



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo

número 20071033 de fecha 17 de diciembre de 2007

**La Responsabilidad Estatal por actividades riesgosas prevenibles y riesgo
creado en la Administración Pública.**

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Administrativo

Sustenta el

Lic. Noé Vázquez López

Director de la Tesis

Dr. Luis José Béjar Rivera

A:

Dios, por su infinita misericordia, por estar conmigo en cada paso que doy.

Mis Padres, por darme la vida y por su ejemplo.

Rosalba, por creer en mí, compañera de la vida y fuente de inspiración.

Todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis.

¡Gracias a ustedes!

Noé Vázquez López

“La cuestión del derecho a la indemnización cuando el Estado, como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, haya provocado daños a los ciudadanos es, desde luego, un tema polémico que merece un comentario un poco más extenso porque, en realidad, una Administración que debe indemnizar con cantidades millonarias es una mala Administración por causar con frecuencia daños a los ciudadanos, por mucho que esté reconocido el derecho a la justa indemnización. Es mejor Administración aquella que indemniza menos porque ocasiona menos daños a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en general [...]”

-Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

“La ley no debe tornar al pasado, sino prever el futuro.”

-Niccolo Maquiavelo

ABREVIATURAS

CCF	Código Civil Federal
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CONAGUA	Comisión Nacional de Agua
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
LAASSP	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
LAC	Ley de Aviación Civil
LAD	Ley Aduanera
LAN	Ley de Aguas Nacionales
LFRA	Ley Federal de Responsabilidad Ambiental
LFRPE	Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado
LFT	Ley Federal del Trabajo
LGPC	Ley General de Protección Civil
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
LPEMEX	Ley de Petróleos Mexicanos
LRA27CRP	Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo
LRASP	Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
LRCDN	Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares
LVGC	Ley de Vías Generales de Comunicación
PEMEX	Petróleos Mexicanos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
SEGOB	Secretaría de Gobernación
SENEAM	Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano
SENER	Secretaría de Energía
TFJA	Tribunal Federal de Justicia Administrativa

ÍNDICE

<u>I. Introducción.</u>	5
<u>II. El Estado Responsable como Estado de Derecho.</u>	15
<u>III. Responsabilidad objetiva del Estado en actividades de riesgo; problemática existente en México.</u>	25
<u>IV. Parámetros de la responsabilidad objetiva aplicable en actividades de riesgo de la Administración Pública. Confrontación del modelo civilista y los criterios internacionales.</u>	55
<u>V. Tres casos a considerar.</u>	109
<u>V.1. Caso de ruptura del canal de aguas administrado por la CONAGUA.</u>	109
<u>V.2. Caso accidente aéreo del avión propiedad de la SEGOB que se estrelló en Lomas de Chapultepec.</u>	119
<u>V.3. Caso de daño en predio de un particular por derrame de hidrocarburos derivado de una red propiedad de PEMEX.</u>	127
<u>Conclusiones</u>	135
<u>Fuentes de consulta.</u>	139

I. INTRODUCCIÓN.

Jean Jacques Rousseau, sostiene que los hombres en estado natural no pueden subsistir en lo aislado, sino que unen fuerzas y dirigen las que existen para su conservación, por lo tanto, la suma de fuerzas conforma su organización; el objetivo del hombre que ahora denominamos hombre social, había sido reflexionado por tan conocido y célebre pensador, al señalar que su objetivo es: *“Encontrar una forma de asociación que defina y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”*¹.

Con él y otros pensadores como Nicolás Maquiavelo, Charles-Louis de Secondat Montesquieu, Thomas Hobbes y John Locke, surge el pensamiento moderno, sustento del Estado Moderno², concebido como la organización política en un territorio determinado sujeta al Derecho; por ello consideró que Estado de Derecho es un pleonismo, si no está sujeto al Derecho no es Estado, sino cualquier otro tipo de organización social primigenia o arcaica.

Europa ha sido el crisol del Estado Moderno, sus orígenes los fijaron los autores a finales de la Edad Media y principios del Renacimiento³, como consecuencia

¹ Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2014, p. 36.

² Cfr. Lozano Díez, José Antonio, expone los orígenes de la responsabilidad del Estado, como vencimiento del Estado absolutista en “Límites Presupuestarios a la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Sistema Jurídico Mexicano” en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, Espress, México, 2014, pp. 15 y 16.

³ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 8ª ed., Porrúa, México, 1988, pp. 103 a 122.

de una larga evolución de la sociedad humana con la finalidad de organizar políticamente a las sociedades, descubrieron la soberanía tras la necesidad de defensa y, naturalmente crearon el principio de legalidad, esto es, la sociedad se sujetaba a las leyes.

El principio de legalidad entonces se convirtió en un freno al poder del Estado, una limitación en el actuar de las autoridades, esto es, la Ley fue el instrumento con el cual se pretendió limitar al poder —el individuo contemporáneo desde su nacimiento se encuentra inmerso en la propia organización constituida, en las leyes existentes y vigentes, para la subsistencia del ser humano en sociedad— sin embargo la concepción legalista del Derecho llevó a un abuso de poder, el poder llamaba más poder y amplificó la desigualdad, por ello, la Revolución Francesa es el estandarte al principio de legalidad; con el paso de los años dicho principio no fue suficiente y resultó necesario que el Derecho fuese más que la simple ley.

Se reencusaron las fuerzas políticas y fácticas de una sociedad hacia el bien común y la protección del ciudadano, muestra de ello fueron las diversas declaraciones de los derechos del hombre, así como el perfeccionamiento de las normas jurídicas fundamentales de los Estados (Constitución) que establecen diversas decisiones fundamentales de una sociedad.

Fue necesario organizar administrativamente al Estado —el ejecutivo para ejecutar la ley, el legislativo como órgano creador de las normas y el judicial para resolver las controversias-, otorgando competencias a la Administración Pública, la cual cuenta con diversos poderes, como es el poder de decisión, de mando, de vigilancia, entre otros⁴, sin embargo la actuación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho siempre

⁴ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, pp. 275 a 289.

estará sujeto a diversas críticas, al escrutinio de la sociedad y de las personas que lo conforman.

Durante siglos los tribunales del Poder Judicial han tenido el monopolio de la justicia administrativa, interrumpiendo esta tradición la creación de tribunales administrativos residentes en el Poder Judicial (modelo de justicia delegada) debido al nacimiento del Consejo de Estado Francés en el siglo XVII. Los Juzgadores de estas controversias se dieron cuenta que las leyes que se aplicaban en las controversias entre particulares no eran suficientes y tampoco idóneas para resolver los conflictos con el Estado, por ello se concibió al Derecho Administrativo en el seno de las decisiones jurisdiccionales del Consejo de Estado Francés⁵.

La ancestral existencia de conflictos entre los ciudadanos siempre sería materia de regulación como enseña la Historia del Derecho, pero la realidad revelaría las controversias que se suscitan entre los gobernados y la Administración Pública; el gobernado puede ejercer –entre otros– el derecho de oponerse a los actos u omisiones de la Administración Pública⁶.

Con el paso de los años, los estudiosos del Derecho Administrativo, advirtieron que sus funciones no sólo comprendían la prestación de servicios públicos y el ejercicio de facultades o competencias, sino la pronta y oportuna satisfacción de necesidades colectivas, del interés general, por esa razón actualmente se evoca frecuentemente al derecho de la buena administración como reclamo constante de todos los ciudadanos.

⁵ Cfr. Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Administrativo*, “Control jurisdiccional de la Administración Pública”, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=280>, pp. 62 y ss., consulta 24 de agosto de 2016.

⁶ Cfr. Aguado Romero, Gabriela, *et al.*, “La ilegalidad de la Administración Pública y el Principio pro persona” en *Derecho Administrativo: Un Ámbito de Respeto, Promoción y Protección y Garantía de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2016, pp. 80 a 89.

Entonces el Derecho Administrativo no se conformó únicamente por las leyes consideradas públicas que regulan a la Administración pública, sino que la espina dorsal de ese derecho se sustentó en sus principios⁷, en los principios del Derecho Administrativo que la jurisprudencia creó, siendo la punta de lanza el Consejo de Estado Francés.

En el contexto de la conformación del Derecho Administrativo, existe una constante lucha entre los intereses públicos y los intereses particulares, empero el propósito siempre ha sido el mismo, la satisfacción del interés general, el fin último de cualquier norma del Derecho Administrativo, es el bien común; para que el operador del Derecho Administrativo actúe de manera coherente con su propio sistema, tiene que tomar en cuenta los principios rectores del Derecho Administrativo -entendidos como los mandatos de optimización a que se refería Robert Alexy-, los cuales no son más que la concentración de valores y bienes jurídicamente tutelados, como son la libertad, la propiedad, la igualdad, la proporcionalidad, la equidad, entre otros.

Luis José Béjar Rivera⁸, nos condensa el pensamiento racional, explicando con suma claridad que la actuación administrativa, debe servir a un fin, y dicho fin consiste precisamente en ser instrumento para concretar o individualizar el interés general. El objeto principal del aparato administrativo es servir al interés general; enfatiza que es responsabilidad del legislador redactar una norma acorde a las necesidades reales de la colectividad, así como a las necesidades reales de la Administración Pública de conducirse acorde a su finalidad de interés general.

⁷ Cfr. Béjar Rivera, Luis José, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, México, 2012, pp. 93 y ss.

⁸ Béjar Rivera, Luis José. *La finalidad del acto administrativo*, publicaciones Rap, Buenos Aires, 2010, pp. 69 y ss.

Si la finalidad de la administración pública es la satisfacción del interés general, por lo tanto, la actuación de ésta debe estar encaminada a garantizar los derechos de los miembros del Estado.

Uno de los principios que nos atañe, es el derecho o la garantía de integridad patrimonial, siendo el Estado Contemporáneo el garante del mismo, debe generar y mantener condiciones propicias que garanticen el patrimonio de los particulares, esto es, la protección del cúmulo de bienes y derechos atribuibles a un sujeto. Los ordenamientos de cualquier Estado Constitucional⁹ están llenos de principios –diferentes a las normas-, son criterios de valoración de la conducta, los denominados juicios de valor; en consecuencia garantizar el patrimonio de los particulares es reconocer un derecho inherente al ser humano y la ciencia jurídica debe incluir también valoraciones.

En este tenor de ideas, la Responsabilidad Estatal se instituye como uno de los pilares de Derecho Administrativo; cuando se habla de actividad del Estado principalmente nos referimos a aquella que lleva a cabo el Poder Ejecutivo, a través de la Administración Pública –no es materia de este trabajo la actividad de los órganos jurisdiccionales y su responsabilidad como órganos del Estado—, sin embargo cuando se modifican las leyes a partir de principios, conformando parámetros confiables que deben seguir los operadores del Derecho Administrativo, estamos en presencia de un legislador como ente responsable, pues de lo contrario existiría responsabilidad del órgano legislador al crear normas desviadas de los fines que persiguen.

⁹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Derecho dúctil*, Madrid, 1995, pp. 93 a 110, traducción castellana de Marina Gascón.

Es necesario proteger al individuo frente al Leviatán¹⁰ del que hablaba Thomas Hobbes para que la organización sea civilizada; cuando la sociedad se concibe justa es porque respeta los derechos de los individuos, sobre todo a los más vulnerables, como lo denunciaba el profeta Isaías en el Antiguo Testamento.¹¹

“El balance entre las potestades públicas, normalmente colocados en un plano de supra a subordinación respecto del gobernado, en ocasiones ha permitido que se establezca como dogma del derecho público una posición privilegiada del primero respecto de éstos últimos, lo que lleva a establecer que en el mismo origen de la tutela de los actos de autoridad uno de sus pilares sea justamente la reparación del daño”.¹²

Por lo tanto, si una autoridad estatal actúa con irresponsabilidad o negligencia afectando sus libertades, bienes, posesiones y derechos, implica que la organización en la que está inmersa lo perjudica, y es preferible que conserve su situación anterior, aislada, en estado natural.

Es necesario que las leyes sean los instrumentos que unan los derechos a los deberes de los ciudadanos y lleven la justicia a quien clama por ella; en este sentido, el legislador debe ser un sujeto que además de actuar con el imperativo de la razón y sentido común, lleve a cabo una actividad de verdadera independencia a fin de constituir normas jurídicas que atiendan los verdaderos intereses públicos, los intereses de todos

¹⁰ Cfr. Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>

¹¹ La Biblia, *Isaías*, versión Reyna Valera 19860, Isaías 10:1-3 dice: "¡Ay de los que dictan leyes injustas, y prescriben tiranía, para apartar del juicio a los pobres, y para quitar el derecho a los afligidos de mi pueblo; para despojar a las viudas, y robar a los huérfanos! ¿Y qué haréis en el día del castigo? ¿A quién os acogeréis para que os ayude, cuando venga de lejos el asolamiento?, ¿En dónde dejaréis vuestra gloria?". Isaías 24:5 dice: "Y la tierra se contaminó bajo sus moradores; porque traspasaron las leyes, falsearon el derecho, quebrantaron el pacto sempiterno".

¹² Béjar Rivera, Luis José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Entre la responsabilidad subjetiva y objetiva. El reto del sistema mexicano en Estado de Derecho y Responsabilidad Administración, Unión Europea, España, México, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, México UBIJUS, 2014, p. 256.

los integrantes de la organización política, económica y social; pero cuando una controversia llega a las manos de los juzgadores, éstos asumen la responsabilidad final, sobre la decisión y los efectos de la misma, deberán actuar con conciencia, prudencia y sensibilidad a la problemática humana, como elementos enérgicos de la justicia.

En virtud de lo previamente explicado, el presente trabajo pretende realizar diversas reflexiones en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado por cuanto a las actividades que el Estado realiza que se consideran riesgosas (excluyendo las que derivan de labores de seguridad pública o seguridad nacional), cuando es titular o sujeto garante de bienes que por su propia naturaleza o características implican un riesgo para los particulares causándoles un daño; para cumplir el objetivo se utiliza una metodología basada en la explicación, análisis de la doctrina nacional e internacional, de las normas nacionales existentes, los criterios judiciales nacionales y extranjeros, tomando en cuenta los fundamentos, principios y objetivos que persigue dicha institución para construir un modelo útil para la resolución de las controversias que se susciten.

A manera de breve reflexión se analiza la interrelación de la institución con el entorno social, se exponen breves consideraciones relacionadas con la eficacia y eficiencia de la misma atendiendo a la naturaleza particular de las controversias que se plantean, proponer criterios y parámetros razonables para resolver las controversias, proponer mecanismos preventivos y de control de los riesgos ante las consecuencias negativas que se advierten al destinarse continuamente recursos públicos a la reparación.

Conocer y comprender los principios rectores de esa responsabilidad patrimonial estatal es fundamental para garantizar el respeto de los derechos

fundamentales del justiciable o gobernado, convirtiéndolo en un verdadero sujeto de derecho, en vez de ser un mero objeto del poder estatal. Mientras mejor se acoten las reglas y principios en las normas que deban aplicar los operadores del derecho, menor rango de incoherencias se obtendrán, se reducirá el margen de errores en las decisiones de las autoridades y de los Tribunales.

En este sentido es conveniente determinar si los daños sufridos por un particular representan o no típicos motivos de Responsabilidad Objetiva y Directa del Estado por encontrarse inmediatamente relacionados con la actividad pública — legalmente instituida y definida—, especialmente, con la actividad del Estado Federal como administrador de los recursos o bienes (por ejemplo, los hídricos¹³), de manera que, en este caso, los daños sufridos por los ciudadanos a causa de la actividad o inactividad del Estado, no son de aquellos que deban soportar los administrados, sino que, por tratarse de recursos o bienes manejados directamente por el Gobierno Federal, materialmente se tratan de mecanismos, instrumentos, aparados o sustancias peligrosas por sí mismas, por su naturaleza peligrosa, infecciosa, inflamable, explosiva, emanaciones y derrames nocivos para las personas, por el movimiento, peso o fuerza de destrucción, u otra análoga, siendo por todo ello incontrovertible que estos asuntos deben analizarse desde la perspectiva de la administración de riesgos que debe manejar el Estado y que, en caso de generarse siniestros por dichos riesgos, esos daños deberán

¹³ Cfr. Campos Díaz Barriga, Mercedes, *La Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. El Caso del Agua en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, pp. 176 y ss. Navarro Mendizábal, Íñigo Alfonso. *Las Inmisiones y Molestias Medioambientales. Tutela Preventiva Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 248 y ss.

ser considerados objetiva y directamente imputables al Estado¹⁴ mediante la llamada “Teoría de la Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública”.

¹⁴ Cfr. Coleman, Jules L., *Riesgos y Daños*, Marcial Pons-Filosofía y Derecho, Madrid, 2010 traducción de *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, 1992, p. 100.

II. EL ESTADO RESPONSABLE COMO ESTADO DE DERECHO.

En materia de “Responsabilidad Patrimonial del Estado”, y con el propósito de avanzar en la construcción de un Estado sólido, se han aprobado diversas reformas constitucionales, fruto de diversos actores en un arduo esfuerzo para delimitar dicha institución, que juntamente con el principio de legalidad son el pilar del Derecho Administrativo¹⁵, existiendo una clara evolución histórica-jurídica, la cual diversos tratadistas y estudiosos han explicado¹⁶; la institución es actualmente regulada por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE).

En todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, rige la garantía de seguridad jurídica, consistente en que toda persona tenga pleno conocimiento, de cómo se comportarán los demás sujetos respecto de su persona, familia y patrimonio, y de cómo debe comportarse respecto a los demás, pero en el Derecho administrativo impera el principio del interés general como máxima, y uno de sus subprincipios el de responsabilidad. La garantía de legalidad deja de ser un mero discurso revolucionario cuando se convierte en un instrumento de justicia, de búsqueda interminable del bien común.

Dicha garantía no excluye la actuación del propio Estado, en particular la actuación de las autoridades gubernamentales que ejecutan la voluntad de la

¹⁵ Lozano Díez, José Antonio, “Límites Presupuestarios a la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Sistema Jurídico Mexicano” en RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, pp. 15 y 16.

¹⁶ Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 534 a 536.

organización social o incluso su falta de actuar, porque el particular estaría en aptitud de saber qué resultado debe esperar cuando se afecte su esfera jurídica.

El Derecho como límite del Poder Estatal se convierte entonces en un instrumento de certeza que permite predecir el futuro, dirigido a conocer las consecuencias de los actos y de las omisiones del Estado, para autocorregir sus deficiencias y, por lo tanto, fortalecer su buen actuar. Quien causó un daño, sea quien sea, una persona jurídica privada o una persona jurídica pública, está obligado a reparar el daño causado¹⁷.

Estado Responsable es sinónimo de Estado de Derecho, mientras más fuerte y eficaz sea el sistema que regula la institución jurídica denominada Responsabilidad Patrimonial del Estado, mayor avance o desarrollo presentará un Estado y en nuestro país esta garantía adquiere peso relevante dado el principio *pro personae*, establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁸.

Como se ha anticipado en la introducción de este trabajo, uno de los reclamos de la sociedad es el correcto actuar de los entes públicos. El derecho a la buena administración, abarca la responsabilidad estatal, porque si en Estado cumple con las funciones que tiene encomendadas y es responsable de éstas –así como de los riesgos que asume en sus actividades–, puede considerársele un verdadero Estado Democrático de Derecho¹⁹.

¹⁷ Cfr. Rodríguez Arana, Jaime, *Estado de Derecho y Responsabilidad Administrativa, Unión Europea, España, México, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, Universidad Panamericana y UBIJUS, México, 2014, p. 19.

¹⁸ Cfr. Lozano Díez, José Antonio, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹ Jaime Rodríguez Arana, en sus múltiples obras de Derecho Administrativo, enfatiza en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración, aprobada por el Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo (CLAD) el 1º de octubre de 2010, que reconoce el derecho fundamental de la persona a la buena administración en el marco de la

Dentro de las funciones del Estado, se encuentra llevar actividades en beneficio de la sociedad o en el propio cumplimiento de sus fines, pero en su ejecución o negligencia existe un riesgo potencial, sobre todo en la realización de obras de infraestructura, actividades generadoras de energía, en la utilización de instrumentos, aparatos, medios tecnológicos u otros bienes que por su propia naturaleza podrían causar daños a los particulares como son aeronaves, autotransporte.

El sistema jurídico mexicano a través del ordenamiento jurídico debe constituirse como un medio proveedor de certeza, de ahí la necesidad de analizar los principios que rigen a la responsabilidad patrimonial del estado por inactividad derivada de funciones de carácter riesgoso o por el hecho de ser los encargados del uso, guardia, custodia, mantenimiento y provisión de ciertos bienes o recursos que por sí mismas constituyen un riesgo para la población; cuando la legislación es analizada con sumo cuidado y aprobada considerando los riesgos que debe asumir el Estado, proveerá de certeza de que la autoridad seguirá un camino previamente establecido por la ley, cada vez que dañe la esfera jurídica de un particular sin que una norma jurídica establezca expresamente que éste debe soportar el daño.

En corolario a lo anterior, un Estado de Derecho no es tal si no es responsable, esto es, si no actúa de acuerdo con los fines que persigue, y mucho menos puede ser considerado Constitucional y Democrático cuando está regido por normas carentes de valores y de ética, de principios y límites que rijan al propio Estado.

potenciación de la dignidad humana, el principio de servicio objetivo a los ciudadanos y al interés general. Cfr. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado y el Derecho Administrativo Global en La Responsabilidad Patrimonial... op. cit.*, pp. 301 a 308.

La responsabilidad del ser humano consigo mismo es indisociable de la que debe tenerse en relación con todos los demás, se trata de una solidaridad que lo conecta a todos los hombres y a la naturaleza que lo rodea; entonces el Derecho es un instrumentos de prudencia y equilibrio sobre las acciones futuras de la propia humanidad, y por ello un estado responsable en su actuar o por sus omisiones -en que incurre al dejar de garantizar el patrimonio de los particulares cuando no tengan que soportar el daño-, prevé normas con un alcance superior, vislumbrando el futuro o al menos, dentro de lo posible actué dentro del rango de lo razonable.

José Esteve Pardo, nos da las pautas argumentativas que permiten delinear una nueva noción de responsabilidad jurídica, basados en el principio de precaución que aboga por defender a la sociedad de productos cuya inocuidad no está completamente probada, antes de que los mismos pongan en peligro a los usuarios –que bien puede aplicarse para actividades riesgosas—, de manera que el derecho no solo se convierte en un instrumento generador de certezas jurídicas (donde converge lo objetivo y subjetivo), esto es, para que el Estado acierte en la toma de decisiones jurídicas, sino que debe tener en cuenta elementos científicos para que se conviertan en “certezas construidas”²⁰, es decir, certezas objetivas.

Tratándose de vehículos, bienes o actividades peligrosas, también es relevante el principio de responsabilidad de Hans Jonas²¹, consistente en que el ser humano tiene que actuar con cautela y humildad ante el poder transformador de la tecnología -los avances tecnológicos en muchos casos conllevan un peligro para la

²⁰ Cfr. Esteve Pardo, José, *El desconcierto del Levitán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Barcelona España, Marcial Pons, 2009, pp. 211 y ss.

²¹ Cfr. De Siqueira, José Eduardo. *El principio de Responsabilidad de Hans Jonas*, <http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/71/171-193.pdf>, consulta el 18 de julio de 2016.

subsistencia de la humanidad, en la medida que la mayor parte de éstas hacen uso de ésta-, porque debido a la técnica, el hombre se volvió peligroso para el hombre, al poner en peligro los equilibrios del planeta y del cosmos que constituyen los cimientos vitales de la humanidad, expone este filósofo.

En contrapeso a los principios de responsabilidad y de precaución, no debe perderse de vista que es obligación del Estado procurar la protección del patrimonio de los ciudadanos, los que al verse afectados por la actividad estatal, presuponen una prestación inadecuada o falta del servicio público debido, aspectos que se califican como obligaciones incumplidas por el Estado, y que se acentúan particularmente tratándose de las responsabilidades por riesgo incluyendo aquellos creados o no por el Estado, por el solo hecho de que sean manejados por este, que forman parte de sus atribuciones y facultades.

Actualmente se considera como un principio general de Derecho Público que el Estado debe reparar todos los daños que cause a los ciudadanos que estos no tengan la obligación de soportar, de manera que la responsabilidad patrimonial del Estado o de las administraciones públicas es la obligación pública de reparar o responder, mediante indemnización o compensación, por el daño causado por el funcionamiento de alguna de las administraciones públicas, lo cual presupone la existencia de un daño que ha afectado al patrimonio de un sujeto y la existencia de un derecho o interés protegido a favor del administrado.

Sin embargo, ese concepto presenta variantes, siendo por ello que resulta conveniente tematizar la realidad de su examen, en el cual, la revisión se haga con rigor y se evite el tema de que la administración pública debe ser vista primariamente como

una realidad política que siempre responda de los daños sufridos por ciudadanos, sino por el contrario, la responsabilidad patrimonial estatal debe tratar de ser objetiva de manera que su valoración pueda ser considerada, por su método, como una verdadera Ciencia Administrativa donde la revisión de sus instituciones eviten subjetivismos propios de la actividad política y los conceptos sean definidos con la seriedad y rigor debidos para que permitan verdaderamente advertir y describir las características del *Leit motiv* de la institución jurídico-administrativa examinada.²²

Un fundamento importante de la responsabilidad patrimonial del Estado lo constituye también la idea de que existen dos correctivos de la prerrogativa de la administración pública que reclaman tanto la democracia como el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse de la siguiente manera: que el Estado actúe, pero que obedezca la ley que le prohíbe dañar, y si daña a los administrados, pague o compense el perjuicio según corresponda.

El principio de legalidad (que se representa principalmente en la justicia contencioso administrativa) y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, constituyen los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo cuyo equilibrio, amenazado siempre por la inestabilidad de las prerrogativas del poder, depende, justamente de su correcto juego²³.

Las posibilidades de incidencia dañosa de la actividad administrativa en los patrimonios privados, no se agotan en el instituto expropiatorio, pues supuesta su configuración legal —como una actuación jurídico formal orientada específicamente al

²² Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Administración Española. Estudios de Ciencia Administrativa*. Thompson Civitas, 7ª ed., Madrid, 2007, pp. 38 a 41.

²³ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, primera versión latinoamericana, Palestra Temis, Bogotá, 2011, pp. 1274 a 1371.

sacrificio de derechos o intereses patrimoniales de los administrados por razones superiores de utilidad pública o de interés social—la actividad de la administración pública lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos que es preciso evitar que reviertan al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas condiciones de injusticia material, amparadas por injustificados privilegios de exoneración que son contrarios a todos los valores constitucionales y democráticos en que se funda una Nación.

Por ende, la administración y sus acciones deben cubrir esos daños residuales que se causen a los particulares, aunque sean inevitables, pues sólo con ello se cumple el Principio General de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, el que actualmente se encuentra incorporado a la Constitución Federal, en la institución de responsabilidad patrimonial administrativa y directa por actividad del Estado, que el propio texto constitucional precalifica de “irregular”²⁴.

Las actividades estatales se han visto modificada en las últimas décadas por una serie de circunstancias transformadoras de su propia realidad; en materia de construcción, infraestructura y transporte estatal, se ha ido a una sumamente activa, operativa, sofisticada, sustentada en avanzadas y complejas tecnologías, pero también generadora de importantes riesgos en su aplicación, resultando importante tomar en cuenta el “bioderecho”²⁵, es decir, ya no es correcto concebir al derecho como una ciencia rígida e inflexible, avalorativa, sino que en los principios y valores encuentra su más alto propósito, la satisfacción de los intereses de todos los ciudadanos.

²⁴ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Aguado Romero, Gabriela, *et al.*, *op. cit.*, p. 18; para mayor detalle el capítulo denominado: “El bioderecho como elemento de estudio en la protección de Datos Personales en Materia Administrativa”.

El fin común que unifica sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles como son la expropiación forzosa, por un lado y por otro, la responsabilidad civil de la administración, es para el legislador, la referencia común a la lesión patrimonial de un administrado producida por la actuación administrativa, y si bien estas instituciones difieren entre sí por la forma en que se produce la lesión patrimonial, finalmente esta es el rasgo específico que sirve de razón para instituir la obligación del Estado de carácter indemnizatorio, constituyéndose así un derecho fundamental que opera principalmente a través de una norma de orden constitucional cuyo enunciado debe considerarse como una garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la administración pública que lleva a la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la administración pública, lo cual es producto de una línea de evolución particularmente complicada, sobre todo, al analizarse el proceso de reforma constitucional que instituyó en México a la Responsabilidad Patrimonial Objetiva y Directa²⁶.

Para Álvaro Castro Estrada²⁷ el objetivo fundamental en el que descansa la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, es garantizar el derecho de los particulares a su integridad patrimonial de los particulares y reparar la lesión antijurídica; señala que de acuerdo el artículo 113 Constitucional²⁸ y la doctrina, los

²⁶ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 1274 a 1371.

²⁷ Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 538 a 542.

²⁸ El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente hasta el 27 de mayo de 2015, establece: "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.", actualmente, el mismo texto corresponde al último párrafo del artículo 109 de dicha Constitución, por reforma en el DOF del 27-05-2015, que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

objetivos que atienden la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, son la integridad patrimonial de los particulares y reparar la lesión antijurídica; lo ideal sería prevenir y no corregir o reparar la actividad irregular del Estado para evitar el pago de más indemnizaciones, para generar un efecto de mejoramiento continuo en la actividad de la Administración Pública, sino inducir a los Servidores Públicos a un sentido de responsabilidad en actividades riesgosas y tutela de bienes peligrosos.

En suma, es labor del Estado que esta garantía sea una realidad, además de que sea coherente al sistema que la conforma, válida para el legítimo reclamante, útil para los operadores jurídicos, bajo un modelo razonable que no paralice el actuar de la Administración Pública.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN ACTIVIDADES DE RIESGO; PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN MÉXICO.

Una de las originalidades en el derecho de la responsabilidad patrimonial administrativa, consiste en el lugar que ocupan las soluciones en que la obligación de reparar se desprende de la responsabilidad objetiva por riesgos y sin culpa; de este modo cabe señalar que, la idea de responsabilidad por riesgos no es propia del Derecho Administrativo, pues su origen se encuentra en la doctrina civilista, la que se hizo su promotora desde finales del siglo XIX, cuyo pensamiento se basó en el Principio de Irresponsabilidad Patrimonial del Estado, basado en la antigua teoría inglesa que predicaba que los Reyes y el Estado no podían equivocarse ni causar daños por su actividad²⁹; principio que no disminuyó con el Estado moderno, sino todo lo contrario, pues desde la edad media hasta la Revolución Francesa, encontró nuevos alientos que los teóricos del absolutismo apoyaron sobre la base del apotegma *princeps legibus solutus*³⁰, que dio lugar a la idea de que la soberanía del Estado consistía en imponerse todos sin compensación.

Ese fundamento nutrió durante siglos el principio de responsabilidad del soberano, y generó una regla común a todos los ordenamientos, sin embargo, dicha irresponsabilidad de la corona del Reino Unido dio lugar a los movimientos como la petición de derechos y otros posteriores que terminaron con esa noción despótica en el Derecho Anglosajón³¹.

²⁹ Esa teoría inglesa se fundó en la expresión: "*The king can do no wrong*" (el rey no puede equivocarse). Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed., t. II, Civitas, Madrid, 2002, pp. 359 a 366.

³⁰ Se trata del principio de las monarquías absolutas, donde no se puede cuestionar ningún acto del Estado.

³¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op cit*.

La primera fase de la responsabilidad patrimonial del Estado, conocida en términos académicos como “edad teológica” y que va aproximadamente desde el siglo VIII hasta mediados del siglo XIX, operó el principio de irresponsabilidad del Estado de forma general, excluyendo el deber de indemnizar, salvo en aquellos casos excepcionales como fueron los daños resultantes de la construcción de obras públicas, los daños causados por tumultos, los daños producidos por el ejército y los daños de guerra.

La única garantía que entonces se ofrecía a la víctima era la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, responsabilidad exigible en términos del *Code Civil* ante los tribunales ordinarios; sin embargo al ejercicio de la acción se impuso una primera obligación consistente en obtener una autorización administrativa previa, concebida como requisito indispensable para poder demandar al funcionario en la vía civil, obligación que además se encontraba impuesta por la Constitución Napoleónica (artículo 75) y todo ello representaba una supuesta consecuencia del principio de separación de poderes entre las autoridades administrativas y las judiciales.

De esta intervención administrativa, en la que se formaliza un obstáculo importante a la responsabilidad personal del funcionario, surgió posteriormente la responsabilidad patrimonial de la propia administración, pues en interpretaciones posteriores el Consejo de Estado Francés fue el órgano llamado a dictar la autorización previa y este comenzó a acostumbrar la negativa de dicha autorización, salvo en los casos en que se aprecie la existencia de una falta personal del agente público; es decir, en aquellos supuestos, la responsabilidad dependía de la persona, con sus debilidades, pasiones y prudencia, más que por la causación del daño; sin embargo, se presentó el caso de la falta del servicio público, y con ese motivo se dirigió una acción contra el

Estado ante los tribunales administrativos, pues si ya no existía actividad dañosa, sino más bien omisión no imputable a nadie, esa distinción básica dio lugar al análisis de las causas y consecuencias, así como la presencia de una relación entre el Estado y el servicio.

Estos juicios, verificados alrededor de 1911, concluyeron con sentencias en donde se considera directamente responsable a la administración pública a quien se imputan los daños por las omisiones cometidas por sus agentes pues toda negligencia, error u omisión, aunque reprochable, se encuentran fuera de los hábitos del servicio público y entenderlo de este modo debería ser condición inseparable del mismo; esta noción de responsabilidad por falta de servicio se denominó por la jurisprudencia francesa como *Faute de Service* y con ello hizo surgir un deber de reparación a cargo de la administración responsable del servicio de que se trate.

A partir de ahí se presentaron varios casos como el de *Tommaso Greco* de 1905; el caso *Dame Durand* de 1949 (perjuicio estético ocasionado por actividad del Estado); *Morell* de 1942 (sufrimientos físicos excepcionales por actividad del Estado); *arêt Bondurand* de 1954 (reparación de la pérdida de un padre, madre o hijo bajo la fórmula genérica de perturbaciones graves de las condiciones de existencia), y con esos precedentes la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado instituyó que todo daño imputable a la actividad de la administración, en cuanto producidas por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda, surge la responsabilidad entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita³².

³² Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*

Con ella se perfilan la idea de peligro, sobre la base de que una actividad “a riesgos” es una actividad peligrosa y se puede encontrar aceptable que el sujeto de derecho cuya actividad presenta riesgos de daños los asuma, pero al mismo tiempo, se la puede comprender en cuanto designa una actividad que, fuera de toda peligrosidad, deba también provocar la toma a cargo de sus consecuencias desfavorables por aquel a quien beneficia, y además hay también, subyacente a la idea de riesgo, la idea de la probabilidad de la producción de un daño sobreviviente del área inherente a la actividad humana, y es que, estadísticamente, los daños se producen de una manera ciega de algún modo, siendo por ello que sería irracional que la sociedad no tomara medidas para proteger a aquellos de sus miembros que queden colocados como víctimas por dicho riesgo social.

La posición del criterio del riesgo creado por su actividad fue adoptada por autores como Léon Duguit, según el cual la responsabilidad de la Administración queda comprendida desde que se aprecia la existencia de un daño imputable a ella³³.

Así es el caso de la responsabilidad causada por las cosas, objetos o bienes muebles o inmuebles, que siendo propiedad del Estado están bajo su guardia, custodia, cuidado o administración; por ejemplo, cuando una dependencia o unidad administrativa de la Administración Pública es competente para llevar a cabo el mantenimiento de las vías públicas, pero se desprende una valla de señalización en virtud de que los tornillos se encontraran en mal estado físico, produciendo daños a un conductor en dicha vía, la ruptura de cables de alta tensión de energía eléctrica sin cumplir las normas de seguridad

³³ Citado por Vázquez, Cristina, “Ámbitos para hacer valer la responsabilidad administrativa: Nacional e Internacional” en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, Espress, México, 2014, p. 353.

al estar más bajos de lo reglamentado que ocasionen daños a los transeúntes, por lo que en el caso el Estado tiene inexorablemente el carácter de guardián de la cosas o garante³⁴.

De lo anterior nació la doctrina y jurisprudencia que dieron origen al principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa, sea desde luego por actividad regular e irregular, o por su actuación lícita o ilícita, así como los supuestos de imputación objetiva definidos por las leyes, aspectos que se estructuraron principalmente a partir de la teoría del riesgo creado del derecho civil³⁵, pero que evolucionaron en la forma indicada.

Sin embargo, ese estado de las cosas comenzó a cambiar, sobre todo, a partir de la Revolución Industrial, durante el siglo XIX; pues desde entonces, el tema de la responsabilidad ha estado sujeto a un constante proceso de evolución caracterizado por tres factores fundamentales:

- i. El predominio de entender a la Responsabilidad como una institución no exclusivamente civil que persigue una función reparatoria o compensatoria³⁶;
- ii. La progresiva y cada vez mayor implantación normativa de criterios objetivos de imputación o establecimiento en las normas de supuestos de responsabilidad objetiva³⁷, donde jurisdiccionalmente sólo se analice la actualización del hecho dañoso como nexo causal, sin que tenga que

³⁴ Cfr. Hernández Mendible, Víctor Rafael, *La evolución jurisprudencial de la responsabilidad de la administración en Venezuela*, en en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. II, México, Espress, 2014, pp. 454 a 460.

³⁵ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*

³⁶ Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *Culpa y Riesgo en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 4, 2000 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pp. 153 a 166.

³⁷ Priest, George L., "Una historia crítica de los fundamentos intelectuales del Derecho Moderno de la Responsabilidad Extracontractual" en Rosenkrantz, Carlos F., *La Responsabilidad Extracontractual*, Yale Law School-Gedisa, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, 2005, pp. 193 a 2011.

realizarse ningún examen subjetivo de culpa o dolo, enfatizando en la existencia de riesgos³⁸; y

iii. La aparición y desarrollo de los seguros de responsabilidad, especialmente a través de normas que imponen la obligación en los responsables de contratar o instituir estos seguros, situación en donde la imposición de la obligación de contratación del medio de aseguramiento opera como causa de imputación objetiva o responsabilidad; rubro que comprende también el establecimiento de fondos públicos para reparar desastres y daños ³⁹ (en contextos de Protección Civil, que deben garantizarse el Estado) situación que parte de la premisa de que, el afectado o víctima, no tiene deber de soportar los daños sufridos y donde la creación del supuesto de *responsabilidad objetiva* sirva para reparar o compensar su situación por causas de la obligación estatal de proteger el patrimonio de los ciudadanos y por motivos de solidaridad entre los ciudadanos.

De esta forma, a partir del siglo XX se han ido incorporando nuevos factores en el proceso evolutivo de la institución de la Responsabilidad, destacando entre ellos, la rápida expansión de los sistemas públicos indemnizatorios, con lo cual estos temas pasaron del Derecho Civil al Administrativo e incluso al Constitucional, como ya se adelantó.

³⁸ Mazeaud Henry León, Mazeaud Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte I, t. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, pp. 235 a 287.

³⁹ Cabe adelantar que estos conceptos en el marco nacional aplicable y vigente, se identifican con el llamado Fondo de Desastres Naturales (FONDEN) que tiene como objetivo atender los efectos de desastres naturales imprevisibles, cuya magnitud supere la capacidad financiera de respuesta de las dependencias y entidades federales, así como de las entidades federativas; por lo tanto, es un complemento de las acciones que deben llevarse a cabo para la atención de desastres naturales para proporcionar suministros de auxilio y asistencia ante situaciones de emergencia y de desastre, para responder de manera inmediata y oportuna a las necesidades urgentes para la protección de la vida y la salud de la población, generadas ante la inminencia o alta probabilidad de que ocurra un fenómeno natural perturbador, y para efectos de indemnización de los daños que se causen, ya sea a través de “compensaciones” o de mecanismos para su reparación.

De acuerdo con las concepciones modernas de la *responsabilidad*, esta se genera básicamente por razones contractuales o extracontractuales.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, si bien es cierto que históricamente fueron reconocidos, primero, los sistemas de reparación de daños causados por dolo o culpa de los agentes o personas ocasionadoras de los deterioros – responsabilidad subjetiva—, no menos cierto lo es, también, que posteriormente surgieron los diversos supuestos de responsabilidad objetiva que se caracterizan porque en estos ya no se realiza el examen del dolo o culpa del agente, sino sólo se comprueba el hecho objetivo generador, particularmente el responsable por la generación o existencia de riesgos y las definiciones legales objetivas, y su relación con el daño ocasionado donde, más que ser el reclamante de la responsabilidad quien tiene las mayores cargas procesales, una vez comprobado el supuesto de responsabilidad objetiva, quien en realidad tendría la obligación de demostrar que los daños fueron reparados o compensados, es el responsable.

Sin embargo, el punto de partida de las modernas concepciones sobre la Responsabilidad Objetiva y Directa del Estado, es el fallo conocido como *Blanco*⁴⁰, de 1873, donde se formuló por el *Tribunal des Conflits* (tribunal de conflictos del Consejo de Estado francés) que: “[...] la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en los servicios públicos no puede quedar regida por los principios establecidos en el Código Civil para

⁴⁰ Para conocer el Caso Blanco, y otras sentencias paradigmáticas del Consejo de Estado Francés, como fueron los casos Pelletier, Prince Napoleón, Cadot, Cames, Compañía Nueva de Gas de Deville Les Rouen, Sociedad Inmobiliaria de Saint-Just, Tomas Grecco, Gomel, Esposo Lemonniere, Laurelle y Delville, Cfr. BURRUEL HUERTA, Leopoldo. *La Responsabilidad del Estado y sus Agentes*. Porrúa, México, 2009, pp. 253 a 285. PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

las relaciones entre particulares; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales, que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados[...]⁴¹.

A partir de dicha sentencia la responsabilidad patrimonial del Estado ha adquirido un estatuto independiente del derecho privado, pues, aunque basado en ciertos aspectos de Derecho Civil, esta se guía por intereses públicos, se trata de la búsqueda entre los intereses públicos y privados que sirven de base a un régimen razonable y coherente de reparación a las víctimas con particularidades propias, cuya construcción se ha estructurado principalmente a través de la jurisprudencia, en donde se supera el régimen tradicional de la responsabilidad por culpa y se avanza a la noción del hecho culpable en donde la actividad del Estado que produce daños que los ciudadanos no tienen obligación de tolerar o soportar, especialmente cuando dicha obligación de tolerancia no estuviera definida por la ley, todo esto importa que el Estado deba responder de dichos daños, reparando o compensando.

Existen posturas de la teoría del riesgo creado que manifiestan que si alguien se beneficia con una actividad riesgosa surge el deber de cargar con el impacto financiero de esas consecuencias dañosas, aspecto que tratándose del Estado, funciona de manera diversa pues normalmente el Estado no se beneficia con sus actividades riesgosas porque las misiones que, con riesgo, se le atribuyen se encuentran concebidas no para beneficio propio, sino para la satisfacción de necesidades públicas, noción derivada del fallo Cames que en 1895 dictó el Consejo de Estado Francés, en donde se consagró el

⁴¹ Valdivia, José Miguel, *La Responsabilidad de la Administración del Estado en Francia* en MARÍN González, Juan Carlos, et al., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa-ITAM. México, 2004, pp. 53 a 105.

régimen de responsabilidad objetiva del Estado por riesgos de trabajo –agentes del Estado expuestos en razón de sus obligaciones funcionarias al contagio de enfermedades, declarándose su derecho a la reparación de los perjuicios que sufra el servidor y su familia, pues la función pública importa un riesgo que debe ser administrado por el Estado, donde la actividad pública constituye un riesgo en sí mismo—.

Básicamente la Responsabilidad Patrimonial del Estado es tanto un Derecho o Garantía Constitucional de los Ciudadanos”⁴², ha sido definida por Álvaro Castro Estrada como una obligación que pesa sobre el Estado de reparar los daños causados con motivo de su actividad pública en términos de las leyes sobre la administración pública, concepto basado en el principio de que todo daño causado por él, debe ser reparado de buena fe, aspecto que, a su vez, se basa en el principio de igualdad ante las cargas públicas —una variante de la igualdad ante la ley— en el sentido de que nadie puede soportar más exacciones o perjuicios de parte del Estado, que aquellos que la ley expresamente señala como obligatorios o lícitamente exigibles por el poder público.

La responsabilidad objetiva, tiene como premisa que la actividad normal de las personas y el empleo —a su vez— que estas hacen de otras personas para concretar ciertos fines (por ejemplo, la relación entre el empleador y los empleados) o de los instrumentos de los cuales han de valerse para la realización de sus tareas, tiene como consecuencia natural la creación de riesgos, entendiendo por esto la contingencia u ocasión próxima de daños⁴³.

⁴² Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional. La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa, México, 2005, pp. 538 a 543.

⁴³ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch y Cía, Barcelona, España, 1950, pp. 378 y ss., revisado y completado por BRUN, André traducción de Cunchillos y Manterola, Santiago.

Así, cuando el riesgo se actualiza, se produce el siniestro, que es la denominación que en Derecho se asigna al daño que resulta como consecuencia directa del riesgo creado, y que representó el primer supuesto de la llamada responsabilidad objetiva; aunque después surgieron otros supuestos de la misma como las imputaciones concretas legalmente predefinidas.

La institución de la responsabilidad objetiva cobró importancia a partir de la Revolución Industrial y ha superado el concepto tradicional de *Responsabilidad*, en tanto que dicho concepto, en su origen y como ya se explicó, estuvo fundado en las nociones de dolo y culpa, y contrariamente, la responsabilidad objetiva se fundamenta, por definición, en [...la creación de una situación de riesgo potencial que podría originar resultados dañosos...] ⁴⁴ aspecto que en la actualidad se extiende a las definiciones legales de imputación, también conocidas como calidad de garante.

En cuanto a la justificación de la responsabilidad objetiva tenemos que según el principio de derecho —recogido principalmente por los artículos 1913 y 1932 del Código Civil Federal⁴⁵— la persona que crea riesgos, será la directamente responsable del siniestro; y esto se debe al principio —surgido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa— conforme a la cual *la causa de la causa es causa de lo*

⁴⁴ Giménez-Candela, Teresa, “Una Perspectiva Histórica de la Responsabilidad Objetiva” en *Roma e America: diritto romano comune*, t. 8, Italia, 1999, pp. 117 a 129.

⁴⁵ Para debida información de este apartado se considera aquí los textos de dichos artículos: “ARTICULO 1,913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos 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.” “ARTICULO 1,932.- Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: I.- Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas; II.- Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; III.- Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; IV.- Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V.- Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; VI.- Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.”

causado, teniendo presente también la importancia que ha tenido la formación del Derecho Público tras la Revolución Francesa y las instituciones posteriores que dieron origen al Derecho Administrativo actual⁴⁶.

Precisamente porque la lógica de la causalidad, directamente relacionada como un supuesto de “culpa” por parte del generador de los riesgos, da lugar a discusiones complejas en donde el debate, por lógica, siempre llegará a los mismos resultados (quien crea riesgos, es culpable de las consecuencias y daños ocasionados por los mismos) es por ello que, en los diversos sistemas normativos, se ha determinado que esas razones de *lógica causal*, surgidas pretorianamente de los exámenes de la responsabilidad subjetiva, se objetivaran a través de las legislaciones; es decir, siendo razonable y lógica la implementación de los supuestos de una *responsabilidad objetiva* por la generación y existencia de riesgos, es que se determinó la institución legislativa de la llamada Teoría de la Responsabilidad Objetiva por Riesgos, también conocida como Teoría del Riesgo Creado⁴⁷.

Es importante destacar que los hechos o situaciones que crean los riesgos y la responsabilidad objetiva, no se producen por la transgresión de normas jurídicas, sino más porque la persona relacionada con la conducta creadora del riesgo, obra dentro de la ley, es decir, actúa lícitamente.

Es por ello que se considera que la responsabilidad objetiva no se deriva, en estos casos, por el incumplimiento de deberes ni por la violación de normas, sino únicamente por la creación o existencia de riesgos imputables a quien los genera

⁴⁶ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Europeo Tras la Revolución Francesa*, 3ª ed., Thompson Reuters- Civitas, Madrid, 2009.

⁴⁷ Mazeaud, Henry. *Lecciones de derecho civil*, Vol. I. Europa América. Buenos Aires, 1959, p. 93.

conforme a las necesidades de las diversas relaciones sociales, y esos riesgos, acaban por ser inevitables; de ahí que resulte razonable que, quien crea el riesgo, deba responder por los daños si estos se causan a terceros, de ahí que quien genera el riesgo, aun obrando lícitamente, deba repararlos o compensarlos (si es que existiera voluntad de la víctima para ello).

La creación de riesgos puede consistir en el empleo de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas —según la descripción del citado artículo 1913 del Código Civil Federal— aunque debe tenerse presente también que los riesgos pueden ser consecuencias derivadas de cosas animadas o inanimadas, como puede serlo un animal, un objeto explosivo, un edificio mal construido, las cloacas o sustancias infectantes, etcétera, casos en los que será responsable el propietario o guardián de dichas cosas, por el simple hecho de serlo, tal como se establece entre los artículos 1929 a 1933 del propio Código Civil.

Una vez aceptada la responsabilidad objetiva por riesgos, fue como se crearon los supuestos de responsabilidad objetiva por imputación directa del legislador democrático.

Un aspecto a considerar, lo es que en el Derecho Ruso, las condenas a reparación de daños no se fundan en el concepto de la culpa, ni en la existencia de conductas o comportamientos “de obra ilícita” sino que se sigue un sistema de *responsabilidad sin culpa*, o mejor dicho, un sistema de responsabilidad objetiva, en donde se atiende más a la producción de los daños que a la culpa⁴⁸; en ese modelo, una persona siempre será responsable de los daños que ocasione a otro, teniendo que

⁴⁸ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Derecho de las Obligaciones*, Cárdenas, México, 1983, p. 215.

demostrar la víctima exclusivamente el daño sufrido y, de modo genérico, la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Ahora bien, con independencia de que el origen de la teoría de la responsabilidad objetiva en México no proviene del Derecho Ruso, cabe comentar que, en el caso específico de los riesgos profesionales regulados por la LFT y la Constitución Federal misma, si se encuentran inspiradas en esta noción, al igual que los artículos 1935 a 1937 del Código Civil Federal⁴⁹, lo que deja en claro que la Teoría de la Responsabilidad Objetiva tiene diversos orígenes y dimensiones, aspecto relevante para la correcta conceptualización del diverso concepto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Objetiva y Directa⁵⁰.

En la responsabilidad objetiva impera la independencia del motivo que generó los daños, con la condición de que el daño se asociada a la actividad de la administración pública.

En este sentido, el daño es el objeto de la responsabilidad Patrimonial como lo sostiene Luis José Béjar Rivera⁵¹.

⁴⁹ El texto de dichos artículos es el siguiente: “ARTÍCULO 1,935.- Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario.— ARTÍCULO 1,936.- Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte.— ARTICULO 1,937.- El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido.”

⁵⁰ Cfr. Mir Puigpelat, Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 256 a 260.

⁵¹ Cfr. Béjar Rivera, Luis José, “El daño como objeto de la responsabilidad patrimonial. Breves consideraciones en torno a la figura en México”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, pp. 377 y ss.

En el caso de la responsabilidad por riesgo y por situaciones de peligro, agrupa tres series de hipótesis claras y distintas: I) los daños que derivan de una cosa peligrosa; II) los daños que derivan de un método practicado o administrado por el Estado, que es peligroso en sí mismo; III) y el daño que sufren tanto los trabajadores como las personas por la realización de los trabajos públicos⁵².

Cabe señalar también que las principales características del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes, se desprenden de los bienes jurídicamente protegidos, los cuales son comunes en todos los sistemas que adoptan este modelo de responsabilidad, como son el francés, el español y el mexicano; dichos bienes jurídicos protegidos son los siguientes:

- i. El *patrimonio de los particulares*, el cual se presume constitucionalmente protegido por el Estado a través del sistema de su responsabilidad patrimonial, en primer lugar y en segundo lugar, por medio de la responsabilidad del agente estatal para reparar el Estado los pagos que éste hubiese hecho si es que actuó con dolo, aspecto que ya no será reclamable por el particular, sino por el Estado al servidor público en su caso.
- ii. El segundo de los bienes jurídicamente protegidos es la *Hacienda Pública*, la cual, para reparar cualquier daño ha creado la responsabilidad administrativa patrimonial, la que es propiamente distinta de la responsabilidad disciplinaria pues es causada por la labor de administrar la Hacienda los bienes del Estado.
- iii. El tercer bien jurídicamente protegido lo es el *orden interno del servicio público*, el cual para mantenerse y recuperar sus alteraciones, ha creado la

⁵² Cfr. Paillet, Michel, *La Responsabilidad Administrativa* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 181 a 193.

responsabilidad disciplinaria por medio de la cual el Estado tras reparar el daño al ciudadano que lo sufra, repercutirá en su caso a través de la responsabilidad.

iv. El cuarto bien jurídicamente protegido es el *orden público*, pues cuando este se altera por la actividad del Estado y ésta resulta imputable a un servidor público, sea en posición de actividad dolosa o en posición de garante, para ello se crea un capítulo especial en la codificación de la responsabilidad penal.

v. El *orden institucional*, cuando es alterado, causa responsabilidad política, y este es el quinto bien jurídicamente protegido.

vi. El sexto bien jurídicamente protegido lo es el *equilibrio entre la relaciones entre el Estado y los ciudadanos*, pues es inequitativo que el Estado afecte negativamente el patrimonio de los ciudadanos en caso que no se encuentren expresamente definidos por la ley.

Como se ha expuesto, en materia de responsabilidad patrimonial oficial, la noción de riesgo creado, se basa en la peligrosidad que presenta en ciertas cosas, actividades, métodos, bienes y en general cualquier aspecto de cualquier naturaleza que deba ser operado por el Estado por definición de la Constitución o la ley, que sea susceptible de provocar daños a los administrados, en donde los ciudadanos solamente no tendrían derecho a la indemnización o compensación correspondiente, cuando por definición de la ley, se encuentren obligados a soportar los daños causados por la actividad pública, aspecto que, reitérese, deberá encontrarse expresa y previamente definido por el legislador democrático.

El Derecho no puede permanecer ajeno ante los avances que, de suyo, ha implicado un desarrollo en los “estándares” de vida y en las formas sociales, su dinámica

debe ir a la par con los cambios y desarrollos de las organizaciones sociales, siendo por esta razón que, en el contexto actual, la concepción de culpa de la responsabilidad patrimonial ya no corresponde a la realidad y menos si se trata de la responsabilidad del Estado, y en su momento correspondió a una etapa de desarrollo histórico que satisfacía las características de su época.

En la evolución actual de la institución, la insuficiencia de la culpa como factor de atribución es notoria pues la realidad social no es la misma que existió bajo la vigencia de aquellos viejos esquemas donde la responsabilidad estatal se estudió a través del dolo y la culpa (Entorno Social); y de ahí que se sostenga que el Derecho no puede permanecer distante a la realidad actual en donde se encuentra reconocida la obligación del Estado de proteger el patrimonio de los ciudadanos y de reparar o compensar los daños que por el Estado se causen a los ciudadanos con motivo de su actividad, siempre que estos no tengan la obligación de soportar por definición del legislador democrático.

Luego entonces, la nueva concepción del Derecho de Responsabilidad del Estado se ha llamado “La Era del Daño”, bajo la premisa de que la actividad del Estado debe practicarse y desarrollarse bajo un principio de no causación dañina, en donde el principio general lo constituye la responsabilidad patrimonial, y esa responsabilidad del Estado se acentúa tratándose de la administración de riesgos, que, por sí solos son potencialmente dañinos, supuesto en el cual el Estado tiene la obligación de evitarlos, y en su caso, de contratar seguros de riesgo como escudo para su responsabilidad innegable, sistema vigente en donde la prioridad no es buscar un culpable para que repare el daño causado por actividad pública y sancionarlo, sino comprender y reparar de inmediato a la víctima por el daño que sufrió a causa de la actividad o inactividad directamente relacionada con el Estado, de ahí que se sostenga que la directriz del

sistema de responsabilidad patrimonial estatal moderno, se constituye por el daño, y de ahí que las interpretaciones actuales deben propender a la unificación de la responsabilidad patrimonial, lo cual implicaría una concepción unitaria del fenómeno resarcitorio, en donde se tenga como presupuesto lógico de que, a un mismo daño debe corresponder una misma indemnización por parte del Estado, independientemente del hecho u omisión pública que hubiese sido el desencadenante, sea éste una violación al deber jurídico de no dañar a partir de actividades públicas lícitas o ilícitas —porque todas deberían producirse procurando la inexistencia de daños— o bien, de un quebrantamiento obligacional proveniente de las leyes⁵³.

En la tradición anglosajona, la responsabilidad *sine delicto* (sin culpa) es parte de la llamada *strict liability*, que admite escasas excepciones, cuya antecedente inmediato es el derecho romano, en el que existía responsabilidad por el mantenimiento de animales salvajes; dicho principio se recogió en gran número de órdenes jurídicos del mundo⁵⁴ aplicándolo a las actividades peligrosas que siendo lícitas y útiles para la sociedad, la responsabilidad por daños surge aunque se hubieran empleado las precauciones debidas para tratar de evitar los accidentes, concepto que se recogió en los accidentes de trabajo de muchos países, y después en el derecho internacional, por ejemplo en materia de responsabilidad de daños nucleares en las Convenciones de París y Viena, mediante un esquema de responsabilidad residual, aplicable al transporte de petróleo, el transporte de materiales radiactivos y el transporte de desechos peligrosos, etc.

⁵³ Cfr. Gil Botero, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Temis, Bogotá, 5ª ed., 2011, pp. 21 a 26.

⁵⁴ Cfr. Barboza, julio, *La responsabilidad Internacional*, http://www.oas.org/%E2%80%A6/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf. pp. 8 y 9, consulta el 18 de julio de 2016.

El profesor Julio Barboza, al tratar el tema de la responsabilidad Internacional hace hincapié en no ignorar el riesgo⁵⁵, en que, para el funcionamiento eficiente de una actividad de riesgo, las indemnizaciones debe basarse en un régimen que tenga en cuenta la dificultades naturales de probar la responsabilidad *sine delicto*, es decir que no sea la culpa sino la causación misma del daño, y que se apliquen criterios flexibles que permitan una distribución equitativa de la carga de riesgo y daño; enfatiza en que cualquier teoría de la responsabilidad que no tome en cuenta el riesgo creado por las tecnologías de nuestro tiempo sería ciega a las realidades más importantes, buscando un equilibrio entre los intereses de quienes llevan cabo las actividades peligrosas, su viabilidad económica, los beneficios que aportan a las sociedades con la imperiosa necesidad de analizar estadísticas de los accidentes, los costos y su distribución equitativa, los seguros y otras consideraciones prácticas, además señala que la práctica internacional y la jurisprudencia de tales casos, insisten en tomar en cuenta las precauciones razonables para evitarlo.

El referido especialista en derecho internacional⁵⁶ propuso en el grupo de trabajo en 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un proyecto de principios resultante de actividades peligrosa en materia de responsabilidad transfronteriza, que se estableciera la obligación de los Estados a adoptar las medidas apropiadas para prevenir un daño o minimizar el riesgo de causarlo, la evaluación de riesgo de las actividades peligrosas, intercambiar información sobre medidas preventivas del daño, la obligación de informar a los sujetos, que pueda resultar

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 17 a 21.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

afectado por la actividad, -de ser el caso- sus riesgos y el daño que se le pueda causar, así como consultar su opinión.

Es indiscutible la necesidad de analizar los principios que rigen a la responsabilidad patrimonial del Estado por inactividad derivada de funciones de carácter riesgoso o por el hecho de ser el encargado del uso, guardia, custodia, mantenimiento y provisión de ciertos bienes o recursos que, por sí mismos constituyen un riesgo para la población, lo que presupone que cada vez que dañe la esfera jurídica de un particular sin que una norma jurídica establezca expresamente que éste debes soportar ese daño, debe repararlo.

No se trata de la causalidad física sino de causalidad presuntiva que el derecho establece a cargo de la persona que ha creado el riesgo. Es suficiente que exista la posibilidad de que el daño pudo racionalmente haberse producido por la cosa peligrosa porque la víctima se encontraba en “zona de riesgo”, para que surja la obligación de reparar el daño sufrido⁵⁷.

En el contexto de este trabajo, es indispensable entender los alcances y los límites de la actuación de las autoridades administrativas, así como los derechos procedimentales y garantías que tienen los gobernados que pudieran ser dañados por la actividad o inactividad estatal.

Hoy en día los operadores jurídicos de la responsabilidad administrativa patrimonial del Estado, especialmente los juzgadores, no cuentan con un conocimiento claro y preciso de la institución antes aludida, en el caso de éstos últimos, concretamente

⁵⁷ Cfr. Galindo Garfías, Ignacio, *Responsabilidad Objetiva. Elementos*; www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/3/jur/jur15.pdf, consulta el 18 de julio de 2016.

cuando se pone a su consideración dentro del ámbito de su competencia las controversias de esa naturaleza, se limitan a ser operarios de la ley, promotores de un “legalismo” absurdo y ancestral, porque no conocen con precisión conceptual ni sustantiva, los principios, reglas y directrices que rige a este tipo de responsabilidad ante los casos de riesgo previsible y prevenible; y a su vez, el afectado frente al aparato gubernamental se encuentra despojado de certeza jurídica para determinar si es legítimo el reclamo al Estado para la reparación de los daños causados con motivo de su actividad cuando lesionen sus bienes y derechos, sin tener la obligación jurídica de soportar ese daño, en pro de un verdadero derecho de los afectados, en ejercicio de una auténtica impartición de justicia material.

Ejemplo de ello es el proceso de reforma constitucional, tras la participación de las Legislaturas de los Estados, el catorce de junio de dos mil dos se publicó en el DOF la reforma constitucional que establece, prácticamente por vez primera, la responsabilidad objetiva y directa del Estado, derivada de los daños que cause con motivo de sus actividades. Esta reforma constitucional quedó consignada en el segundo párrafo del artículo 113, cuyo texto es pertinente volver a transcribir: [“Artículo 113. (...) La responsabilidad del Estado por 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”].

La mencionada reforma publicada en el DOF de 14 de junio de 2002 que entró en vigor el 1° de enero de 2004, que es la que interesa para efectos de este trabajo, instituyó el Derecho Humano Fundamental de Responsabilidad Patrimonial del Estado Objetiva y Directa, tomando como modelo el sistema español de responsabilidad

patrimonial de la Administración⁵⁸, y representa al texto vigente del artículo 109 constitucional.

Así las cosas, en México la responsabilidad patrimonial del Estado con las características que la considera “objetiva y directa” fue recién incorporada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con motivo de la reforma constitucional, publicada en DOF de catorce de junio de dos mil cuatro, que fue cuando se estableció en el orden constitucional el Derecho Fundamental correspondiente mediante la institucionalización de la obligación del Estado de responder “objetiva y directamente” por los daños y perjuicios causados por sus agentes⁵⁹.

Desde la perspectiva de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado objetiva y directa, se considera que la dinámica histórica del marco legal mexicano en materia de responsabilidad patrimonial fue muy parecido a la evolución tanto francesa como española pues, en México, al igual que en Francia y España, el tema se puede dividir en dos etapas, en donde una primera ubica al tema de la responsabilidad del Estado en el Derecho Civil, y la segunda etapa lo coloca en el ámbito del Derecho Administrativo, pero sin desconocer sus orígenes en el Derecho Civil, llegándose a conformar con todo esto una institución propia del Derecho Administrativo en donde el conocimiento cierto de los conceptos de Derecho Civil resultan tanto básicos como relevantes por servir de sustento complementario de valoración indispensable⁶⁰.

⁵⁸Cfr. Mir Puigpelat, Oriol, *El Sistema Español de Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Una Visión Crítica* en Marín González, Juan Carlos. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa- ITAM, México, 2004, pp. 1 a 51.

⁵⁹ Cfr. Fernández Fernández, Vicente, *Responsabilidad Patrimonial del Estado en México e Iberoamérica*. México, Porrúa, 2010, pp. 77 a 87.

⁶⁰ Cfr. Teutli Otero, Guillermo, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Derivada de sus Actos Administrativos*. en *Temas Selectos de Derecho Administrativo en Homenaje a los 40 años del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*. Patiño Manfer, Ruperto, et Al. Porrúa, México, 2011, pp. 211 a 228.

Sin embargo en los sistemas Español y Francés, el sistema de responsabilidad imputable al Estado, tiene como premisa que debe reparar los daños que se ocasionen con motivo de su actividad pública, siempre que los ciudadanos no tengan la obligación de soportarlos, razón por la cual se debe considerar que la condena a la responsabilidad patrimonial del ente público debe ser procedente con motivo de la actividad administrativa, sea regular o irregular, lícita o ilícita, e incluso objetiva y subjetiva, pues lo relevante del nuevo sistema no se centra en el comportamiento subjetivo del Estado ni de sus servidores públicos, sino en la efectiva ocasión de daños con motivo de la actividad de la administración pública, la cual tiene obligación de evitar exacciones ilegítimas al patrimonio de los administrados siempre que estas no se encuentren expresamente previstas en leyes (por ejemplo la exacción tributaria, las exacciones por infracción y multa, o la expropiación mediante indemnización).

La regulación constitucional española en esta materia ha sido inspirada, tanto en sus bases doctrinarias como en su ordenación positiva, por el derecho español, el que al respecto establece: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas de 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 normal o anormal de los servicios públicos”*, por lo que la regulación española, de donde proviene nuestra norma constitucional vigente, prevé con toda claridad la posibilidad de que el daño indemnizable provenga tanto de un funcionamiento normal, como de uno anormal del Estado. Sin embargo, en México tanto el poder

legislativo como el Poder Judicial persiste en no aceptar este modelo de responsabilidad objetiva.

Ante la hipótesis sustentada en el sentido de que la actual y vigente LFRPE o es confusa e imprecisa, en relación con las actividades administrativas de riesgo que son responsabilidad del Estado en ejercicio de sus funciones, dicho ordenamiento se presenta como una barrera que frena el legítimo reclamo de las reparaciones de los daños causados por la inactividad del aparato Estatal, y por ende en detrimento del Estado de Derecho.

De ahí la necesidad de romper paradigmas, de enfrentar las limitaciones teóricas y prácticas en la materia, lo que representa un reto provechoso, puesto que patológicamente es posible prever que ocurrirán -en el porvenir- situaciones u hechos que causen daños a los administrados como consecuencia de la inactividad administrativa por riesgo o actividad administrativa irregular por riesgo creado.

Por ello es conveniente acotar los principios, parámetros, directrices y patrones que deben regir a la responsabilidad patrimonial del estado derivadas de la teoría del riesgo creado, a fin de que dicha institución resulte completamente efectiva para satisfacer las exigencia de un Estado Democrático de Derecho en el que el gobernado o administrado, pero en su calidad de justiciable haga valer sus derechos fundamentales generando condiciones de igualdad de litigio frente al Estado.

El reto consiste en conformar verdaderas instituciones protectoras de los derechos fundamentales de los gobernados, y que las leyes no se conviertan en barreras infranqueables protectoras de quienes detentan el poder, lo que, por sí mismo, constituye un medio efectivo en contra de la impunidad, la corrupción y de la irresponsabilidad de los funcionarios que ejercen el poder público.

José Araujo Juárez⁶¹, señala que la responsabilidad pública por riesgo fue admitida en la jurisprudencia francesa mucha antes que el Derecho privado, dado que ciertas actividades que asume la Administración son peligrosas y causan a veces daños independientemente de toda falta del servicio, casos en los que la víctima no reprocha un comportamiento activo de la Administración, ni esta puede excusarse detrás del exacto cumplimiento de sus funciones públicas, por lo que es suficiente el daño sea la consecuencia de un riesgo o rompa la igualdad de todas las cargas públicas.

Los criterios jurisprudenciales de la responsabilidad por riesgo son en el sentido de que existen cosas o actividades peligrosas que realiza la Administración o de situaciones en las cuales las personas corren peligros inminentes, como la explosión de depósitos de municiones que afecten a civiles, excediendo los límites que resultan de la vecindad (fallo *Regnault-Desrozières*⁶²).

De ese fallo surgió el denominado “riesgo especial”, derivado de actividades peligrosas y riesgosas, en las que no es necesario probar la existencia de una falta, aplicable para el empleo de cosas peligrosas como las armas, actividades peligrosas como los operativos de vigilancia policial y los accidentes ocasionales u permanentes de las obras públicas⁶³, en los que únicamente se exige la existencia del daño y su vínculo con el riesgo en causa, pero no se exige acreditar la actividad irregular del Estado.

Es importante señalar que para el mencionado tratadista, es necesario añadir una cuarta hipótesis en el riesgo especial, al referirse al riesgo social (por estallidos sociales, saqueos, violencia urbana), sin embargo estimo que ese supuesto es

⁶¹ Araujo Juárez, José, “El Derecho de la Responsabilidad Pública o del Estado. Antecedente. Principios Generales y Consolidación” en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, p. 43.

⁶² Cfr. Araujo Juárez, José, *Ibidem*, p. 44

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 45. Nota: El mismo autor cita los fallos correspondientes del Consejo de Estado Francés.

substancialmente distinto a la responsabilidad por riesgo creado o actividades riesgosas, que son el objeto del presente trabajo, por las diferencias importantes que tiene en virtud de que en el riesgo social existe un tercero debidamente identificado causante del daño y, en el riesgo especial, no siempre existe un sujeto causante del daño, puede derivar de la propia naturaleza de las cosas peligrosas o actividades estatales que implican un riesgo potencial, cognicible, a veces prevenible en ocasiones no.

Por su parte, el Colombiano José Luis Benavides, también se abocó a explicar el riesgo especial⁶⁴ y lo hizo en una categoría específica de éste que la doctrina denomina “Daños por riesgo excepcional”, según la cual la Administración ha creado la situación de riesgo, cuyo control, por naturaleza, como ocurre con todo riesgo, no podría asegurar, ha de responder por los resultados nocivos no queridos que se produzcan, y realiza una crítica a la teoría clásica que sostuvo *Saleilles* a finales del siglo XIX, en cuanto base de la premisa de que el Estado saca provecho de una actividad riesgosa, al estimar que en derecho público el fundamento de la responsabilidad por riesgo adquiere otra dimensión, porque no es el Estado el que se beneficia, sino es la colectividad la que en realidad obtiene el beneficio, refiere que la argumentación sobre la cual debe basarse es el riesgo en sí mismo, y ejemplo de ello fue el fallo del Consejo de Estado Francés en los años 80s del siglo pasado, citado por dicho tratadista en su obra, conforme al cual si el riesgo llega a realizarse y se causa el daño, sin culpa de la víctima, el Estado debe reparar el daño, así haya habido falta o falla del servicio, en un caso de accidente por

⁶⁴ Cfr. Benavides, José Luis, “Responsabilidad Extracontractual del Estado por Daño Especial” en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *et. al*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, pp. 51 a 84.

conducción de energía eléctrica, en el que varios semovientes murieron por la ruptura de un cable de alta tensión que pasada por encima del predio por donde pasaban.

En este sentido, no se tomó en cuenta el carácter fortuito o de fuerza mayor, como eximentes de la responsabilidad, sino únicamente la excepción de culpa inexcusable de la víctima; considero que el riesgo fue ocasionado por el Estado quien colocó el cable de alta tensión, puesto que no se trata de un fenómeno de la naturaleza o un acto incardinable e imprevisible, como lo es, cuando un rayo mata a un sujeto.

Así, evidentemente existen actividades de riesgo estatales, esto es, aquellas en las que el Estado genera el riesgo (siempre y cuando no participan propiamente los fenómenos naturales imprevisibles como las catástrofes terremotos, maremotos, entre otros), y por lo tanto no deben considerarse tales como actualizaciones de las hipótesis de caso fortuito o de fuerza mayor.

Cuando un particular es dañado o lesionado como consecuencia de un riesgo imputable al Estado, es evidente que excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartidas de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio o de cualquier otra función administrativa. Este tipo de riesgo excepcional aplica para los daños originados en accidentes de tránsito⁶⁵.

Es importante aclarar que este tipo de responsabilidad siempre debe ser atribuible al Estado, esto es que el objeto riesgoso pertenezca al Estado o esté bajo su guarda, esto es se requiere acreditar el vínculo entre el objeto o la actividad peligrosa y

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 75 y 76.

la administración por parte del Estado. Si la responsabilidad no se puede imputar al Estado en consecuencia el juzgador debe absolverlo.

El tratadista Juan Carlos Cassange, no está de acuerdo con la concepción de riesgo excepcional –cuando la actividad de la Administración crea un peligro especial y elevado—, al señalar que si bien es cierto se abandonó la teoría civilista por la responsabilidad por riesgo creado, al extender el riesgo propio del vicio de la cosas al derivado de la propia actividad riesgosa (en cuanto a la responsabilidad por el uso de explosivos y obras peligrosas como la conducción de agua y de electricidad que ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés), por estimar que resulta totalmente inaplicable al derecho público porque el Estado no está en condiciones de asegurar todos los perjuicios que genera su funcionamiento normal⁶⁶, apelando a un límite, sin perjuicio del alcance de la reparación y que éste se encuentra en la falta de servicio, es decir, que se deban tomar en consideración las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos, así como los denominados “estándares” de la responsabilidad que los jueces deben tener en cuenta para establecer la responsabilidad, es decir las circunstancias inherente a la naturaleza de los deberes de la Administración y las posibilidades concreta que hacen al incumplimiento irregular de la obligaciones que la Constitución, las normas legales y reglamentarias imponen a los agentes públicos.

El tratadista persiste en la idea, de que el Estado es distinto a cualquier persona jurídica privada, que su principal función es el bien común y su actividad implica satisfacer necesidades públicas y que asume riesgos prácticamente infinitos⁶⁷, por lo que

⁶⁶ Cassange, Juan Carlos, *Los factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado* en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, p. 102 y 103.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 103.

la concepción de falta de servicio desplaza la teoría del riesgo como a la teoría del riesgo-provecho, porque no resulta justo salvar del naufragio económico a unos y se hundan los demás ciudadanos, de ahí que, señala, es excepcional la aplicación de las reglas que sustenta la jurisprudencia francesa, a supuestos muy particularizados (como lo son las actividades riesgosas) con fundamento en la equidad y el sacrificio especial.

Cassange señala que la teoría de riesgo en España, ha tenido recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país, al aplicar el artículo 1113 del Código Civil -similar al contenido del artículo 1913 de nuestro Código Civil Mexicano— no en forma directa sino por analogía, adaptándose a los fines y características de la responsabilidad administrativa⁶⁸, citando la obra de Pablo E. Perrino⁶⁹.

Sin embargo, consideró que cuando el tratadista español sostiene que el Estado asume riesgos infinitos que provocan su actuación normal pero posteriormente señala que la jurisprudencia francesa, en cuanto a los criterios de la teoría de riesgo, resulta de aplicación excepcional, se cae en una contradicción. Considero que en la medida que el riesgo es excepcional, las responsabilidades serán excepcionales cuando se lleva cabo el estudio de los alcances del riesgo, las leyes establezcan las obligaciones de debida diligencia y cuidado razonable, con lo que se impide el abuso de la institución.

Carlos E. Delpiazzo, destaca el pensamiento de Eduardo García de Enterría, cuando afirmaba la insensibilidad general sobre la responsabilidad patrimonial del Estado consistente en que: *“Las pretensiones de indemnización suele naufragar, como sabe cualquier práctico del Derecho, en el riesgo insólito que los jueces exigen para la prueba*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁶⁹ Cfr. Perrino, Pablo E., *La responsabilidad del Estado ocasionado por el riesgo o vicios de las cosas* en *Estudios de Derecho Administrativo* XII, Diké, Mendoza, 2005, pp. 183 a 185, citado en Cassange, Juan Carlos, *Los factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado* en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, p. 111.

de la causalidad del daño y, finalmente y de manera especial, de su extensión concreta y en la virtual negación de las indemnizaciones alzadas o estimadas, que son, no obstante, las procedentes quizá en la mayor parte de los casos”, reconociendo tres tipos causales de imputación –además de la realización directa y legítima del daño por la Administración y la actuación ilícita de ésta—, siendo el que nos importa los casos de riesgo creado por la Administración, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado del riesgo a que la Administración a sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos, caso en el cual estimó que podría existir una verdadera imputación de una responsabilidad objetiva⁷⁰.

También existen diversos ordenamientos legales que contuvieron algunos supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo creado, como la LRCDN; la LFT, en lo relativo a riesgos de trabajo; la LAD, con relación al extravío de bienes depositados en recintos fiscales, y el propio CCF, en lo que se refiere a riesgos profesionales y utilización de objetos peligrosos; y la LVGC que previó una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva originada por daños causados por la operación de una aeronave, y si bien la parte conducente de dicho ordenamiento fue derogada por la LAC de 1995, esta última recogió las disposiciones contenidas en la LVGC, en materia de responsabilidad objetiva.

Dichas legislaciones hasta la fecha establecen sus propias reglas, sin embargo no existen parámetros y directrices generales, aún y cuando se refieren a actividades

⁷⁰ Cfr. Delpiazzo, Carlos E, “Interdicción de la Irresponsabilidad Administrativa en el Estado Constitucional de Derecho” en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et. al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, pp. 198 y 199. Cfr. García de Enterría, Eduardo. Prólogo a Oriol Mir Puigpelatomo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1970, pp. XXI y ss.

riesgosas previsibles, esto es, a hipótesis claras de riesgo creado de carácter excepcional.

También existen casos de riesgos económicos o financieros, esto es, cuando el Estado asume actividades de control e inversión de capitales o cuando es responsable de la regulación en materia financiera, por tanto su posición o calidad de garante es claramente activa para prevenir riesgos y llevar a cabo las medidas razonables de diligencia y cuidado.

Por esas razones, es necesario reflexionar y analizar a mayor profundidad para establecer directrices y parámetros concretos de la responsabilidad por riesgo creado y llevar a cabo una aproximación en la definición de criterios para resolver el problema de la imprecisión e incertidumbre con que se enfrentan los operadores jurídicos, sobre todos los juzgadores, al resolver los asuntos relacionados con responsabilidad patrimonial del estado por actividad riesgosa o causados por bienes peligrosos bajo la tutela del Estado.

IV. PARÁMETROS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA APLICABLE EN ACTIVIDADES DE RIESGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONFRONTACIÓN DEL MODELO CIVILISTA Y LOS CRITERIOS INTERNACIONALES.

En términos generales, la responsabilidad es fuente de la obligación de reparar los daños ocasionados, y su estudio jurisdiccional, como ya se anticipó, debe comenzarse por el escudriñamiento de los motivos extracontractuales (basados principalmente en la creación de riesgos) o dicho de otra forma, debe analizarse primero si existen razones para objetivar el daño; y sólo si fueran inexistentes los supuestos legales de responsabilidad objetiva, tras la declaratoria correspondiente, hasta entonces sería válido pasar —con posterioridad— al estudio del comportamiento o conducta del agente dañoso, por dolo o culpa, y de manera especial, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en los términos que se hayan pactado o en su defecto en los términos legales, aspectos, todos los anteriores, que constituyen el principio o concepto básico de la responsabilidad⁷¹.

Este método, es en principio, el que se debe observar, sin embargo conviene adelantar que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, esto no opera de tal forma, aunque a final de cuentas esta noción sí es importante porque, si existen supuestos especiales en las leyes, estos deben ser preferidos al estudio genérico de la responsabilidad patrimonial a partir del examen de la LFRPE, la cual sólo adquiere aplicación cuando no existan supuestos privilegiados o especiales para responsabilizar al ente público.

⁷¹ Cfr. Bielsa, Rafael. *Responsabilidad del Estado como Poder Administrador*, t. 43 en *Jurisprudencia Argentina*, 1933, p. 416.

Todo lo anterior implica considerar que el concepto jurídico de *Responsabilidad* implica *imputación*, donde la primera constituye una categoría común a la práctica en la totalidad de los órdenes jurídicos, de manera que se reconocen así las responsabilidades civil, penal, administrativa, fiscal, asociativa, social, restitutoria e incluso política, cuyos elementos que dan lugar a la obligación de indemnizar se centran:

- i. En una conducta activa u omisiva de la persona a quien se reclama la omisión o el establecimiento de un criterio de imputación (riesgo, beneficio, calidad de garante, etcétera);
- ii) En la existencia de un *daño injusto* que lesione un derecho tutelable —debiendo entenderse por daño injusto aquel que la víctima no tenga el deber de soportar—; y
- iii) La existencia de una relación causal entre el daño y la conducta o criterio dañosos.

Como se ha expuesto, el concepto de responsabilidad surgió en el Derecho Civil, pero su evolución histórica y su asociación al Estado, lo ha incorporado, tanto al Derecho Administrativo como al Constitucional, hasta erigirse en la actualidad como un verdadero derecho humano fundamental de orden constitucional e incluso internacional.

Lo cual tiene mayor relevancia cuando, existe una forma especial la responsabilidad, esto es, por riesgos derivados del manejo y administración del Estado Federal de bienes y recursos.

De acuerdo con la teoría civilista, los daños sufridos por el quejoso representan típicos motivos de Responsabilidad Objetiva y Directa del Estado por encontrarse inmediatamente relacionados con actividad pública —legalmente instituida y definida—, especialmente, con la actividad del Estado Federal como administrador de los recursos

(bienes federales) siendo por todo que ese tipo de hipótesis debe analizarse desde la perspectiva de la administración de riesgos que debe manejar el Estado y que, en caso de generarse siniestros por dichos riesgos, esos daños deberán ser considerados objetiva y directamente imputables al Estado mediante la llamada “Teoría de la Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública”.

El sistema civilista de la responsabilidad objetiva deviene de los artículos 1913 y 1932 del CCF⁷². La teoría del riesgo creado desde la perspectiva civilista -reconocida en los Códigos Civiles del Siglo pasado— indica que aquél que hace uso de cosas peligrosas debe reparar los daños que cause, aun cuando haya precedido de manera lícita, por lo que se trata de una fuente de obligaciones extracontractual que por el hecho de causar el daño, pero al tratarse del propietario, usufructuario, el arrendatario o el usuario en general, debe reparar el daño causado porque existen actividades o cosas que por su naturaleza peligrosa, inflamable, explosiva o devastadora; se conforma de tres elementos, el uso de cosas peligrosas o el ejercicio de actividades de esa naturaleza, la realización del daño y el nexo causal entre el hecho y el daño.

Se parte de la idea de que quien es propietario o responsable de bienes o actividades de esa naturaleza, crea un riesgo y lucra con esa actividad riesgosa, y ha tomado la decisión de asumirlo, por lo que a pesar de que la actividad o conducta fue

⁷² “Artículo 1,913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la 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.” “Artículo 1,932.- Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: I.- Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de sustancias explosivas; II.- Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; III.- Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; IV.- Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V.- Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; VI.- Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.”

realizada con el mayor cuidado y perfección posible debe reparar el daño. Sin embargo consideró —a partir de todas las reflexiones que preceden en los capítulos anteriores— que la teoría civilista no puede aplicarse al Derecho Administrativo, en cuanto a la responsabilidad Patrimonial del Estado, porque, como se ha visto, el Estado no lucra con su actividad o al asumir su posición garante respecto de los bienes que son de su propiedad y que tienen naturaleza peligrosa.

De aplicar la teoría del riesgo creado en materia civil, los parámetros de diligencia y cuidado no liberarían de responsabilidad al Estado en actividades riesgosas o peligrosas, sin embargo consideró que éstos parámetros al igual que la negligencia de la víctima (no culpa exclusiva de ésta), podrían reducir el grado de responsabilidad, esto es, podrían considerarse para efectos de reducir la indemnización en caso de que no sea posible la reparación material del daño.

Lo cual cobra sentido en la medida que la responsabilidad objetiva pretende reparar el daño ocasionado, sin apoyarse en el análisis subjetivo de la conducta del sujeto causante del daño, sino con sustento en elementos objetivos inherentes a la naturaleza de las cosas o de la actividad, así como los alcances normativos de la posición garante del Estado.

Dicho de otra manera, nuestro sistema jurídico debe definir qué actividades y qué cosas son peligrosas, hasta qué medida el Estado es responsable de realizar acciones preventivas, razonables con el riesgo que asume, fijando las atribuciones o funciones, y se establezcan los parámetros mínimos de diligencia y cuidado; cuando existe tal definición y existe un daño causado por cosas o actividades peligrosas, entonces el operador jurídico cuenta con elementos precisos de estudio, análisis y valoración de la responsabilidad de la Administración Pública y no se pierde en criterios

judiciales ambiguos o conceptos jurídicos indeterminados que nuestros Tribunales han generado, al tratar de explicar y definir en qué consiste la “actividad administrativa irregular”.

Para realizar una interpretación correcta y directa del artículo 113, párrafo segundo, de la CPEUM, estimo que se debe realizar una precisión de diversos conceptos previos, como son la “Responsabilidad” como concepto jurídico fundamental, en donde surgió - evolución histórica- y concretamente la responsabilidad extracontractual (riesgo creado) en el marco jurídico, la responsabilidad objetiva y subjetiva (su justificación). Posible incongruencia: En caso de considerarse que el Estado sólo responde por daños generados por su actividad ilegal, habría que estimar entonces que el artículo 113, segundo párrafo, constitucional –actualmente último párrafo del artículo 109 de la CPEUM—, es incongruente y totalmente contradictorio consigo mismo.

En ese tenor de ideas, es posible que los artículos 1, 3, 18 y 22 de la LFRPE sean opuestos al sistema de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa, en virtud de que de acuerdo con el párrafo segundo, del artículo 1º, de la LFRPE, se considera en su segundo párrafo que la actividad administrativa irregular consiste en: [“...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...”]; y existen excepciones genéricas lejanas al contexto de la responsabilidad por riesgo creado por las actividades o cosas de las que el Estado es sujeto activo o titular.

Es cierto que la actividad administrativa no tiene el propósito de causar daños a los particulares, pero puede estar sujeta a parámetros⁷³ promedio de funcionamiento de la actividad porque el afectado no está obligado a aceptar el daño por éstas, de ahí que el artículo 3º fracción I de la Ley de Responsabilidad Patrimonial en el Distrito Federal –hoy Ciudad de México-, no resulte acertado para comprender el concepto de “actividad irregular” en toda la actividad administrativa estatal, porque tratándose de actividades riesgosas, no es suficiente que el Estado haya cumplido un protocolo promedio aceptado del funcionamiento, sino de los datos relevantes e imprescindibles para lograr evaluar o valorar una determinada situación y ulteriormente entonces podría llevarse a cabo la labor de ubicar la actividad dentro de un rango aceptable, razonable proporcional de una actuación.

En consecuencia, si no se definen cuáles son los parámetros –mal llamados estándares- se corre el riesgo de que los juzgadores continúen resolviendo sin criterios definidos.

Al respecto, se tiene presente que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en las jurisprudencias P./J. 42/2008 y P./J. 48/2008, esclareció las diferencias entre responsabilidad subjetiva y objetiva, concluyendo que una actividad irregular son los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia

⁷³ Estimo apropiada la palabra, por cuanto “parámetro” se refiere de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, como el dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación, más no el término estándar que significa tipo, modelo, patrón, nivel y por tanto que corresponde a una deformación del lenguaje, al derivar del inglés *standard* y este a su vez del anglo-normando *estaundart* que se refiere a un proceso, protocolo o técnica utilizada para hacer algo concreto. Cfr. <http://dle.rae.es/?w=par%C3%A1metro#/?id=Rrl8oAZ>, consultada 24 de agosto de 2016.

administración⁷⁴; por lo que se deja en manos de la propia Administración que sea la que defina cuando actuó en condiciones “normativas” o dentro de sus “parámetros”.

Posteriormente, la Segunda Sala de la SCJN, en el año de 2014, emitió el criterio jurisprudencial 2a./J. 99/2014 (10a.)⁷⁵:

La SCJN señaló que la intención expresa del Poder Revisor de la Constitución en el artículo 113 Constitucional fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su "actividad administrativa irregular", y que si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse en virtud de la ley reglamentaria u otras

⁷⁴ Cfr. Tesis aislada sin número, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, pp. 719 y 722: “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA” y “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

⁷⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, t. I, p. 297. “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EXCLUYE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGULAR O LÍCITA DE LOS ENTES ESTATALES. De la razón legislativa que dio lugar a la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, se advierte que la intención expresa del Poder Revisor de la Constitución fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su "actividad administrativa irregular"; ahora, si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional. De ahí que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado excluye los casos donde el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública. Tesis de jurisprudencia 99/2014 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de septiembre de 2014. Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 242/2016 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 4 de julio de 2016. Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 8 de diciembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.”

normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional.

De ahí que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado excluye los casos donde el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública.

Estimo que esa interpretación es limitada al soslayar no solo la responsabilidad por actividad riesgosa o riesgo creado excepcional sino además el principio *pro personae*, que en múltiples ocasiones la SCJN ha sostenido, en correlación con las últimas reflexiones constitucionales y a la luz de los fallos de la CIDH.

Porque la CIDH, al explicar el alcance de este principio, en relación con las restricciones de los derechos humanos que la constitución de un país puede establecer, expresó que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Así, cuando esa regla se manifiesta mediante la preferencia interpretativa extensiva, implica que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, debe optarse por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Bajo este contexto, resulta procedente que, a la luz del principio *pro personae*, se aplican normas de naturaleza y finalidad homogéneas o idénticas, que tutelan derechos humanos (reparación del daño), pues su contenido no conlleva oposición alguna en materia de derechos fundamentales, de modo que el juzgador debe interpretar aplicando el mayor beneficio para la persona.

Así las cosas, el último párrafo del artículo 109 Constitucional restringe la responsabilidad patrimonial del Estado a la actividad administrativa irregular, y la SCJN

interpretó dicho concepto, sin embargo incumple lo dispuesto por los artículos 5.1 21.1, 21.2. y 63.1 de la Convención América sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁷⁶.

Preceptos convencionales a partir de los cuales la CIDH ha reconocido que los daños materiales, psicológicos y morales, al proyecto de vida y al patrimonio de la familia deben ser reparados de manera integral.

La experiencia internacional ha demostrado que la preocupación por el tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado ha rebasado los límites internos de cada país⁷⁷, para convertirse, no sólo en un problema de responsabilidad frente a los particulares, sino también ante los demás Estados, habida cuenta del principio internacional que proclama que dada la igualdad jurídica de los Estados, sería injusto que un Estado o sus nacionales no respondieran por los actos legítimos o ilegítimos que han causado un daño a otro estado o a sus ciudadanos⁷⁸.

En múltiples sesiones celebradas por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, en las cuales la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido el foco de atención, ha sido incesante la inquietud por definir los conceptos

⁷⁶ “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.” “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.” “Artículo 63.- [...] 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho 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. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

⁷⁷ Cfr. Díaz, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y Contaminación. Aspectos Jurídicos*, Porrúa, 1982, p. 136.

⁷⁸ Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial... op. cit.*, pp. 32 a 41.

fundamentales como los relativos al “daño”, “reparación”, “indemnización” y “responsabilidad”.

Según el tratadista de derecho administrativo argentino Miguel Marienhoff, la noción de responsabilidad en el derecho internacional es relativamente nueva, dicha expresión aparece en las últimas décadas del siglo XIX, y antes de ello, para la reparación de los daños se seguían otros criterios; según dicho autor, los principios vigentes del derecho internacional a los que debe recurrirse para solucionar los aspectos relacionados con la responsabilidad del Estado en ese ámbito y con los medios para hacerla efectiva⁷⁹; y en el caso específico de México, la reforma que introdujo el párrafo segundo al multicitado artículo 113 Constitucional, tomó en cuenta los esfuerzos que en el ámbito internacional se llevaron a cabo, siendo dicha fuente uno de los motivos para la pronta adopción de la teoría interna y coherente sobre la responsabilidad patrimonial del Estado que le permitiera tomar una postura propia, primero, frente a sus nacionales, y enseguida, frente a los demás países de la comunidad internacional considerando los estándares definidos por las Naciones Unidas.

De especial consideración son los conceptos contenidos en el informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en su 47º período de sesiones, celebrado en el año de 1995; en dicho documento se consideró que ante lo inorgánico del sistema jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, se pretendió sistematizar esta materia sometiéndola a reglas concretas, en la actualidad la

⁷⁹ Cfr. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo* t. IV, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 748 a 749.

Organización de las Naciones Unidas se encuentra en preparación de un código sobre dicha materia.⁸⁰

En la sesión de la mencionada Comisión de derecho internacional correspondiente al año 1978, en su periodo 30° se incluyó un programa de trabajo con el tema: “RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL”, en donde quedó en claro que el Estado debe responder cuando cause daños con motivo de su actividad pública independientemente de que la misma sea lícita o ilícita, ya sea en términos del derecho doméstico o incluso en términos del derecho internacional, es decir, la responsabilidad no surge porque los Estados incurran en conductas prohibidas en términos internacionales, sino que su responsabilidad será exigible siempre que se produzcan daños con motivo de su actividad, independientemente de que sea lícita o ilícita, e incluso aunque se trate de comportamientos permitidos o prohibidos; basta que se cause un daño que los nacionales o los estados no tengan el deber de soportar para que el Estado que lo ocasionó deba repararlo.

Por otra parte, en los periodos de sesiones 32° y 36° la Comisión recibió y examinó cinco informes del relator especial que tuvieron por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema; así en el año de 1992, durante el periodo 44° de sesiones de la Comisión celebrado en 1995, se presentó el 11° informe del relator especial en donde se consideró que bastaba el daño como condición necesaria de cualquier responsabilidad e indemnización posible por parte del Estado; en el propio

⁸⁰ Cfr. Castro Estrada, Álvaro. “*Responsabilidad Patrimonial...*, op. cit., p. 35.

informe se refirió al creciente reconocimiento de la importancia del medio ambiente desde el punto de vista de su valor económico, su valor para la salud y su valor no material para la civilización humana; a partir de ese momento muchas convenciones de responsabilidad civil comenzaron a dejar de lado ciertas formas de reparación como la *naturalis restitutio* centrándose en un intercambio de esos conceptos por indemnizaciones monetarias; es decir, la tendencia comenzó a considerar que la reparación patrimonial de las actividades del Estado debe traducirse en indemnizaciones crematísticas. De esta forma se produjo una propuesta de texto para la definición de “daño” integrando en dicho concepto la muerte, las lesiones corporales o el perjuicio la salud o integridad física de las personas, el perjuicio causado a los bienes patrimoniales, así como el lucro cesante y el daño al medio ambiente⁸¹.

El análisis sistemático de las reglas y principios de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional es relativamente reciente, ya que si bien, en esta materia ya se habían introducido algunos lineamientos, generalmente consuetudinarios, 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 las reparaciones necesarias, ya sea por conducto de represalias que podía llegar hasta la Guerra y con motivo de las llamadas “reparaciones de guerra”, o bien en situaciones individuales, por conducto de la protección diplomática de los estados en beneficio indirecto de sus naciones, cuando hubiesen sufrido afectaciones en sus bienes o en sus personas.

⁸¹ Cfr. Castro Estrada, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, op. cit., p. 35.

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. Lo anterior produjo numerosas injusticias debido al uso frecuente de la fuerza por parte de los estados poderosos en contra de los más débiles.

Un ejemplo claro de este reclamo se presentó en México en el año de mil ochocientos treinta y seis, cuando mediante la intervención francesa se reclamaron daños y perjuicios sufridos por ciudadanos franceses con motivo de las numerosas ocasiones que se producían especialmente en la Ciudad de México.

Otro ejemplo se presentó en el año de mil ochocientos sesenta y dos, 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 connacionales, y que si bien se pudo llegar a un arreglo con dos de esas naciones, las que finalmente 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 el territorio nacional e imponer al gobierno imperial de Maximiliano de Habsburgo.

Situación similar se produjo alrededor de mil novecientos veinte con las reclamaciones de los Estados Unidos de Norteamérica y algunos países europeos, fundadas en los daños sufridos por sus naciones con motivo de la Revolución Mexicana iniciada en mil novecientos diez, y que motivaron la creación de varias comisiones

especiales de reclamaciones entre los años de mil novecientos veintitrés a mil novecientos cuarenta y uno⁸².

Durante el siglo XIX se utilizaron con frecuencia los árbitros internacionales para decidir los conflictos entre los Estados, y en general los resultados no fueron muy favorables para los estados latinoamericanos, ya que generalmente —y de forma predominante— se acudía a la decisión de los gobernantes europeos.

En la primera convención de La Haya de 1907, para institucionalizar los conflictos entre los Estados por conducto de la Corte Permanente de Arbitraje, se pretendió establecer un mecanismo internacional de reparación de daños sufridos por personas con motivo de los actos de Estado, pero la realidad fue que dicha corte de arbitraje no fue constituida como un verdadero tribunal y tampoco era permanente (a pesar de su denominación). En aquella ocasión por primera vez se estableció una Secretaría que residía en dicha ciudad de La Haya, y el organismo se integró por un conjunto de árbitros propuestos por los Estados partes y designados por la mencionada Corte al presentarse conflictos por daños patrimoniales ocasionados por los Estados miembros en agravio de las personas.

Este órgano de arbitraje existe actualmente y ha resuelto con éxito varios reclamos de responsabilidad patrimonial en contexto internacional⁸³.

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 discutieron los problemas de los estados partes, con un Consejo Permanente y una Asamblea que se reunían una vez por

⁸² Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 1997, pp. 140 a 146, 1ª ed., anterior a la referenciada.

⁸³ Cfr. Rossene, Shabati, *La Corte Internacional. Que es y cómo funciona*, Publicaciones de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1997, pp. 8 a 12.

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 fue suscrito en el mes de diciembre de 1920 y entró en vigor al año siguiente, por lo que dicho organismo jurisdiccional inició sus actividades en la ciudad de La Haya y desarrolló una actividad significativa, no obstante la inestabilidad de esos años (ya que entre 1922 y 1939 se inició la segunda contienda mundial); de esta forma, se plantearon ante dicha corte 66 casos, 38 fueron contenciosos y 11 fueron opiniones consultivas, respecto de los cuales dictó 33 fallos y 27 opiniones consultivas, todos los cuales sirvieron para sentar las primeras bases para establecer la responsabilidad patrimonial de los Estados en el ámbito internacional⁸⁴.

El paso definitivo hacia la institucionalización de la resolución de los conflictos internacionales y de la responsabilidad de los Estados por ocasión de daños patrimoniales, se produjo con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, en cuyos artículos 92 a 96 establecieron la Corte Internacional de Justicia, en sustitución del anterior Corte Permanente; dicha Corte Internacional ha tenido un papel importante en la solución de numerosos conflictos de carácter internacional, particularmente en el ámbito de la responsabilidad del Estado por daños patrimoniales causados a las naciones y ciudadanos, 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 se han establecido principios

⁸⁴ Cfr. Rossene, Shabati, *op. cit.* pp. 15 a 20.

y reglas importantes sobre responsabilidad internacional de los Estados, y obligaciones de reparación de daños, que se han tornado como modelo.

Por lo que respecta a la doctrina del Derecho Internacional, si bien ya habían sido analizados algunos principios que se ven incorporados en la jurisprudencia y costumbre internacionales en materia de reparación de daños, fue Hans Kelsen quien destacó los lineamientos teóricos que fundamentaban la responsabilidad del Estado en varios estudios⁸⁵, quien señaló que la violación de las normas internacionales en agravio de los individuos debía traducirse en una sanción que se concretaba en la responsabilidad del Estado, pero tenía carácter colectivo en virtud de la individualización de la sanción que se hacía efectiva en contra de los miembros de la comunidad jurídica estatal por el incumplimiento de las obligaciones internacionales, relativas al funcionamiento adecuado de los órganos del Estado.

De este modo, 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 se encuentra relacionado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde se ha considerado que toda violación a estos siempre debe ser reparada por los Estados que los violen, siendo la norma básica para generar esa obligación reparadora el principio del *ius cogens*, de acuerdo con el cual si un Estado incurre en una violación o en incumplimiento de una obligación que pactó y se obligó a cumplir frente a la comunidad internacional, surge entonces la obligación de

⁸⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *El Derecho de las Naciones Unidas*. Berkley University, 1965.

reparar ese hecho ilícito internacional; principio sencillo del cual se derivan consecuencias complejas, que se deben tanto a la índole de las infracciones del Derecho Internacional, como a la naturaleza de las reparaciones que deben realizarse no sólo a los sujetos de derecho internacional que la solicitan y a los órganos supranacionales con competencias para exigirlos, sino también las reparaciones que deben hacer los Estados en el patrimonio de las personas que sufren daños por incumplimiento a dichas infracciones o ilícitos definidos en los pactos internacionales.

El artículo primero del proyecto 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 mencionado al disponer: *“Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.”*

En el ámbito universal, tanto la citada Carta de las Naciones Unidas, como un elevado número de tratados multilaterales, han establecido numerosos organismos que se encargan de supervisar a los Estados miembros con el objeto de prevenir violaciones o incumplimiento de obligaciones internacionales, bien, en caso de que éstas no hayan podido evitarse, se procura actuar en el ámbito diplomático internacional para lograr la reparación de los daños producidos por la conducta internacionalmente ilícita de los propios Estados, siendo el caso más importante y frecuente, la gestión internacional para las reparaciones patrimoniales sufridas por los individuos con motivo de las actividades de los Estados; de hecho, las nociones modernas de la responsabilidad patrimonial del Estado, con las características de ser objetivas y directas, en donde el daño deba ser reparado por el solo hecho de que la víctima no tiene la obligación de soportarlo, siempre que provenga de la actividad estatal, ya sea lícita o ilícita, es una noción que surge

precisamente en el derecho internacional y en las obligaciones internacionales que contraen los Estados de proteger el patrimonio de sus ciudadanos⁸⁶.

La dinámica y 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, destacando que en el artículo 1º, inciso 3, de la propia carta, se establece que uno de los propósitos de la organización es: “[...] 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 [...]”.

De acuerdo con esta finalidad esencial, la Organización de las Naciones Unidas ha creado un número creciente de organismos de supervisión y solución de conflictos en relación con el respeto y protección de los derechos humanos, además de propiciar la suscripción de numerosos tratados, convenciones y declaraciones, no sólo en materia de prevención de violaciones, sino en materia de reparación de daños causados por violaciones cometidas por los Estados.

En la actualidad existen, además del sistema universal que corresponde a la Organización de las Naciones Unidas, tres sistemas regionales de protección de Derechos Humanos que son: el europeo, el interamericano y el africano; destacando para efectos de este fallo las características del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual tomó como base los lineamientos esenciales del sistema

⁸⁶ Cfr. Urioste Braga, Fernando, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*. Editorial B de F, Montevideo, 2002, pp. 67 y ss.

europeo y, a semejanza de este, estableció dos organismos que subsisten y con el tiempo han adquirido perfiles peculiares.

El primero de esos organismos es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual no se estableció como su homóloga europea, a partir de un tratado, sino más bien fue creada mediante resolución dictada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, celebrada en 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 la primera integración de dicha Comisión fueron electos, por primera vez, el 29 junio de ese mismo año, y desde entonces está integrada por siete miembros designados por la organización a título individual por un periodo de cuatro años con una sola reelección y desde sus inicios tiene residencia en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

En sus comienzos, la Comisión Interamericana fue considerada 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 paulatinamente fue adquiriendo mayores facultades, y entre ellas, la de formular estudios sobre denuncias de violaciones masivas y sistemáticas de los mencionados derechos.

Tal situación se presentó con frecuencia en varios países de la región interamericana durante el periodo que rigieron las dictaduras militares; con motivo de las cuales 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 en el lugar de los hechos (in loco),

cuando los Estados parte las autorizaran para conocer directamente de las violaciones denunciadas.

En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965, fue reformado el Estatuto original de la Comisión, y se le autorizó para recibir reclamaciones individuales y formular recomendaciones a los Estados involucrados, con el objeto de volver más efectivo el respeto hacia los Derechos Humanos Fundamentales.

Este desarrollo, que continuó con otra reforma a la carta de la organización, efectuada por la Asamblea General en Buenos Aires en 1967, elevó a la Comisión 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 en la cual se regulan complejas actividades de promoción y protección de los propios derechos.

Aun cuando las atribuciones de la CIDH son más amplias y complejas que las que tuvo en su época la Comisión Europea, la más importante fue la relativa a la admisión de reclamaciones individuales por violaciones a Derechos y por su reparación ya que de acuerdo con el artículo 44 de la citada 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, de inicio, 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 constituye una “acción popular”, lo

cierto es que la amplia legitimación de los reclamantes se aproxima a dicha figura procesal.

De acuerdo con los artículos 41, 47 y 48 de la Convención y 31 a 44 del reglamento respectivo, la Comisión posee poderes de instrucción e investigación extensos que permiten solicitar informes al Estado demandado, pedir documentos y practicar todas las diligencias que considere convenientes, incluso investigaciones en el lugar de los hechos, así como la celebración de audiencias para escuchar a los afectados, a sus abogados, 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 a una solución amistosa, aspecto que ha tenido importante repercusión en materia de reparación patrimonial de daños causados por actividad de los Estados.

Y de acuerdo con el artículo 46 de su reglamento, en caso de que no se llegue a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministren el Estado y el peticionario; y una vez examinadas, preparará un informe donde se expondrán los hechos y 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 convenientes, y entre ellas, las medidas que debe adoptar el estado respectivo para reclamar las violaciones que se imputen.

Los artículos 50 y 51 de la Convención, establecen la posibilidad de dos informes, en el relacionado con el primero de los artículos mencionados se formulan las primeras conclusiones y recomendaciones las que se transmiten al Estado interesado, quien no está facultado para publicarlo.

Mientras que el informe a que se refiere al artículo 51, de tres meses contados a partir de la transmisión al Estado del primer informe, a fin de que se decida por la Comisión si el caso se someterá a la CIDH (cuando se trate de Estados que hayan reconocido su jurisdicción) o bien continuar la tramitación del mismo y formular un segundo informe con las conclusiones y recomendaciones definitivas que incluyen la reparación de las violaciones, cuando el Estado no las ha realizado de manera satisfactoria, caso en el cual se señala un plazo para qué el propio Estado remedie la situación examinada. Transcurrido dicho periodo la Comisión resolverá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas y si publica o no el informe.

La publicación del informe tiene importantes consecuencias porque los Estados partes se encuentran obligados a acatar las recomendaciones de la Comisión de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* y con apoyo en este principio, se insta a los Estados a conservar sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos mediante el cumplimiento tanto de recomendaciones como de las medidas cautelares.

A su vez, la CIDH 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 contenido en el mismo artículo 31.1 si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de un documento en materia de derechos humanos, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la Comisión y de manera especial si son resoluciones que contengan aspectos de reparación económica o

patrimonial, que es uno de los órganos principales de la organización de los Estados Americanos.

Por su parte la CIDH, fue creada por la Convención Americana que entró en vigor el 18 de julio de 1978, el estatuto de la propia corte fue aprobado paralelamente al de la Comisión.

Dicho tribunal inició funciones el 7 de septiembre de 1979 en la ciudad de San José, Costa Rica, en la que actualmente tiene su sede de acuerdo con el convenio celebrado en dicho país el 10 de septiembre de 1981. Órgano compuesto por siete jueces nacionales de los Estados miembros, elegidos a título individual por los países que han suscrito la Convención, por un periodo de seis años con una posible reelección destacando que no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.

Los fallos de la Corte Interamericana han establecido principios y reglas sobre la responsabilidad de los estados demandados por violación de derechos que se les imputan, ya sea en la sentencia de fondo o bien en una resolución especial sobre las reparaciones.

Con base en lo anterior se destaca que en la sentencia de fondo dictadas los días 29 de junio de 1988 y 20 de enero de 1989, respectivamente en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz contra el Gobierno de Honduras, la CIDH estableció que la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, implica que toda pretensión de que sea lesionado alguno de esos derechos, significa al mismo tiempo que se ha violado el artículo 1.1 de la Convención, y conforme dicho fundamento 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 alguno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia al deber de respeto internacional contenido en dicho artículo lo cual da lugar a la reparación de las infracciones, lo que incluye la reparación económica.

El artículo 63.1 de la Convención le otorga a la CIDH la facultad de establecer la responsabilidad del Estado demandado y a fijar las reparaciones correspondientes en cuanto dispone que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertades conculcados y dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que se ha configurado por la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada; de donde se desprende el principio general de que en materia de derecho internacional de derechos humanos toda violación debe ser reparada, y en caso de que esto no sea posible, siempre deberá existir indemnización por la violación cometida por el Estado, indemnización que tendrá carácter compensatorio y no sanciona al actor y cuya cuantificación se apoya en dos criterios que son: a) Los principios de carácter material, que comprenderían, de acuerdo con la doctrina tradicional de la responsabilidad internacional, el daño emergente y lucro cesante; y b) El daño moral.

Tratándose de daños materiales, estos son el menoscabo directo o destrucción material de los bienes, en tanto que lucro cesante es la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado, y por su parte el daño moral representa una situación significativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues presupone que el Estado parte actuó con desconocimiento de la dignidad humana de la víctima y la angustia, así como del

sufrimiento a que es sometido, y que tienen efectos sobre el grupo familiar, especialmente cuando se presume la muerte de la propia víctima.

Los fallos compensatorios se consideran una disposición fundamental por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Interamericanos; mientras que las resistencias para su cumplimiento a nivel normativo o después de que ya existe una condena se consideran ilícito internacional que da lugar a responsabilidades en el ámbito interamericano.

Frente a otros países de la región, se considera que el ordenamiento mexicano se encuentra muy retrasado en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito interno, y en situación todavía menos favorable respecto de las decisiones de organismos internacionales de Derechos Humanos, destacando que las reformas al artículo 113 párrafo segundo, de la CPEUM –actualmente último párrafo de su artículo 109-, no se consideran todavía suficientes porque, en muchos casos las violaciones a derechos constitucionales o legales, se identifican con supuestos de violación a Derechos Humanos internacionales, donde la ineficacia del sistema de compensación o reparación por daños sufridos a causa de actividad relacionada con el Estado, se considera motivo de ilicitud y de responsabilidad internacional.

Otro aspecto que requieren mención especial lo constituye el Principio de Facilitación en el Trámite de la Reclamación de los Daños y de la Obtención del Resarcimiento a Partir de la Aplicación de Presunciones de Causalidad. Estas nociones procuran allanar a las víctimas de los inconvenientes para reclamar el pago de las indemnizaciones por vías contenciosas. De esta manera el artículo 28 de la resolución 39/248 de 1985, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, promueve la

adopción de procedimientos oficiales y extraoficiales que sean “*rápidos, justos, poco costosos y asequibles*”⁸⁷.

El texto de dicho fundamento internacional del sistema universal, es el siguiente: “*Naciones Unidas: Resolución A/RES/39/248, de 16 de abril de 1985. (...) Artículo 28. Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos.*”

Es decir, en materia de reparación de daños, los compromisos internacionales, en particular el citado artículo 28, para no incurrir en responsabilidad internacional, exige que tratándose de procedimientos oficiales o extraoficiales para reparar daños – particularmente de personas de bajos recursos-, deben hacerse de lado formalismos e interpretaciones rigoristas de la ley, para lograr soluciones reales, que permitan concretar con facilidad la obligación reparadora del Estado que sean: a) Rápidos; b) Justos; c) Poco costosos, y d) Asequibles.

Una vez expuestas las consideraciones generales sobre la operatividad y criterios internacionales en materia de responsabilidad de los Estados en el llamado sistema universal, y especialmente en el sistema interamericano, es conveniente recordar

⁸⁷ Alterini, Atilo Anibal. *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 63 y 64.

que existen jurisprudencias relevantes que corresponden al tópico analizado en materia del deber del estado de reparar de forma adecuada y patrimonial⁸⁸.

⁸⁸Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 318. IX.- REPARACIONES. (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana) “318. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana[486], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[487]y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado[488]”. [486]El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho 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”. [487]Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 238. [488]Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, párr. 25, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 238

Corte IDH. Caso 19. Comerciantes Vs. Colombia.— Fondo, Reparaciones y Costas.— Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párrafo 219. “219. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, la Corte decidió que el Estado es responsable por la violación de los artículos 7 y 4 de la Convención Americana en perjuicio de los 19 comerciantes y de los artículos 5, 8.1 y 25 de la misma en perjuicio de los 19 comerciantes y de sus familiares, todos en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia constante que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual, [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho 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”.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, Párrafo 70. OBLIGACIÓN DE REPARAR. “70. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial), en conjunción con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), en perjuicio de Walter David Bulacio, y por la violación de los mismos artículos 8 y 25 en perjuicio de los familiares del joven Walter David Bulacio, todos ellos en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana (supra38). Este Tribunal ha reiterado, en su jurisprudencia constante, que es un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya causado un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado[47]. A tal efecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana según el cual [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho 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 (subrayado no es del original).”

[47]Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 147; Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 4, párr. 173; Caso Cantos, supra nota 6, párr. 66; Caso del Caracazo, Reparaciones, supranota 5, párr. 76; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 202; Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, supra nota 30, párr. 60; Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones, supranota 30, párr. 38; Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 30, párr. 40; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,

supra nota 4, párr. 163; Caso Cesti Hurtado. Reparaciones, supra nota 30, párr. 32; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, supra nota 30, párr. 59; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 30, párr. 78; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 30, párr. 177; Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 28, párr. 201; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 30, párr. 118; Caso Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 40; Caso Castillo Páez. Reparaciones, supra nota 26, párr. 50; Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 84; Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 40; Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15; Caso Neira Alegría y Otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 36; y Caso El Amparo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 206. "206. En el caso de la "Masacre de Mapiripán" la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. De tal manera, tomó en cuenta algunos de los resultados alcanzados en los procesos contencioso administrativos incoados por familiares de las víctimas de ese caso, por considerar que las indemnizaciones fijadas en esas instancias por daños patrimoniales y morales estaban contenidas en los más amplios conceptos de reparaciones por daños materiales e inmateriales. Así, el Tribunal señaló que esos resultados podían ser considerados al momento de fijar las reparaciones pertinentes, "a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso"[239]. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos humanos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, un aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de las personas desaparecidas o privadas de su vida, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana [240]."

[239] Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 7, párr. 214. [240] Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 7, párr. 211

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 217. "217. La jurisprudencia de la Corte ha utilizado el artículo 29 de la Convención en tres ámbitos diferentes. En primer lugar, la Corte ha invocado las "Normas de Interpretación" del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención [231]. El literal a) ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención [232]. De la misma forma, utilizando el literal b) de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales [233] y en normas de derecho interno [234]. Asimismo, se ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno [235]". [231] La Corte ha considerado pertinente "tom[ar] en cuenta, a la luz de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio" para lo que "el Tribunal consider[ó] útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana". Cfr. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrs. 154 y 157. Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-8/87 la Corte estimó necesario "recordar lo prescrito por el artículo 29 de la Convención" con el objeto de definir "si los procedimientos regulados por los artículos 25.1 y 7.6 están comprendidos dentro de las 'garantías judiciales indispensables' a que se refiere el artículo 27.2". Cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 15 a 17. [232] Al respecto, se ha determinado que las responsabilidades ulteriores que podían restringir el derecho a la libertad de expresión debían ser no solamente "necesarias", como lo establecía el artículo 13, sino específicamente "necesarias

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son obligatorios para los Tribunales en términos de la diversa jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la contradicción de tesis 293/2011⁸⁹, entre las sustentadas por los tribunales colegiados Primero en Materias

en una sociedad democrática". Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 41 a 44. También se ha hecho uso del artículo 29 para señalar que "no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva misma". Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 66 y Caso Boyce y otros. Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 15. Además, se ha interpretado el alcance de las reservas o condiciones que pueden establecer los Estados al aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Al respecto, el Tribunal ha establecido que "no tendría sentido suponer que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la Corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la Convención". Cfr. Caso Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81, párr. 81 y Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 81. [233] En este sentido cabe destacar la inclusión del derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas o tribales dentro del derecho a la propiedad privada del artículo 21. Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 147, 148 y 153; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 126 y 127; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 117 y 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 92 y 93. Asimismo, resalta la interpretación de esta Corte según la cuál el artículo 22 de la Convención comprende "el derecho a no ser desplazado forzosamente". Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188. Otro ejemplo en este sentido lo constituye el haber interpretado el derecho de los niños a no ser reclutados en fuerzas o grupos armados como comprendido dentro del artículo 19 de la Convención. Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, párr. 153. [234] A la luz del derecho interno esta Corte ha permitido la inclusión del "derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión" en el artículo 21 convencional (Cfr. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrs. 101 a 103) y la exigencia de una protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas (Cfr. Caso Yatama, supra nota 63, párrs. 203 a 205). [235] Mediante la aplicación del artículo 29.c) la Corte ha interpretado el alcance del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 convencional para los procesos administrativo-sancionadores (Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 105 y 106) y ha declarado a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas como víctimas, a su vez, de una violación del artículo 8.1 de la Convención (Cfr. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrs. 96 y 97).

⁸⁹ "LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con

Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, fallada el tres de septiembre de dos mil trece.

Continuando con el estudio de eximentes o excepciones de responsabilidad, tenemos que el artículo 3º de la ley de la materia que señala: “[...]Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, además de los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.” y el numeral 22, que establece: “[...]La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica

independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos contenidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato constitucional establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas”.

existentes en el momento de su acaecimiento, o bien, la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial”.

Al analizar con sumo cuidado las causales de excepción previstas en el artículo 3º de la LFRPE, se desprende que son tan amplias que son susceptibles de hacer nugatoria la acción. Cuando se habla de caso fortuito y fuerza mayor es inevitable remitirnos a la doctrina civilista la cual define al primero como el: “Acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que, aunque lo hubiera sido, no había podido evitarse”⁹⁰ y el segundo como el: “Acontecimiento ajeno a la conducta del deudor y producido al margen de la misma con fuerza incontrastable, liberando al obligado de la responsabilidad del incumplimiento de la obligación”⁹¹.

Con base en el sistema civilista que precedió al nuevo sistema de responsabilidad se soslayó la responsabilidad objetiva por riesgos y no se introdujo en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado; la tradicional noción de “actividad irregular” es incorrecta, porque a partir de las reflexiones que preceden a esta investigación, estimo que tendría que entender que siempre que la actividad del Estado cause daños a particulares, se estará en presencia de la noción específica de la “actividad administrativa irregular”; porque lo irregular en materia de responsabilidad objetiva, es la producción del daño en sí mismo sin que sea permitido estudiar si las conductas de los servidores públicos que producen daños son lícitas o ilícitas.

La responsabilidad civil objetiva deriva del uso de objetos peligrosos que crean un estado de riesgo para los demás, independientemente de que la conducta del agente no haya sido culposa, y de que no haya obrado ilícitamente. La responsabilidad objetiva

⁹⁰ De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1998, p. 143

⁹¹ *Ibidem*, p. 281.

se apoya en un elemento ajeno a la conducta, como lo es la utilización de un objeto peligroso por sí mismo; y tiene sus orígenes en la revolución industrial.⁹²

Luego entonces cuando en el artículo 3º de la LFRPE el legislador señala como excepción, los daños y perjuicios que derivan de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado del conocimiento de la ciencia o de la técnica existentes al momento del acaecimiento, es evidente la reiteración de la excepción, en su afán de enfatizar las eximentes de responsabilidad a favor del Estado; en todos esos casos, el Estado está obligado a acreditar o demostrar la actualización de las excepciones.

Empero la LFRPE no establece criterios o parámetros que generen certeza al gobernado cuando realmente se actualice la excepción a la responsabilidad, aprobando el examen de las reglas inherentes al riesgo como son la cobertura científica, el cálculo de probabilidades y máximas de experiencia, porque la auténtica eficacia de la institución depende del perfeccionamiento de su normatividad regulatoria; cuestión que es transcendente en las actividades peligrosas o riesgosas que lleva a cabo el Estado, como lo es en el caso de daños nucleares, daños generados por la energía eléctrica, redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, la industria petroquímica, conducción de vehículos de transporte estatal -aéreo, terrestre u marítimo—, administración de redes artificiales de aguas residuales -canales o ductos de aguas artificiales administrados por el Estado-.

En Colombia se ha aceptado que cuando un vehículo oficial conducido por un funcionario o servidor público, causa un daño debido a imprudencia, la falla del servicio

⁹² Cfr. Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 348 y siguientes.

es patente, reconociendo el riesgo excepcional ⁹³ y adoptó una modificación jurisprudencial en cuanto a la exigencia de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho de la víctima como causal de exoneración por imprudencia⁹⁴ de ésta (cruzó por un lugar indebido), la cual considero debe ser aplicada con cierta precaución.

Por lo tanto existe un régimen especial de la responsabilidad patrimonial, que se pretende abordar en este trabajo, en el cual se propone agregar a la legislación que el juzgador lleve a cabo el estudio de la *responsabilidad in vigilando*, que involucra el cumplimiento de obligaciones mínimas de cuidado y vigilancia del riesgo, entre otros parámetros.

Debe entenderse por actividad peligrosa la que aunque sea lícita, implique riesgos de tal magnitud o naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de ciertas conductas específicas que tienen implícito el riesgo de producir una lesión o menoscabo; lo que obligaría al titular o responsable de la cosa o de la actividad, como guardián o garante, llevar a cabo las medidas mínimas de cuidado y vigilancia, y contar con un seguro con cobertura que incluya daños a terceros y gastos médicos como mínimo –En Colombia no se incluye el lucro cesante ni tampoco el proyecto de vida, al estimar que se generan condiciones de desequilibrio entre las cargas del Estado, su capacidad financiera, con el seguro de cobertura de daños a terceros y gastos médicos, estiman que se asumen las responsabilidades de manera, proporcional y razonable con la misma, sin embargo

⁹³ Consejo de Estado –Colombia-, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 1989, expediente No. 4655.

⁹⁴ Consejo de Estado –Colombia-, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2011, subsección B; expediente No. 20441.

estimo que se opone a derecho a la reparación integral según los criterios internacionales—.

Cuando se introdujeron las máquinas en los centros de trabajo, se empezaron a ocasionar diversos accidentes en los que los trabajadores resultaban lesionados., pero la carga de la prueba para el trabajador era muy difícil, pues tenía que probar la culpa de su patrón, cuando la mayoría de los accidentes se originaban por casos fortuitos, lo que ocasionaba que el trabajador se quedara sin una indemnización, por ese motivo se modificó el sistema adoptando la responsabilidad civil objetiva, o por riesgo creado, la cual busca eliminar la imputabilidad del hecho que causa daños a la culpa de su autor, esto es, la noción de riesgo reemplaza a la de culpa del agente como fuente de la obligación, exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos: 1. El 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; 2. La existencia de un daño; y La causalidad entre el hecho descrito en el punto 1 y el daño referido en el punto 2.

Son diversas las razones que ha esgrimido la doctrina civilista para justificar que el patrimonio del agente que usa aparatos o mecanismos peligrosos por sí mismos, sea quien responda por el daño causado, aun obrando lícitamente, y sin culpa o negligencia de su parte. Entre otras, se citan las siguientes:

- i. El agente que utiliza el mecanismo es quien se beneficia del mismo. Por regla general, percibe algún lucro o beneficio económico;

- ii. Por regla general, dichos aparatos son costosos, por tanto, quien los adquiere o emplea tiene una situación más afortunada y podrá más fácilmente sufrir la pérdida, o tiene la posibilidad, o incluso la obligación, de asegurarse contra las consecuencias de su responsabilidad;
- iii. Por estar en contacto con el objeto peligroso más frecuentemente, y conocer su forma de utilización, tiene más posibilidades de evitar el accidente; Pone en riesgo a la sociedad con el uso del mecanismo, y es aplicable el principio de solidaridad en el reparto de las pérdidas.⁹⁵

Ahora bien, no debe pasarse por alto que la propia regulación de la responsabilidad objetiva prevé excluyentes de responsabilidad. De manera que, si bien es cierto que la regla general, es que probándose el hecho, el daño y la causalidad entre ambos, puede hablarse de responsabilidad objetiva, también lo es que la “culpa o negligencia inexcusable de la víctima” exonera de la responsabilidad objetiva al agente.

Tan es así, que un sector de la doctrina, y la otrora Tercera Sala de la SCJN, han considerado que la “no existencia de culpa inexcusable de la víctima” es un cuarto elemento, que debe tomarse en cuenta para la procedencia de la responsabilidad objetiva⁹⁶.

Ahora bien, culpa o negligencia “inexcusable” ha sido equiparado por la doctrina a una culpa “grave”.⁹⁷ Esto es, no es suficiente una culpa leve o levísima en el afectado

⁹⁵ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, t. V, Vol. II, Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1985, pp. 67 a 80.

⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Registro: 269421, Tercera Sala, Vol. CXXVII, Cuarta Parte: “RESPONSABILIDAD OBJETIVA, ELEMENTOS DE LA. El artículo 1913 del Código Civil consagra la teoría objetiva de la responsabilidad y de él se desprende que los elementos de la misma son: 1o. que se haga uso de un mecanismo peligroso, 2o. que se cause daño, 3o. que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño y 4o. que no exista culpa inexcusable de la víctima.”

⁹⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª ed., Editorial Harla, México, 1984, pp. 298 a 299.

para que tenga lugar la exoneración, sino que se requiere de una falta grave por parte de la víctima.

Dicha excepción viene a ser una exonerante general de la responsabilidad civil, ya que también es aplicable a la responsabilidad civil subjetiva y la razón de dicha excepción es clara: no puede hacerse al agente responsable de la conducta ajena, cuando dicha conducta fue la que dio lugar al daño. Para Borja Soriano cita a Mazeaud⁹⁸: “si el hecho de la víctima es la única causa del daño no hay reparación, por falta de vínculo entre el hecho propio y el perjuicio.”

De manera que, con base en lo hasta aquí establecido, cuando hay pruebas o indicios de negligencia por parte de la víctima, no puede ser aplicable, sin más, la regla general de la responsabilidad objetiva a cargo del agente, sino que corresponde al juzgador valorar el acervo probatorio para determinar el grado de responsabilidad atribuible, tanto a la víctima como al agente encargado del uso del aparato peligroso.

En ese tenor, tanto la doctrina, como diversos tribunales internacionales se han pronunciado en el sentido de que la culpa grave o inexcusable de la víctima, o de quienes tienen a su cuidado a la víctima, cuando es menor de edad, puede dar lugar a la exoneración del agente. Asimismo, han señalado que cuando hay concurrencia de culpas, la indemnización debe atenuarse atendiendo al grado de culpabilidad de los involucrados (por lo que se apela a elementos subjetivos para graduar la responsabilidad, cuando más bien lo que se debe de atenuar es la indemnización de ser el único medio de reparación del daño.

⁹⁸Cfr. H. y L. Mazeud, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual*; Cfr. Borja Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, pp. 358 y 359.

Así, los tribunales deben valorar en cada caso concreto las circunstancias del caso sometido a su jurisdicción, la naturaleza de los derechos en juego, y el grado de culpabilidad de las personas involucradas.

En la STS 21793/1994, el Tribunal Supremo de España consideró que en los casos en que el daño sea producido exclusivamente por un hecho de la víctima, independientemente de que el agente haya actuado con culpa o sin ella, debe el demandado, o el agente dañoso quedar exonerado de la condena.⁹⁹

Dichas decisiones se han sostenido esencialmente en que la actividad de la víctima genera una ruptura del nexo entre el uso de un artefacto peligroso y el daño producido, por lo que la causa del daño no puede ser considerada como imputable al agente, y ese Tribunal ha admitido en múltiples sentencias, que es posible que la culpa de la víctima no sea la causa exclusiva del daño, sino que se presente una concurrencia de culpas, en cuyo caso, se ha considerado procedente reducir el monto de la indemnización a cargo del conductor o responsable del artefacto peligroso.¹⁰⁰

⁹⁹ STS 21793/1994 España 16-12-1994 *“Se trata de un supuesto de culpa exclusivo de la víctima, pues como ha reiterado esta Sala, exige que no conste por parte del conductor, con el que colisionó, matiz culposo alguno ni siquiera levísimo, y ha de ser estrictamente interpretada. Sin que, como declaró la Sentencia de 27 de enero de 1983, al no estarse en supuesto de una responsabilidad objetiva, ya que la culpa de la víctima fue evidente, es artificioso querer aislar de la conducta del conductor fallecido la responsabilidad de la compañía aseguradora del demandado para condenar a esta última...”* Ver también STS 1949/1985.

¹⁰⁰ STS Recurso de Casación España 9647/1988, 10-10-1988 *“Resulta patente la concurrencia de actitudes o conductas negligentes o culpables de ambas partes al apreciarse que cuando el conductor demandado se dio cuenta que había una placa de circulación prohibida por la calle donde intentaba meterse, circuló unos 15 o 20 metros marcha atrás y recién arrancado atropello a la niña; circulaba a 30 o 40 kilómetros hora, en un sitio de evidente concurrencia como es la salida de una piscina de verano con abundantes niños y coches a ambos lados, incumpliendo con claridad el Tomo 17 del Código de la Circulación. Culpa que acertadamente el propio Juez de instancia compensó con la culpa in vigilando de los padres de la menor «al no acompañar a la misma en el cruce de la calle», con ponderación también de «la actitud de la niña en dicho cruce, siguiendo a otros niños y no cerciorándose de la proximidad del vehículo que la atropello».”*

Asimismo se ha admitido que al ser una conducta la que genera el riesgo, puede adolecer de ciertas deficiencias, que si bien puede no constituir una conducta ilícita, en la mayoría de los casos concurre en la producción de daños, los cuales no se hubieran generado sin la culpa (causa) de la víctima. Por lo tanto en un criterio de equidad se ha considerado por la jurisprudencia extranjera, que debe reducirse la condena en la proporción en la que participó la culpa de la víctima.

Así lo resolvió, el Tribunal Supremo de Italia, en el caso *Orecchia c. Geroni* (17-02-1964), en que sostuvo lo siguiente: “Cuando un incapaz de entender y de querer, por ser menor de edad o por otra causa, sufra un daño como consecuencia de un hecho ilícito ajeno en concurrencia causal con el propio hecho culposo, la cuestión queda circunscrita a la comprobación de la existencia de la causa concurrente en la producción del resultado dañoso, prescindiendo de la imputabilidad del hecho al incapaz y de la responsabilidad de quien estaba obligado a vigilarlo, de modo que el resarcimiento debido a la víctima se determinará en la medida en que el daño pueda reconducirse a la culpa del agente, excluyendo parte de daño atribuible a su propio comportamiento.”¹⁰¹

En el mismo tenor, el Tribunal Supremo de España en la STS 9166/1989 sostuvo: “Se ha venido postulando por la doctrina la tesis de que la conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incida en el nexo causal, toda vez que no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de

¹⁰¹ Cfr. Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Librería-Editorial Dykinson, España, 2003, p. 328

compensación, la disminución del quantum de la indemnización. De ahí, que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal.”

Es interesante recordar que los tribunales británicos han sostenido que en cualquier caso –incluyendo al de los menores e inimputables—se debe tomar en cuenta la normalidad de la conducta, las circunstancias y demás condiciones en las que se encontraba la víctima al momento de producirse los daños, pues si su conducta, por negligente, imprevisible o irresponsable constituye un hecho que no puede ser previsto y evitado por el agente dañoso, entonces se le debe considerar como responsable del daño, y en la medida en que la conducta esté constituida por factores más o menos previsibles, se debe considerar en la graduación de la condena, esto es la normalidad de la conducta y de las circunstancias, debe observarse a partir de la comparación con la conducta que se espera de la víctima y de sus circunstancias con la generalidad de personas en la misma circunstancia –no es lo mismo que una persona cruce la calle en una avenida principal a las 4:00 a.m., a que la cruce fuera de una escuela a las 2:00 p.m., de igual manera no es lo mismo que quien cruza sea un adulto de 40 años, que un niño de 5 años— por lo que en cada caso, es deber del Juzgador atender a estas circunstancias para determinar si era previsible y evitable para el agente, o si la conducta por esas características puede considerarse como causa del daño, ya sea exclusiva o concurrente.¹⁰²

¹⁰² Cfr. Casos *Lynch vs. Nurdin* (1841), 1 Q. B. 29 y *Gough v. Thorne* (1966) 1 WLR 1387 Court of Appeal.

Como se puede observar, una vez que entra en juego la culpabilidad de la víctima, hay una tendencia marcada en la jurisprudencia internacional en el sentido de valorar las condiciones particulares de cada caso, para dilucidar si la conducta de la víctima fue negligente, y en qué medida pudo incidir en el resultado, lo cual resulta determinante para decidir si debe exonerarse al agente, o graduar el monto de la indemnización.

Ahora bien, dicho criterio es aplicable tanto a aquellos casos en que las víctimas son mayores de edad, como a aquellos en los que no lo son, puesto que si bien es cierto que los menores de edad pueden no tener el desarrollo y discernimiento necesario para evitar incurrir en una negligencia frente a un objeto peligroso, la ley impone a quienes ejercen la patria potestad o están encargados de su custodia la obligación de cuidarlos y protegerlos de los daños que pudiesen ocasionarse, para lo cual deben tomar las medidas adecuadas, tanto dentro de su domicilio como fuera de él, y el incumplimiento a ese deber de cuidado se considera culpa in vigilando, la cual debe tener una consecuencia.

Lo anterior ha sido sostenido en varias ocasiones por el Tribunal Supremo de España, por ejemplo En la STS 1075/1997 del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete, el tribunal conoció de un caso en el que un matrimonio acudió en compañía de sus hijos a disfrutar de la playa, en una zona en la que por sus inmediaciones pasaba una vía férrea. Los niños se alejaron de sus padres, se aproximaron a las vías y las cruzaron en el momento en que pasaba un tren, el cual los arrolló y les ocasionó la muerte instantánea. El Tribunal Supremo consideró que había culpas concurrentes y redujo la indemnización (un tercio de la indemnización razonable) a la que fue condenada la empresa ferroviaria. En la sentencia se consideró como falta

por parte de la empresa, el que no hubiera un vallado de la vía férrea, lo cual resultaba prudente por la ubicación que tenía y por la existencia de accidentes previos en la misma zona, porque había habido culpa in vigilando por parte de los padres -despreocupación manifestada por los padres al no atender a sus hijos dejándolos marchar sin vigilancia alguna-.

Un caso similar¹⁰³ se falló más recientemente, el dos de diciembre de dos mil dos, sobre otro niño herido por un tren RENFE. Al resolver dicho caso, el Tribunal Supremo declaró que la culpa exclusiva (causa) de lo ocurrido fue del menor, y de sus padres por no vigilarlo, mientras que el maquinista actuó con la debida diligencia, por lo que no fue condenado al pago de los daños, como sigue: “De una parte, nos encontramos ante un supuesto de culpa exclusiva (causa) del menor de edad lesionado y de las personas a quienes correspondía su vigilancia, que no han acreditado la diligencia para prevenir el daño, que les incumbía, de modo que la absolución de los litigantes pasivos está justificada por la circunstancia de que no han incurrido en culpa alguna.”

En suma, la jurisprudencia internacional no exonera a los menores de edad, o a sus padres, de responsabilidad, cuando su conducta es causa de un accidente con un objeto o mecanismo peligroso, más bien, valora la conducta de todas las partes involucradas, así como las circunstancias en las cuales tuvo lugar el accidente, para determinar si hay concurrencia de culpas, y graduar la responsabilidad de cada una de las partes en el incidente; en el entendido de que el agente conductor del mecanismo u objeto peligroso sólo es exonerado cuando demuestra que el accidente tuvo lugar por

¹⁰³ STS 8058/2002.

culpa exclusiva de la víctima, y que fue diligente y tomó las precauciones necesarias para evitar el accidente, siempre y cuando, éste haya sido previsible.

La necesidad de valorar la conducta de las partes aun cuando se trate del ejercicio de una acción por responsabilidad objetiva, fue reconocido también por la Primera Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 118/2005, en la que se analizó el artículo 1427 del Código Civil del Estado de Jalisco, que a su vez regula la responsabilidad objetiva, ya que en la jurisprudencia 1a./J. 189/2005, se sostuvo: “Ahora bien, aunque por regla general la actualización de la responsabilidad civil objetiva no requiere considerar elementos subjetivos de la conducta dañosa como la culpa, en la hipótesis apuntada no puede existir un rigorismo en tal sentido, pues del propio artículo 1427 señalado se advierten excepciones al postulado general, en tanto que para que proceda la acción de mérito, no puede coexistir la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, pues ello la haría improcedente.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Tesis 1a./J. 189/2005, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIII, Enero de 2006, registro: 176131: “RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. CUANDO EL ACTOR, QUE ALEGA DAÑOS SUFRIDOS A CAUSA DE UNA COLISIÓN EN LA QUE PARTICIPARON DOS O MÁS VEHÍCULOS AUTOMOTORES, ES UN PASAJERO QUE NO CONDUÍA NINGUNO, LE CORRESPONDE DEMOSTRAR QUIÉN PRODUJO ACTIVAMENTE DICHOS DAÑOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 1427 del Código Civil del Estado de Jalisco establece que cuando una persona use mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos 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, debe 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, por caso fortuito o fuerza mayor. Por su parte, el artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles de la mencionada entidad dispone que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus excepciones. Así, de una interpretación armónica y sistemática de ambos preceptos, se colige que cuando en una colisión participen dos o más vehículos, y quien ejercite la acción de responsabilidad civil objetiva, alegando daños producidos por tal evento, sea un pasajero que no conducía alguno de los vehículos siniestrados, éste deberá probar los hechos constitutivos de su acción, consistentes en 1) la existencia de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas; 2) el uso de dichos objetos; 3) la producción de un daño; y 4) la relación de causalidad. En contrapartida, para combatir la referida acción, el demandado debe probar los hechos constitutivos de sus excepciones, los cuales pueden ser el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Ahora bien, aunque por regla general la actualización de la responsabilidad civil objetiva no requiere considerar elementos subjetivos de la conducta dañosa como la culpa, en la hipótesis apuntada no puede existir un rigorismo en tal sentido, pues del propio

Dichos criterios confirman que es posible establecer parámetros mínimos en la responsabilidad patrimonial por actividad riesgosa del Estado o riesgo creado.

A partir de las premisas antes señaladas es factible señalar que existen serios problemas en la LFRPE relacionados con las excepciones de caso fortuito, de fuerza mayor e imprevisibilidad.

Esto es, no se actualizan las excepciones exonerables (para indemnizar) de fuerza mayor, caso fortuito, “aquellos que deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento”, ni tampoco el relativo a los “daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular”, por los daños producidos por recursos o bienes, bajo uso, utilidad, aprovechamiento, control, custodia o mantenimiento por parte del Estado en ejercicio de sus funciones; vrg. la ruptura del canal de aguas sucias, desbordamiento de caudales controlados, explosión de ductos de gas, petróleo y sus derivados, o petroquímicos, infraestructura de generación, transporte y suministro, de energía eléctrica, aeronaves propiedad del Estado, etc., cuando se ha eliminado el elemento de razonabilidad previsible, consistente en que existan antecedentes -hechos ocurridos probados anteriormente respecto de dichos bienes o recursos-, que lejos de tratarse de sucesos desacostumbrados, extraordinario e imprevisible, más bien se tratan de fenómenos previsibles de hechos

artículo 1427 señalado se advierten excepciones al postulado general, en tanto que para que proceda la acción de mérito, no puede coexistir la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, pues ello la haría improcedente. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en el siniestro intervengan dos o más vehículos, para que prospere la acción de responsabilidad civil objetiva el actor debe acreditar quién o quiénes produjeron directamente los daños causados, así como la conexidad entre éstos y el uso de los automotores.”

reiterados que sí se podían prever por lo que no estamos en presencia de un suceso incardinarle en los casos de fuerza mayor o fortuitos,

Además, no se puede excluir plenamente la responsabilidad de la Administración Pública, al existir un riesgo inevitable o inminente -inminentes y cognoscibles-, y ante la obligación normativa por parte de las autoridades para llevar a cabo acciones preventivas –como contratar pólizas de seguros por los daños que estos bienes, recursos o mecanismos puedan generar, mantenimiento preventivo, nuevas obras y proyectos de ampliación— para asumir el riesgo vinculado con su naturaleza, características intrínsecas o por la fuerza de destrucción que generan los bienes bajo su tutela por su posición de garante y ante actividades administrativas peligrosas, sobre todo cuando rebasen los límites presupuestales para cubrir las indemnizaciones.

En múltiples ocasiones se ha partido de la base consistente en que existe actividad administrativa por riesgo cuando el Estado ejerce funciones sobre bienes o recursos con un cierto potencial para generar un daño a un sujeto que se encuentra en vulnerabilidad, la existencia de una combinación de la probabilidad de que se produzca un evento y sus consecuencias negativas, cuando el Estado es el sujeto responsable de los bienes o recursos que lo provocaron.

De manera que la responsabilidad derivada de la “actividad administrativa irregular” del Estado no tiene sustantividad práctica en la metodología jurídico-administrativa por causa del legalismo de la LFRPE, que imposibilita el pago de las indemnizaciones bajo las excepciones genéricas de caso fortuito, de fuerza mayor o la excepción de imprevisibilidad, todas prevista en los artículos 3 y 22 de dicha ley, las cuales requieren de precisión conceptual y de directrices o parámetros concretos en su aplicación, ante tal imprecisión su legalista aplicación es una deformación de la

metodología jurídica-administrativa por carecer de una legítima razón de fondo (material), de una justificación auténtica para negar la reparación del daño.

En el marco de los Derechos Humanos, el régimen de responsabilidad del Estado tiene una nueva proyección, inspirándose en el ámbito internacional no sólo a los actos ilícitos o violaciones de las normas internacionales, sino también en la violación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, de derecho internacional humanitario.

El sistema jurídico nacional mexicano podría ajustarse a la teoría de la imputabilidad como marco jurídico-conceptual utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución de asuntos en materia de responsabilidad estatal, esto es se requiere ajustar la realidad internacional al ámbito interno como directrices o parámetros que puedan utilizar los juzgadores en la resolución de dichos conflictos (artículos 1º y 133 Constitucionales), dichos parámetros son:

i. La ausencia de prevención razonable, que implica dos condiciones a analizar: i) “que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos”; ii) “que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles”¹⁰⁵.

ii. El parámetro de diligencia debida o cuidado preventivo, se deben tener en cuenta tres elementos: i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta; y, iii) la reacción del Estado¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Caso comunidad indígena Ogoni [Comisión Africana de Derechos Humanos]. No se protegió el derecho a la salud y al medio ambiente por actor no estatal, petrolera Shell.

¹⁰⁶ Debe operar el principio de proporcionalidad, lo que implica: i) asunción de obligaciones positivas de prevención teniendo en cuenta las prioridades, la razonabilidad de los medios y las relaciones de precedencia para satisfacer las necesidades; ii) ponderar los diferentes derechos-intereses involucrados al momento de tomar una decisión; y, iii) velar por su máxima realización. Vrg. Caso Pueblo Bello vs. Colombia

iii. Conducta adoptada, cuando el Estado retrospectivamente autorizó cierta conducta, y la hizo propia; y

iv. Posición de garante en virtud de inferencia, cuando quien crea u origina riesgos para los bienes jurídicos, tiene el deber de revocar el peligro. Es decir: los riesgos anteriores creados en la vida de relación, originan una posición de garante que se fundamenta en la libertad de administrar y crear peligros al interior de la actividad social. Quien crea riesgos debe asegurarlos, y si el riesgo se exterioriza, surgen los deberes de salvamento¹⁰⁷.

En cuanto al parámetro marcado con el numeral 3, de facto, puede ocurrir, cuando el superior jerárquico gira una instrucción, existe la salvedad en la LFRASP¹⁰⁸, para que el funcionario se rehúse si la instrucción recibida es contraria a derecho.

Para mayor estudio de los casos, el expresidente de la Corte Constitucional colombiana Eduardo Montealegre¹⁰⁹, llevó a cabo una explicación de los parámetros en materia de responsabilidad por hechos de terceros, el cual estimo bien puede extrapolarse sin ningún problema a las actividades peligrosas o riesgosas estatales, con la diferencias que no es un tercero el generador del daño, sino el factor dañoso atribuible a la naturaleza peligrosas de la actividad llevado a cabo o inherente al bien peligroso.

¹⁰⁷Si un Estado crea objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes, con base en la expedición de una normatividad que propicia la ocasión para que terceros realicen graves violaciones a los derechos fundamentales, el Estado debe adoptar “medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado”. Vrg. Caso Mapiripán vs. Colombia.

¹⁰⁸ “Artículo 8.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones: [...] VII.- Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le susciten la procedencia de las órdenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la Ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado; [...]”.

¹⁰⁹ Cfr. Montealegre Lynett, Eduardo. *La responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros*, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 337, 2008, pp. 125 a 145.

Jaime O. Santofimio¹¹⁰, analizó el modelo colombiano de la responsabilidad patrimonial del Estado, estudiando los casos de responsabilidad de víctimas por crímenes no evitados por el Estado en su posición de Estado garante o Estado policía, abogando por un modelo que reafirme *el principio pro homine* o *pro personae*; para efectos del presente trabajo resalta el estudio que llevó a cabo sobre las eximientes de responsabilidad, indicando que su configuración para la Corte Constitucional de ese país no es con los criterios del CCF, por ejemplo en el caso de fuerza mayor cuando el secuestro es un fenómeno irresistible e imprevisible, por lo que el Estado debe brindar medidas especiales de seguridad previniendo precisamente su mayor vulnerabilidad y, hasta que las protecciones sean suficientes, entonces el individuo se encuentra en el campo de la imprevisibilidad, para que no se desborde la responsabilidad en las fronteras de la proporcionalidad –Corte Constitucional T-1337 de 2001—.

El referido tratadista señala que el Estado no es un asegurador universal, es decir una herramienta de aseguramiento universal, porque obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado de cada país; Jaime O. Santofimio tiene a bien señalar que para evitar imputación debe acreditar que respondió a su deberes normativos, a sus deberes mínimos de protección, precaución y prevención de daños¹¹¹; principio que el operador jurisdiccional del derecho debe aplicar, por esa razón en la responsabilidad patrimonial del Estado en actividades riesgosas o riesgo creado opera el parámetro del deber proporcional de cuidado y custodia.

¹¹⁰ Cfr. Orlando Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Régimen de Víctimas y Responsabilidad del Estado. Una Aproximación al Derecho de Daños desde la Convencionalidad y la Constitucionalidad”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *et al. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. I, México, Espress, 2014, pp. 623 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 649, 650 y 660.

Bajo este criterio, es posible reconocer la función preventiva en el sistema de Responsabilidad patrimonial del Estado ¹¹², que señala el Profesor Jorge Danós, retomando a autores como Domench, de acuerdo con la cual la legislación y la jurisprudencia pueden inducir a todos los sujetos implicados a que tomen medidas eficientes de precaución para prevenir el riesgo de que ciertos bienes jurídicos resulten dañados, adoptando pautas de comportamiento en el ejercicio de sus funciones; al respecto considero que tal función preventiva no opera en todos los casos de actividades riesgosas que por su naturaleza pueden causar daños aun llevando a cabo las medidas mínimas o suficientes de seguridad, por lo que debe matizarse a la luz de los parámetros aplicables para disminuir el grado de responsabilidad del Estado y por ende la indemnización compensatoria en caso de que no sea reparable el daño.

En conclusión uno de los parámetros de la responsabilidad patrimonial del Estado en actividades riesgosas o riesgo creado, es analizar las medidas preventivas que se adoptaron antes de ocurrido el daño, puesto que en caso de negligencia absoluta, el estado es responsable y no operan las eximientes de responsabilidad y en caso de negligencia relativa, ello podrá ser valorado por el juzgador para reducir la indemnización.

No se debe soslayar que la reparación debe ser integral, porque a toda actividad irregular del Estado corresponde una responsabilidad que debe ser reparada, pero también corregida a fin de no afectar gravemente las finanzas públicas a futuro, de ahí la importancia de que las leyes especiales establezcan los parámetros preventivos, de cuidado y debida diligencia; opino que en materia de actividad riesgosa o bienes

¹¹² Cfr. Danós Ordóñez, Jorge. *Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública en el Perú*. en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 1ª ed., t. II, México, Espress, 2014, p. 413.

estatales peligrosos no es posible concebir un mecanismo de corrección basado en la eficiente y eficaz administración de los recursos públicos por sobre la reparación patrimonial dada al imprevisibilidad de los sucesos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por ende, corresponde a los poderes constituidos el control de la actividad del Estado, por ello el sistema debe ser perfeccionado, esto es, cuando la naturaleza del daño lo permita, se deben instituir mecanismos complementarios que permitan la remediación de la actividad dañosa, porque aún y cuando las indemnizaciones tienen como finalidad compensar al afectado por el daño sufrido, tienen efectos ejemplificativos o correctivos en el actuar futuro de la administración; lo anterior, independientemente de que el particular lesionado deba obtener la reparación integral prevista en el artículo 12 de la Ley de la materia, esto es, aquella que implica la satisfacción, rehabilitación o la garantía de no repetición de la actividad irregular, como lo reconoció la Primera Sala de la SCJN¹¹³.

¹¹³ Tesis CLXII/2014, *Semanario Juridicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, 25 de abril de 2014: "DERECHOS A UNA REPARACIÓN INTEGRAL Y A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL ESTADO. SU RELACIÓN Y ALCANCE. El artículo 113, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho de los particulares a obtener una indemnización en caso de que el Estado, a través de sus servidores públicos, cause un daño en su patrimonio, sea en el plano material o inmaterial, con motivo de su actividad administrativa irregular, mientras el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional prevé la obligación del Estado de reparar las violaciones a los derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, quienes prueben haber sido dañados en su patrimonio con motivo de una actividad administrativa irregular del Estado, deberán acreditar que ésta constituyó una violación a un derecho o a diversos derechos humanos contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, para poder ser "reparadas integralmente" y, en algunos casos, el estándar de "reparación integral" podrá alcanzarse mediante una indemnización, como lo prevé el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, siempre y cuando no pueda restablecerse a la persona afectada a la situación en que se encontraba antes de la violación y la medida indemnizatoria o compensatoria sea suficiente para considerarla "justa". Sin embargo, si en otros casos la indemnización fuera insuficiente para alcanzar el estándar de "reparación integral", las autoridades competentes deben garantizar medidas adicionales -como lo son las de satisfacción, rehabilitación o las garantías de no repetición- que sean necesarias y suficientes para reparar integralmente a las personas por los daños materiales o inmateriales derivados de la actividad administrativa irregular del Estado que impliquen violaciones a sus derechos

Ahora bien, en cuanto a las finanzas públicas, es necesario establecer ciertos parámetros para no ponerlas en situaciones extralimitadas, esto es, si se continúan destinando recursos públicos a la reparación patrimonial mediante el pago de indemnizaciones con motivo de la actividad irregular del Estado al amparo de la LFRPE, las consecuencias son:

A mediano plazo: de tipo positivos, por el reajuste o alineación de la actividad administrativa del Estado, modificación de leyes y adopción de medidas preventivas para actividades riesgosas; negativos el uso de recursos humanos e institucionales para recuperar los recursos económicos a través de las acciones de repetición a favor del Estado, así como en la instauración y resolución de procedimientos de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, entre otros.

A largo plazo: Dado que el pago de las indemnizaciones es a costa del Presupuesto Federal se darían ajustes negativos o limitaciones presupuestales —con efecto en el gasto no programable—, la falta de recursos financieros del Estado podría en un momento ser insuficiente dado el alto nivel de endeudamiento alcanzado en años anteriores¹¹⁴.

Existe un procedimiento presupuestal para el pago de indemnizaciones que prevé el artículo 3º Transitorio de la LFRPE, que únicamente prolonga el pago de la obligación, más no libera al Estado de la misma.

humanos, en términos del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. Amparo directo en revisión 2131/2013. 22 de noviembre de 2013.”

¹¹⁴ Lozano Díez, José Antonio, *Límites Presupuestarios a la Responsabilidad Patrimonial del Estado...*, op. cit., p. 19.

Es importante reconocer que la acción de repetición del Estado no garantiza por sí misma la recuperación de los recursos económicos o financieros de ahí la necesidad de implementar otros mecanismos como lo es la contratación por parte del Estado de seguros de riesgos, cuando la actividad riesgosa o peligrosas o el tutela de los bienes o las cosas peligrosas implican costos que el estado no puede asumir presupuestalmente, como lo es claramente el caso de actividades nucleares, daños por energía eléctrica a gran escala, derrame de hidrocarburos en grandes extensiones y que se presentan de manera reiterada, catástrofes provocadas por redes o canales que el Estado debe administrar a grandes escalas, accidentes aéreos, riesgos financieros, etc.

En la medida que se actualizan de manera excepcional los casos de responsabilidad administrativa por riesgo creado o actividades peligrosas del Estado que den lugar a reparación del daño a través de la indemnización, es que se estima que no se puede considera que afectan las finanzas públicas gravemente, pensar que los parámetros referidos implican un grave riesgo para el presupuesto del Estado, es prejuzgar sobre la sana valoración, ponderación razonable y prudente apreciación que deben realizar los juzgadores, además en el caso de actividades altamente peligrosas es pertinente que el Estado haga uso de un sistema de seguros, es decir, cubra las primas anuales pólizas de seguros una vez rebasados los límites presupuestales destinados.

La indemnización no es un medio de reparación del daño o la lesión antijurídica, sino un medio de compensación, por lo tanto la indemnización no se debe considera como un medio idóneo y perverso para que un particular obtenga recursos económicos, puesto que si bien no repara la lesión o el daño causado por la “actividad

irregular”, permite al afectado obtener recursos económicos para sobrellevar su condición física y moral lesionada.

Para encontrar un equilibrio entre las finanzas públicas y el cumplimiento de la responsabilidad estatal, se debe realizar una evaluación del riesgo de la actividad o de la cosa peligrosa; esto es, si el Estado asume los riesgos es porque cuenta con la capacidad presupuestas para llevar a cabo la actividad, aprovechar y utilizar el bien o la cosa peligrosa para el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública y ejecutar las medidas preventivas, con el “riesgo” de crearse una considerable deuda pública; caso contrario, deberá contratar seguros de riesgos y pagar las primas correspondientes para que instituciones de seguros asuman las consecuencias del siniestro. En el peor de los escenarios ante las restricciones presupuestarias y su incapacidad para asumir el riesgo, el Estado debe otorgar concesiones o autorizaciones para que los particulares lleven a cabo la actividad riesgosas en caso de que ser redituables, cuando generen suficientes ganancias frente al riesgo y sea factible considerando el retorno de la inversión –rentabilidad y eficiencia-.

Por ejemplo en materia de infraestructura, siempre existe un riesgo¹¹⁵ y cuando un particular realiza la actividad que le corresponde al Estado, se establecen garantías del servicio o de la actividad para que sea atractiva para el particular, el cual debe ser de acreditada experiencia en la materia riesgosa, sin embargo los seguros contratados por éstos ante las altas primas generadas y las deficiencias políticas, eleva los costos de inversión, originan una crisis al desalentar a los inversionistas, en

¹¹⁵ Cfr. Thobani, Mateen, *Infraestructura privada, riesgos del Estado*. Marzo 1999, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1993/03/pdf/thobiani.pdf>, consulta 24 de agosto de 2016.

consecuencia, para estimular la inversión privada sin acudir en pasivos que afectarían los presupuestos futuros, el Estado debe reducir el riesgo en los proyectos, medir y presupuestar de mejor manera las garantías que deba ofrecer como serían concesiones mayores a 10 años, además de sustentarse en un marco regulatorio apropiado que dé certeza jurídica en todos sus aspectos, además de los estímulos fiscales¹¹⁶.

Así ocurre con el modelo de garantías que el Estado adoptó para la protección de la moneda ante las divisas extranjeras; es bien sabido que el Estado Mexicano reconoció el riesgo financiero y cambiario de la moneda mexicana, contratando seguros ante la depreciación de la misma; el valor de la garantía se basa en cálculo de la pérdida probable del Estado, por lo que llevando a cabo dicho cálculo actuarial, es posible determinar el monto de la prima periódica o anual que el Estado debe pagar y con ello saber si cuenta con la capacidad presupuestal para asumir el costo ante la inminente posibilidad de que ocurran siniestros y su probable reincidencia.

El primer paso para crear y mantener la estabilidad presupuestaria en materia de indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado es la identificación y clasificación de toda la gama de riesgos, establecer las medidas preventivas, imponer instrumentos que permitan controlar los riesgos del Estados y fijar los costos por cada actividad riesgosa previsible.

Finalmente, para efectos prácticos hago referencia a tres casos concretos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, aplicando los criterios o parámetros que se postulan en el presente trabajo.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

TRES CASOS A CONSIDERAR.

V.1. Caso de ruptura del canal de aguas administrado por la CONAGUA¹¹⁷.

De acuerdo a la información climatológica de las cuencas del Río San Javier y del Río Tlalnepantla, se tiene que en la estación climatológica ‘Las Arboledas’ el 6 de septiembre de 2009 se presentó una lluvia en 24 horas de 109.5 mm, precipitación que fue la mayor registrada en un período de 40 años; y que, realizando un ajuste estadístico de lluvias, le correspondería a un período de retorno de 20 años; que antes de presentarse esta lluvia (año 2009), la lluvia máxima probable en 24 horas para un período de retorno de 100 años oscilaba en el rango de los 100 mm, lo que produjo daños materiales a los bienes inmuebles y muebles propiedad de los vecinos de las colonias aledañas –como lo fue en Valle Dorado, en el Municipio de Tlalnepantla- por lo que se determinó que la causa principal de la ruptura del Canal, lo constituyó la lluvia extraordinaria de ese día (6 de septiembre de 2009).

Un particular que sufrió daños demanda ante el TFJA a la CONAGUA el pago de una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado. Para negar la indemnización, la autoridad razonó el por qué no se actualizaba la actividad irregular del Estado con la ruptura del Túnel Emisor Poniente¹¹⁸; resolvió que no se acreditó la

¹¹⁷ SISE Versión pública consulta 25 de agosto de 2016.

http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=428/04280000137913470009003.doc_1&sec=Víctor_Hugo_Luna_Vargas&svp=1

D.A. 594-2013. Sentencia de fecha 27 de febrero de 2014 emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito. Magistrado Ponente Emanuel G. Rosales Guerrero. Sentencia fue revocada por reposición de procedimiento, aún no ha causado ejecutoria al 25 de agosto de 2016.

¹¹⁸ El túnel Emisor Poniente fue construido en 1963, con el fin de proteger las inundaciones a la zona poniente del Valle de México (incluye el Distrito Federal, Naucalpan, Atizapán de Zaragoza y Tlalnepantla), que con el Emisor Poniente sólo se resolvió un aparte del problema de las inundaciones en la Ciudad de México, por lo que era necesario realizar otras obras importantes para alcanzar ese objetivo, las cuales eran parte de las obras definitivas y se concluye en el dictamen de la Comisión que ese es el caso del

responsabilidad irregular que le fue atribuida a la CONAGUA, por los daños sufridos en sus personas y bienes, pues los efectos de la lluvia severa ocurrida se debieron a condiciones meramente naturales y no a la negligencia u omisión de dicha autoridad, y que de no haber existido el evento hidrológico con las características extraordinarias como las que ocurrieron el 6 de septiembre de 2009, el Túnel Emisor Poniente hubiera resistido no sólo las aportaciones de los drenajes urbanos, como lo había venido haciendo, sino además una cantidad de lluvia o precipitación que se ubicara dentro de su rango promedio y que fue un caso de excepción a que se refiere el artículo 3° de la LFRPE (caso fortuito o fuerza mayor).

A este respecto, en la sentencia el Tribunal de Amparo indicó que se examinan hechos relacionados con daños ocasionados por el desbordamiento de un canal de aguas negras o residuales, dañosas en sí mismas, que conforme a las leyes aplicables son administradas por el Estado Federal a través de la CONAGUA y específicamente por el Organismo de Cuenca “Aguas del Valle de México”, lo que constituye un típico reclamo de responsabilidad objetiva en su concepción clásica; debiendo tenerse presente, además, que dicho canal de aguas residuales administrado por el Estado, constituye un sistema hídrico para evitar inundaciones, aspectos que son evidencia de que, el manejo de dicho canal de aguas residuales, representa un riesgo en sí mismo que se imputa al Estado en razón de su administración y manejo adecuado por parte de las dependencias específicas del Estado Federal¹¹⁹.

Emisor Poniente, obra diseñada en 1960, cuya capacidad de diseño hidráulico e hidrológico fue rebasado en los eventos ocurridos en 2009.

¹¹⁹ Cfr. Miguel Caballero, Manuel. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa, México, 2006, pp. 17 a 25.

Además se precisó en la ejecutoria analizada que otro aspecto que debe añadirse que dicho canal (en la misma zona en que se presentó el desbordamiento en estudio) ya tenía dos antecedentes de desbordamientos con daños similares, de lo que se sigue que resultaría forzado pretender que este asunto se estudie bajo el supuesto de responsabilidad patrimonial del estado por “actividad administrativa irregular” entendida como actividad contraria a la ley, infractora o ilícita o como aspecto que involucre dolo y culpa, cuando en realidad se trata de hechos típicos de responsabilidad patrimonial del Estado, objetiva y directa, por administración de riesgos, que se encuentra definida en la ley federal exactamente aplicable.

Otro dato relevante a considerar son los instrumentos internacionales que se citarán, de los cuales se desprende la obligación fundamental del Estado de que los daños sean públicamente reparados patrimonialmente por los daños sufridos por ciudadanos cuando éstos no deban ser tolerados por ellos, aspecto considerado en dicha iniciativa y que se incorporó al actual régimen de responsabilidad patrimonial del estado objetiva y directa, especialmente sobre las nociones de que ningún sistema democrático puede considerarse legítimo sin un sistema de responsabilidad del Estado por los daños que este cause; de donde surge la obligación del Estado a respetar el derecho ciudadano a formar y constituir su patrimonio, y la responsabilidad internacional en que incurriría el Estado Mexicano sino se observan los parámetros que se describirán.

Sin embargo, en cuanto a los parámetros mínimos y razonables, se encontraba la situación especial de la CONAGUA, quien tenía el deber legal de mantener el túnel emisor poniente, a fin de contener y encausar las precipitaciones pluviales y demás escurrimientos o desagües, es decir dos omisiones: 1) la operación, mantenimiento y vigilancia del túnel emisor poniente y, 2) las acciones que debió realizar

tendientes a lograr la actualización de dicha infraestructura, ante la situación de que su capacidad estaba superada por la explosión demográfica y la conexión irregular de los drenajes de los municipios de Tlalnepantla de Baz y Atizapán de Zaragoza, Estado de México, es decir, no adaptar el referido emisor a las necesidades actuales a efecto de evitar una inundación.

El deber jurídico está previsto en los artículos 9, fracciones I, IX, X, XIV, XL, XLIII, XLIV y 96 Bis 2, fracción III de la LAN¹²⁰, de los cuales se advierte que, a la

¹²⁰ "Artículo 9.- "La Comisión" es un órgano administrativo desconcentrado de "la Secretaría", que se regula conforme a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de su Reglamento Interior. "La Comisión" tiene por objeto ejercer las atribuciones que le corresponden a la autoridad en materia hídrica y constituirse como el Órgano Superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación, en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico. [...] Son atribuciones de "la Comisión" en su Nivel Nacional, las siguientes: I. Fungir como la Autoridad en materia de la cantidad y de la calidad de las aguas y su gestión en el territorio nacional y ejercer en consecuencia aquellas atribuciones que conforme a la presente Ley corresponden a la autoridad en materia hídrica, dentro del ámbito de la competencia federal, con apego a la descentralización del sector agua, excepto las que debe ejercer directamente el Ejecutivo Federal o "la Secretaría" y las que estén bajo la responsabilidad de los Gobiernos de los estados, del Distrito Federal o municipios; [...] IX. Programar, estudiar, construir, operar, conservar y mantener las obras hidráulicas federales directamente o a través de contratos o concesiones con terceros, y realizar acciones que correspondan al ámbito federal para el aprovechamiento integral del agua, su regulación y control y la preservación de su cantidad y calidad, en los casos que correspondan o afecten a dos o más regiones hidrológico - administrativas, o que repercutan en tratados y acuerdos internacionales en cuencas transfronterizas, o cuando así lo disponga el Ejecutivo Federal, así como en los demás casos que establezca esta Ley o sus reglamentos, que queden reservados para la actuación directa de "la Comisión" en su nivel nacional; X. Apoyar, concesionar, contratar, convenir y normar las obras de infraestructura hídrica que se realicen con recursos totales o parciales de la federación o con su aval o garantía, en coordinación con otras dependencias y entidades federales, con el gobierno del Distrito Federal, con gobiernos de los estados que correspondan y, por medio de éstos, con los gobiernos de los municipios beneficiados con dichas obras, en los casos establecidos en la fracción anterior; [...] XIV. Fomentar y apoyar el desarrollo de los sistemas de agua potable y alcantarillado; los de saneamiento, tratamiento y reúso de aguas; los de riego o drenaje y los de control de avenidas y protección contra inundaciones en los casos previstos en la fracción IX del presente Artículo; contratar, concesionar o descentralizar la prestación de los servicios que sean de su competencia o que así convenga con los Gobiernos Estatales y, por conducto de éstos, con los Municipales, o con terceros; [...] XL. Participar en el sistema nacional de protección civil y apoyar en la aplicación de los planes y programas de carácter federal para prevenir y atender situaciones de emergencia, causadas por fenómenos hidrometeorológicos extremos; [...] XLIII. Realizar las declaratorias de clasificación de zonas de alto riesgo por inundación y elaborar los atlas de riesgos conducentes; XLIV. Coordinar el servicio meteorológico nacional y ejercer las funciones en dicha materia;" "Artículo 96 BIS 2.- Se consideran como obras públicas necesarias que competen al Ejecutivo Federal a través de "la Comisión", las que: [...] III. Controlen, y sirvan para la defensa y protección de las aguas nacionales, así como aquellas que sean necesarias para prevenir inundaciones, sequías y otras situaciones excepcionales que afecten a los bienes de dominio público hidráulico; sin perjuicio de las competencias de los Gobiernos Estatales o Municipales."

CONAGUA, le corresponde programar, estudiar, construir, operar, conservar y mantener las obras hidráulicas federales directamente o a través de contratos o concesiones con terceros, y realizar acciones que correspondan al ámbito federal para el aprovechamiento integral del agua, su regulación y control y la preservación de su cantidad y calidad; apoyar, concesionar, contratar, convenir y normar las obras de infraestructura hídrica que se realicen con recursos totales o parciales de la federación o con su aval o garantía, en coordinación con otras dependencias y entidades federales, con el gobierno del Distrito Federal, con gobiernos de los estados que correspondan y, por medio de éstos, con los gobiernos de los municipios beneficiados con dichas obras; participar en el sistema nacional de protección civil y apoyar en la aplicación de los planes y programas de carácter federal para prevenir y atender situaciones de emergencia, causadas por fenómenos hidrometeorológicos extremos; así como fomentar y apoyar el desarrollo de los sistemas de agua potable y alcantarillado; los de saneamiento, tratamiento y reúso de aguas; los de riego o drenaje y los de control de avenidas y protección contra inundaciones.

De esta manera, la CONAGUA es la encargada de realizar las acciones necesarias para evitar las inundaciones, para lo cual se instrumentan diversas facultades legales tendentes a este fin, entre las que destacan la realización de programas, mantenimiento y preservación de infraestructura, así como las de diagnóstico, planeación y previsión de esos riesgos.

Por lo tanto, existe un deber jurídico susceptible de generar omisión que se traduzca en actuación irregular, que podría eventualmente establecerse como causa eficiente en un daño para actualizar la responsabilidad patrimonial del Estado; sin embargo, la omisión que podría generarse como reflejo del deber legal de prevenir

inundaciones no se surte por el hecho de que en la realidad acaeció una inundación, sino cuando la CONAGUA no desplegó acciones para cumplir el deber de cuidado o no realizó las acciones que, de conformidad con sus facultades, es capaz de poner a disposición para prevenir y mitigar el riesgo referido, lo cual quedó confirmado con las pruebas como fueron los dictámenes periciales.

Por tal motivo, como se acredita la falta de mantenimiento y supervisión del emisor poniente, a la que se encuentra obligada la CONAGUA se actualiza el supuesto de actividad administrativa irregular del Estado, consistente en negligencia o deficiente mantenimiento y supervisión del emisor poniente, ante la existencia de descargas de drenaje irregulares, por la falta de realización de acciones para resolver o mitigar el problema de la superación de capacidad o sobrecarga del emisor poniente, pues en los dictámenes ofrecidos por los actores se señaló que la capacidad de la estructura del emisor poniente estaba superada; además la autoridad debió, en ejercicio de sus facultades legales de previsión y regulación, llevar a cabo las tareas necesarias para evitar o reducir en lo posible el riesgo de inundaciones, lo que no efectuó, por lo que las lluvias extraordinarias únicamente constituyen un factor que provocó la ruptura en el Túnel Emisor Poniente, mas no la causa, por lo que no surte ningún caso de excepción de los previstos en el artículo 3º de la LFRPE, como lo determinó la CONAGUA en la resolución impugnada.

Además conforme a las pruebas el domicilio del demandante se encuentra en la zona afectada por la inundación y que se trataron de daños reales, evaluables en dinero por lo que se acreditó el daño material, conforme al soporte documental consistente en avalúos, las cotizaciones de precio de bienes muebles expedidos por diferentes tiendas departamentales, así como por los documentos de los automóviles siniestrados.

Se demuestra entonces que los daños sufridos por el demandante representan típicos motivos de Responsabilidad Objetiva y Directa del Estado por encontrarse inmediatamente relacionados con actividad pública —legalmente instituida y definida—, especialmente, con la actividad del Estado Federal como administrador de los recursos hídricos federales¹²¹, de manera que, en este caso, los daños sufridos por los ciudadanos a causa del desbordamiento del río de aguas residuales administrados por la Federación, no son de aquellos que deban soportar los administrados, sino que, por tratarse de un río de aguas sucias, manejado directamente por el Gobierno Federal, materialmente se trata de una “*cloaca a cielo abierto*” (concepto que, en el ámbito jurídico, se relacionan con los conceptos descritos por los artículos 1913 y 1932, fracciones II, IV, V y VI del Código Civil Federal, entre otros) y con ello es suficiente para estimar la actualización del motivo de condena, siendo por todo ello incontrovertible que este asunto debe analizarse desde la perspectiva de la administración de riesgos que debe manejar el Estado y que, en caso de generarse siniestros por dichos riesgos, esos daños deberán ser considerados objetiva y directamente imputables al Estado¹²² mediante la llamada “*Teoría de la Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública*”.

En el contexto de la LGPC, el Gobierno Federal a través de la CONAGUA, tiene clara responsabilidad patrimonial porque frente a los desbordamientos estacionales de ríos de aguas negras, deberían haberse implementado agentes reguladores, es decir acciones, obras y en general todo aquello destinado a proteger a las personas a reducir los riesgos y a controlar y prevenir los efectos adversos de un agente perturbador; dicha

¹²¹ Cfr. Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, op. cit. Navarro Mendizábal, Íñigo Alfonso. *Las Inmisiones y Molestias Medioambientales*, op. cit.

¹²² Cfr. Coleman, Jules L. *Riesgos y Daños*, op. cit.

zonas con tendencia a inundarse deberían haberse contemplado ya en el Atlas Nacional de Riesgos que es el sistema integral de información sobre los agentes perturbadores y daños esperados, resultado de un análisis espacial y temporal sobre la interacción entre los peligros, la vulnerabilidad y el grado de exposición de los agentes afectables.

Sin duda, en el marco de la LGPC los daños que sufrieron los habitantes de la zona por desbordamiento e inundación del multicitado río de aguas residuales son materia de auxilio, es decir, de respuesta de ayuda a las personas en riesgo o las víctimas de un siniestro, emergencia o desastre, por parte de grupos especializados públicos o privados, o por las unidades internas de protección civil, así como las acciones para salvaguardar los demás agentes afectables; estos fenómenos de inundación frecuentes en la zona ya deberían haber sido considerados tanto por el Centro Nacional de Prevención de Desastres y por el Comité Nacional de Emergencias y Desastres de Protección Civil; a los ciudadanos afectados ya se les debería considerar como damnificados, es decir, como sujetos afectados por un agente perturbador, por haber sufrido daños en su integridad física o un perjuicio en sus bienes de tal manera que requiere asistencia considerándose con esa condición en tanto no se concluya la emergencia o se restablezca la situación de normalidad previa al desastre, la cual sólo se considerará así hasta que se le indemnice por los daños sufridos y se realicen obras para evitar que tales desastres vuelvan a ocurrir o se les reubique.

Así las afectaciones a los particulares en este caso, fueron resultado de la ocurrencia de uno o más agentes perturbadores severos y o extremos, concatenados o no, de origen natural o que cuando acontecen en un tiempo y en una zona determinada, causan daños y que por su magnitud exceden la capacidad de respuesta de la comunidad afectada, dando lugar a situaciones de emergencia, o sea, situaciones anormales que

pueden causar daños a la sociedad y propiciar riesgos excesivos para la seguridad e integridad de la población en general, generada o asociada con la inminencia, alta probabilidad o presencia de un agente perturbador como lo son los fenómenos hidrometeorológicos, es decir, los agentes perturbadores por la acción de los agentes atmosféricos, tales como: lluvias extremas, inundaciones pluviales, fluviales, costeras y lacustres; tormentas de nieve, granizo, polvo y electricidad; heladas; sequías; ondas cálidas y gélidas; y tornados; los fenómenos químicos (por el contenido de las aguas residuales acción violenta de diferentes sustancias derivadas de su interacción molecular que comprende fugas y derrames de sustancias tóxicas; y fenómenos sanitario-ecológicos provocados por la acción patógena de agentes biológicos que afectan a la población causando alteración de salud y que comprende también la contaminación del agua, suelo y alimentos.

Es claro que en la zona ya deberían existir gestiones integrales de riesgos como conjunto de acciones encaminadas a la identificación, análisis, evaluación, control y reducción de los riesgos, considerándolos por su origen multifactorial y en un proceso permanente de construcción, que involucra a los tres niveles de gobierno, así como a los sectores de la sociedad, lo que facilita la realización de acciones dirigidas a la creación e implementación de políticas públicas, estrategias y procedimientos integrados al logro de pautas de desarrollo sostenible, que combatan las causas estructurales de los desastres y fortalezcan las capacidades de resiliencia o resistencia de la sociedad. Involucra las etapas de: identificación de los riesgos y/o su proceso de formación, previsión, prevención, mitigación, preparación, auxilio, recuperación y reconstrucción.

Razones, todas, las anteriores por las cuales ya deberían existir en el lugar plenas identificaciones de riesgos y peligros, infraestructura estratégica, instrumentos

financieros de gestión de riesgos, instrumentos de administración y transferencia de riesgos, programas para medidas de preparación para que anticipadamente se pueda asegurar una respuesta eficaz ante el impacto de un fenómeno perturbador en el corto, mediano y largo plazo; e incluso programas internos de Protección Civil, recuperación y, al menos, de recuperación y reducción de riesgos mediante análisis de vulnerabilidades, resiliencia y capacidades de respuesta, el desarrollo de una cultura de la protección civil, el compromiso público, la implementación de medidas de protección de la infraestructura crítica y desarrollo de instrumentos financieros, transferencia de riesgos, y desarrollo de sistemas de alertamiento; todo esto, con intervención tanto de la CONAGUA en coordinación con la SEGOB.

V.2. Caso accidente aéreo del avión propiedad de la SEGOB que se estrelló en Lomas de Chapultepec¹²³.

Un peatón que circulaba al momento del accidente aéreo ocurrido el 4 de noviembre de 2008 cuando un Learjet 45 se estrelló en Lomas de Chapultepec, Ciudad de México, sufrió severos daños en la mayor parte de su cuerpo, provocándole incapacidad total permanente –incapaz de trabajar—. La SEGOB procedió a través de una institución de seguros a pagarle una cantidad aproximada de dos millones de dólares americanos, cuya

¹²³ Informe Accidente SCT, Learjet 45, XC-VMC, 4 de noviembre de 2008. Los datos generales y la causa probable del accidente se definieron en el informe.

http://www.sct.gob.mx/uploads/media/Informe_Final_XC-VMC.pdf

Wikipedia.

[https://es.wikipedia.org/wiki/Accidente_a%C3%A9reo_del_XC-](https://es.wikipedia.org/wiki/Accidente_a%C3%A9reo_del_XC-VMC_de_la_Secretar%C3%ADa_de_Gobernaci%C3%B3n)

[VMC_de_la_Secretar%C3%ADa_de_Gobernaci%C3%B3n](https://es.wikipedia.org/wiki/Accidente_a%C3%A9reo_del_XC-VMC_de_la_Secretar%C3%ADa_de_Gobernaci%C3%B3n)

“El accidente aéreo del XC-VMC de la Secretaría de Gobernación mexicana, ocurrió el 4 de noviembre de 2008, cuando un Learjet 45 con matrícula XC-VMC se estrelló momentos antes de su aterrizaje. Fue en un vuelo del Aeropuerto Internacional de San Luis Potosí (San Luis Potosí) al Aeropuerto de la Ciudad de México (Distrito Federal) que había despegado a las 17:05 horas (Tiempo del Centro). Murieron 16 personas, trece en el lugar del siniestro y tres más en el hospital. Antes de iniciar el procedimiento de aproximación a la pista 05 derecha del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, el piloto del Learjet 45, no redujo la velocidad de su aeronave a 180 nudos, como se lo instruyó el controlador aéreo. Pese a que el piloto confirmó la instrucción de reducir su velocidad, nunca la cumplió. La tripulación fue instruida a reducir la velocidad a 180 nudos antes de cruzar la radio-facilidad conocida como Mateo, pero el avión se mantuvo arriba de los 250 nudos, muy alta para el corredor aéreo. La alta velocidad que registró el Learjet, pilotado por Álvaro Sánchez Jiménez, ocasionó que se acercara peligrosamente a un Boeing 767-300 de Mexicana, procedente de Buenos Aires, que iba por delante de la aeronave oficial y se alistaba también a aterrizar en la pista 05 derecha antes que el avión de la Secretaría de Gobernación. El 18 de noviembre de 2008, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes informó que la caja negra del Learjet 45 que se estrelló en Lomas de Chapultepec no funcionaba desde hacía dos años y, por tanto, no había registro de datos técnicos del percance. El 8 de diciembre, científicos del Instituto Politécnico Nacional, cuentan con equipo e instalaciones para cotejar hipótesis sobre desplome del avión Learjet 45, por lo que recrean el escenario del percance.” ...” La investigación sobre posibles responsabilidades administrativas por el desplome del Learjet 45 en el que murió Juan Camilo Mouriño tomará meses, aunque nadie ha intentado frenarla, aseguró el secretario de la Función Pública, Salvador Vega Casillas. Informó que tienen tres expedientes abiertos, en el CISEN, en la Secretaría de Gobernación y en la Secretaría de Comunicaciones y Transportes que contemplan 32 líneas de investigación. El 18 de diciembre, fueron separados de sus cargos dos funcionarios de la Secretaría de Gobernación; Francisco Javier González Muñoz, director general adjunto de Seguridad y Aeronaves, y Carlos Alfredo Juraidini Rumilla, director de Adquisiciones, Almacenes e Inventarios, como parte de la investigación sobre el desplome del Learjet 45 en el que murió Juan Camilo Mouriño. Finalmente, se concluye que el accidente se debió a negligencia de los pilotos por no seguir las instrucciones de la torre de control, quedando en medio del vórtice que dejaba el avión de mexicana que iba delante de ellos, aunado a la falta de pericia de pilotos. Se comprobó que no tenían la experiencia ni los conocimientos técnicos para pilotar esta aeronave en caso de una crisis, ya que habían falsificado sus horas de vuelo y acreditación de conocimientos técnicos.”

equivalencia se hizo en moneda mexicana, incluyendo conceptos como daños personales, gastos médicos incurridos y erogados, gastos médicos futuros y daño moral, incluyendo indemnización por riesgo de trabajo, todo ello en términos de lo dispuesto en la LFRPE, la LFT, el CCF, la LAC.

Inconforme con la indemnización, el particular presentó reclamación ante dicha Secretaría de Estado y la SCT, exigiendo el pago perjuicios –lucro cesante y proyecto de vida— así como daños morales futuros; eventualmente ésta fue negada bajo el planteamiento de que se cubrió el pago por cobertura de daños a terceros, por lo que cualquier daño fue reparado y al firmar el finiquito no se reservó acción legal alguna, además de que la LFRPE no prevé el pago de indemnizaciones por los conceptos de lucro cesante y daño al proyecto de vida.

Como la indemnización no satisfizo el interés jurídico del particular, el particular promovió juicio de nulidad; en ese sentido el TFJA debe previamente analizar si se actualiza la responsabilidad patrimonial del Estado y determinar si efectivamente existen actividades irregulares, para posteriormente determinar si lo reclamado es procedente o no, por parte de la SEGOB, así como por la SCT.

La autoridad en su defensa, planteó que de acuerdo con el Reporte/Informe Final rendido por la Comisión Investigadora y Dictaminadora de Accidentes Aéreos, dependiente de la propia SCT, emitido 9 de noviembre de 2009, se indicó que la causa probable del accidente fue la pérdida de control a baja altura y posterior impacto de la aeronave con el terreno, por encuentro con turbulencia de estela producida por aeronave que le predecía, esto es, se trató de un accidente y por ende constituye una excluyente de responsabilidad el Estado, al tratarse de un caso de fuerza mayor.

Bajo este panorama, al aplicar lo dispuesto por el artículo 21 de la LFRPE, se presenta un problema importante, porque la causa productora del daño no es identificable, al tratarse de una causa probable, e independientemente de que dicho precepto exija examinar las condiciones o circunstancias originales o sobrevenidas y que hayan podido atenuar o agravar la lesión patrimonial reclamada, el Tribunal deben aplicar los parámetros de debida diligencia o cuidado razonable.

Así de acuerdo con la información de la SCT, al realizar una investigación, se advirtieron irregularidades del personal adscrito a la Dirección General de Aeronáutica Civil y del órgano desconcentrado SENEAM, porque derivado del informe referido, se advirtió falta de capacidad adecuada de la tripulación de la aeronave, demora de la tripulación de vuelo en la reducción de la velocidad, falta de control de tránsito aéreo en emitir una medida correctiva al acercamiento excesivo de aeronaves, otorgamiento de capacidades de vuelo con problemas administrativos y posible corrupción, y la insuficiente supervisión del operador de la aeronave al prestador de servicios de mantenimiento y operación, como factures contribuyentes directos o indirectos del percance.

Resulta por tanto insuficiente determinar si existe la actividad administrativa irregular que se atribuye a las autoridades, y si entre ésta y los daños sufridos por el demandante existe un nexo causal; tampoco es suficiente que en términos del artículo 3º de la LFRPE, los daños y perjuicios deriven de causas de fuerza mayor o caso fortuito para que el Estado esté exento de la obligación de indemnizar por dichos daños.

De de ninguna manera puede considerarse que la propiedad y uso de un bien mueble, como lo es la aeronave Lear jet, Modelo 45, representa una actividad administrativa y menos aún, que se trata de una actividad irregular, porque en términos

del artículo 134 Constitucional y la LAASSP¹²⁴, la SEGOB, al igual que cualquier otra Dependencia del Ejecutivo Federal, se encuentra posibilitada para adquirir bienes muebles e inmuebles, para desarrollar las actividades que a cada una de ellos se encuentren encomendada, y destinarlo a los servicios que considerase pertinentes, tales como en el caso lo fue, el traslado del titular de dicha dependencia a diversos actos oficiales, en el caso específico, la puesta en marcha del Programa Paisano 2008 (lo cual se invocó como Hecho Notorio), por lo que el pago efectuado por la SEGOB implica el cumplimiento de su obligación en materia de responsabilidad civil objetiva, en términos del artículo 1913 del CCF.

Sin embargo, respecto a la actividad administrativa de la SCT, se desprende que el siniestro no se produjo por caso fortuito o de fuerza mayor ni tampoco por un acontecimiento imprevisible de acuerdo con la ciencia o técnica en ese momento, sino por diversos factores de incumplimiento del deber de cuidado y diligencia promedio razonable, dado que existió falta del Control de Tránsito Aéreo en emitir una medida correctiva al acercamiento excesivo de las aeronaves, fatiga acumulada del Controlador de Tránsito Aéreo, otorgamiento de capacidades de vuelo con problemas administrativos y probable corrupción, entre otras.

Como se desprende, del informe de referencia, se detectó que la Dirección General de Aeronáutica omitió supervisar, debido a la carencia de recursos materiales y humanos, debidamente el funcionamiento de algunas de las escuelas de adiestramiento

¹²⁴ “Artículo 5.- Será responsabilidad de las dependencias y entidades contratar los servicios correspondientes para mantener adecuada y satisfactoriamente asegurados los bienes con que cuenten. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando por razón de la naturaleza de los bienes o el tipo de riesgos a los que están expuestos, el costo de aseguramiento represente una erogación que no guarde relación directa con el beneficio que pudiera obtenerse o bien, se constatare que exista oferta de seguros en el mercado para los bienes de que se trate. La Secretaría autorizará previamente la aplicación de la excepción.”

para el personal técnico aeronáutico, ya que se presumió que los tripulantes de la aeronave accidentada, podían haber obtenido de manera irregular y presuntamente ilegal los certificados para volar el Learjet 45, sin haber tomado debidamente los cursos de entrenamiento y que el Controlador de aproximación, transfirió la aeronave a la torre de Control MEX, sin cumplir con los requisitos establecidos en los procedimientos de separación mínima y de velocidades iguales, entre los tráficos (aeronaves) involucrados.

En este sentido la Dirección General de Aeronáutica Civil y el órgano desconcentrado Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano (SENEAM), no cumplieron con las facultades y obligaciones que le son propias, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36 de la LOAPF, dentro de las cuales destacan regular y vigilar la administración de los aeropuertos nacionales, conceder permisos para la construcción de aeropuertos particulares y vigilar su operación y administrar la operación de los servicios de control de tránsito, así como de información y seguridad de la navegación aérea; incluso la SCT cuenta con el SENEAM, el cual, de acuerdo con el Reglamento Interior de la SCT –artículos 2º y 18 fracciones II, VI, XVII y XXXI— corresponde a la Dirección General de Aeronáutica Civil, regular, coordinar, vigilar y controlar el servicio de transporte aéreo nacional e internacional, tramitar las solicitudes de concesión, y otorgar los permisos y autorizaciones para la prestación de los servicios de transporte aéreo regular, no regular, internacional, nacional o del servicio aéreo privado nacional y, en su caso, del no comercial, promover la formación, capacitación y adiestramiento del personal técnico aeronáutico, coordinar los programas y funcionamiento del Centro Internacional de Adiestramiento de Aviación Civil, así como otorgar permisos y verificar el funcionamiento de centros de formación, capacitación y adiestramiento del personal técnico aeronáutico y vigilar que el servicio de transporte aéreo se efectúe en los términos

y condiciones señalados en la ley y en los reglamentos en la materia, en las normas oficiales mexicanas.

En tanto que las atribuciones específicas del SENEAM, derivan de lo que al efecto establece el Acuerdo por el que se crea el mencionado Órgano desconcentrado de la SCT, publicado en el Diario Oficial Federación el 03 de octubre de 1978, que establece que le corresponde: *“I. Proporcionar los servicios para la navegación aérea del Control de Tránsito Aéreo, Meteorología. Aeronáutica, Sistemas de Ayuda a la Navegación Aérea, Telecomunicaciones Aeronáuticas, Servicios de despacho y Control de Vuelos y otros que sean necesarios en la República Mexicana, con el fin de garantizar el transporte seguro y eficiente de personas y bienes en el espacio aéreo mexicano.”*

Por lo tanto, la Dependencia citada, a través de las unidades administrativas a su cargo (DGAC y SENEAM) dejó de realizar aquellos actos de cuidado y supervisión a los que se encontraba obligado, y esas omisiones contribuyeron a que se presentara el percance que causó el daño al particular afectado.

Además no se actualizan las hipótesis de caso fortuito o de fuerza mayor, porque si bien se está en presencia de un accidente aéreo, que tuvo como causa probable la pérdida de control a baja altura y posterior impacto de la aeronave en el terreno, por encuentro con turbulencia de estela producida por la aeronave que le precedía, dicho percance tuvo como factores contribuyentes los que ya han sido debidamente indicados y que son atribuibles a la SCT (DGAC y SENEAM), y que denotan la falta de eficiencia, por la indebida supervisión y adecuada realización de las atribuciones propias de dichas Dependencias, existiendo una directa relación, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre las multicitadas conductas o factores contribuyentes y los daños ocasionados, y porque tal como ha quedado evidenciado influyeron diversas causas que al margen de la

turbulencia respectiva denotan la falta de diligencia en la supervisión y en la prestación de los servicios de radionavegación.

Así entonces, derivado de un juicio de razonabilidad, no puede considerarse que el actuar de la SCT — medios por ella empleados o desplegados—, sea adecuada a la debida diligencia en el cumplimiento de sus atribuciones y la prestación de los servicios de navegación, tomando en cuenta que si los daños se hubieran producido exclusivamente por el encuentro de la aeronave Lear jet 45 con la turbulencia de la aeronave que le precedía o con una turbulencia originada por causas meteorológicas, y que la autoridad hubiese demostrado que llevó a cabo las acciones relativas al control de vuelo debida diligencia, en tales condiciones se entendería que se actualiza una excluyente; sin embargo la SCT no observó en su actuar las normas que rigen su funcionamiento y el SENEAM no cumplió con los parámetros establecidos para su correcto funcionamiento.

En consecuencia, es procedente determinar que el Estado a través de la SCT, es responsable patrimonialmente del daño, sin embargo cabe aclarar que este trabajo no tiene como objetivo analizar de manera profunda la reparación integral, esto es, lo relativo a si el daño moral al afectado y el lucro cesante así como al proyecto de vida, debe ser reparado en vía de compensación (indemnización).

V.3. Caso de daño en predio de un particular por derrame de hidrocarburos derivado de una red propiedad de PEMEX¹²⁵.

Con motivo de un poro corrosivo en la red de hidrocarburos -denominada poliducto de 10 pulgadas de diámetro nominal subterráneo que pasa por el sur de Puebla para abastecer Atlixco y varios municipios de Morelos- se produjo un accidente con flujo de diesel calculado en tres toneladas del hidrocarburo, mismo que se vertió en diversos predios colindantes a la zona federal; informado que fue PEMEX -en su carácter de organismo público descentralizado¹²⁶- del accidente llevó a cabo los trabajos de taponamiento.

El derrame se suscitó derivado de la pérdida de hermeticidad en el ducto, provocando que se abriera un poro, mismo que con el paso de los días creció y por consiguiente generó un gran derrame de hidrocarburo causando daños a los predios agrícolas colindantes.

Afectados que fueron diversos ejidatarios en sus previos, uno de éstos presentó demanda de nulidad ante el TFJA (otrora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), alegando actividad irregular del Estado que dejó improductivas las tierras para cultivos y las actividades agrícolas que realizaron; en su defensa PEMEX, en su momento propietario, administrador y responsable de esa red de hidrocarburos, a

¹²⁵ Cavazos-Arroyo, Judith y Pérez-Armendáriz, Beatriz., *Afectaciones y consecuencias de los derrames de hidrocarburos en suelos agrícolas de Acatzingo, Puebla, México*”, en 2010 se aprobó la construcción de un gasoducto más, que atravesaría el sur de Puebla para abastecer Atlixco y varios municipios de Morelos, y que actualmente se encuentra en funcionamiento 2014”. “Cada cien o doscientos metros hay un poste que indica que en ese lugar pasan ductos de hidrocarburos. Se sabe que hay que mantener cierta distancia, que está prohibido sembrar en ese lugar y que el tractor no debe acercarse a esa zona porque “pegará” con los ductos, y que si estos se rompen afectarán el suelo y la cosecha. Los entrevistados recuerdan 2002 como uno de los años con mayores derrames de hidrocarburos en la zona; sin embargo, mencionan que la frecuencia de los mismos se ha incrementado en años recientes”. En los años 2013 y 2014, no existe suficiente certeza de que se trataron en todos los casos de tomas clandestinas y tampoco se demostró la existencia del tercero generador del ilícito.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/asd/v11n4/v11n4a6.pdf>

¹²⁶ Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 06 de febrero de 1971.

través de PEMEX DISTRIBUCIÓN, hizo valer las hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor, además de la imprevisibilidad (no se podía evitar) según el estado de los conocimientos de la técnica existente al momento del acaecimiento.

Aunado a los elementos que establece la ley para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, el juzgador debe analizar cuestiones técnicas, para determinar si PEMEX es responsable del derrame en comento y por ende, del daño ocasionado, dado que argumentó que se actualizó caso fortuito o de fuerza mayor ajeno a su voluntad y la imprevisibilidad del accidente.

Además de investigar los procedimientos que emprendió PEMEX para las actividades de transporte mediante la red de hidrocarburos, el grado real de supervisión y de control, las obligaciones previstas en las disposiciones aplicables a dicho organismo, así como de los esfuerzos para controlar y mitigar los efectos del accidente, se debe llevar a cabo el desahogo de las pruebas periciales, para determinar si hubo negligencia en el accidente.

Así, la autoridad alegó que se configuraba un “caso fortuito” ante la presentación de un suceso inesperado, sorpresivo, o que hubiera sido muy difícil de prever en la medida que no se cuenta con experiencias previas o consistentes de la probabilidad o riesgo de que ocurra un siniestro; mientras que la “fuerza mayor” se traduce en la ocurrencia de un suceso inevitable, aunque previsible o relativamente previsible –como un huracán o terremoto— de carácter extraordinario.

De ahí que los factores importantes a considerar para determinar la existencia de una responsabilidad administrativa, son la inevitabilidad del hecho dañoso y la consecuente falta de culpa cuando el hecho es ajeno al responsable, o exterior al vicio o

riesgo de la cosa; es decir, lo decisivo consiste en analizar si el daño puede considerarse imprevisible o, pudiendo preverse es inevitable¹²⁷.

Independientemente de que, los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito tienen un mismo o diverso significado, no se puede negar que sus elementos fundamentales y efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo. La tesis aislada sin número sustentada por la Sala Auxiliar de la SCJN¹²⁸, explica el caso fortuito o de fuerza mayor.

¹²⁷ Tesis I.4o.A.38 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Marzo 2013, t. 3, p. 2076, Registro 2003142. “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. NOCIONES DE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR COMO CAUSAS EXIMENTES DE AQUÉLLA. En materia de responsabilidad patrimonial del Estado como producto de su actividad administrativa irregular, si bien es cierto que los reclamantes deben acreditarla, también lo es que el ente estatal demandado y destinatario de la norma está constreñido a acreditar la debida diligencia, acorde con la normativa o en la *lex artis* de la profesión cuando se trata de la prestación de un servicio, o bien, que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento de su acaecimiento, o por la existencia de la fuerza mayor. En este contexto, es preciso tomar en consideración al caso fortuito y a la fuerza mayor como causas eximentes de la responsabilidad administrativa. Así, el primero se refiere a la presentación de un suceso inesperado, sorpresivo, que se produce casual o inopinadamente, o que hubiera sido muy difícil de prever en la medida que no se cuenta con experiencias previas o consistentes de la probabilidad o riesgo de que ocurra un siniestro. Por su parte, la fuerza mayor se traduce en la ocurrencia de un suceso inevitable, aunque previsible o relativamente previsible -como un huracán o terremoto- de carácter extraordinario. Consecuentemente, los factores importantes a considerar son la inevitabilidad del hecho dañoso y la consecuente falta de culpa cuando el hecho es ajeno al responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa; esto es, lo decisivo consiste en analizar si el daño puede considerarse imprevisible o, pudiendo preverse es inevitable. Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguet Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.”

¹²⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t. 121-126 Séptima Parte, p. 81 “CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS.- Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales

Ahora bien, la obligación de debida diligencia deriva esencialmente de la costumbre y consiste en el cuerpo general de reglas de comportamiento que se esperan de un “buen gobierno”; el resultado de ello es el deber de diligencia, cuya aplicación varía dentro de las situaciones dentro de las cuales el Estado es requerido a cumplir con esa obligación, incluyendo las posibilidades prácticas de supervisión. De tal manera que PEMEX debió demostrar que la polución fue causada por un evento o factor completamente imprevisible, pues de lo contrario es evidente la actualización de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Es posible considerar que la responsabilidad deriva de que el transporte de hidrocarburos a través de una red subterránea con niveles altos de presión y explosividad, implica por sí misma una actividad ultrariesgosa, es decir, que el riesgo de daño es mayor en grado e ineluctable a pesar de todo cuidado razonable, el Estado que ejerce el control sería responsable de la eventualidad de un daño de tales magnitudes, -dentro de las cuales se encuentran aquellas que puedan ocasionar un cambio substancial al medio ambiente, la perturbación de las fuerzas y presiones geofísicas, la modificación de procesos biológicos, y los riesgos económicos y financieros de desestabilizan los mercados, entre otros casos—.

Se comprobó por hechos notorios derivados de los informes anuales (años anteriores) del organismo descentralizado la existencia reiterada de accidentes de la misma naturaleza sobre todo en Puebla, una de las cuatro entidades de la República Mexicana con más accidentes de hidrocarburos, por lo que las acciones preventivas y de

hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.”

mantenimiento fueron precarias, y PEMEX no acreditó haber llevado a cabo acciones de inspección y mantenimiento del poliducto dentro de un plazo razonable (al menos cada año), máxime que existen válvulas para el monitoreo de la presión del producto.

No resultó aplicable el supuesto previsto en el artículo 15 fracción I inciso c), de la LRA27CRP, sino la obligación de control y administración de la red, en términos de lo dispuesto en el artículo 5º fracciones I y VI de la LPEMEX¹²⁹.

Según se advierte de tales preceptos, las personas que realicen actividades previstas en la LRA27CRP, deben cumplir con las disposiciones administrativas y normas de carácter general que expidan las autoridades correspondientes en el ramo de energía, entregando la información o reportes que les sean requeridos, estableciendo de manera específica que PEMEX y sus organismos subsidiarios, tratándose de actividades que constituyan la industria petrolera, deberán evitar desperdicio o derrame de hidrocarburos, en el entendido que no serán responsables de los desperdicios o derrames de hidrocarburos que resulten de actos ilícitos, caso fortuito o fuerza mayor —supuesta inexistencia de un nexo causal que vincule a dichos organismos con el resultado de la conducta efectuada—.

¹²⁹ LRA27CRP.- “Artículo 15.- Las personas que realicen alguna de las actividades a que se refiere la presente Ley, deberán cumplir con las disposiciones administrativas y normas de carácter general que expidan en el ámbito de sus competencias, la Secretaría de Energía, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía, en términos de la normatividad aplicable, así como entregar la información o reportes que les sean requeridos por aquellas. De manera específica, se señalan las siguientes obligaciones: I. Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, tratándose de actividades que constituyen la industria petrolera, deberán: [...] c) Evitar desperdicio o derrame de hidrocarburos, en el entendido de que Petróleos Mexicanos no será responsable de los que resulten de actos ilícitos, caso fortuito o fuerza mayor; [...]”. LPEMEX (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014) “Artículo 5.- Petróleos Mexicanos tiene por objeto llevar a cabo, en términos de la legislación aplicable, la exploración y extracción del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, así como su recolección, venta y comercialización. Asimismo, Petróleos Mexicanos podrá llevar a cabo las actividades siguientes: I. La refinación, transformación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, exportación e importación de petróleo e hidrocarburos y los productos que se obtengan de su refinación o procesamiento y sus residuos, y la prestación de servicios relacionados con dichas actividades; [...] VI. El aprovechamiento y administración de inmuebles, de la propiedad industrial y la tecnología de que disponga; [...]”.

En el caso también resultaron aplicables los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º bis de la LRA27CRP¹³⁰, en cuanto a las obligaciones de PEMEX, dado que la controversia deriva de hechos anteriores a la reforma energética en dicho rubro.

Resalta que el legislador estableció en el artículo 7º Bis de la LRA27CRP, que Petróleos Mexicanos ejecutará las acciones de prevención y de reparación de daños al medio ambiente o al equilibrio ecológico a causa de las obras u operaciones de la industria petrolera. Lo anterior se robustece con la exposición de motivos de la LR27CRP, en la que se indica que el objetivo de la misma es refrendar el dominio directo de la Nación

¹³⁰ “Artículo 1o.- Corresponde a la Nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en el territorio nacional, incluida la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que componen el aceite mineral crudo, lo acompañan o se derivan de él. [...]” “Artículo 2o.- De conformidad con lo dispuesto en los párrafos cuarto del artículo 25 y sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo la Nación podrá llevar a cabo las distintas explotaciones de los hidrocarburos, que constituyen la industria petrolera en los términos del artículo siguiente. En esta Ley se comprende con la palabra petróleo a todos los hidrocarburos naturales a que se refiere el artículo 1o. [...]” “ARTICULO 3o.- La industria petrolera abarca: I. La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación; II. La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración, y se exceptúa del párrafo anterior el gas asociado a los yacimientos de carbón mineral y la Ley Minera regulará su recuperación y aprovechamiento, y III. La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo y del gas que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos, que a continuación se enumeran: 1. Etano; 2. Propano; 3. Butanos; [...]” “ARTICULO 4o.- La Nación llevará a cabo la exploración y la explotación del petróleo y las demás actividades a que se refiere el artículo 3o., que se consideran estratégicas en los términos del artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por conducto de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios. Salvo lo dispuesto en el artículo 3o., el transporte, el almacenamiento y la distribución de gas podrán ser llevados a cabo, previo permiso, por los sectores social y privado, los que podrán construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos, en los términos de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de regulación que se expidan. El transporte, el almacenamiento y la distribución de gas metano, queda incluida en las actividades y con el régimen a que se refiere el párrafo anterior.” “Artículo 5o.- El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Energía, otorgará exclusivamente a Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios las asignaciones de áreas para exploración y explotación petroleras. El Reglamento de esta Ley establecerá los casos en que la Secretaría de Energía podrá rehusar o cancelar las asignaciones.” “Artículo 7o. Bis.- Petróleos Mexicanos ejecutará las acciones de prevención y de reparación de daños al medio ambiente o al equilibrio ecológico a causa de las obras u operaciones de la industria petrolera y está obligado a sufragar sus costos, cuando sea declarado responsable por resolución de la autoridad competente, en términos de las disposiciones aplicables.” Nota: Ley Abrogada por Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas publicado en el DOF el 11-08-2014.

de los hidrocarburos, regulando a la personas que realicen las actividades de la industria petrolera, por conducto de la SENER, la Comisión Nacional de Hidrocarburos o de la Comisión Reguladora de Energía, en el ámbito de sus respectivas competencias¹³¹.

En conclusión, el artículo 15 fracción I inciso c), de la LRA27CRP únicamente exime a Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, de que sea considerado responsable directo de los derrames que resulten de actos ilícitos, caso fortuito o de fuerza mayor, con respecto a las actividades reguladas por la misma ley, en el ámbito de competencia de la SENER, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía.

Pero, en el caso, el hecho generador de la responsabilidad lo constituye la acción, omisión o negligencia en el derrame de hidrocarburos, como titular y garante de la seguridad de los ductos que transportan hidrocarburos; la CONAGUA sostiene que se actualizaron las excluyentes de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, en términos de lo dispuesto en el artículo 24, tercer párrafo de la LFRA, así como en lo dispuesto en el artículo 15 fracción I inciso c) de la LRA27CRP, sin embargo no está exenta de cumplir su obligación de llevar a cabo las medidas de preventivas, para evitar consecuencias futuras irreversibles que pusieran en riesgo a los particulares, por lo que al no cumplir los parámetros de debida diligencia y cuidado se le considera responsable del daño y debe repararlo —en el caso de algunos siniestros las tierras quedan sin utilidad agrícola, por lo que se indemnizan las cosechas que se pierden y las que se pudieren haber generado en años posteriores—.

¹³¹ Lo que se advierte del proceso legislativo respectivo, contenido en la Gaceta Parlamentaria número 2622-I de fecha 28 de octubre de 2008, Año XI, disponible para su consulta (<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/oct/20081028-I.pdf>).

En suma, lejos de tratarse de sucesos desacostumbrados e imprevisibles, más bien se trata de un fenómeno reiterado previsible¹³², sujeto a mantenimiento preventivo, no existió prevención razonable incumpliendo sus deberes de diligencia.

Así, el Estado Mexicano, a través de PEMEX es responsable por los daños causados por actividades de transporte y distribución de hidrocarburos realizadas bajo su control a través del poliducto de su propiedad.

¹³² Cfr. Informe Anual PEMEX 2002, pp. 12 y 13.

http://www.pemex.com/ri/Publicaciones/Informe%20Anual%20Archivos/anual_esp_02.pdf

Cfr. Informe Anual PEMEX 2003, pp. 20 y 21.

http://www.pemex.com/responsabilidad/sustentable/informes/Documents/ids_2003_esp.pdf

Ambas consultas el 25 de agosto de 2016.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La responsabilidad patrimonial es consecuencia precisamente del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, incluyendo el llevar a cabo actividades administrativas riesgosas así como en la administración de bienes peligrosos de los cuales es titular, que generen daños a los particulares que no deban soportar.

SEGUNDA. El modelo de Responsabilidad Patrimonial del Estado debe reafirmar el derecho a la buena administración así como el principio *pro personae*, como un auténtico modelo protector de las personas que debe procurar la protección de su patrimonio y debe brindar medidas especiales de seguridad previniendo precisamente su mayor vulnerabilidad, hasta que las protecciones sean suficientes.

TERCERA. Los operadores jurídicos no disponen de un sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado que genere certeza jurídica tratándose de actividades administrativas riesgosas y bienes peligrosos.

CUARTA. El Estado debe reparar los daños que se produzcan por actividades riesgosas y asumir una posición de mejoramiento continuo, mayor control y ejecución en las medidas necesarias para asumir sus obligaciones previstas en la ley.

QUINTA. Las reglas de la responsabilidad del derecho civil son inaplicables a la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que éste tiene como principal objetivo satisfacer necesidades de carácter general, satisfacer el interés general, de manera que

invocar estas reglas alteran el texto constitucional, pues la responsabilidad objetiva y directa en términos del último párrafo del artículo 109 Constitucional es completamente opuesta al derecho civil.

SEXTA. Es importante establecer directrices en actividades riesgosas previsibles, para impedir que los particulares abusen de la institución jurídica, convirtiéndola en un instrumento generador de ingresos en perjuicio de las finanzas públicas y no se desborde la responsabilidad en las fronteras de la proporcionalidad; el Estado debe brindar medidas de seguridad suficientes en actividades riesgosas previniendo su mayor vulnerabilidad y cuidando que las protecciones sean suficientes se ubicará en el campo de la imprevisibilidad en el que es improcedente la responsabilidad patrimonial del Estado.

SÉPTIMA. El riesgo creado excepcionalmente por el Estado debe sujetarse a la directriz de prevención de riesgo y precaución analizando los alcances de cada una de las actividades riesgosas; implica que sus actividades riesgosas están constituidas por factores previsibles, en la medida de su menor o mayor aplicación, deberán tomarse en cuenta para la graduación de la condena y el juzgador debe valorar las circunstancias especiales del riesgo.

OCTAVA. Los criterios o parámetros que deben analizarse por los juzgadores en el riesgo creado excepcional son la ausencia de prevención razonable, diligencia debida o cuidado preventivo, conducta adoptado por el Estado y su posición de garante; el primero implica que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son

exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos y que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles, el segundo, que se deben tener en cuenta los instrumentos de prevención utilizados, la calidad de la respuesta y la reacción del Estado, el tercero criterio, si el Estado retrospectivamente autorizó cierta conducta, y la hizo propia, y la cuarta, la posición de garante en virtud de injerencia, consistente en que quien crea u origina riesgos para los bienes jurídicos, tiene el deber de revocar el peligro y en su caso asegurarlos.

NOVENA. Los parámetros aplicables a la responsabilidad internacional del Estado son aplicables y útiles en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, al ser creados a partir de principios elementales de razonabilidad y proporcionalidad con la situación especial del daño causado por actividades riesgosas y bienes peligrosos utilizados por el Estado.

DÉCIMA. El Estado debe realizar un estudio periódico de carácter financiero, técnico o científico que permita dimensionar y determinar los alcances de todas las actividades administrativas riesgosas, a fin de determinar si puede asumir su responsabilidad con los límites presupuestales fijados por la ley, para que sean definidos en las leyes aplicables, de lo contrario deberá contratar seguros de riesgos pagando las primas correspondientes o en su defecto, no asumir el riesgo o la ejecución de actividades riesgosas y permitir que otros particulares lleven a cabo tales actividades de riesgo cuando las consideren rentables.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 8ª ed., Porrúa, México, 1988.

AGUADO ROMERO, Gabriela, *et al.*, *Derecho Administrativo: Un Ámbito de Respeto, Promoción y Protección y Garantía de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2016.

ALTERINI, Atilo Anibal, *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera ed., Editorial Harla, México, 1984.

BÉJAR RIVERA, Luis José, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, México, 2012.

BÉJAR RIVERA, Luis José. *La finalidad del acto administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2010.

BÉJAR RIVERA, Luis José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Entre la responsabilidad subjetiva y objetiva. El reto del sistema mexicano en Estado de Derecho y Responsabilidad Administración, Unión Europea, España, México, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, UBIJUS, México, 2014.

BIELSA, Rafael, *Responsabilidad del Estado como Poder Administrador*, T. 43 en *Jurisprudencia Argentina*, 1933.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 1991.

CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. *La Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. El Caso del Agua en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

CASTRO ESTRADA, Álvaro, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, 1ª y 2ª ed. Porrúa, México, años 1997 y 2000.

CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional. La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa, México, 2005.

COLEMAN, Jules L. *Riesgos y Daños*, Marcial Pons-Filosofía y Derecho, Madrid, 2010 traducción de *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, 1992.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1998.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Culpa y Riesgo en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

DÍAZ, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y Contaminación. Aspectos Jurídicos*, Porrúa, 1982.

ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Levitán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*. Barcelona España, Marcial Pons, 2009.

FERNÁNDEZ, Vicente, *Responsabilidad Patrimonial del Estado en México e Iberoamérica*. México, Porrúa, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Primera versión latinoamericana. Palestra Temis, Bogotá, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española. Estudios de Ciencia Administrativa*, 7ª ed., Thompson Civitas, Madrid, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Europeo Tras la Revolución Francesa*, 3ª ed., Thompson Reuters- Civitas, Madrid, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Tecnos, Madrid, 1970.

GIMÉNEZ-CANDELA, *Roma e America: diritto romano comune*, T. 8, Italia, 1999.

GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2011.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch y Cía, Barcelona España, 1950.

KELSEN, Hans, *El Derecho de las Naciones Unidas*, Berkley University, 1965.

LA BIBLIA, *Las Sagradas Escrituras*, versión Casiodoro de Reyna Cipriano de Valera, 1960.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, et al., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Porrúa-ITAM, México, 2004.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

MAZEAUD HENRY LEÓN, Mazeaud Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte I, t. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Librería-Editorial Dykinson, España, 2003.

MIGUEL CABALLERO, Manuel, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Porrúa, México, 2006.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, *Las Inmisiones y Molestias Medioambientales. Tutela Preventiva Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

PAILLET, Miche, *La Responsabilidad Administrativa* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PATÍÑO MANFER, Ruperto, *et al.*, *Temas Selectos de Derecho Administrativo en Homenaje a los 40 años del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. et Al.* Porrúa, México, 2011.

PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado ocasionado por el riesgo o vicios de las cosas en Estudios de Derecho Administrativo XII*, Díké, Mendoza, 2005.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Derecho de las Obligaciones*, Cárdenas, México, 1983.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Estado de Derecho y Responsabilidad Administrativa, Unión Europea, España, México, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, Universidad Panamericana y UBIJUS, México, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; BÉJAR RIVERA, Luis José y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, tomos I y II, Espress, México, 2014.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, t. V, Vol. II, Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1985.

ROSENKRANTZ, Carlos F., *La Responsabilidad Extracontractual*, Yale Law School-Gedisa, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2014.

URIOSTE BRAGA, Fernando, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*. Editorial B de F, Montevideo, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Derecho dúctil*, Madrid, 1995.

REVISTAS Y PUBLICACIONES

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *La responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros*, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 337, 2008.

ROSSENE, Shabati, *La Corte Internacional. Que es y cómo funciona*, Publicaciones de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1997.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN *Semanario Judicial de la Federación*, Novena y Décimo Época.

FUENTES WEB O INFORMÁTICAS

BARBOZA, julio. *La responsabilidad Internacional*, [http://www.oas.org/%E2%80%A6/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho internacional_2006_Julio_Barboza.pdf](http://www.oas.org/%E2%80%A6/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf).

CÓNGRESO DE LA UNIÓN
www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

DE SIQUEIRA, José Eduardo. *El principio de Responsabilidad de Hans Jonas*, <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/171-193.pdf>.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Responsabilidad Objetiva. Elementos*; www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/3/jur/jur15.pdf.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo*, "Control jurisdiccional de la Administración Pública" <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=280>.

PETRÓLEOS MEXICANOS. <http://www.pemex.com>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://dle.rae.es>

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE. <http://www.scielo.org.mx>

Sistema Integral de Seguimiento de Juicios del Poder Judicial de la Federación. CJF. <http://sise.cjf.gob.mx>

THOBANI, Mateen. *Infraestructura privada, riesgos del Estado. Marzo 1999*, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1993/03/pdf/thobiani.pdf>.

THOMAS HOBBS, *El Leviatán*.
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>