hacienda, estatuyéndose al efecto que las entidades que pueden generar responsabilidad patrimonial, deberán destinar un monto de su partida presupuestal al pago de la probable responsabilidad generada.

La ley establece también un régimen de supletoriedad, pues supletoriamente a esta ley se aplicará la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos del Estado y los Municipios, el Código Civil y los principios generales del Derecho. Se establece también (equivocadamente a nuestro juicio) que la ley en comento es supletoria de otras leyes que establezcan un régimen de responsabilidad patrimonial específico, particularidad que debería quedar establecida en la ley específica misma y no en el ordenamiento que, por su naturaleza, pasa a ser considerado genérico.

La indemnización por responsabilidad patrimonial, en la iniciativa de Ley de Responsabilidad Patrimonial tiene en Sonora las siguientes características: a) se pagará en moneda nacional pero podrá convenirse el pago en especie; b) la cuantificación del pago se hará atendiendo a la fecha en que se realizó la lesión a menos que sus efectos sean continuados; c) procederá la actualización en términos del Código Fiscal del Estado y d); el cubrimiento

²⁰ Nótese que esta acotación deja el error judicial o actuaciones irregulares del poder judicial exentas de aplicación de esta ley. Sin embargo hay quienes, basándose en los tratados internacionales, sostienen que es factible reclamar el error judicial; una interesante apreciación digna de ulteriores pronunciamientos. Véase LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial” en DAMNSKY, Isaac, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Librado (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 603.

de la indemnización podrá realizarse por parcialidades en ejercicios fiscales subsecuentes.

De igual forma, el propio régimen del cálculo de la indemnización en responsabilidad patrimonial recurre a la supletoriedad: para calcular las indemnizaciones de naturaleza laboral (daños personales) se utilizará la Ley Federal del Trabajo en el apartado de riesgos laborales, mientras que para el cálculo del daño y perjuicios materiales se utilizará el Código Civil para el Estado de Sonora.

El procedimiento para una reclamación por daño patrimonial sólo puede ser iniciado por parte interesada o legítimo representante de parte interesada, tanto en la dependencia a quien se le imputa el daño como directamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.²¹ El artículo 22 relega el procedimiento a la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, y debemos asumir que no existe un procedimiento independiente de esta ley pues en el restante articulado de la sección procedimental se establecen normas de fondo, pero no reglamentaciones procedimentales. El reclamante deberá probar el vínculo imputable al Estado, mientras que el Estado a través de la entidad correspondiente debe eximirse de su participación.

Las resoluciones, por otro lado, deberán contener una valoración del nexo de causalidad de la acción que se impute como causadora del daño patrimonial, pudiéndose celebrar convenios entre la entidad y el particular para terminar la controversia.

Como aspectos críticos de esta iniciativa podemos apuntalar la ausencia de un procedimiento específico o la delimitación clara de qué procedimiento se utilizará como modelo y plazos (una remisión al federal hubiera sido suficiente también). De igual forma, a diferencia de sus homólogas en las entidades federativas, esta ley no sólo no obliga a la contratación de un seguro que garantice las obligaciones generadas por la responsabilidad patrimonial, sino que tampoco faculta a dichas entidades a que, tomando medidas preventivas, contraten el referido seguro, no se establece especificaciones procedimentales sobre la repetición.

Ahora bien, debemos señalar, finalmente, que la iniciativa se encuentra sometida a análisis en el Congreso del Estado de Sonora desde el año 2009 y actualmente, en el año 2011, sigue sin ser aprobada y, por tanto, Sonora

²¹ Nótese que, de acuerdo al artículo 23 de la iniciativa en comento, la nulidad de los actos administrativos no supone el otorgamiento de la indemnización correspondiente por los daños causados por la primera: son procedimientos independientes.

continúa en el incumplimiento del artículo 113 constitucional; una situación extendida a aquellos estados que no han reformado su normatividad o legislado en materia de responsabilidad objetiva.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión afirmamos que el sistema de responsabilidad que se ha implementado a nivel federal difiere práctica y legislativamente del regulado a nivel de los estados. Sólo en la mitad de los estados se ha acatado la reforma al 113 constitucional, mientras que en los demás subsiste normativamente una responsabilidad subsidiaria y basada en el sistema de la culpa. Respecto a los aspectos técnicos de los estados que sí han cumplido la obligación constitucional, cabe destacar la necesidad de una regulación mayor del procedimiento de repetición y de la contratación de seguros.

De tal suerte, cabe pronunciarse sobre dos aspectos puntuales de la implementación de la reforma constitucional: a) implementación en los estados de la República (delimitación de los aspectos vedados) y, b) el manejo de las características técnicas tanto de la ley federal como de las leyes en las entidades federativas.

Sobre la implementación, es urgente expedir legislación en aquellos estados que no han cumplido con la normativa constitucional. El hecho de que la Constitución haya delegado una facultad legislativa a las entidades federativas implica necesariamente un deber de acatamiento y, en ningún caso, un diferimiento de la norma constitucional. De tal suerte, inclusive si no se ha legislado, es menester considerar, que Sonora y las demás entidades que no han legislado al respecto, poseen un sistema de responsabilidad objetivo y directo. La Constitución es la norma suprema. Este carácter no es en modo alguno político o declarativo, sino jurídico-vinculante. A pesar de que no exista una vía estatal, debe considerarse que existe un derecho de los particulares fundado en la Constitución y susceptible de garantía por la vía del amparo.

La misma delegación legislativa que la Constitución establece a favor de los Estados, no debe considerarse como una *carte en blanche* por parte de la Constitución sino que tienen que respetar ciertos requisitos como el propio establecimiento de un sistema directo y objetivo, la no limitación de cuantías, el establecimiento de una revisión materialmente jurisdiccional (como

la vía contencioso-administrativo) cuya resolución ulteriormente será revisada por la vía del amparo y de igual forma, se debe evitar la imposición de mayores requisitos que los desprendibles de una lectura del 113 constitucional y de la naturaleza de la responsabilidad objetiva y directa.²²

Por cuanto a los aspectos técnicos de la legislación tanto federal como estatal, cabe destacar dos aspectos: 1) la contratación de seguros por parte del Estado y 2) el procedimiento de repetición contra los funcionarios.

La contratación de seguros, como en el caso de las leyes del Distrito Federal (opcional) y de Jalisco (obligatorio) es un mecanismo interesante que vale la pena explorar. Un seguro puede no sólo resultar un paliativo para el gasto público al impedir una significativa afectación al presupuesto destinado a satisfacer montos de responsabilidad objetiva, sino también una garantía para al propio ciudadano de que existe un respaldo para los daños que el Estado pueda causarle. Igualmente, sería positivo explorar si es factible que, en ciertos casos, se le exija a determinados servidores públicos, la contratación de un seguro destinado a cubrir la prima de indemnización a su vez de un seguro del Estado, es decir, la garantía de que responderán al menos con la cantidad mínima que el Estado debe responder si éste se ve condenado al pago de responsabilidad objetiva. Esto implicaría que el propio servidor público (sólo en ciertas hipótesis)²³ habría garantizado a su vez, la cantidad a la que eventualmente se le condene en el procedimiento de repetición. Creemos que es una discusión que vale la pena iniciar.

Por último, cabe sostener las afirmaciones hechas a lo largo del cuerpo del presente trabajo sobre la repetición: la repetición debería concebirse como un procedimiento obligatorio destinado a la búsqueda de si existe un funcionario responsable en concreto y si esta responsabilidad es indudable, manifiesta y libre de eximentes (intercambiable también con un procedimiento de investigación previo al proceso de repetición). Sin embargo, tampoco debe constituirse en un requisito previo al pago de la indemnización al ciudadano, es un procedimiento paralelo e independiente a la propia reclamación de responsabilidad.

De lo contrario, el Estado arbitrariamente puede dispensar faltas que sus funcionarios deberían pagar al no abrir el correspondiente procedimiento.

²² Así, las entidades federativas podrán facilitar al particular la presentación de reclamaciones, o darle más derechos de los desprendidos del texto constitucional, pero en ningún caso restringirlos o dificultarlos.

²³ De los casos en que esto sería procedente, evitamos realizar un pronunciamiento, relegándolo a futuras investigaciones.

La apertura obligatoria, no implicará ni una obligación de condena, ni una vulneración de las garantías del debido proceso, sino simplemente una obligación por parte del Estado de indagar si el funcionario debe resarcir los daños por los cuales se ha erogado un gasto. Para ello es necesario una regulación más amplia de la repetición tanto en la LFRPE como en las respectivas leyes de las entidades federativas.

Respecto al caso de Sonora, la iniciativa de ley que se ha discutido puede aún tener las deficiencias apuntaladas con anterioridad (aunado al hecho de adolecer de un procedimiento específico) pero sin duda su aprobación y reforma constituirían un avance, tendiente a fortalecer a Sonora como un ordenamiento jurídico respetuoso de la Constitución mexicana; un apunte que vale la pena trasladar a todas las entidades federativas que han incurrido y siguen incurriendo, en un injustificado retraso legislativo.