

DERECHO ADMINISTRATIVO

ELSA CRISTINA ROQUÉ FOURCADE

Instituciones que regulan a la Administración Pública en cuatro temas: 1) La función pública y la reparación de los daños. 2) Los recursos naturales y los derechos fundamentales. 3) La infraestructura y el derecho a bienes y servicios públicos. 4) La facultad normativa de los órganos administrativos como medios necesarios para el cumplimiento de las leyes

DERENAT – TEORÍA JURÍDICA

2017

**CUATRO TEMAS
DE ACTUALIDAD**

ELSA CRISTINA ROQUÉ FOURCADE

Universidad Autónoma Metropolitana -Azcapotzalco-

DERECHO ADMINISTRATIVO

CUATRO TEMAS DE ACTUALIDAD

DERENAT – Teoría Jurídica. 2017

1ª edición, Edición electrónica. <http://gidam.azc.uam.mx/>

ISBN: 978-607-97601-1-3

Impreso en México / *Printed in México*

Editado por DERENAT, A. C.

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
Capítulo 1	7
Antecedentes de la responsabilidad objetiva	7
Un tipo propio del derecho público mexicano	11
I. La reparación de daños como institución de derecho público	17
II. Responsabilidad objetiva no se funda en la “lesión antijurídica”	24
III. La lesión antijurídica en México	29
IV. Responsabilidad objetiva se fundamenta en “Actividad administrativa irregular”	33
Sentido de irregular en los Dictámenes: confusión del legislador	35
Sentido de irregular en la ley reglamentaria	39
Precisiones doctrinales	42
V. Causas que liberan al Estado de la obligación de indemnizar	48
Carga de la prueba	54
VI. La figura en la interpretación judicial	60
Interpretación respecto de un derecho fundamental acotado	60
Interpretación respecto del carácter de la responsabilidad patrimonial del Estado	64
Casos en que la irregularidad es un hecho culposos	67
Responsabilidad subjetiva. Casos expresos	76
A modo de conclusión del capítulo	78
Capítulo II	82
Dominio Público como régimen para la conservación de los recursos naturales	82
I. Noción de dominio público	87
II. Ámbito subjetivo del régimen de la Ley General de Bienes Nacionales –LGBN–	89
III. Responsabilidades en materia de bienes nacionales	90

IV.	Expropiación, limitaciones y modalidades a la propiedad privada. Vía de derecho público para la incorporación de bienes al patrimonio nacional	91
V.	El régimen de dominio público en la legislación de las Entidades Federativas	96
	Expropiación, limitaciones y modalidades a la propiedad privada en la legislación de las Entidades Federativas	100
	Capítulo III	111
	Los contratos administrativos en función de la conservación de los recursos naturales	111
I.	Algunas consideraciones sobre Contrato administrativo	114
	Compras y servicios al sector público	114
	Obras públicas y servicios relacionados	119
II.	Identificación de los contratos administrativos	122
III.	La concesión administrativa. Visos de contrato administrativo	125
IV.	Hacia una propuesta del Contrato administrativo y recursos naturales	129
	Capítulo IV	132
	Atribuciones normativas de los órganos administrativos	132
I.	Planteo del problema	132
II.	Antecedentes para el estudio. Facultad reglamentaria (reglamento de ley)	135
	En la doctrina	136
	En la jurisprudencia nacional	138
III.	Facultad reglamentaria. sus límites.	139
IV.	Facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Principios que la rigen	141
V.	Una aproximación a los reglamentos autónomos: En la jurisprudencia nacional	143
VI.	Contenido y alcance la facultad reglamentaria cuando se trata de los Municipios.	144
VII.	Una aproximación a normas reglamentarias integradoras o complementarias (de igual jerarquía que los reglamentos de ejecución de ley): En la jurisprudencia nacional	145
	Tesis que niegan tal posibilidad.	145
	Bibliografía	154
	Del capítulo I	154
I.	Diccionario	156
	Del capítulo II	157
I.	Doctrina	157

II. Diccionario 159

Del capítulo III 159

I. Doctrina 159

II. Diccionario 161

III. Documentos 161

INTRODUCCIÓN

La historia del derecho en México constituye un devenir especial desde la consolidación de la independencia y de la soberanía nacional hasta nuestros días. Con diversos hitos, la formación del Estado enfrentó un sinnúmero de problemas relacionados con la administración de la cosa pública y la ejecución de las leyes. Estos temas vistos desde el Derecho Administrativo comprenden el régimen de la organización y de la función Estado como tal, tanto para su propia existencia como para cumplir con los fines del modelo imperante.

El derecho administrativo en su carácter de disciplina se integra con buen número de instituciones, no obstante, escogemos entre aquellas figuras que han sufrido grandes transformaciones en el marco de la reforma de Estado.

Se convierte en motivo principal de reflexión el hecho mismo de los cambios, pero también, la profundidad y la repercusión que tienen las nuevas normas sobre los derechos fundamentales.

Hemos ordenado el trabajo para puntualizar algunos aspectos relevantes de los cuatro temas seleccionados.

El primer capítulo, con la hipótesis de la objetividad como tipo del derecho mexicano en caso de la responsabilidad del Estado. Es un régimen

nuevo que obliga al Estado con la reparación de los daños ocasionados, objetiva y directamente, cuando la actividad productora es materialmente administrativa.

El capítulo segundo está reservado al régimen de los bienes del patrimonio nacional. Es indiscutible su importancia para el interés general y la utilidad pública. En este tema, sin bien, los principios básicos se mantienen a pesar de las reformas de los últimos años, la nueva ley relativa, sancionada en 2004, atenúa restricciones de antaño respecto de la administración de los bienes, descentraliza las atribuciones administrativas sobre los bienes nacionales y clasifica diversamente a los bienes que integran el patrimonio del Estado.

En materia de contratos administrativos –con objeto de adquisiciones, obra pública o servicios–, la legislación innova los procedimientos con el propósito de mejorar la certeza jurídica y garantía de los derechos de los particulares contratantes. Las normas actuales responden con fines propuestos por los tipos de reformas administrativas derivadas de la reforma de Estado.

Con este trabajo, se pretende contribuir a la investigación de la regulación a la Administración Pública y la vigencia de los derechos fundamentales inmiscuidos en las instituciones que abordaremos.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Con el régimen de 2002-2004 inicia un nuevo ciclo para la responsabilidad por los actos del poder estatal materialmente administrativos. Sin embargo, una extensa evolución¹ antecede a la reforma constitucional del 14 de junio de 2002² y a la sanción de la Ley Federal de Responsabilidad

¹ Destacando desde los inicios del derecho patrio los pagos hechos, con fundamento para cada caso en sus respectivos Decretos, como recompensas y excepcionalmente como responsabilidad directa del Estado por causas vinculadas con actividad estatal y utilidad pública. Una evolución que permaneció fiel a las enseñanzas de Teodosio Lares respecto de los tres modos de indemnización a cargo del Estado, inclusive para procesar, bastante tiempo después, las indemnizaciones reclamadas por hechos de la revolución. Así, de fuente legal y antes de la Constitución de 1917, recordamos la “Ley sobre la Expropiación por Causa de Utilidad Pública” del 7 de julio de 1853, cuyo artículo 46, en nuestra opinión, constituye el primer antecedente de responsabilidad objetiva y directa del Estado, acotada a los daños que se hubieren causado por la expropiación. La indemnización comprendía dos conceptos. Uno era el ordinario, equivalente al valor de la propiedad en sí misma, y otro, excepcional, el pago de daños que provocaba el actuar del Estado. Como principio general vendrá la responsabilidad civil subsidiaria con la sanción de los primeros códigos, forma que sobrevive a la reforma constitucional de 1917 y fue complementada durante 46 años por la “Ley de Depuración de Créditos a Cargo del Gobierno Federal”. El suceso más inmediato de la figura actual lo encontramos en las reformas de los años 90 y la incorporación de la responsabilidad solidaria, en caso de ilícitos con dolo, además de subsidiaria para ilícitos con culpa.

² Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF). En vigor desde el 1 de

Patrimonial del Estado (LFRPE) el 31 de diciembre de 2004. Cabe aclarar que la reforma modificó el Título Cuarto constitucional y adicionó un segundo párrafo al artículo 113. Posteriormente, el mismo texto es llevado para integrar el último párrafo del 109 como actualmente se encuentra³.

La doctrina reconoció desde el inicio mucho más que una figura para concretar un viejo anhelo. En acuerdo con el propio constituyente reformador advirtió una verdadera garantía para el derecho a la integridad patrimonial de los individuos. No obstante, también desde la sanción de este régimen, surgieron las interpretaciones tratando de explicar el poco claro carácter o sentido de responsabilidad objetiva que se instalaba.

A pesar del tiempo, el problema de fondo mantiene interés y así será mientras no se asiente definitivamente la figura, por lo que es necesario repensar con base en la doctrina y los criterios judiciales generados.

Con tal propósito en el presente capítulo regresamos sobre el carácter objetivo considerando la causa de responsabilidad patrimonial, esto es, “actividad administrativa irregular”, pero sin reñir con los principios generales

enero del 2005 conforme el Artículo Único Transitorio del Decreto de reforma que modificó el nombre del Título Cuarto para quedar como “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado”, y adicionó un 2º párrafo al artículo 113.

³ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015.

del derecho ni tampoco desconociendo los modos de la responsabilidad del Estado a través del tiempo en el derecho nacional o los elementos subyacentes de la institución de origen francés, falta o culpa cometida en la ejecución de la función encomendada.

A pesar del enfoque, desde el derecho público, sostenemos que el desarrollo de la responsabilidad del Estado dentro del derecho público está vinculado con la evolución histórica de la responsabilidad civil, del derecho de daños, concretamente, de las formas con las cuales desde finales del siglo XIX el pensamiento jurídico trabajó en favor de las víctimas, tratando de complementar, limitar, restringir o evadir el principio de “no responsabilidad sin culpa”, eje principal de la responsabilidad civil. El mejoramiento en favor de los perjudicados se logró con factores o mecanismos procesales y supuestos de expresos de responsabilidad objetiva con base en el riesgo o determinaciones legales en este sentido. Tampoco el derecho público puede sustraerse plenamente del moderno derecho de daños ni de sus avances en el siglo pasado en tanto relevar a la culpabilidad ante el hecho de un daño injusto y el deber de repararlo. Por tanto, es necesario estar atentos a las probables repercusiones civilistas en las principales doctrinas del derecho público en el sentido de modelos o instituciones con idéntico propósito, el de mejorar la

posición de las víctimas y garantizar la reparación. Aunque no profundicemos sobre ello por la extensión del presente, no perdemos de vista los avatares de la responsabilidad civil y, principalmente, el cambio en la mira, parafraseando a Marcelo López Mesa, “desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido”⁴ . El sentido de la frase no está muy lejos de la justificación que sustenta la teoría de la lesión antijurídica del derecho público español. Igualmente que esta teoría resulta adecuada a la conceptualización de la indemnidad patrimonial como un derecho necesariamente fundamental, oponible también frente al Estado, no sólo por ser un derecho individual, sino modernamente como un acto de justicia que pone a prueba el Estado de Derecho; postulado justificante para el tránsito desde la irresponsabilidad a la subsidiaridad o de considerar únicamente la sanción a la conducta de los agentes públicos pasar a incluir también el resarcimiento patrimonial. No está ausente el debate entre los argumentos la evolución del derecho francés sobre la falta anónima y la ponderación del patrimonio dañado.

Asimismo es innegable la influencia que tuvo la doctrina española en la reforma de 2002 a la Constitución federal mexicana. Esto se demuestra con el sentido de las dos iniciativas que sirvieron esa reforma. Si bien es cierto que

⁴ “Teoría General de la Responsabilidad Civil” en Trigo Represas Felix y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2004.

entre esas iniciativas existen diferencias, una y otra, están influenciadas por la teoría de la lesión antijurídica. La primera en tiempo replica la propuesta formulada por el Dr. Álvaro Castro Estrada⁵. La segunda nos permite comprobar esta aseveración cuando expresa textualmente “la teoría de la culpa no debe ser el fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado, sino la lesión antijurídica en sí misma”⁶.

De esta suerte y con el ánimo de sumar elementos comparativos, revisaremos sucintamente lo esencial de la institución del derecho español, por demás interesante dada la afinidad que encontramos entre el daño injusto del nuevo derecho de daños y la lesión antijurídica.

UN TIPO PROPIO DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO

Conforme la Constitución federal, la institución de responsabilidad del Estado por actividad administrativa irregular, objetiva y directa, puede

⁵ Ver Castro Estrada, Álvaro, “Responsabilidad Patrimonial del Estado”, México, D. F.: Editorial Porrúa, 1997, e Iniciativa de diputados del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Institucional con modificación del Título Cuarto constitucional y adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional. del 22 de abril de 1999.

⁶ Ver punto 5 de “Conclusiones” de la “Exposición de motivos” de la iniciativa de diputados del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional del 16 de junio de 1999.

configurar un tipo cuya especialidad debe ser necesariamente analizada exclusivamente dentro del derecho público. El punto de partida será entonces la figura constitucional sancionada en 2002 en el orden federal⁷ y, a modo de hipótesis, como una forma propia del derecho público mexicano, basada en la falta o culpa objetiva⁸, en el incumplimiento normativo, y con el objeto de reparar los daños. Con lo cual, y de ser así, el Estado deberá reparar siempre que se le pueda reprochar una conducta ilegal, contraria a las reglas del acto, acción u omisión llevada a cabo en inobservancia de cualquiera de las normas aplicables. La conducta objetivamente apreciada constituirá la fuente de la obligación jurídica de resarcir. Con ello se resalta que la imputación es

⁷ Cabe precisar que el Estado de Colima se anticipó al orden federal. En el año 2000 se incorporó la responsabilidad del Estado y sus municipios a través del artículo 1, fracción XII de la Constitución del Estado a través de una figura amplia por cuanto no restringía el deber de reparar a la *irregularidad* en el actuar de los órganos estatales. A la letra decía entonces "...XII.- Toda persona que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la **actividad administrativa del Estado y de los Municipios**, tendrá derecho a ser indemnizada en forma equitativa, conforme a las bases y procedimientos que establezca la ley. La obligación del Estado y de los Municipios de resarcir los daños y perjuicios será directa". Ver Decreto No. 269 fechado el 2 de mayo de 2000 y Periódico Oficial del 6 de mayo de 2000.

Posteriormente el citado artículo será nuevamente reformado para establecer una institución idéntica a la de la Constitución federal, es decir, la responsabilidad objetiva y directa por *actividad administrativa irregular*. V. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COLIMA, artículo 1, fracción XII.

⁸ Como una etapa en la evolución de la institución en México, consecuente con los antecedentes y la "tradición jurídica dominante", construida "desde la óptica de la culpa", con momentos de excepción, utilizando las palabras de Neófito López Ramos que entendemos resumen en perspectiva histórica no sólo a la responsabilidad del Estado por daños, sino al sistema para la reparación en general. López Ramos, Neófito "La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano" en Revista del Instituto de la Judicatura, Número 20, México, D. F.: Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura - Instituto de la Judicatura, 2005. pp. 81-82

independiente de la culpa subjetiva del servidor público. El Estado compromete su responsabilidad patrimonial sin cuidado del reproche a la deliberación negligente o intencional del servidor público.

La hipótesis planteada toma en cuenta también la delimitación de dos instituciones distintas: la responsabilidad patrimonial del Estado y el sistema de responsabilidad personal de los servidores públicos.

Cabe adelantar que la figura actual no está lejos de la forma adoptada por la Ley de Depuración de Créditos a Cargo del Gobierno Federal de 1941 en el sentido de responsabilidad indemnizatoria apoyada en “una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos”, entendiendo tal expresión equivalente a falta anónima con motivo del servicio o de la función desplegada por el órgano público.

La comparación entre la ley de 1941 y el régimen actual, no sólo demuestra la similitud de la “falta de servicio”, eje de la citada ley, con la “actividad administrativa irregular” del sistema actual. Esa comparación también pone en evidencia una diferencia significativa. En este sentido, destaca la mayor certidumbre propiciada por la figura constitucional vigente respecto de la suerte que corre la pretensión resarcitoria de cualquier persona

por el perjuicio que ocasiona la acción u omisión administrativa irregular de cualquier órgano u organismo público con motivo de la función pública desplegada. La reforma constitucional de 2002 tiene el mérito de imprimir mayor claridad sustancial y adjetiva. Proporciona un factor o criterio objetivo de imputación directa al Estado de las consecuencias dañosas, sin importar la naturaleza del órgano u organismo ejecutor. El primer requisito de esta certidumbre radica en la calidad de actividad irregular, materialmente administrativa, en funciones de derecho público. Además de establecer igual certidumbre para el reclamo administrativo y respecto de la acción ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La institución se basa en la reunión de los siguientes elementos:

1. el hacer o no hacer de un órgano u organismo –“entes públicos federales”⁹–, actividad materialmente administrativa, sin importar la adscripción del órgano. Es la atribución material de la causa;
2. el menoscabo patrimonial, requisito esencial de la responsabilidad por daños en general;
3. la irregularidad en el obrar como criterio o elemento para imputar la obligación de resarcir, y

⁹ En términos del artículo 2 la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

4. la relación causal entre el detrimento patrimonial y la acción u omisión de un ente público federal.

La Constitución establece expresamente la responsabilidad objetiva. En virtud de esta determinación no se necesita probar la negligencia o la intención del agente. No obstante, la nota de objetividad no impide la investigación de las conductas productoras de los daños y otros procedimientos jurídicos. Debe llegarse a la verdad jurídica sobre el resultado perjudicial, comprobar la ausencia de causas de exclusión de responsabilidad y, finalmente, porque se debe establecer la gravedad de las faltas de los servidores públicos para el ejercicio por parte del Estado de la acción de repetición contra los servidores públicos intervinientes, si procediere, y si la irregularidad resultare ser una falta grave¹⁰. Del mismo modo, será necesario la investigación y el procedimiento respecto de las conductas con el objeto de

¹⁰ Conforme la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, el Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. Considerando la legislación que entrará en vigencia el 19 de julio de 2017, la acción para repetir será procedente si el servidor público incurrió en alguna de las faltas graves que cita el Capítulo II del Título Tercero de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

perseguir y sancionar según la legislación aplicable a la conducta de los funcionarios¹¹.

Conforme el fin que persigue la figura constitucional, esto es, la reparación de perjuicios, resulta que la obligación a cargo del Estado se independiza también del principio de presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

Igualmente, al ser la figura constitucional un instrumento para la reparación de daños, se distingue también de los medios con los que cuenta el particular para combatir la ilegalidad en sede administrativa y jurisdiccional.

La responsabilidad patrimonial por actividad administrativa irregular, constituye una de las vías para el resarcimiento a cargo del Estado cuando los daños se ocasionan exclusivamente durante el ejercicio de funciones administrativas.

Considerando las causas de exclusión establecidas por la ley federal respectiva –regresaremos sobre causas de exclusión más adelante–, se aclara

¹¹ Con base en el Título Cuarto de la Constitución federal y Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, así como de las siguientes: Ley General de Responsabilidades Administrativas, y Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicado en el DOF 18/07/2016, con vigencia a partir del 19 de julio de 2017. Con la prevención de este Decreto respecto de la derogación de los Títulos Primero, Tercero y Cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

mejor cuándo se configura la causa. De acuerdo con las menciones de la ley, el Estado no compromete su responsabilidad y, por tanto, no está obligado con los daños y perjuicios:

- 1) que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, por ejemplo, los derivados de conductas delictivas;
- 2) los ocasionados por caso fortuito y fuerza mayor;
- 3) aquellos que se deban a 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
- 4) en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

I. LA REPARACIÓN DE DAÑOS COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

La responsabilidad objetiva del Estado por daños que regula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una figura exclusiva

del derecho público, además, circumscripta a los daños ocasionados con motivo de sus funciones, también, de derecho público.

Si bien el diseño de la norma fundamental y su ley reglamentaria responde al objeto principal, la doctrina posterior a sanción de la responsabilidad patrimonial del Estado, advirtió un alcance jurídico mayor al de simple fundamento y modo específico para la reparación de daños. Los primeros comentarios de expertos en el tema hicieron eco y ampliaron la declaración precavida del propio Constituyente Reformador. La interpretación de expertos fue en el sentido de haberse instituido una nueva garantía constitucional a favor de los gobernados: la de indemnidad patrimonial versus la actividad administrativa irregular del Estado¹²; derecho que se concedió sujetando su ejercicio a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. Mínimamente podríamos reconocer que la reforma prestaba atención a la situación imperante respecto del derecho de los administrados para exigir la

¹² Aunque, en voz de Neófito López Ramos, tal garantía "...no fuese más que una proyección de una garantía fundamental: la de seguridad e integridad del patrimonio de los gobernados, que ya está prevista en nuestra Constitución". El comentario se expone después de abordar el "criterio de la lesión antijurídica" entre los demás que el autor analiza como las "corrientes que plantean la forma de conocer y resolver el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado". López Ramos, Neófito "La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano", op. cit., p. 87.

reparación. En palabras de Miguel Pérez López “...uno de los derechos subjetivos públicos peor regulados y más desprotegidos...”¹³

Castro Estrada se pronunció inicialmente hablando de una “nueva garantía constitucional a nivel federal”¹⁴, opinión compartida por Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez¹⁵. Por su parte, los jueces estimaron el establecimiento de un derecho sustantivo en favor de los particulares¹⁶, derecho que puede ser ampliado por el legislador ordinario¹⁷.

¹³ Pérez López, Miguel, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado bajo la Lupa de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 28, 2009. p. 10. La opinión del autor tiene sentido en la medida de su investigación sobre la reforma de 1994 en “La Nueva Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Mexicano” en *Alegatos*, Número 28, Año 1994 - septiembre – diciembre. Consulta en línea: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/25/28-22.pdf>

¹⁴ Al mismo tiempo que anunciaba su próximo libro, intitulado *Nueva garantía constitucional —La responsabilidad patrimonial del Estado*. Castro Estrada, Álvaro, *Análisis Jurídico de la Reforma Constitucional que Incorporó la Responsabilidad Patrimonial del Estado a la Constitución Mexicana* en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *op. cit.*

¹⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano” en *Estudios en Homenaje a Don Alfonso Nava Negrete. En sus 45 años de docencia*, México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. p. 64.

¹⁶ Ius 2010: Novena Época. Registro: 167384. Instancia: Primera Sala Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIX, Abril de 2009. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 1a. LII/2009. Página: 592.

¹⁷ IUS 2010: Novena Época. Registro: 167386. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIX, Abril de 2009. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 1a. LIV/2009. Página: 590

En ese entonces se destacaba el carácter objetivo y directo de la responsabilidad, pero pocas veces se dejó claro si en verdad ese carácter provenía del elemento de imputación de la nueva figura, actividad irregular. Se destacaba el efecto práctico de otorgar o reconocer una pretensión oponible contra cualquier orden del poder público y respecto de cualquier autoridad¹⁸, aunque fuese limitada a la función materialmente administrativa.

Sin embargo uno de los asuntos más difíciles resultó explicar, precisamente la nota diferenciadora del régimen anterior que se derogaba, el carácter objetivo, y lo fue más todavía, una vez sancionada la ley reglamentaria. El problema puntual consistió entonces en precisar sobre la forma de ser de la figura constitucional y congeniar el atributo principal con la causa de procedencia. ¿Qué significa “responsabilidad objetiva” cuando la causa es “actividad irregular”?

Inmediato a la sanción comenzaron las dudas, con más fuerza, cuando el sistema entró en vigor. Los planteos desde distintos ángulos, no se hicieron

¹⁸ El Artículo Único Transitorio del Decreto expresa “El presente Decreto entrará en vigor el 1 de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial”.

esperar tratando de develar la novedad constitucional y su ley reglamentaria. En la búsqueda del verdadero sentido, la contribución del propio proceso legislativo, resulta escasa. Poca claridad se consigue con la lectura de las iniciativas que sirvieron de bases para la reforma y de los respectivos Dictámenes de las Comisiones de ambas Cámaras. Empezar la tarea a través de la intención del legislador tropieza con la confusión que acompañó a todo el proceso y, por momentos, con las contradicciones en los propios dictámenes. En nuestra opinión el legislador no expone ningún concepto de objetividad, ni siquiera el correspondiente a la teoría de lesión antijurídica, que tampoco parece entendía muy bien. Y el problema se complica como veremos más adelante con la ley reglamentaria.

Para López Ramos lo que estuvo en discusión durante el proceso fue la opción entre asimilar la actividad irregular del Estado como un hacer ilícito con base en la culpa o bien, dejar la nota de la ilicitud en el daño¹⁹.

Entre los primeros autores que se dieron a la tarea de interpretar conforme la doctrina española de lesión antijurídica encontramos a Álvaro

¹⁹ López Ramos, Neófito "La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano", op. cit., p. 100.

Castro Estrada. Para este autor el fundamento de la nueva figura sería aquel que en sede doctrinal se denomina “antijuridicidad objetiva” en un claro acercamiento, casi identificación, con el sistema español y el concepto técnico-jurídico de lesión antijurídica. El Dr. Castro Estrada refuerza su opinión con lo esencial de esa doctrina: la distinción entre “antijuridicidad objetiva” y “antijuridicidad subjetiva”, relacionando ésta última con la conducta —contraria a derecho—. De este modo a su juicio “actividad irregular” no está vinculada con el término “actividad ilícita”, sino con la obligación esencial de reparar los daños que el Estado haya causado a un particular que no tenga la obligación jurídica de soportar²⁰. Argumento que también se encuentra en la doctrina civilista: la reparación del daño injusto. Como tal, la responsabilidad civil no tiene únicamente la función de sancionar, no busca sólo culpables, sino también busca quien debe reparar.

En la fecha en que Adrián Joaquín Miranda Camarena y Claudia Verónica Gómez Varela estudian el asunto plantearon como pendientes del momento relacionados con la objetividad, las siguientes preguntas “...¿cómo ha de interpretarse esta característica para efectos prácticos?, es decir, ¿qué

²⁰ Castro Estrada, Álvaro, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo” en Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México, Coordinadores: Damsky, Isaac Augusto (h), López Olvera, Miguel Alejandro y Rodríguez Rodríguez, Libardo, México, D. F.: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 548-552. 2007.

debemos entender por responsabilidad objetiva en el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en México?²¹. En nuestra opinión, esos asuntos, doctrinalmente están aún pendientes y pueden ser las probables causas de la disparidad encontrada en la legislación de alguna Entidad Federativa, como el caso de Veracruz²², sin olvidar lo que anticipamos sobre Colima²³.

Sin embargo, hasta aquí tenemos claridad acerca de las dos posiciones señaladas por López Ramos: bien poner atención en la conducta ilícita o bien en el resultado injusto. Sobre el particular, las decisiones judiciales han establecido criterios que orientan para responder en cuál de ellas se inscribe la figura mexicana, interpretando el carácter objetivo. Aunque nada se resuelva todavía sobre la interferencia de la culpa para la imputación de

²¹ Gómez Varela, Claudia Verónica y Miranda Camarena, Adrián Joaquín, “El Carácter Objetivo del Sistema de Responsabilidad Patrimonial de Estado en México” en Letras Jurídicas: Revista Electrónica del Derecho del Centro Universitario de la Ciénega, Número 6, Guadalajara: Universidad de Guadalajara – Centro Universitario de la Ciénega, primavera de 2008.

²² Es el caso de la *Ley Número 602. De Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Estatal y Municipal del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, publicada el 31 de diciembre de 2003. Se refiere sólo a los órganos administrativos, no a la responsabilidad de la Entidad por funciones materialmente administrativas. Y según su artículo 1, la responsabilidad se restringe a los casos de *actuación indebida de la Administración Pública*, aunque, objetiva y directa. El artículo 3 se refiere a la actuación irregular de la administración pública.

²³ V. supra nota 7

responsabilidad o si habrá responsabilidad con la sola ilicitud objetivamente constatada, pues ésta constituye el elemento diferenciador. Lo que sí puede adelantarse es que, por tratarse del Estado y de una figura del derecho público el planteo debe ser en este ámbito normativo y si tuviésemos que considerar a la culpa como negligencia o dolo para atribuir o no, tendrá que ser dentro de las leyes atinentes a la conducta, propias del hacer u omisión del Estado, de acuerdo con la competencia, conjunto de atribuciones, según lo cual la conducta puede resultar contraria a derecho o en pugna con los fines de interés general.

II. RESPONSABILIDAD OBJETIVA NO SE FUNDA EN LA “LESIÓN ANTIJURÍDICA”

Dados los comentarios anteriores, así como la participación que tuvo el Dr. Castro Estrada en el proceso y que las exposiciones de motivos de los Dictámenes para reformar denotan simpatía con la institución del sistema español, corresponde que nos detengamos, al menos sucintamente, para tomar nota de lo principal de este ordenamiento, así como de las posibles diferencias o similitudes entre las figuras.

Conforme el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1976 la institución reposa sobre el concepto técnico-jurídico de “lesión antijurídica” y

está limitada a los daños originados por el funcionamiento de los servicios públicos²⁴, actos materiales y actos jurídicos de los órganos administrativos²⁵.

La responsabilidad por actividad material y orgánicamente administrativa está separada de modo expreso del régimen para la responsabilidad por la función judicial. En efecto, a tenor del 121 constitucional “el Estado responde por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”²⁶. Es evidente el cambio en el tipo de responsabilidad pública de acuerdo con esa Constitución. Mientras la responsabilidad por actos de los órganos administrativos se funda en la lesión, en el caso de la función jurisdiccional el fundamento puede ser: a) error judicial, mismo que debe ser declarado judicialmente; b) anormal

²⁴ En el sentido amplio de término equivalente a actividad de los órganos y entes administrativos.

²⁵ No debe perderse de vista que el artículo 106. 2 está dentro del Título IV, “Del Gobierno y de la Administración” y que la administración pública en todos los órdenes de gobierno tiene personalidad jurídica. Por lo cual bien puede decirse: es un régimen aplicable para los daños ocasionados por las administraciones públicas. Ver Constitución Española de 1976 –Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978–.

²⁶ Ibídem. Título VI “Del Poder Judicial”, artículo 121. Ibídem. Título VI “Del Poder Judicial”, artículo 121. A la letra dice “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”, que es la “Ley Orgánica del Poder Judicial”.

funcionamiento; y c) prisión provisional indebida seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado. Asimismo en virtud de la Ley Orgánica 6/1985, artículo 296, “El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal”. La regulación específica para la función jurisdiccional, con presupuestos diversos para la imputación al Estado, confirma que la “lesión antijurídica” sólo opera cuando se trata de función formal y materialmente administrativa²⁷.

Alberto Pérez Dayán señala una primera diferencia entre el artículo 106.2 de la Constitución Española y el 109, último párrafo –antes 113, 2do párrafo– de nuestra Constitución federal²⁸. Del análisis comparativo resulta que la lesión antijurídica como fundamento objetivo está presente sólo en la

²⁷ Para el régimen específico de responsabilidad por la función judicial seguimos a Espinosa de Rueda Jover, Mariano, “Responsabilidad por el Funcionamiento de la Administración de Justicia” en Actualidad Administrativa, Número 13, Madrid: La Ley, 2003.

²⁸ Pérez Dayán, Alberto, “La responsabilidad patrimonial del Estado” en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 20, México, D. F. : Federal, Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura - Instituto de la Judicatura, 2005. p. 162.

norma constitucional española²⁹. Debido a lo mismo, el citado 106.2 no se refiere a la forma de ser de la conducta productora, no necesita decir si normal o anormal, regular o irregular. Surge así la primera gran diferencia.

La figura mexicana, por el hecho de exigir la irregularidad, desecha el daño injusto. En la Constitución mexicana el fundamento no es “el daño en sí mismo”, sino el hacer o no hacer ilícito.

También cabe tener presente que la Ley española –encargada de establecer y regular las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas³⁰–, refrenda el derecho de los particulares a la reparación de los daños originados por “el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” y que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares

²⁹ Idéntica diferencia señala José Moreno Molina. Además, advierte lo que surge inmediatamente del estudio comparativo en el sentido del tiempo que tiene el sistema en España. Existe en España una muy consolidada jurisprudencia contenciosa- administrativa que reconoce la institución y que ha ido interpretando de forma muy generosa para el ciudadano, al tiempo que México recién instrumenta la reforma. Moreno Molina, José Antonio "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Un Análisis Comparativo con el Derecho Español" en AIDA Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, D. F.: Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Enero - Junio 2008. - 3 : Vol. Año 2p. 117.

³⁰ “Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, Título X. “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, Capítulo I. “Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, artículo 139.

por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos cuando los particulares no tengan el deber jurídico de soportar. Y esto sucede cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. Se trata pues de un régimen de la función ejecutiva llevada a cabo por los órganos administrativos y que, para determinar la causa, esto es, la lesión o daño en el patrimonio no debe existir ley que establezca un cargo a los particulares.

Desde este punto surge otra diferencia con la institución mexicana sancionada en el orden federal. Para liberarse del pago, las administraciones públicas españolas deberán probar la existencia de una ley según la cual el menoscabo no es lesión antijurídica. En el caso mexicano y de acuerdo con la ley reglamentaria se libera probando las causas de exclusión que veremos adelante, al referirnos precisamente al tema de causas de exclusión de responsabilidad.

Por lo anterior cabe resaltar que el artículo 106.2 de la Constitución española asegura el carácter objetivo, permitiendo únicamente liberar cuando el daño proviene de fuerza mayor. Esta norma deja claro que se trata de una imputación basada en el resultado antijurídico, con repercusión similar desde esta observación, al régimen de responsabilidad civil por riesgo, sólo que no es el riesgo, sino, repetimos, la antijuridicidad de ese resultado.

Mientras esto sucede en el ordenamiento español, la ley reglamentaria en México se ve en la necesidad de hacer una definición redundante al decir que actividad irregular es la que provoca un daño que no se tiene la obligación de soportar. Es redundante porque jurídicamente nadie tiene el deber de soportar daños; y también jurídicamente, se soportan los menoscabos patrimoniales que, en virtud de ley, resultan no indemnizables.

En síntesis, para el nacimiento de la obligación a cargo del Estado en los sistemas basados en la lesión antijurídica deberá constatare la real existencia de un daño ocasionado por el funcionamiento; a diferencia, cuando se exige irregularidad, la valoración consiste en determinar objetivamente la existencia o no de un incumplimiento.

III. LA LESIÓN ANTIJURÍDICA EN MÉXICO

En el desarrollo del concepto “responsabilidad patrimonial del Estado” en el “Diccionario Jurídico Mexicano”, el autor del mismo, Álvaro Castro Estrada, advierte de una forma objetiva y directa en el Bando de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Toluca, Estado de México, de 1994. Aunque constituya, dice el autor, un “singular avance”, también nota la posibilidad de “cuestionamientos sobre su constitucionalidad” en virtud de no estar la

modalidad incorporada previamente en “ordenamientos jurídicos jerárquicamente superiores”³¹.

Caso distinto, solamente con valor histórico, puesto que no está vigente actualmente, es el régimen que se instaló en el Estado de Colima en el año 2000. En estricto rigor, no sólo se adelantó al orden federal, sino que además la reparación de daños no estaba limitada a la actividad irregular³². Su Constitución, no mencionaba que la responsabilidad fuese objetiva, sin embargo, tal carácter se podía desprender del propio régimen, contenido en ese momento en el texto del artículo 1 constitucional, fracción XII. En virtud de la norma la reparación se debía por la lesión ocasionada por la actividad administrativa del Estado y de los municipios. De este modo, cabía pensar en la consagración de lesión antijurídica como único elemento de imputación o atribución, limitado únicamente a la función formal y materialmente administrativa.

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano" [Libro]. - Distrito Federal : Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. - 13a. : Vols. P-Z, pp. 3371, apartado 6.

³² El 6 de mayo del 2000 se publica en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Colima el *DECRETO No. 269* mediante el cual “*SE REFORMA Y ADICIONA EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COLIMA*”. A partir de entonces la fracción XII del dicho artículo 1 establece que “*Toda persona que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad administrativa del Estado y de los Municipios tendrá derecho a ser indemnizada en forma equitativa, conforme a las bases y procedimientos que establezca la ley. La obligación del Estado y de los Municipios de resarcir los daños y perjuicios será directa.*”

La ley reglamentaria, Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima, confirmaba expresamente el carácter objetivo en lógica avenencia con la norma superior respecto a lo básico. Así convertía en sujeto jurídicamente responsable al Estado y a sus municipios con la obligación de reparar³³.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1, el objeto de la ley consistía en “fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización de las personas que, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran una lesión en cualquiera de sus bienes, posesiones o derechos como consecuencia de la actividad administrativa del Estado, sea ésta regular o irregular”. Con lo cual no se deja duda de lo dicho al respecto.

En el párrafo tercero del mismo artículo 1, la ley definía la causa productora de daños para la responsabilidad patrimonial. Decía la citada norma que, “actividad administrativa” del Estado es la que desarrollan el gobierno estatal, los gobiernos municipales, los organismos paraestatales y

³³ Publicada en el Periódico Oficial el sábado 22 de junio de 2002. En el apartado “considerando” del decreto N° 223 por el cual se aprobó dicha ley, se cita el antecedente próximo, mismo que se remonta al 14 de noviembre de 2000, fecha de presentación de la iniciativa que llevó idéntico nombre y estuvo motivada por la reforma constitucional. Aunque la Constitución de Colima establecía en ese momento la responsabilidad directa, pero no expresamente objetiva, la ley lo refiere expresamente.

paramunicipales, así como los tribunales y órganos estatales y municipales administrativos.

En el párrafo cuarto del mismo artículo 1, la ley puntualizaba el tipo de responsabilidad en congruencia con la norma constitucional. Según este párrafo la responsabilidad patrimonial es objetiva y directa y la indemnización deberá ajustarse a sus términos y condiciones, así como a las disposiciones legales que ella misma refiere.

También se ocupaba de aclarar cuándo el menoscabo patrimonial sería indemnizable. En el párrafo quinto, también del artículo 1, expresaba “...., se entenderá que los particulares no tendrán la obligación jurídica de soportar los daños que se les causen en sus bienes y derechos, cuando se carezca de fundamento legal o causa jurídica para legitimar el daño de que se trate”.

La claridad de la norma constitucional y de su ley reglamentaria, contrastante en su momento con el orden federal, no deja duda alguna respecto de la adopción de la teoría de lesión antijurídica. Así permaneció hasta el 26 de julio de 2014³⁴.

³⁴ V. Decreto 328 publicado el 26 de julio de 2014 en el Periódico Oficial del Estado N° 35. Sup. 2.

IV. RESPONSABILIDAD OBJETIVA SE FUNDAMENTA EN “ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR”

De regreso al texto de la Constitución federal, y acorde con las diferencias señaladas entre la teoría de lesión antijurídica y la figura del 109, último párrafo, existe evidencia suficiente para sostener que la irregularidad de naturaleza materialmente administrativa, constituye la base jurídica para que el Estado se encuentre en la necesidad de reparación y toda explicación del carácter de responsabilidad objetiva debe ser a partir del criterio fijado por la norma constitucional y de los requisitos. En este sentido, la irregularidad hace nacer la obligación a cargo del Estado, independiente de la culpa de sus funcionarios.

Así las cosas, la cuestión ahora consiste en determinar qué sentido tiene “irregular”. Concretamente tratamos de saber si debe entenderse como sinónimo de ilicitud, objetivamente apreciada, si es lo opuesto y excluyente de “regular” o lícito, pero también, si “irregular” es sinónimo de anormalidad. El objeto es decidir respecto de dos asuntos. Confirmar que irregularidad es equivalente a incumplimiento o violación normativa, en sentido amplio, objetivamente considerado, respecto de disposiciones de carácter general y particulares obligatorias para los órganos estatales, según las cuales deben

ejecutarse los actos jurídicos, actos de autoridad. Además, un actuar regular sería aquel que además de cumplir con las normas jurídicas, también es acorde con todas las reglas o especificaciones técnicas que la ciencia indica para la realización de actividad material.

En defecto de lo anterior o irregularidad con otro sentido, significaría confirmar que la institución se acerca a la responsabilidad objetiva por creación o aprovechamiento del riesgo o a las enunciadas en derecho público: lesión antijurídica o falta de servicio.

En abono al significado de ilegalidad que sostenemos, de confrontación normativa, señalamos el no uso del término anormalidad por el 109, último párrafo constitucional. Esto puede ser importante, si recordamos que así lo hace la legislación española, concretamente, en la ley que regula a las administraciones públicas en general, en materia de procedimiento y la responsabilidad patrimonial.

De lo dicho, irregular tiene todo el sentido de ilegal e ineficiente. Significa el obrar contrario a los principios constitucionales que rigen la función pública.

Sentido de irregular en los Dictámenes: confusión del legislador

Con el fin de aclarar el sentido de actividad irregular y del carácter objetivo, indagaremos seguidamente en la intención del legislador constituyente y ordinario.

La interpretación de la exposición de motivos de la reforma constitucional recoge dos iniciativas que sirvieron de base. A través de este documento, en los respectivos Dictámenes, se aprecia, sin lugar a dudas, la coincidencia que hubo entre los legisladores de ambas Cámaras respecto de las limitaciones de la figura. Expresamente manifiestan como menoscabos patrimoniales no resarcibles a los ocasionados por actividad regular – podríamos identificar con lo que en doctrina se ha estudiado como responsabilidad del Estado por actividad lícita–, además de la exclusión de los daños derivados de las funciones materialmente legislativa y judicial.

Sin embargo, no existe claridad sobre el concepto de actividad irregular ni de lesión o daño antijurídico, así como diferencias, beneficios y congruencia, respecto del ordenamiento mexicano, que traería la adopción de uno u otro.

Del Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal de la Cámara de origen, –aprobado el sábado 29 de abril de 2000– no se desprende exactamente la idea y justificación de establecer como criterio la antijuridicidad del daño. Nada indica, sin lugar a dudas, la intención de tomar como elemento de imputación algún factor diverso de la irregularidad en la actividad del productor del daño y que, por lo mismo, lleve a pensar que la objetividad se deba a la consideración únicamente del daño en sí mismo o daño injusto. En refuerzo a lo dicho, debe notarse que cuando las Comisiones autoras del Dictamen de 2000 razonan sobre la pertinencia de un sistema amplio, lo hacen con la mirada en la conducta del Estado, regular o irregular. Así, consideran conveniente, según sus propias palabras, “... restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias a aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irroge a los particulares en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de su actividad administrativa regular o normal.”³⁵ Vale la pena considerar que en el

³⁵ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos constitucionales y del Distrito Federal, por el que se Reforma el Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (aprobado el sábado 29 de abril de 2000)”. Gaceta Parlamentaria, Número 505, 3 de mayo de 2000, México, D. F.: Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, “Consideraciones”,

párrafo siguiente a lo anterior manifestaban “...es prudente evaluar transcurrido algún tiempo, la operatividad del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos que más adelante se indican, para posteriormente reexaminar la posibilidad de ampliar la cobertura de la responsabilidad del Estado a su actividad lesiva de carácter regular, cuando se generen lesiones patrimoniales que los particulares no tuvieran la obligación jurídica de soportar y que, honrando el principio de solidaridad social, pudiesen también ser motivo de indemnización. Así pues, se precisa que el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado debe circunscribirse a la lesividad de su actividad irregular, con lo cual además se cubriría el mayor número de incidencias de afectación patrimonial del Estado.”³⁶ De ello se desprende que al menos en esta etapa del proceso legislativo cuando se refieren a la causa de la reparación no hay elementos para relacionar con antijuridicidad del daño, sino que se usó la expresión “irregular” para limitar a un tipo de conducta por la cual se imputaría al Estado la obligación de pagar

apartado B, punto VIII, p. 11.

³⁶ *Ibíd*em, pp. 11-12.

una indemnización³⁷. La mirada está en la conducta injusta no en el daño injusto, aun la expectativa hacia el futuro.

Por su parte, respecto de los conceptos importantes para el sentido de responsabilidad objetiva, el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; y de Estudios Legislativos, Primera, de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, se refiere a la instalación de un sistema con dos importantes características: ser objetiva y directa. No obstante, la definición que hacen de estas características no es del todo clara. En palabras del Dictamen, la responsabilidad “será directa, en virtud de que la Administración no responderá subsidiariamente por el servidor público relacionado con el daño, sino que podrá exigirse al Estado de manera inmediata la reparación del mismo, por supuesto, dejando a salvo el derecho de repetición en contra del funcionario por parte de la autoridad.” Debíó decir que es directa por cuanto la reparación se imputa al Estado. Aunque la ley reglamentaria establezca que, la parte interesada deberá presentar su reclamación ante la el órgano u organismo presuntamente responsable y que los particulares en su demanda, deberán señalar, en su

³⁷ Contrario a la doctrina sostenida por Castro Estrada y que tanta influencia ejerció, muy notoria en una de las iniciativas que sirvieron de base a la reforma.

caso, el o los servidores públicos involucrados en la actividad administrativa que se considere irregular.

Y por responsabilidad objetiva, los miembros de la Comisión de la Cámara de Senadores manifestaron, es “ajena a la responsabilidad subjetiva, no dependerá de un actuar doloso o ilegal de un funcionario en particular.” Cuando en realidad la institución que sancionaron es objetiva por cuanto el pago de daños no se basa en la culpa del servidor público –negligencia o dolo– sino en la ilegalidad o ineficiencia en el obrar. La culpa se tomará en cuenta para sancionar la irresponsabilidad de los servidores públicos en el debido proceso y para determinar si corresponde al Estado la acción de repetición de lo pagado.

La citada Comisión, mientras muestra anuencia a lo dicho por la colegisladora, respecto de limitar a la actividad irregular, el párrafo inmediato, referido a lo que significa “directa y objetiva” dejan bastantes dudas.

Sentido de irregular en la ley reglamentaria

Al igual que en título anterior, esto es, con el objeto de precisar el alcance jurídico de la expresión actividad administrativa irregular y del carácter

de la responsabilidad del Estado por daños, no adentramos en las interpretaciones en sede judicial.

Según la Constitución federal, la LFRPE, como cualquier otra ley administrativa reglamentaria, tienen la encomienda de fijar para la materia las “bases, límites y procedimientos”.

En cumplimiento de lo anterior la LFRP, en su artículo 1, primer párrafo, se define a sí misma como ley reglamentaria, debemos leer, del artículo 109, último párrafo, de la Constitución federal; declara que sus disposiciones son de orden público e interés general y que tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. Nótese que no dice fijar límites, como sí dice la norma constitucional.

En el párrafo 2do del mismo primer artículo, proporciona el concepto de actividad administrativa irregular, diciendo que es “...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.”

Ambos párrafos comparten una entidad de daño, nueva y diversa. En principio puede decirse amplia. Esto se deduce en el sentido de no poner límites cuando se establece el objeto y se define la causa de responsabilidad. En la interpretación literal quedan comprendidos todos los daños “sin obligación jurídica de soportar”. De ser así, la objetividad comprendería también actividad regular.

En el artículo 22 de la ley reglamentaria se acude nuevamente a la idea de daño como base de la institución. Según esta norma el reclamante es quien tiene a cargo la prueba de la responsabilidad patrimonial cuando considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo.

Los artículos antes mencionados tienen la virtud de referirse a un criterio o elemento de atribución de responsabilidad distinto. De la “irregularidad”, criterio firme en el texto constitucional, se traslada como criterio al daño injusto o aquel que el particular no tiene la obligación de soportar, en la medida de no existir ley legitimadora. Los cambios advertidos fueron señalados de distinta manera por varios autores, como veremos seguidamente, y demuestran el desacuerdo con la norma fundamental, por lo menos en la lectura aislada de los mismos.

Antes de continuar con las demás disposiciones de la ley reglamentaria, tarea necesaria para superar los errores de una interpretación restringida, resulta de mucha utilidad acercarnos a ciertas opiniones doctrinales, aplicables al tema que nos ocupa, demostrativas de las dificultades que presenta la definición de actividad administrativa irregular en la LFRPE, principalmente si comprende tanto la acción u omisión ilegal y también legal, y cómo se complica con ello aprehender el verdadero sentido de objetividad.

Precisiones doctrinales

No acercamos a la responsabilidad del Estado en el derecho colombiano por considerar un sentido de objetividad distinto al que imprime la Constitución federal mexicana.

Para el análisis de Javier Tamayo Jaramillo sobre la responsabilidad del Estado en Colombia se vale de fallos significativos de los tribunales de aquel País, correspondientes al antes y después del sistema vigente desde 1991 con el artículo 90 de la Constitución colombiana y la responsabilidad por daño antijurídico³⁸. El autor refiere cómo desde entonces los jueces, en ocasiones

³⁸ A la letra dice: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél

debieron referirse al cumplimiento o incumplimiento y, no dejaron de fundar las resoluciones conforme los elementos de los otros regímenes, inclusive, acudieron a la falta de servicio. No escapa del análisis la comparación entre el artículo 90 y el 106.2 de la Constitución Española. En este punto señala la diferencia ocasionada por incluir en el texto normativo las omisiones como lo hace el 90 constitucional y, por supuesto, la consecuencia necesaria, esto es, la intervención de la culpa, agravado además porque la norma no establece expresamente que la responsabilidad sea objetiva. Es interesante la crítica en el sentido de la diferencia entre daño jurídico y daño antijurídico, así como la explicación de los casos donde el daño antijurídico, a veces, debe ser culposo, igual que las hipótesis de daño antijurídico necesariamente culposos, por supuesto, con las consiguientes consecuencias para el carácter objetivo de responsabilidad que la doctrina y los jueces extraen del 90 constitucional. Previo a esto critica las expresiones usadas por la doctrina y, en ocasiones, por los jueces para explicar el daño antijurídico, concretamente, daño reparable por no existir la obligación jurídica de soportar, similar a nuestra LFRPE. En este sentido señala el autor de cita lo siguiente: “[...] nadie tiene la obligación de sufrir daños, ya que, en parte alguna, el legislador impone en forma expresa

deberá repetir contra éste.

esta obligación”³⁹. Y a nosotros nos resulta útil tal comentario para preguntar cuándo y dónde el legislador mexicano habrá impuesto una o varias, como dice nuestra LFRPE, “obligación jurídica” constitutiva de un tipo de daños: los no reparable. Encontrar alguna disposición expresa en ese sentido, representa un arduo trabajo si atendemos a Gutiérrez y González cuando nos recuerda que “ninguna ley crea obligaciones; la ley sólo determina deberes, deberes jurídicos”. La ley “[...] es sólo el medio de establecer “deberes”, pero nunca obligaciones”⁴⁰. A lo dicho por Gutiérrez y González cabe precisar que, al menos para los servidores públicos, si existe una ley que impone obligaciones. La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, cuya vigencia termina el 19 de julio de 2017⁴¹, establece a través de las 24 fracciones del artículo 8 las obligaciones a cargo de los servidores públicos. También el artículo 49 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas que sustituirá a la anterior, por ejemplo. Además del artículo

³⁹ Tamayo Jaramillo, Javier, *La responsabilidad Del Estado. El daño antijurídico....*, op. cit., pp. 16 a 36, y ver cita en p. 23.

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 35 y 740. Lo dicho por este autor es válido respecto de las obligaciones civiles. En derecho público el artículo 31 de la CPEUM sería un ejemplo de obligaciones emanadas directamente de la ley. En efecto, el citado artículo constitucional determina las obligaciones a cargo de todos los mexicanos, entre las cuales se encuentra, fracción IV, contribuir para los gastos públicos, de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

⁴¹ Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

49, esta ley tiene por objeto, entre otros, establecer las obligaciones de los servidores públicos, según el artículo 1. El incumplimiento de esas obligaciones constitutivas de faltas graves hará que el Estado ejerza la acción para repetir del servidor público culpable lo que hubiese pagado en concepto de indemnización de daños.

Las observaciones de los dos autores anteriores nos sirven también para decir que sería un absurdo desprender del artículo 1, 2do párrafo de la LFRPE, la existencia de dos tipos a juicio del legislador, según se tenga o no el deber de soportar, los daños y perjuicios reparables o antijurídicos y los daños y perjuicios no reparables o jurídicos.

Entre los autores dedicados a encontrar el alcance jurídico de la figura a través de la ley reglamentaria, Alberto Pérez Dayán considera que el concepto de actividad administrativa irregular en la LFRPE puede dar pauta para exigir responsabilidad al Estado no simplemente por la referida actividad administrativa irregular sino también por su actuación regular⁴². Debido a ello, esto es identificar la causa de responsabilidad del Estado con todo perjuicio,

⁴² Pérez Dayán, Alberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado" en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, op. cit. pp. 166-167.

independiente de la conducta regular o irregular, sería tanto como establecer un sistema amplio, mismo que desechó expresamente el constituyente. Sin embargo, según la opinión de Pérez Dayán, la prerrogativa resarcitoria, apoyada en la referida fórmula de no tener la obligación de soportar el daño, es consecuencia del ejercicio de una actividad administrativa regular y también de la irregular. El mismo autor, en una segunda interpretación muy interesante expresa la posibilidad de un sentido distinto. Así, expresa “..ubicando entonces este ejercicio de reflexión bajo la presunción y la premisa inamovible de que la ley secundaria no quiso revertir el efecto acotado y delimitado que la Constitución imprimió a la responsabilidad patrimonial del Estado, no queda más alternativa que concluir simple y llanamente que la aludida expresión de la inexistencia jurídica del deber de soportar ese daño sólo busca reforzar el referente principal plasmado en el artículo 113 de que todo daño causado por la actividad administrativa irregular debe ser resarcido, no siéndolo aquel que se produce por su actuación administrativa regular;..”⁴³. Según esta opción interpretativa la definición refrenda el sentido constitucional respecto de la acción ilegal y no incluye la acción legal.

El tema también ocupó a Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez. A su juicio “Uno de los problemas fundamentales que se presentan es la delimitación del

⁴³ Ibídem., pp. 167-168.

concepto identificado como “actividad administrativa irregular”, ya que esta expresión hace suponer que una actividad administrativa regular, que cause daños, no generaría responsabilidad patrimonial; sin embargo, la ley identifica la actividad administrativa irregular como ‘aquella que cause daños a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportarlos’⁴⁴.

Moguel Caballero, sugiere un contenido distinto para el artículo 1, 2do párrafo, de la LFRPE. En sus palabras: “[...] en lugar de decir actividad irregular, debiera decir que la actividad administrativa debe ser injusta o ilícita”, y, en vez de decir, “[...] que no tengan obligación jurídica de soportar, en virtud de [...] bien podría decir: por tratarse de un daño injusto”. Continúa el autor, “[...] el enredo se genera porque se quiere aclarar la actividad del Estado y se termina por precisar cuándo el daño es reparable”. Este autor deja claro que irregular es sinónimo de ilícito y, por lo pronto, no se pone en peligro el carácter objetivo.

En nuestras palabras, pero recogiendo todas las observaciones anteriores, consideramos que lo dicho en el texto completo del párrafo 2do

⁴⁴ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, op. cit., p. 70.

del artículo 1 es equivalente a decir: si el Estado actúa en función administrativa sin derecho o violando los principios rectores de la función pública establecido en la Constitución federal, obra de manera ilícita o irregular y, si provoca un daño, deberá reparar el menoscabo patrimonial que ocasione, independiente de la culpa del agente. Este menoscabo es daño reparable o injusto, que el Estado deberá atender porque lo originó con su obrar contra el derecho público.

V. CAUSAS QUE LIBERAN AL ESTADO DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

Es conveniente incorporar en el análisis otras normas de la misma ley con el objeto de confrontar el citado artículo 1, 2do párrafo, principalmente, con las disposiciones relacionadas con la situación jurídica del Estado como probable responsable y la del afectado. En ambos casos se manifiesta un sentido que debe ser acorde con el carácter objetivo de la responsabilidad.

Forma parte de esas determinaciones las normas relativas a causas de exoneración y a los medios de prueba que compete al Estado y al reclamante, régimen que, según veremos, confirma a la irregularidad como elemento o criterio valorativo, sin afectar el carácter objetivo de la responsabilidad y sin necesidad de la teoría de la lesión antijurídica.

El tema de las causas de exoneración y los medios de prueba nos servirá también para considerar la posibilidad de un régimen próximo a la falta en el funcionamiento del servicio, cuya función principal consista en atenuar o restar vigor al principio general de responsabilidad con culpa a través de las reglas liberadoras y las vinculadas con la carga de la prueba.

En virtud del artículo 3 de la LFRPE no habrá obligación a cargo del Estado cuando los daños y perjuicios:

- a) se deban a “casos fortuitos” y “fuerza mayor”⁴⁵,
- b) no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado,
- c) 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

⁴⁵ Con la novedad del uso de la conjunción “y”, aunque consecuente con la jurisprudencia y la doctrina civilista mayoritaria, así como el uso más habitual en el Código Civil Federal, debamos entender “caso fortuito o fuerza mayor”. En refuerzo de la identidad se ha dicho que la distinción, en principio, no tiene interés práctico puesto que los efectos son los mismos, sin embargo, dados los avances científicos, deberíamos confirmar que no hay excepciones que traduzcan efectos diversos en el sentido, por ejemplo, del caso fortuito como hecho que no se podía prever pero sí evitar considerando los medios para resistir y evitar o atemperar el daño.

d) sean a causa del solicitante de la indemnización, y éste “sea el único causante del daño”. Notamos que la fracción no requiere culpa de la víctima, y tampoco, culpa inexcusable, como se exige en la responsabilidad civil objetiva por riesgo. El asunto es relevante, por ejemplo, cuando la intervención del solicitante consista en culpa excusable, caso de quien se encontraba impedido para discernir sobre el peligro a que se hallaba expuesto o imposibilitado de accionar.

e) provocados por culpa de un tercero por quien el Estado no debe responder. Esta causal no la cita el artículo 3. La incluimos porque es de rigor y porque el artículo 22 lo menciona como una de las pruebas que puede presentar el Estado.

Los supuestos que establece la ley, que ubicamos en los apartados a) y c), parecen ser idénticos, si no fuese porque en el primer caso, el caso fortuito y la fuerza mayor, son considerados como distintos debido al uso de la conjunción “y”. En comparación con los citados en el numeral c) surge la identidad con el caso fortuito y fuerza mayor. Ambos son hechos que no se pueden prever (fortuitos) o los que no se pueden evitar (fuerza mayor) de acuerdo con la ciencia o técnica. No obstante, en el numeral c), además de hablar nuevamente de casos fortuitos o fuerza mayor, la diferencia es que los trata como idénticos. Fuera de lo que señalamos, uso o no de conjunción y lo

que resulte de ello, en verdad existe una gran diferencia entre los supuestos de los apartados que ubicamos como a) y c).

En efecto, en la primera ocasión, se refiere a lo imprevisto e inevitable generalmente exigible para juzgar frente a la diligencia del hombre común. A diferencia, en la causa que ubicamos con la letra c), la norma exige una previsión mayor y especializada, equivalente a rigurosa, típicamente profesional, con el máximo esfuerzo y la utilización de todos los medios posibles para evitar perjuicios. Por ejemplo, tal y como surge de la ley en materia de organismos genéticamente modificados. En términos de esta ley, el Estado, en caso de peligro de daño grave o irreversible, debe adoptar medidas eficaces para evitar daños a la diversidad biológica o a la salud humana y la incertidumbre acerca del nivel de los posibles riesgos no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de tales medidas⁴⁶.

El establecimiento de la causal de exclusión de responsabilidad según la previsión indicada por la ciencia y técnica, nos recuerda a Konrad Zweigert cuando se refiere a las formas que siguieron los tribunales desde antaño a fin

⁴⁶ A tenor del artículo 63 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.

de conseguir una distribución social del riesgo por accidentes y cómo en la realidad “...de forma imperceptible, la responsabilidad por cualquier falta se convierte en responsabilidad forzosa, por lo que a menudo resulta irrelevante que, respecto a los accidentes más especiales un sistema jurídico en particular adopte el principio de la falta o de la responsabilidad causal”. Comenta las exigencias de los tribunales para juzgar la responsabilidad civil conforme los cuidados, no los que cabría esperar, sino exigiendo las precauciones propias o típicas del profesional. En ocasiones, requerir grados diversos de cuidados en el sentido de proporcionales a la magnitud del riesgo, y ejemplifica, manifestando, “en Inglaterra y Estados Unidos de América se impone la obligación de guardar cuidados ‘rigurosos’, ‘muy rigurosos’ y ‘extremos’ a las actividades relacionadas con sustancias peligrosas y potentes...”. La exigencia de medidas precautorias en estos niveles, casi imposibles de implantar, y, por nuestra parte, pensamos en los casos de incertidumbre científica, hace que el demandado no pueda evadir la culpa, a no ser que demuestre que adoptó alguna de las medidas. De no ser así, y si se demuestra que de haberlo hecho, se hubiera evitado el perjuicio, no podrá evadir la responsabilidad⁴⁷. Cabe agregar que el grado de precauciones exigibles, aún en la responsabilidad

⁴⁷ Zweigert Konrad y Kötz Hein en la reedición y actualización "Introducción al Derecho Comparado" [Libro] / trad. Vázquez Arturo Aparicio. - México, D. F.: Oxford University Press, 2008. - Primera reimpresión: Vol. Colección Estudios Jurídicos. pp. 690-691.

objetiva por riesgo, si el demandado alega caso fortuito, será necesario indagar en las medidas adoptadas, porque habrá que explicar las causas reales para descartar cualquier contribución, por parte del mismo acusado, con el hecho imprevisto o para establecer que, en efecto, los daños se deben a la culpa inexcusable de la víctima.

Regresando a Konrad Zweigert, el estudio comparativo hecho por el autor de cita expone cómo, dicho en sus palabras, “de forma más o menos artificial, puede generarse una aproximación entre la responsabilidad por razón de falta y la responsabilidad forzosa: se puede aplicar una norma “objetiva de negligencia”, establecer el grado necesario de cuidados, invalidar la carga de la prueba e invocar doctrinas como la de *res ipsa loquitur*”⁴⁸. Formas con las cuales los tribunales atemperan el rigor del principio de no responsabilidad sin culpa y logran trasladar las pérdidas de las víctimas a las personas que las causaron.

La lectura de este autor nos permite pensar respecto del régimen en México sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el sentido de haber establecido de manera normativa una forma que depende de la culpa, al

⁴⁸ *Ibíd*em, p. 694.

menos, pensar que no la evade definitivamente, pero, con un grado de diligencia tal que aproxima sus alcances a la misma responsabilidad objetiva por riesgo, sin llegar a ser tal.

Aún lo anterior, a través de las causas de excepción, se desprende que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado es diverso de la forma objetiva por riesgo y de la que en derecho público se apoya en la lesión antijurídica. Es así debido a que en los dos últimos casos la liberación depende solamente de caso fortuito y de la culpa inexcusable de la víctima, derivando diferencias en la carga de la prueba para el sujeto deudor.

Carga de la prueba

En otro orden de cosas, lo que a cada parte compete probar y relacionado con lo visto anteriormente, liberación o no del Estado, el artículo 22 inicia diciendo “La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo...” En nuestra opinión, y para refrendar el carácter objetivo en los términos constitucionales de la responsabilidad del Estado, la citada norma simplemente debió exigir al reclamante: a) la conducta del Estado, hacer u omitir sin derecho o fuera de los parámetros habituales y los recomendados por la ciencia o técnica, lo que debía hacer o no hacer para

evitar el daño, las precauciones y medidas con las cuales los daños no se habrían producido, b) el menoscabo patrimonial y c) la relación de causalidad, esto es, los daños no tienen otra explicación que el actuar irregular.

El mismo artículo 22 continúa inmediatamente con lo que corresponde al Estado, quien, según sea el caso, deberá probar, bien la “participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo”; o “que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado”; o “que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento,” o bien, “la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.”

En abono a lo dicho por el artículo 22 en esta parte, los medios de prueba están relacionados con las causas de exoneración respecto de quien está interesado en desvirtuar el derecho a la indemnización, por lo cual, la prueba deberá convencer que no actuó de manera ilegal, siguiendo las reglas aplicables, ni fuera de los dictados de la ciencia y técnica en el momento y, por tanto, no obró de manera irregular; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de su acaecimiento; o que

definitivamente la causa de producción es la culpa, insistimos, inexcusable, de la víctima.

La precisión de cada uno de las alternativas liberadoras requiere de un estudio casuístico y práctico que excede a este trabajo, aunque, sí cabe hacer algunas precisiones en términos generales. De acuerdo con los artículos 3 y 22, el primer efecto derivado consiste en provocar indirectamente que sea el Estado quien terminará probando la irregularidad, no será el reclamante. Esto porque es el Estado quien tiene el dominio de lo actuado. Su incapacidad o imposibilidad para demostrar fehacientemente alguna de las causas de exclusión, confirmará que no hay otra explicación del daño más que su actividad irregular. En segundo lugar, la misma falta de prueba suficiente a favor de alguna causa de exclusión, referida a ejercicio de atribuciones en términos de ley, previsión de lo previsible y evitación de lo evitable, son indicativos de omisión, lo cual es incumplimiento liso y llano de alguna facultad expresa o implícita por la naturaleza misma de los hechos.

Por otra parte, si la actividad consistiera en actos jurídicos podría estar en curso la previa impugnación del acto presumiblemente causante de daños o haberse declarado la nulidad. En el primer supuesto, habrá de atenderse a lo dispuesto por artículo 18, según el cual “el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado se suspenderá hasta en tanto en los otros

procedimientos, la autoridad competente no haya dictado una resolución que cause estado”. En el segundo caso, de acuerdo con el artículo 20, “la nulidad o anulabilidad de actos administrativos por la vía administrativa, o por la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, no presupone por sí misma derecho a la indemnización”.

Si bien con la nulidad no hay presunción del derecho a la reparación, sí puede ser, en algunos casos, demostrativa, además de la causa de nulidad, de la irregularidad para reclamar. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo previene sobre la hipótesis de un supuesto a través del párrafo 3ro del artículo 6. Esto es, cuando el acto declarado nulo se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, en tal caso, la ley dice, “...sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado”. De ser así, y habiéndose consumado los efectos y no poder retraer al estado anterior, la irregularidad por la cual sobrevino la nulidad, resultare ser también la única causa del perjuicio del particular, podrá reclamarse su indemnización. En tal caso lo único que falta es la prueba suficiente de los daños, se habrá integrado lo necesario para ejercer el derecho.

De acuerdo con la revisión sintética que hicimos hasta este momento en materia probatoria, cabe decir que ambas partes estarán concentradas en la irregularidad, en virtud de lo cual, no todo menoscabo patrimonial producido por el Estado es perjuicio indemnizable. El Estado quedará liberado si demuestra la culpa de la víctima o la de un tercero, así como la actividad lícita o regular a través de la legalidad, regularidad o normalidad, situaciones que interrumpen el nexo de causalidad. En palabras del artículo 1, 2do párrafo, el fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el menoscabo quedará demostrado con el cumplimiento de la normativa relativa, así como con la previsión y observancia de los cuidados y parámetros según lo aconsejado por la ciencia o técnicas en el momento del hecho. Además de regularidad, de suyo se habrá demostrado, diligencia y cuidado, en resumen, ausencia de culpa objetivamente apreciada. La atribución de responsabilidad al Estado vendrá independiente de la culpa subjetiva del agente.

Cabe recordar que la culpa del servidor público, finalmente será un elemento a considerar y es relevante, como dijimos anteriormente para establecer posteriormente su situación jurídica con el proceso relativo en términos de las leyes aplicables a la responsabilidad de los servidores públicos. En caso de falta grave, conforme el 31 de la LFRPE, el Estado podrá ejercer acción para repetir lo pagado en concepto de indemnización.

El proceso mediante el cual se resuelva la responsabilidad del servidor público, es totalmente independiente del seguido para la reparación de los daños, en modo alguno afecta al reclamante en su derecho. No obstante, el artículo 18, 2do párrafo, de la ley determina que los particulares en su demanda, deberán señalar, en su caso, el o los servidores públicos involucrados en la actividad administrativa que se considere irregular.

Lo dispuesto en el artículo 31 confirma que la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva y directa para las víctimas, con consecuencias definitivas para el Estado por hecho propio solamente en caso de faltas leves. Si los daños provienen de “faltas administrativas graves” –denominación según la Ley General de Responsabilidades Administrativas que entrará en vigencia el 19 de julio de 2017–, el efecto jurídico de la figura, por ser objetiva y directa, se mantiene para los reclamantes, sin embargo, ese efecto cambia respecto del Estado. De acuerdo con la ley, para el Estado consiste en responsabilidad por hechos de sus empleados o funcionarios. El Estado habrá cumplido con el rol de aseguradora o garante de la indemnización, por lo cual, puede reclamar al servidor público lo que hubiere pagado.

VI. LA FIGURA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Las tesis que incluimos están lejos de agotar la nueva doctrina sobre la responsabilidad del Estado por daños en funciones de derecho público proveniente de la interpretación de los tribunales. La elección se basa en los temas que tratamos y en relación con el sentido que le imprimen a la figura constitucional.

Interpretación respecto de un derecho fundamental acotado

El refrendo en sede judicial de una figura que trasciende el derecho daños se hizo en varias ocasiones. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia le otorgó significativa relevancia a través de las tesis generadas con motivo del amparo en revisión 903/2008, aprobadas el 18 de marzo de 2009, principalmente en los dos criterios siguientes.

En la tesis aislada LII/2009 consideró el establecimiento de un derecho sustantivo que “...no sólo tiene el propósito de consagrar la prerrogativa de los particulares a la indemnización referida, sino también el de asegurarles en las vías ordinarias correspondientes un vehículo procesal para obtener su cumplimiento, pues al prescribir que aquélla se otorgará conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes, faculta al legislador ordinario para la configuración normativa de ejercicio obligatorio,

consustancial a la operatividad de la responsabilidad patrimonial del Estado y, por tanto, imprescindible para el respeto del derecho de los particulares a la indemnización respectiva⁴⁹.

Por su parte en la tesis aislada LIV/2009 la Primera Sala reconoció además en el artículo 113, constitucional, 2do párrafo, que el derecho sustantivo puede ser ampliado por el legislador ordinario. Para sustentar su posición invoca el criterio de la Suprema Corte, respecto de los actos realizados por el Estado por los cuales no es responsable constitucionalmente “....Así, el Tribunal Pleno de esta Corte ha considerado que los daños ocasionados por la actividad regular del Estado, que se traduce en una responsabilidad subjetiva e indirecta, así como la actuación dolosa o culposa de los funcionarios públicos eran aspectos no incluidos en el segundo párrafo del artículo 113 constitucional. Sin embargo, el hecho de que no estén explícitamente contemplados en la Norma Fundamental, debe llevar a concluir que dichas cuestiones pueden ser reguladas en los distintos órdenes jurídicos

⁴⁹ Rubro: “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE UN DERECHO SUSTANTIVO EN FAVOR DE LOS PARTICULARES”. Fuente IUS 2010: Novena Época. Registro: 167384. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Abril de 2009. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 1a. LII/2009. Página: 592.

parciales con el propósito de ampliar el ámbito protector que establece el precepto constitucional. La anterior conclusión se fundamenta en el criterio de esta Suprema Corte, según el cual los derechos constitucionales son mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados por el legislador ordinario -ya sea federal o local- en su reglamentación. Una técnica válida constitucionalmente para ampliar un derecho constitucional de los particulares es la de ampliar los supuestos de responsabilidad de aquellas instituciones de cuya actuación -y la forma como se regule- dependa el ejercicio del citado derecho, por lo que si en un orden jurídico parcial se decide establecer supuestos que actualicen la responsabilidad patrimonial del Estado, distintos a los establecidos en la norma constitucional, es evidente que los particulares tienen derecho a exigir todas las consecuencias que se deriven de la actuación del Estado, en las vías que se contemplen sin que pueda alegarse su incompatibilidad”⁵⁰.

En el momento de la tesis anterior, no sería posible sin reforma constitucional extender el ámbito protector de la figura del 109, último párrafo, incluyendo los actos regulares de la administración⁵¹; el legislador

⁵⁰ Fuente: Ius 2010: Novena Época. Registro: 167386. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIX, Abril de 2009. Materia: Constitucional, Administrativa. Tesis: 1a. LIV/2009. Página: 590.

⁵¹ Pérez Dayán, Alberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado" en Revista del Instituto

ordinario estaba limitado. Sin embargo, lo sucedido con posterioridad respecto del artículo 1 constitucional constituye suficiente fundamento para extender, no sólo procesalmente, sino sustantivamente, y dar cumplimiento a lo postulado en la tesis. Por otra parte, desde antes de la sanción en el orden federal, existía un régimen local que había legislado en sentido amplio. Es la figura de la Constitución de Colima que comentamos como un caso fundado en la lesión antijurídica. En el mismo sentido puede ser otro ejemplo que el Estado de Quintana Roo ha establecido el deber de indemnizar al injustamente imputado y al condenado que resulte absuelto a tenor del artículo 71 del Código Procesal Penal para el Estado que entró en vigor en 2013.

En sentido contrario, en sede judicial se mantienen apegados a los términos en que fue sancionada la responsabilidad del Estado respecto de la función judicial. Así, la responsabilidad patrimonial no comprende los daños con motivo del trámite jurisdiccional de los asuntos sometidos a su potestad (poder judicial) y por el dictado de sus sentencias, como modo de garantizar la

independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, conforme lo exige el párrafo tercero del artículo 17 constitucional⁵².

Interpretación respecto del carácter de la responsabilidad patrimonial del Estado

El Tribunal Pleno, el 12 de mayo 2008, aprobó, con los números 42/2008, 43/2008 y 44/2800 las tesis jurisprudenciales originadas en la sentencia con motivo de la acción de inconstitucionalidad 4/2004 que ejercieron diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. El reclamo versó en los artículos 389, 390, 391 y 392 del Código Financiero del Distrito Federal que, a juicio del actor, vulneraban el contenido del artículo 113 (actualmente 109, último párrafo) de la Constitución Federal⁵³. De estas tesis las dos primeras ilustran sobre el carácter de la responsabilidad patrimonial.

En la tesis 42/2008⁵⁴ el Máximo Tribunal interpretó el sentido de “directa” y “objetiva” que emerge del texto constitucional. Así, razonó “.....A la

⁵² IUS 2010: Novena Época, Registro: 163745, Instancia: Segunda Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, septiembre de 2010, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. XCIV/2010, Página: 199.

⁵³ Para conceptos de invalidez, ver Ejecutoria en Ius 2009 registro 169428.

⁵⁴ Ius 2010: Registro No. 169424 Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008. Página: 722 Tesis: P./J.

luz del proceso legislativo de la adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la "responsabilidad directa" significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor; mientras que la "responsabilidad objetiva" es aquella en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como 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 administración."

Mediante la tesis 43/2008⁵⁵ señaló la diferencia entre responsabilidad objetiva y subjetiva a los fines la responsabilidad patrimonial del Estado. De acuerdo con su texto, cuando el artículo 113 constitucional alude al carácter

42/2008. Rubro: 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.

⁵⁵ IUS 2010: Novena Época. Registro: 169428. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 43/2008. Página: 719.

de objetiva, “....abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.” El alejamiento se establece únicamente respecto del dolo, nada se dice de la culpa. Sin embargo, más propiamente y por el tipo de responsabilidad de la que trata la institución, reparación de daños por actos de autoridad en función administrativa, debiera deslindarse de faltas como ilícitos de naturaleza administrativo. Pero, además, se identifica irregularidad con anormal o ilegal, es decir, con un obrar ilícito. Aceptando el uso del adjetivo ilícito en sentido genérico, contrario a las leyes⁵⁶, significa cualquier hacer u omitir contrario a las leyes del acto o a las reglas fijadas como pasos o acciones recomendadas e imprescindibles que habitualmente deben seguirse.

⁵⁶ Distinto del hecho ilícito fuente de obligaciones civiles. Conforme la doctrina civilista y jurisprudencia: el hecho ilícito requiere de tres elementos: una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Ver: “Hecho ilícito. Su definición”. Décima Época. Registro: 2005532. Instancia: Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación: Libro 3, febrero de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. LI/2014 (10a.). Página: 661. Esta tesis se publicó el viernes 14 de febrero de 2014 a las 11:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

La objetividad constitucional radica entonces en la atribución o nacimiento de la obligación de reparar por la mera relación causal entre el actuar ilícito y el menoscabo.

Casos en que la irregularidad es un hecho culposo

Es importante que veamos primeramente el rubro de la tesis⁵⁷ que nos proponemos considerar: “Responsabilidad patrimonial del Estado. La actuación negligente del personal médico que labora en las instituciones de seguridad social (IMSS E ISSSTE) queda comprendida en el concepto de “actividad administrativa irregular” a que se refiere el segundo párrafo del artículo 113 constitucional”.

Con el objeto de poner en su justa dimensión la responsabilidad objetiva de la figura constitucional en caso de negligencia médica, será de mucha utilidad tener a mano el alcance jurídico de algunos términos, entre ellos, actuación ilícita, culpa y negligencia. Nos valdremos de los conceptos que proporciona Jorge Fernández Ruíz cuando aborda los elementos de la

⁵⁷ Décima Época, Registro: 2003393. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, Tomo 1. Materia(s): Administrativa. Tesis: 1a./J. 129/2012 (10a.). Página: 899. La tesis de jurisprudencia 129/2012, aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal, en sesión del 24 de octubre de 2012

responsabilidad civil⁵⁸. Dice el autor, “la actuación ilícita implica un obrar doloso o cuando menos, culposo bien por su propósito de causar daño, ya por ser producto de la imprudencia, negligencia, ignorancia, inadvertencia, o impericia; por esta razón constituye un elemento indispensable de la responsabilidad civil”. En lo que aquí nos interesa, el obrar culposo, además de incumplimiento de una obligación sin dolo ni mala fe, es también la acción u omisión que por imprudencia, ignorancia, impericia o negligencia causa un daño a otro. Respecto de la negligencia, expresa “se puede interpretar como falta de la debida diligencia o del cuidado indispensable en la ejecución de un acto. Por tanto, la negligencia equivale a descuido.” A sabiendas entonces de que la actuación negligente es ilícita porque no se actúa con el debido cuidado, el necesario para no ocasionar daños, veamos el texto de la tesis.

Para el juzgador la irregularidad “....se configura cuando la función administrativa se realiza de manera defectuosa, esto es, sin atender las condiciones normativas o los parámetros establecidos en la ley o en los reglamentos administrativos. En tal sentido, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares por haber actuado de manera irregular se configura, por un lado, la

⁵⁸ Fernández Ruiz Jorge, "Derecho Administrativo", México, D. F.: McGRAW-HILL - Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. - Vol. Colección Panorama del Derecho Mexicano. p. 168-169.

responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro, se genera el derecho de los afectados a que éste les sea reparado. Ahora bien, la actividad irregular de referencia también comprende la deficiente prestación de un servicio público; de ahí que la actuación negligente del personal médico que labora en las instituciones de seguridad social del Estado (IMSS e ISSSTE) que cause un daño a los bienes o derechos de los pacientes, sea por acción u omisión, queda comprendida en el concepto "actividad administrativa irregular" a que se refiere el citado precepto constitucional y, por ende, implica una responsabilidad patrimonial del Estado. "

a) Irregularidad como omisión en el ejercicio de atribuciones

La tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en ocasión del amparo directo 518/2012⁵⁹ resulta interesante por dos razones. En primer lugar, por la contradicción⁶⁰ denunciada por el

⁵⁹ Décima Época. Registro No. 200 3139, Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 3; Pág. 2073.

⁶⁰ Contradicción 71/2014, pendiente de resolución a la fecha del presente. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (Denunciante), al resolver el amparo directo 572/2013 sostuvo que en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado y de conformidad con el artículo 113, 2do párrafo, de la Constitución federal, al estudiarse los conceptos "responsabilidad patrimonial", "objetiva y directa" y "por actividad administrativa irregular del Estado" no debe practicarse un análisis subjetivo de aspectos como regularidad o irregularidad de la actividad ni licitud o ilicitud. Última consulta en línea de la lista de "Contradicciones de tesis

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, quien sostiene criterio diverso respecto del sentido constitucional de los conceptos ‘irregular’ y ‘objetiva’ cuando se trata de obligar al Estado con la reparación. En segundo lugar, porque, de no haber existido la figura de responsabilidad patrimonial del Estado, el caso podría haberse tratado como responsabilidad civil en los términos de los artículos 1931 y 1932, fracción V, del Código Civil Federal.

Concretamente respecto de la tesis en comento, el juzgador encuadra el asunto en la institución del servicio público, que en el caso la actividad administrativa es servicio público de drenaje y se da a la tarea de verificar si el Estado actuó de acuerdo con las condiciones normativas y propias de la actividad aplicables y si cumplió con los parámetros establecidos, para estar en posibilidad de determinar si lo hizo con la debida diligencia, considerando que la causa material de los daños fue la inundación por la ruptura del túnel emisor poniente del sistema principal de drenaje del Valle de México el 6 de septiembre de 2009. El Tribunal constató y juzga como causa directa de daños las omisiones en que incurrió el prestador, necesarias para un funcionamiento normal del mismo. De este modo arriba a la conclusión de que “...no únicamente la presencia de lluvia extraordinaria fue la causa generadora de la

ruptura -como lo adujo la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA)-, pues desde el diseño y construcción del referido túnel se tenía conocimiento de su carácter provisional, lo cual hacía necesaria la supervisión, mantenimiento y ejecución de nuevas obras a fin de generar su correcto funcionamiento, lo que no se realizó y, en consecuencia, los daños producidos a causa de la inundación por la ruptura se originaron por la falta de eficiencia debido a la ausencia de conservación, desarrollo y mantenimiento de la infraestructura, de manera que el funcionamiento anormal del mencionado servicio fue determinante en los señalados daños, para efectos de la procedencia del pago indemnizatorio por responsabilidad patrimonial del patrimonial del Estado.”

Con apoyo en el estudio que realizan Alina del Carmen Nettel Barrera y Vicenç Aguado Cudolà⁶¹, cabe observar que, para fines de imputación de responsabilidad, habría que estudiar por separado los actos jurídicos donde la irregularidad en versión de omisión quedaría configurada con la “ausencia de actividad jurídicamente relevante en un plazo razonable cuando existe una

⁶¹ Aguado I Cuodolà Vicenç y Nettel Barrera Alina del Carmen, "La Responsabilidad Patrimonial por Inactividad de las Administraciones Públicas Mexicanas" en AÍDA Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. - México, D. F. : Asociación Internacional de Derecho Administrativo - FES Acatlán, Julio - Diciembre 2009. - 6 : Vol. Año 3. pp. 444-466.

obligación de actuar”. Por otra parte, en caso de actividad material, aceptando inclusive lo que se sugiere, la omisión, no con significado de “inactividad como presupuesto de la prescripción”, sino, hablando de omisión como “ausencia de actividad administrativa eficaz”, que de haberse realizado en tiempo y forma se habrían evitado los daños. Los autores de cita plantean también el problema para la objetividad en el sistema español, el cual no es ajeno a la figura mexicana, aunque en otra perspectiva. La omisión “siempre es una responsabilidad subjetiva (...) la antijuridicidad del daño no es separable de la idea de culpa, a pesar de que, con carácter general, el sistema español de responsabilidad sea de carácter objetivo.” Asimismo, no solo con la ausencia de actividad. Cuando se trata de servicios públicos, el problema que plantea la doctrina es en el sentido de la presencia ineludible de la culpa en la prestación fuera de los parámetros o estándares como exigencia de la calidad de los servicios públicos. Por último, relacionado con el asunto de la culpa en la tesis comentada, la doctrina se muestra interesada también con “la responsabilidad patrimonial por inactividad en relación al mantenimiento de los bienes públicos”, que nosotros vinculamos con los artículos 1931 y 1932, fracción V, del Código Civil Federal.

b) La irregularidad es elemento sine cuan non de la conducta material. El daño es requisito esencial de la responsabilidad por daños

La resolución de la Primera Sala Regional del Norte Centro II del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 1 de octubre de 2007, por unanimidad de votos, con motivo de la reclamación de indemnización por daños o lesión patrimonial Núm. 831/06-05-01-7, determinó la improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado. Se trató del ejercicio regular de facultades por parte de los funcionarios consistentes en la comprobación que deben hacer las autoridades fiscales, aunque, por el sólo hecho de haberse declarado la nulidad de tal ejercicio, el Tribunal consideró improcedente la demanda de daños. Según el texto la decisión se funda en que las normas que rigen la función pública en el caso —invoca el artículo 42, fracciones II y III del Código Fiscal de la Federación— facultan a la autoridad para llevar a cabo visitas de verificación y los particulares se encuentran obligados a permitir tales visitas. Si el ejercicio se realiza dentro los términos legales, sin que el proceder en sí cause algún daño, aún por el solo hecho de haberse declarado posteriormente su nulidad, la acción no procede. En efecto, el artículo 20 de la LFRPE determina que “la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos por la vía administrativa, o por la vía jurisdiccional, no

presupone por sí misma derecho a la indemnización”. El Tribunal expresa “... no debe perderse de vista que, por tratarse de actos de comprobación inherentes al ejercicio de facultades discrecionales de las autoridades fiscales, los causantes se encuentran obligados a permitir que tales visitas se lleven a cabo, por corresponder a actividades propias de la autoridad, sin que su proceder cause algún daño, por el sólo hecho de haberse declarado su nulidad, pues tal evento por sí solo no presupone el derecho a la indemnización en términos de lo previsto por el artículo 20 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado ...”⁶² En el caso faltó lo esencial, comprobar que aun tratándose del ejercicio de facultades conferidas, que la autoridad debía cumplir, lo hizo de manera irregular, ocasionando daños, mismos que también debieron comprobarse como perjuicios reales y relacionados con ese actuar irregular, por ejemplo, durante la visita se comportan arbitrariamente o amenazantes, o ejercieron violencia, rompieron bienes, etc. ocasionando con ello daños materiales y morales. También nos remitimos a lo tratado anteriormente con motivo de la carga de la prueba respecto de actos nulos cuyos efectos se consumaron.

⁶² Rubro de la tesis V-TASR-VIII-3168 “Improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios, por el ejercicio regular de facultades de comprobación de las autoridades”. Fuente: *Justicia Fiscal y Administrativa*, No. Registro: 50,470, Aislada, Época: Sexta, Instancia: Primera Sala Regional del Norte - Centro II, Fuente: R.T.F.J.F.A. Sexta Época. Año I. No. 5. Mayo 2008, Página: 265.

Cabe notar la importancia del daño para la responsabilidad patrimonial como lo es para la responsabilidad civil, según lo cual, no sólo en virtud de disposición expresa –artículo 20– la declaración de nulidad no es suficiente por sí misma pues no presupone el derecho a una indemnización, ni tampoco presupone el perjuicio, éste necesita ser probado junto a la relación de causalidad.

En el mismo sentido respecto del ejercicio de actividad regular del Estado y que la nulidad administrativa no presupone por sí misma el derecho a la indemnización, la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, emite la tesis VII-P-2aS-373⁶³. Invoca como sustento la jurisprudencia, tesis P./J. 42/2008 y P./J. 43/2008 y de las facultades conferidas por artículo 92 del Código Fiscal de la Federación. Según la norma invocada, lo realizado por la autoridad no implica actividad irregular, si el reclamo por concepto de indemnización presentado por el particular se sustenta en la declaratoria de nulidad emitida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa del crédito fiscal que sirvió de base para la

⁶³ Tesis aprobada en sesión de 23 de mayo de 2013. Juicio Contencioso Administrativo Núm. 30180/11-17-01-3/1550/12-S2-07-04, resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 18 de abril de 2013.

denuncia penal, cuando el motivo de esa sentencia haya sido un vicio cometido por la autoridad fiscal, pero que además, tampoco implica que haya quedado desvirtuada en el fondo la determinación en el sentido de que el contribuyente dejó de cumplir con las obligaciones fiscales que causaron el crédito en cuestión.

Consideramos que el error es asumir la irregularidad o vicio que funda la nulidad como el criterio para exigir responsabilidad patrimonial. Son asuntos distintos porque la irregularidad para la responsabilidad patrimonial debe ser causa de daños, mimos que deben ser reales y deben probarse conforme el artículo 4 de la LFRPE.

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. CASOS EXPRESOS

Resulta distinto el régimen del artículo 109, último párrafo constitucional al aplicable para la reparación de daños a cargo del Estado en tres casos de responsabilidad subjetiva que consideramos seguidamente.

1. La reparación de perjuicios ocasionados por la comisión de delitos tipificados en el Código Penal Federal que cometan los servidores públicos, únicamente, con motivo del ejercicio de sus funciones. En efecto, acorde con lo dispuesto por el artículo 32, fracción VII, el Estado quedará obligado con la

reparación de manera subsidiaria o solidaria, según si funcionarios imputados incurren en culpa o dolo.

2. Del mismo modo, corre a cargo del Estado federal o entidad federativa la reparación y/o compensación, en virtud de la Ley General de Víctimas. En este supuesto, responde de forma subsidiaria por el daño de los delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa⁶⁴ o en aquellos casos de daño o menoscabo a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, así como cuando la víctima directa hubiera fallecido o sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física o mental determinado así por la autoridad judicial. La subsidiaridad del Estado surge conforme distintos supuestos, a saber:

a) imposibilidad para consignar ante la autoridad jurisdiccional al presunto autor de los hechos e imposibilidad del ejercicio de la acción penal correspondiente, según se desprenda de las constancias del agente del ministerio público competente;

⁶⁴ Ver artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

b) incapacidad económica del sentenciado para otorgar la reparación acorde con la sentencia firme de la autoridad judicial competente, en la que se señalen los conceptos de la misma, y

c) no haber obtenido de la persona directamente responsable la satisfacción de dicha reparación, circunstancia que debe constar en resolución emitida por autoridad competente u organismo público de protección de los derechos humanos daño.

Un supuesto similar surge de las disposiciones que establece la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Acorde con la misma la responsabilidad del Estado y/o entidad federativa será subsidiaria o solidaria.

A MODO DE CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

De lo anteriormente expuesto, podemos enumerar los siguientes puntos:

La presunción de una institución fundada en el resultado injusto que estuvo presente en el proceso de reforma constitucional y sanción de la ley reglamentaria se mantiene como problema doctrinal.

Lo anterior a pesar de la inexistencia en la Constitución federal de consideraciones a favor del “daño en sí mismo”. Es abundante la doctrina en este sentido.

El sistema mexicano es objetivo y directo porque la obligación para el Estado nace independiente de la culpa del servidor.

El sistema mexicano es objetivo y directo porque la prueba principal para ambas partes ronda en la irregularidad.

La irregularidad es equivalente a ilícito o contrario a las normas que rigen la actividad desarrollada por el Estado en función administrativa, inclusive las de carácter técnico indicativas de comportamiento normal y habitual, relacionada con la eficacia y el cumplimiento de interés general.

El régimen mediante el cual el Estado se libera de responsabilidad confirma como criterio a la ilicitud, a la conducta incumplidora y, en ocasión, actividad negligente.

La omisión consiste en actividad negligente y cuando se trata de servicios públicos, se incluye como actividad administrativa irregular.

Si el Estado actúa en función administrativa sin derecho, obra de manera irregular o ilícita y, si provoca un daño, deberá reparar el menoscabo patrimonial que ocasione, independiente de la culpa del agente. Este menoscabo es daño reparable o injusto y el Estado debe reparar, porque se origina en su obrar contra el derecho público.

La jurisprudencia en los casos analizados se muestra en favor de ampliar la figura, aunque respetando en sus decisiones los límites originales de la figura, refrendando la intención del creador de la norma fundamental en el sentido comprender los daños por actividad materialmente administrativa. En el ámbito local se notan intenciones de ampliar el sistema.

La objetividad constitucional radica en la atribución o nacimiento de la obligación a cargo del Estado por la mera relación causal entre la irregularidad y el menoscabo patrimonial.

La irregularidad es el elemento de imputación o atribución y está desprovisto de reproche subjetivo, aún en la omisión. Siempre habrá una investigación subjetiva para constatar la ilicitud, propia del derecho público.

La culpa interviene por varias razones. Además de lo necesario en causa de exclusión, la culpa es el eje en la responsabilidad de los servidores públicos y la sanción correspondiente. Lo resultante en este procedimiento y cuando la irregularidad consista en falta grave, el Estado podrá repetir del servidor público culpable lo pagado por indemnización.

Los distintos regímenes, basados en la naturaleza del hecho productor, dejan a la objetividad en el caso de responsabilidad por actividad administrativa irregular como un sistema típico del derecho mexicano, hipótesis con la que comenzamos este tema. Esta conclusión se refrenda con la comparación que hicimos de las figuras del derecho español y colombiano.

CAPÍTULO II

DOMINIO PÚBLICO COMO RÉGIMEN PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Como anticipamos en la introducción, el presente capítulo lo dedicamos al régimen del dominio público con el objeto de identificar las bases jurídicas respecto de los recursos naturales que son bienes del dominio público.

El dominio público es el régimen al que está sujeto un conjunto de bienes constitutivos del patrimonio nacional. Las normas y los bienes de cualquier naturaleza encuentran justificación en la medida de garantizar los usos comunes, la prestación de servicios públicos, la satisfacción de necesidades generales y el cumplimiento de las funciones públicas. Gabino Fraga relaciona el concepto de dominio o patrimonio del Estado con los bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones.⁶⁵ Sin embargo, además de la indiscutible importancia que se vislumbra del régimen de dominio público como tal, existe un interés específico de reflexión acerca de esas normas jurídicas y de las políticas públicas en el sentido de capacidad para establecer un equilibrio entre las tendencias de sobreexplotación, guiadas por indicadores puramente de crecimiento, con los objetivos constitucionales de conservación ambiental,

⁶⁵ V. Fraga, Gabino, “Derecho Administrativo”, México, D. F.: Editorial Porrúa, 1988, 27ª. edición, p. 343

distribución equitativa de la riqueza, equilibrio requerido necesariamente cuando se trata de bienes nacionales con alto valor ecológico. Muchos son los casos donde puede abrirse la reflexión. Espacios de conflicto social por las determinaciones en favor de nuevos usos por encima de los existentes, en ocasiones a pesar de las prácticas regionales.

A modo de ejemplo, recordamos las manifestaciones sociales y litigios, hechos recientes de confrontación, originados por los proyectos en zonas aledañas a determinadas playas marítimas. En buen número de casos, los problemas se deben a la supuesta afectación del uso público que se ocasionaría con dichos emprendimientos. Las playas son las partes de tierra que, por virtud de la marea, cubre y descubre el agua, espacio que comprende “desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales”⁶⁶. Acorde con la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN), las playas pertenecen al patrimonio nacional y son consideradas entre los bienes de uso común. La situación jurídica por sí misma, denota el interés general inmerso. Sin embargo, al igual que para los demás bienes comprendidos y citados por los

⁶⁶ Considerando ‘también como patrimonio nacional la franja contigua a las playas: zona federal marítimo terrestre. De acuerdo con la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN) cuando la costa presente playas, la zona federal marítimo terrestre estará constituida por la faja de veinte metros de ancho de tierra firme, transitable y contigua a dichas playas o, en su caso, a las riberas de los ríos, desde la desembocadura de éstos en el mar, hasta cien metros río arriba.

artículos 3, 6 y 7 de dicha ley, como tema adicional, es posible cuestionar la adecuación del régimen conforme a objetivos constitucionales. La obligatoriedad de resguardar el uso común o el aprovechamiento en beneficio social rige tanto para la legislación como para la administración pública.

En nuestra opinión, la problemática gira alrededor de las acciones públicas y privadas, cuando, a pesar de principios constitucionales, pero, con fundamento en leyes secundarias, no se condicen con resultados de beneficio social, rectoría del Estado y desarrollo integral. Son hechos que en algunos casos se dan en seguimiento de recomendaciones de organismos internacionales, propuestas de modelos homologados que se apartan de las realidades locales y sus verdaderas necesidades.

Así pues, la legislación relevante comprende la relativa al régimen del dominio público y la que determina derechos, modos y procedimientos de usos, aprovechamientos y explotación de cada uno de los recursos que son bienes nacionales. Cabe recordar que el ordenamiento está integrado por normas de distinta jerarquía y su aplicación involucra también a distintos órdenes de gobierno, con obligaciones legales o derivadas de convenios. Estas normas son la base de las acciones, decisiones y ejecuciones, públicas o privadas, respecto del agua, minerales, hidrocarburos, playas, especímenes de flora y fauna, biodiversidad, bosques, entre otros.

La conservación y el equilibrio ecológico son fines públicos de interés general, son mandatos que imponen la intervención activa del Estado a través de las tres funciones públicas. En este sentido, el régimen y la aplicación de la ley a los hechos, acorde con los principios constitucionales, denotan el modo en que el legislador ordinario y el poder ejecutivo asumen el compromiso.

La conservación y el medio ambiente adecuado garantizan el derecho de todos los individuos a que los usos y aprovechamientos estén fundados y motivados en la utilidad pública. Suponen, no sólo el ejercicio del derecho a un medio ambiente adecuado, sino otras prerrogativas de igual jerarquía, por ejemplo, seguridad jurídica y legalidad. Igualmente, de modo particular pueden afectarse derechos específicos, también fundamentales, según circunstancias de tiempo, lugar y personas. Es el caso de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas respecto de la zona y espacio en que radican. Del mismo modo, la conservación supone la distribución equitativa de los rendimientos y la participación entre todas las personas. La administración de los recursos naturales necesita de las reglamentaciones de los usos y sobre la prestación de los servicios públicos, así como de los beneficios racionales, directos y legítimos, de los particulares que realizan actividades con aprovechamientos especiales o en virtud de la concesión de explotación o

prestación de un servicio público. El derecho de todos sobre los recursos naturales supone la imposición en cada caso de restricciones e importa deberes concretos para las propias autoridades. Un ejemplo de las acciones públicas⁶⁷ consecuentes con la utilización en beneficio social lo constituye el plan o programa de manejo de áreas naturales protegidas acorde con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente.

El conjunto de principios generales constituye las premisas iniciales. El desarrollo continúa apoyándose en el enfoque de los motivos prácticos de las instituciones y las reglas jurídicas a partir de los hechos. Es en los eventos donde se muestra la vigencia de la Constitución nacional y la relación conforme que guardan con sus instituciones cada una de las determinadas realidades.

⁶⁷ Ejemplo también de omisiones de las autoridades federales. Por lo menos en la fecha –abril de 2016– de la recomendación que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos dirigida al titular de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y al Comisionado Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Ver Comisión de Derechos Humanos, “Recomendación General Número 26 sobre la Falta y/o Actualización de Programas de Manejo en Áreas Naturales Protegidas de Carácter Federal y su Relación con el Goce y Disfrute de Diversos Derechos Humanos”, Ciudad de México, 13 de abril de 2016.

I. NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

La noción de dominio público está sustentada en los elementos esenciales: el sujeto a quien pertenecen, el objeto sobre el recae, la utilidad pública como nota distintiva del bien y el régimen de excepción.

En derecho administrativo, la expresión “dominio público” suele utilizarse para designar la masa de bienes, como sinónimo también de patrimonio nacional o público. En tal caso, el dominio público comprende los bienes, muebles o inmuebles, que por su naturaleza están destinados al uso de todos o asignados al servicio del Estado o para la prestación de los servicios públicos o a una causa específica de utilidad pública por fines de economía pública o interés social –asistencia, servicio, cultura, etc.–.

Volviendo al sentido como régimen, el dominio público se caracteriza por la inalienabilidad e imprescriptibilidad y las razones de estas notas. Esto justifica las disposiciones especiales y excepcionales para uso, aprovechamiento y explotación. La inalienabilidad e imprescriptibilidad se deben a la necesidad de conservación física y jurídica frente a cualquier persona, particular y autoridades, por actos de disposición, hechos materiales u omisiones que dañen o pongan en riesgo su existencia, disponibilidad y

capacidad para el uso, esto es, un conjunto de principios y normas acorde con el fin. Por ello, el régimen comprende también el deber de conservación cuando se trata de los recursos naturales.

Las características del régimen ponen a los bienes fuera del comercio, y sin ninguna posibilidad de derechos reales sobre ellos, mientras permanezcan dentro del patrimonio.

Los particulares solo pueden obtener un derecho de uso general o aprovechamiento especial, cumpliendo en cada caso con los requisitos legales.

Los usos especiales sólo son posibles a través de la concesión o permiso. Según la LGBN se requiere concesión para la explotación de los recursos naturales que constitucionalmente son bienes del dominio directo con el alcance que determina el artículo 16 de la LGBN. Igualmente, los bienes inmuebles de la Federación podrán ser concesionados a los particulares para actividades económicas, sociales o culturales, artículo 72, concesión que otorgarán las dependencias administradoras de inmuebles que corresponda y sujeto a las otras normas aplicables al bien en cuestión. Cuando se trata de inmuebles federales, la asignación a alguna de las instituciones de gobierno para el desarrollo de función pública encomendada, se otorga el uso acorde con destino del bien según el artículo 70. Esto significa que la adjudicación no

transmite la propiedad del mismo, ni otorga derecho real alguno sobre él. Por lo que las instituciones destinatarias no podrán realizar ningún acto de enajenación sobre los inmuebles destinados. Y la inobservancia de esta disposición producirá la nulidad del acto relativo.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL RÉGIMEN DE LA LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES – LGBN-

En los términos de esta ley habría que distinguir entre “autoridad de aplicación para efectos administrativos” y “sujetos obligados”. En el primer caso, se trata de la Secretaría de la Función Pública (SFP). La ley determina para el caso de duda sobre la interpretación de las disposiciones de la LGBN, se estará a lo que resuelva, para efectos administrativos, esta dependencia.

Respecto de los sujetos obligados la ley distribuye responsabilidades considerando, según se trate del ámbito orgánico del Poder Ejecutivo – los órganos y entidades de la administración pública federal–, o del Poder Legislativo, o del Poder Judicial y con disposiciones relacionadas a bienes de los órganos constitucionales autónomos.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, cabe distinguir entre las responsabilidades según las destinatarias de bienes sean: a) dependencias

administradoras de inmuebles –la Secretaría de la Función Pública y las secretarías de Gobernación; Medio Ambiente y Recursos Naturales; Comunicaciones y Transportes; Cultura, y Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano–, y b) dependencias, entidades, e instituciones destinatarias.

Para la ley son instituciones destinatarias las instituciones públicas que tienen a su servicio inmuebles federales. Por lo que, tendrán también este carácter, con las consiguientes responsabilidades, los órganos de los otros dos poderes de la Unión y los constitucionales autónomos. Con la salvedad para el caso de atribuciones otorgadas al Poder Legislativo, las facultades serán ejercidas de forma independiente por conducto de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores.

III. RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE BIENES NACIONALES

El dominio público comprende los bienes del dominio directo de la Nación y los bienes que no son del dominio directo.

No obstante aquella distinción, el régimen en sus características es general, se aplica independiente de la pertenencia o falta de ella al dominio directo. Las diferencias están en la posibilidad y procedimiento para la desafectación y en los actos de administración y disposición. Tratándose del dominio directo, la remoción del régimen es excepcional y sólo a través de una

reforma constitucional. En los bienes incorporados al dominio público por decreto del ejecutivo o disposición del legislador ordinario debe seguirse el procedimiento, según normas de incorporación, destino y administración que determina la LGBN y las leyes sectoriales. Así para la procedencia de actos de administración y disposición debe tratarse de inmuebles federales que no sean útiles para destinarlos al servicio público o que no sean de uso común.

IV. EXPROPIACIÓN, LIMITACIONES Y MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA. VÍA DE DERECHO PÚBLICO PARA LA INCORPORACIÓN DE BIENES AL PATRIMONIO NACIONAL

La expropiación es la figura del derecho público mediante la cual se incorporan bienes al dominio público, bienes pertenecientes a los particulares. “...es el acto por el cual el Estado, en beneficio de la colectividad, priva al particular de algún bien que le pertenece en propiedad, pagándole el precio correspondiente. Frente a este derecho del poder público, ninguno se reconoce a los particulares, ya no sólo como propietarios, sino con mayor razón como acreedores que hacen derivar el suyo, de los que corresponden al dueño. Por la naturaleza del acto expropiatorio, el poder público no tiene que entenderse más que con el propietario del bien afectado, de tal manera que solamente en el caso en que la propiedad se encontrase desmembrada,

tendría que darse la intervención en el procedimiento, a aquéllos que se encontraren disfrutando de los diversos atributos que el derecho de propiedad confiere,...”⁶⁸. A tenor de la Constitución federal, la expropiación procede por causa de utilidad pública y consiste en privar a un particular de un bien de su propiedad. En virtud de la Ley de Expropiación, por Decreto del Ejecutivo se declara la utilidad pública y siguiendo el procedimiento para el pago del precio correspondiente y el ejercicio de los derechos relativos del expropiado⁶⁹, el bien sobre el que recae el acto expropiatorio quedará sujeto al régimen de dominio público para que el Estado, directa o indirectamente a través de concesión, lleve a cabo las actividades que fundan y motivan el dicho acto. Por causa de utilidad pública también puede imponerse algún modo o modos al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad (modalidades), y regularse imponiendo cargas de hacer o no hacer (limitaciones).

⁶⁸ Amparo administrativo en revisión 1554/33. Aguilar Joaquín Jr. 26 de agosto de 1933.

⁶⁹ Debe respetarse la garantía de audiencia en forma previa a la emisión del Decreto relativo. V. Varios 2/2006-SS, solicitud de modificación de jurisprudencia. Ministro Mariano Azuela Güitrón, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 18 de agosto de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Juan Díaz Romero. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: David Rodríguez Matha. Corresponde a la Tesis de jurisprudencia 124/2006. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticinco de agosto de dos mil seis.

Además de constituir uno de los procedimientos para ingresar bienes al dominio público, se instituye como otra alternativa para la gestión a favor del uso racional de los recursos naturales.

Tanto la privación de la propiedad como la atribución de la Nación para regular la propiedad privada imponiendo modalidades, consisten en manifestaciones del poder público, unilaterales y soberanas, que estarán motivadas por la utilidad pública, el interés general y el beneficio social. En el caso de expropiación, inicia con la declaración de utilidad pública en los términos de la ley respectiva. La imposición de modalidades no traslada la propiedad y responde a la determinación constitucional según la cual "...la Nación mantiene en todo tiempo el "derecho" -entendido como competencia o facultad- de imponer las modalidades a la propiedad privada que dicte el interés público, así como establecer la regulación para el aprovechamiento de recursos naturales susceptibles de apropiación para el beneficio social"⁷⁰

De acuerdo con la Constitución nacional y Ley de Expropiación, entre las causas de utilidad pública que se mencionan, algunas tienen relevancia para el

⁷⁰ V. Amparo en revisión 410/2013. 23 de octubre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Dolores Rueda Aguilar y Raúl Manuel Mejía Garza.

derecho a un ambiente adecuado cuando se persigue *evitar la destrucción* de los recursos naturales y la *preservación y restauración del equilibrio ecológico*. El Pleno de la Suprema Corte de la Nación aclaró lo siguiente: “...el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.”⁷¹

No puede desconocerse la importancia de esta institución tanto en el orden federal como en el estatal. Las causas y la relación con el ambiente adecuado ponen a la expropiación como un instrumento más al servicio de las políticas públicas. Además del equilibrio ecológico a tenor del artículo 27

⁷¹ V. Acción de inconstitucionalidad 18/2004. Diputados integrantes de la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado de Colima. 24 de noviembre de 2005. Mayoría de nueve votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el dieciséis de febrero en curso, aprobó, con el número 39/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciséis de febrero de dos mil seis.

constitucional, párrafo 3ro., por virtud de la Ley de Expropiación, son causas de utilidad pública a través de las cuales se protege y pueden crearse condiciones favorables a un entorno saludable, el *embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de parques, jardines; la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; evitar la destrucción de los elementos naturales y la conservación de los lugares de belleza panorámica*⁷². En este último caso, diríamos que se trata del ambiente como paisaje natural o construido (paisaje urbano). No obstante, y aún sin desconocer la discusión doctrinal sobre los conceptos de “derecho ambiental” y “ambiente”, el caso específico de *belleza panorámica*, puede ir más allá del escenario con elementos naturales; incluir, por ende, el *ambiente construido*, en la medida de paisaje urbano existente. Los bienes que integran esta entidad normalmente tienen régimen especial acorde con el valor jurídico diverso que detenta, reconocido y declarado como tal. Es el caso de edificios y monumentos arqueológicos o históricos y, en general, inmuebles que, junto a

⁷² Cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 1, fracción XII, de la *Ley de Expropiación*, las causas de utilidad pública no son sólo las determinadas en esta Ley.

otras cosas, forman el patrimonio cultural⁷³ sujetos al régimen de dominio público y al especial de patrimonio arqueológico, histórico, cultural. A pesar de ello, tales bienes, en ocasiones también tienen importancia para la comunidad como parte de un ambiente concreto, característico o típico, hacen la belleza panorámica que distingue o identifica determinado espacio, tienen valor especial para los residentes del lugar donde están ubicados pues entrañan el concepto de espacio representativo, armonía de un conjunto; en esta medida, su preservación cobra mayor importancia por la repercusión ambiental.

V. EL RÉGIMEN DE DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Los principios y reglas del régimen al que quedan sujetos todos los bienes públicos, tanto estatales como municipales, constituyen el régimen local de los bienes públicos. Del mismo modo que en el orden nacional, la causa de la dominicalidad sobre una masa de bienes, más que la esencia patrimonial, es el destino o afectación, el uso común o servicio público, la satisfacción de un interés general y la utilización en beneficio común⁷⁴.

⁷³ Debe tomarse en cuenta las reformas constitucionales publicadas en el DOF el 30 de abril de 2009 — adición a artículos 4 y 73, fracción XXIX-Ñ y reforma al artículo 73, fracción XXV—, en materia de cultura y respecto de atribuciones estatales.

⁷⁴ *Constitución federal* Artículo 27, fracción VI.

El dominio público estatal es un régimen de excepción sobre determinados bienes que se erige como una institución al servicio de necesidades comunes. Quedan incluidos bienes de distinta naturaleza según la utilidad e interés público comprometido.

La conservación, a través de dicho régimen, lo convierte en un instrumento de las políticas con distintos fines. En tal virtud, pueden quedar dentro del dominio público de los Estados los bosques, montes, vida silvestre, agua, que no sean de jurisdicción federal, así como plazas, paseos, jardines y parques públicos; monumentos o construcciones de propiedad estatal o municipal por su valor estético o paisajístico. Iguales repercusiones tienen otros derechos reales que integran normalmente el dominio público como las *servidumbres legales* cuando el predio dominante sea propiedad del Estado o de los municipios, y tal constitución contribuye con las características y funciones ambientales o preservación natural del predio dominante.

El régimen de dominio público, además de la función primordial –protección jurídica frente a las acciones perjudiciales que pueden llevar a cabo los propios servidores públicos y los particulares– cumple con el propósito de proteger y mantener la posibilidad de servicio en ciertos bienes como cosas comunes. No sólo impide actos de apropiación o los deja fuera del

comercio, sino que, a través del régimen para su administración, tratándose de recursos naturales, se pueden adecuar los usos o la explotación para garantizar el derecho colectivo a un ambiente adecuado.

Evidentemente, este régimen encuentra complemento en las normas especiales que se dictan para cada uno de los recursos naturales o bienes respecto de la inalienabilidad e imprescriptibilidad y para el caso específico de usos públicos o usos especiales que requieren otorgamiento de concesiones, autorizaciones, permisos o licencias por diversas formas de aprovechamientos, además de las autorizaciones necesarias que se exigen por motivos ambientales.

Cada Estado tiene la regulación necesaria respecto de los actos y operaciones que importan administración de los bienes del patrimonio, mobiliario e inmobiliario, estatal y municipal⁷⁵.

Se trata entonces de normas especiales sobre la materia que establezcan el régimen de protección de los bienes de utilidad pública, uso común, con las características que le son propias.

⁷⁵ A modo de ejemplo ver “Ley de Bienes del Estado de Aguascalientes”, publicada en la Edición Vespertina del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el 23 de marzo de 2015.

Entre los antecedentes de la evolución del régimen en los ordenamientos estatales, muestra de que se ocuparon adecuadamente en el tema, cabe mencionar de manera especial dos: la Ley del Patrimonio Inmobiliarios del Estado de Guanajuato y la Ley de Bienes para el Estado de Hidalgo. Ambas definieron y caracterizaron el régimen de dominio público y determinan los bienes sujetos al mismo. En el caso de la primera, no enuncia recursos naturales, no obstante, pueden quedar comprendidos en los que considera de uso común y que estén identificados por otros ordenamientos como tal. En comparación, la *Ley de Hidalgo* hace un detalle más preciso de los bienes sujetos al régimen.

Por su parte, el Estado de Chihuahua reguló adecuadamente la institución en el *Código Administrativo*, artículo 1648 y siguientes.

Con mayor antigüedad a los ordenamientos citados anteriormente, encontramos la *Ley que Divide los Bienes Pertenecientes al Estado en Bienes de Dominio Público y Bienes de Dominio Privado* del Estado de Jalisco, vigente desde el 15 de diciembre de 1957. En situación similar, la *Ley del Patrimonio Estatal* del Estado de Michoacán de 1964, aunque con mejor alcance en la configuración del régimen de dominio público relevante para la protección ambiental.

El Estado de Aguascalientes cuenta con un régimen de las acciones relativas a la adquisición de bienes muebles e inmuebles, planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento, control, arrendamiento, registro, enajenación del patrimonio, así como la contratación de servicios de cualquier naturaleza a través de la *Ley Patrimonial del Estado*. Dentro del ordenamiento de Aguascalientes habrá que notar también la protección ambiental indirecta que se brinda a través de la normativa del patrimonio cultural del Estado, en el caso concreto de los lugares de belleza natural.

Expropiación, limitaciones y modalidades a la propiedad privada en la legislación de las Entidades Federativas

Del mismo modo que con dominio público, los Estados, en sus respectivas jurisdicciones deben establecer y desarrollar en sus legislaciones los casos locales y propios de utilidad pública, así como facultar a la autoridad administrativa para la declaración correspondiente⁷⁶.

La institución de la expropiación, limitaciones y modalidades a la propiedad privada, al igual que en el orden federal, brinda la posibilidad para

⁷⁶ Constitución federal, artículo 27, fracción VI, 2do párrafo.

actuar por objetivos ambientales siempre que estén previstos expresamente o razonablemente implícitos en ley respectiva.

Puede decirse que la conservación de los recursos naturales son causas de utilidad pública desde tiempo atrás por parte de las leyes estatales. La *Ley Número 909 De Expropiación para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave* de 2007, destaca de modo especial exponer un régimen en atención a las facultades estatales y municipales que pueden importar circunstancias particulares de gestión ambiental. Con la misma apreciación citamos la también reciente *Ley de Expropiación del Estado de Michoacán de Ocampo* del 31 de agosto de 2007.

Las causas de utilidad pública vinculadas con el ambiente, recursos naturales y con el equilibrio ecológico, en algunas legislaciones se encuentran explícitos de modo directo. Ejemplo de ello es la *Ley de Expropiación, de Ocupación Temporal y de Limitación de Domino para el Estado de Guanajuato* al determinar como causa de utilidad pública el Ordenamiento Ecológico del territorio del estado y de los municipios, el establecimiento de áreas naturales protegidas, el cuidado de los sitios necesarios para asegurar el mantenimiento e incremento de los recursos genéticos de la flora y fauna silvestre y acuáticos

frente al peligro de deterioro grave o extinción y, en general, todo aquello que tienda a preservar y restaurar el medio ambiente y el equilibrio ecológico.

En otras leyes encontramos mayor similitud con la Ley federal. Es el caso de la *Ley de Expropiación para el Estado de Aguascalientes*, nueva ley publicada el 16 de abril de 2007 (que aboga la ley de 29 de agosto de 1945), establece entre las causas de utilidad pública, la creación, ampliación, saneamiento y mejoramiento de centros de población, evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad o bien cuando por cualquier medio se ataque el equilibrio ecológico. Desaparecen algunas causas de utilidad pública, relevantes para el medio ambiente, contenidas en la ley que se abrogó, tales como el embellecimiento, la conservación de los lugares de belleza panorámica, la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación.

En el mismo sentido, debe mencionarse el *Código Administrativo del Estado de Chihuahua* (Título Segundo, Capítulo Único, De las Expropiaciones), artículo 1703; la *Ley de Expropiación de Bienes Muebles e Inmuebles de Propiedad Privada del Estado de Jalisco* (ley de 1923 con una última reforma al artículo 2 en 1993).

A diferencia de las anteriores, la *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública del Estado de Hidalgo*, ley de 1932, sin reformas recientes.

Un caso: Playa Delfines

A pesar del régimen de dominio público, el acceso y disfrute de las playas marítimas cada vez se ha restringido más en la práctica, dejando así de ser un bien de uso público. Tal es el caso de una de las playas marítimas en Cancún, Quintana Roo, llamada playa Delfines.

Acorde con el régimen aplicable, se entiende por playas marítimas a las partes de tierra que por virtud de la marea, el agua cubre y descubre desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales —artículos 6.II y 7.IV de la LGBN—. De tal modo, se trata de bienes de uso común sujetos al régimen de dominio público.

Revisando algunos datos pertenecientes a los últimos años, el denominador común a distintos litorales o riberas marítimas⁷⁷ es el de nuevos

⁷⁷ Los vocablos playa, costa, ribera, litoral, aún el uso a veces como sinónimos, jurídicamente no lo son. Además, al decir de Juan Luis Suárez de Vivero, son términos que adolecen de impresión. El autor, ocupado por el alcance del nombre “costa”, expresa, “*en la actualidad, tanto si se utiliza el término litoral o el de zona costera, se entiende un espacio amplio, una «vasta zona de interpenetración de dos elementos tierra, mar hasta incluir la alta mar y las regiones del interior de las tierras».*” Vid. Suárez de Vivero, Juan Luis, *Delimitación y definición del espacio litoral*, p. 13 y 14, op. cit. Conforme el Diccionario enciclopédico Espasa 1, existen dos acepciones para el término: 1.

complejos turísticos, proyectos o centros integralmente planeados, entremezclados con un antiguo problema, el de concesionarios de la zona federal que exceden el espacio de usufructo reconocido en dichos títulos.

La reforma de Estado que en México innegablemente se inicia a finales de 1980, con reformas constitucionales de gran envergadura, generó mayor intensidad en la explotación y uso de los recursos naturales. Decía el Plan nacional de desarrollo 2001-2006, “Es necesario considerar a nuestro país no como el inagotable e inexplorado cuerno de la abundancia, sino reconocerlo como un gran recurso al que, sin embargo, podríamos destruir sin haberlo aprovechado cabalmente para el crecimiento y el bienestar de sus habitantes.”⁷⁸

Debemos a esa visión la utilización de forma irracional de la enorme riqueza natural de México. Y lo que ese Plan decía del pasado, ha continuado. Acusaba al modelo de crecimiento económico basado en una continua extracción de los recursos naturales, considerados infinitos, además, suponiendo la capacidad del entorno natural para asimilar cualquier tipo y

Ribera del mar o de un río grande, formada de arenales en superficie casi plana, y 2. Porción de mar contigua a esta ribera. No obstante, el significado coloquial o el más utilizado, no es lo importante, sino el alcance que la ley da al mismo. Cualquier sinónimo de playa será utilizado en el presente estudio, acorde con la definición del artículo 7.IV de la LGBN.

⁷⁸ “Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006”, Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, p. 13.

cantidad de contaminación. Podemos agregar que la sobreexplotación continúa por la creencia también de la capacidad humana ilimitada para prevenir, reciclar o descontaminar. La estimación de ese documento es aplicable en la fecha. “Esta actitud ha resultado en una severa pérdida y degradación de nuestros recursos y del entorno natural, porque la estrategia de desarrollo económico no ha sido sustentable. De no revertirse esta tendencia en el corto plazo, estará en peligro el capital natural del país, que es la base de nuestro proyecto de desarrollo.”⁷⁹ Lo confirma las razones que se invocan en la exposición de motivos de la reciente iniciativa de Ley General de Biodiversidad, particularmente, respecto a los fenómenos que amenazan a las especies⁸⁰. Entre ellos, con base en estudio de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad⁸¹ , se considera a la “pérdida de

⁷⁹ Ibídem, p. 13.

⁸⁰ Presentada en el Senado el 24 del mes de octubre del año 2016. Consulta: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/10/asun_3432322_20161025_1477404879.pdf

⁸¹ Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, “¿Por qué se pierde la biodiversidad?”, Consulta en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/biodiversidad/porque.html> Debido a la transformación de selvas, bosques, matorrales, pastizales, manglares, lagunas, y arrecifes en campos agrícolas, ganaderos, granjas camaroneras, presas, carreteras y zonas urbanas, con lo cual se pierde el hábitat de miles de especies. Ver

hábitats, la introducción de especies invasoras; la sobreexplotación de los recursos naturales; y el cambio climático”.

A pesar de tal reconocimiento, nada se revirtió, por el contrario, se asentó el modelo de extracción ilimitada que vivimos actualmente. El mensaje cotidiano desvirtúa el concepto constitucional de “desarrollo”, pues lleva implícito un significado de irracionalidad sin límites. La probabilidad de la destrucción como un riesgo necesario a cambio de crecimiento y bienestar.

En tal propuesta, uno de los problemas consiste en la diferencia entre el crecimiento y bienestar que impone el propio modelo y lo que en cada nación se anhela como crecimiento y bienestar.

El modelo homologado⁸² importa decisiones que en las realidades locales son siempre algo más que simples cambios o reformas legislativas.

La asunción de ciertas metas como crecimiento, desarrollo y bienestar todavía no consideran quién o quienes realmente se benefician con los aprovechamientos; tampoco se tiene un estimado cierto acerca del

⁸² Vale la pena recordar el trascendido en nota periodística de Andrea Becerril en la sección “Política” del periódico *La Jornada* del 2 de enero de 2007: “La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que preside José Ángel Gurría, entregó al Senado de la República un estudio sobre el campo mexicano, en el cual recomienda avanzar en la privatización del ejido y la eliminación de la propiedad comunal, propuesta que provocó el rechazo inmediato de varios legisladores.”

rendimiento que no obtienen ni obtendrán las mayorías. Se promete mayor desarrollo sin enunciado y claridad de reglas para distribuir las ganancias a fin de que resulte una distribución equitativa. Sin obviar la pregunta por la calidad del crecimiento que justifica la sobreexplotación, inclusive, cuánto significa el riesgo para quienes padecerán irremediablemente los efectos negativos. Estas son algunas de las dudas inmersas cada vez que se desafecta un bien del dominio público o se otorga una autorización, una concesión o un permiso, preguntas que no tienen respuestas abstractas o hipotéticas, sino los hechos en las realidades donde acontecen.

Las decisiones que asumen los gobiernos se expresan en los actos de autoridad. La verdad sobre ellos, desde el punto de vista de lo cierto, no es teórica. Comprende indispensablemente el estudio de las circunstancias de tiempo, lugar e individuos; circunstancias que operan como motivos. Esa realidad externa y enmarca todo acto y, por disposición constitucional, debe contener el detalle pormenorizado de las razones de hecho que lo impulsan, además de fundamento.

Los motivos de las actuaciones y de las omisiones públicas constituyen la causa objetiva en sentido jurídico, la realidad en la cual el obrar o la negativa

encuentra validez. Los motivos son causa, independientemente de que la misma se exprese o no y el modo de la expresión⁸³.

En las últimas décadas, los conflictos alrededor de cada una de las decisiones acerca del destino de cualquier recurso natural muestran confrontaciones por la exclusión de lugareños y residentes con diversos derechos, pero sin ninguna posibilidad en los grandes proyectos.

Decía David Góngora Pimentel: “México, igual que todos los países de América Latina, a través de su Constitución, recogió la aspiración del pueblo para recuperar los recursos básicos y aprovecharlos para mejorar las condiciones de vida de la sociedad y lograr una más equitativa distribución de la riqueza. Las actividades económicas y su relación con los recursos naturales, determinaron que el reto fundamental fuera aprovechar la riqueza nacional, y prestar mayor atención a las relaciones y equilibrio entre los distintos recursos, así como cuidar su aprovechamiento racional”⁸⁴. No se trata sólo de una opinión, sino de principios contenidos en el artículo 27 constitucional.

⁸³ Vid. Gordillo Agustín. (2003) *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: FDA. Capítulo I, p. I.33.

⁸⁴ Vid. Góngora Pimentel, David, “PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL SEÑOR MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, EL DÍA 26 DE ENERO DEL AÑO 2000, CON MOTIVO DEL “SIMPOSIO JUDICIAL SOBRE DERECHO AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE: EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA”

Las zonas turísticas son uno de los frentes de batalla que se agudiza en los últimos tiempos.

En una nota periodística del 5 de junio de 2007 se dio a conocer que el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (Fonatur) vendió en 2005, cinco hectáreas de la principal playa pública de Cancún para que se construyeran dos clubes privados⁸⁵.

Con fecha del 10 de junio de 2007⁸⁶, el mismo periódico informaba sobre la protesta originada respecto de la playa Delfines en Cancún, Quintana Roo. A juicio aparente de los desconformes, el “Fondo Nacional de Fomento al Turismo (Fonatur) vendió parte de espacio público para la construcción de dos clubes privados. Los manifestantes demandaron que se revoque la venta que realizó Fonatur en 2005.” La nota concluye con la siguiente aclaración: “Fonatur no vendió la playa propiamente dicha, porque 20 metros del arenal

ORGANIZADO POR EL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, A TRAVÉS DE SU OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, Y LA PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE DEL GOBIERNO MEXICANO”, México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación,[en línea], última consulta noviembre de 2009, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministroGongoraPimentel/discursos/pdfs/2000126-derecho-ambiental.pdf> p. 3.

⁸⁵ Martoccia, Hugo, nota del 5 de junio en: *La Jornada*, 6 de junio de 2007.

⁸⁶ *Ibid.* 11 de junio de 2007.

son parte de la zona federal, que no se puede enajenar, pero vendió los terrenos que están detrás del área citada, lo que en los hechos implica ceder la playa”⁸⁷.

Lo anterior coincide con la información entregada para dar cumplimiento a la solicitud de información pública⁸⁸ en el sentido de que Fonatur no ha vendido, rentado ni concesionado playas debido a que no tiene facultades para hacerlo, los inmuebles que ha vendido la institución se hacen de acuerdo con las autorizaciones municipales en el marco de la legislación y planes maestros autorizados.

El uso de la zona marítimo federal y las probables licencias de construcción para clubes de playa privados, son las causas reales de

⁸⁷ En publicación del 12 de junio de 2007, Hugo Martoccia, para dar a conocer distintas declaraciones sobre el particular, manifiesta que el presidente municipal de Benito Juárez, aseguró que el director del Fondo Nacional de Fomento al Turismo (Fonatur), aceptó la posibilidad de revertir la venta de una parte de la playa pública Delfines para convertirla en área protegida. *Vid Fonatur, dispuesto a revertir la privatización de playa Delfines*, op. cit. No obstante lo anterior, todavía el problema persiste. Acorde con el portal de noticias Radio Quintana Roo del 28 de octubre de 2009, un grupo de *cancunenses*, nuevamente se manifestó frente a las oficinas centrales del Fondo Nacional de Fomento al Turismo, para repudiar la compraventa de los lotes aledaños a Playa Delfines -en manos de la empresa “Bi and Di Reale Estate de México, S.A. de C.V.” (BlandDI)-, para exigir que dicha compraventa sea revertida a la brevedad posible, en aras de salvaguardar la última ventana al mar que les queda disponible en el corazón del Caribe mexicano. Radio Quintana Roo, op. cit.

⁸⁸ Identificada con folio 211600000092007.

interferencia, constituyen aprovechamientos que limitan definitivamente el libre acceso al espacio de uso público. Por ende, merman en la práctica la utilidad pública de los bienes del dominio público.

Lo cierto es que hubo una venta de terreno —que no es lo relevante, por el momento— colindante a la playa con el fin de autorizar un destino de los mismos que ponen en riesgo el carácter de uso común de una playa.

CAPÍTULO III

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN FUNCIÓN DE LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

En este tercer apartado reflexionaremos en torno a las contrataciones de Estado con especial repercusión en la conservación de los recursos naturales.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre contrataciones del Estado y su naturaleza jurídica. Dicha discusión ha sido polémica, incluso se dijo que el Estado no contrata, tan sólo emite actos con la intervención de particulares. La

situación de superioridad del Estado impide la presencia de los elementos de existencia de dichos actos.

Por el contrario, el reconocimiento y la posibilidad jurídica se apoyaron en la personalidad. El Estado puede ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución. Entre los cultores se atrevieron a distinguir los tipos de convenciones que el Estado puede llevar a cabo. Así, surgió la distinción entre contratos del derecho privado y los contratos administrativos.

La discusión apuntó entonces a develar la esencia. Sobreviene el esfuerzo teórico por la identificación como clase propia, el contrato administrativo como una especie de acto jurídico bilateral, *negocio* típico del derecho público que pedía para sí un régimen jurídico también especial.

En estos casos, las distintas posiciones se enfocaron a dilucidar si la naturaleza de tales actos jurídicos, ejecutados a través de algún órgano u organismo estatal, se debe al sujeto, al objeto, al fin, o simplemente, la razón está en el régimen al que quedan sometidos. Las opiniones llegaron a

simplificar el asunto, expresando que “el nacimiento del contrato administrativo obedece a razones de mero pragmatismo procesal”⁸⁹.

Independientemente de cómo llegar a sostener la existencia de una especialidad con identidad propia, lo cierto es que pueden presentarse nuevos planteamientos enmarcados en la necesidad que se tiene actualmente de los llamados contratos administrativos. El régimen debe ajustar una especialidad que asegure los fines de orden público del Estado moderno. En este sentido, no sólo para evitar la utilización en propósitos distintos a la provisión de bienes y servicios necesarios a las funciones del Estado, sino también, para poner la figura como instrumento que induzca las prácticas de usos racionales de los recursos naturales⁹⁰. Del mismo modo que es un reto para el régimen frenar derivaciones injustificadas⁹¹.

⁸⁹ Cordero Vega, Luis, *Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal*, op. cit. p. 45, con cita a varios autores: García de Enterria, E. y Fernández, T, R. *Curso de derecho administrativo*. Civitas, 2002, t. 1; Martín-Retortillo Baquer, 5, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid, Civitas, 1996.

⁹⁰ A modo de las disposiciones que rigieron en las leyes relativas a compras y obra pública desde el 13 de 2003 a 7 de julio de 2005.

⁹¹ Excesos en la utilización como instrumento para operar la reforma del Estado. Según Roberto Dromi “el típico contrato de colaboración se mostró insuficiente para contener los cambios producidos en la concepción misma del Estado”. En derecho argentino la figura tiene desde la ley 23.696 argentina una nueva función, “El contrato como técnica de transformación del Estado”... “un nuevo tipo de contrato, que sirvió de herramienta jurídica para operar la reforma del Estado”. Vid

El procedimiento consistente en el concurso público para escoger las calidades más favorables, imprime seguridad para una institución al servicio del Estado o un medio al servicio de la función pública y de los encargos constitucionales que pesan sobre el gobierno, no obstante, el peligro actual radica en recurrir a esta vía para transferir responsabilidades públicas a los particulares.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONTRATO ADMINISTRATIVO

En las leyes federales y de las entidades federativas se encuentran normas similares.

En el orden federal la contratación como instrumento para propiciar la utilización racional de los recursos naturales, como anticipamos en nota a pie de página 2, estuvo vigente en el periodo 2003-2005.

Compras y servicios al sector público

Los bienes y servicios que son favorables a la calidad del medio ambiente constituyen una mejor opción en las compras del sector público. Cualquier régimen en este sentido constituye otro instrumento de política

ambiental en la medida de inducir a mejorar sus procesos y racionalizar los usos y aprovechamientos de recursos naturales tanto a fabricantes como a proveedores.

En virtud de la reforma legislativa en 2003 al artículo 27 de la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, el contrato que tuviera por objeto la compra, arrendamiento y/o servicio celebrado por Estado a través de órganos y organismos de la Administración Pública Federal, “sometido a licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, **eficiencia energética, el uso responsable del agua** y demás circunstancias pertinentes que establece la misma ley”.

En 2005, en reforma a dicha ley, se eliminó el requisito de eficiencia energética y uso responsable del agua.

El régimen de las contrataciones públicas puede también asegurar e inducir el uso racional de los recursos naturales a través de la preferencia en razón del origen de los bienes y servicios. Es decir, un criterio para la selección

basado en que los procesos para producir los bienes y servicios que se ofrecen y que el Estado comprará, sean cuidadosos del ambiente.

En el ámbito estatal, las leyes suelen contener preceptos similares estableciendo preferencia en razón de la procedencia local de los bienes ofrecidos, caso del artículo 27 de la *Ley Patrimonial del Estado de Aguascalientes* y 73 de esta misma ley.

Por su parte, la *Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal* define como adquisición sustentable: “La compra de cualquier bien mueble que en sus procesos de creación o elaboración no afecten o dañen gravemente al ambiente. Con fundamento en este concepto, varios artículos aseguran las llamadas adquisiciones sustentables”.

La disposición anterior está complementada con los lineamientos dados en 2007⁹². Sus determinaciones fijan las características y especificaciones de bienes con menor grado de impacto ambiental correspondientes a las partidas 2101 (materiales y útiles de oficina); 2102 (materiales de limpieza); 2103 (material didáctico y de apoyo informativo), 2105 (materiales y útiles de impresión y reproducción); 2106 (materiales y útiles para el procesamiento en

⁹² *Lineamientos Generales para la Adquisición de Bienes de Menor Impacto Ambiental*, publicado en Gaceta Oficial del Distrito Federal el 21 de mayo de 2007.

equipos y bienes informáticos); 2203 (utensilios para el servicios de alimentación); 2404 (material eléctrico) y 3504 (mantenimiento, conservación y reparación de bienes y muebles adheridos a los mismos).

En sentido similar a lo anterior, la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles e Inmueble (sic) del Estado de Michoacán de Ocampo*, según la cual, los programas consideraran, entre otros, otorgar preferencia en la adquisición de bienes y servicios que en sus insumos y procesos productivos utilicen materiales reciclados y tecnologías que ahorren energía, agua y contaminen lo menos posible el medio ambiente, con base en el programa que establezca el Comité. Integran el régimen lo dispuesto en la ley ambiental del Estado. Esta ley determina que los servidores públicos de los tres poderes de gobierno, de los municipios y de los organismos autónomos, deben promover que en los procesos de adquisiciones de bienes se opte por la utilización y el consumo de productos compuestos total o parcialmente de materiales valorizables, reciclados y reciclables, y se evite o minimice el consumo de artículos y el uso de servicios que tengan un impacto negativo sobre el ambiente.

Las leyes sobre compras del sector público no siempre se refieren con tanta precisión a prácticas de conservación de los recursos naturales. En

ocasiones tan sólo se trata de la simple mención de bienes y servicios de menor impacto ambiental. Un caso en este sentido es la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles de la Administración Pública* del Estado de Sonora que solamente establece la primacía de bienes y servicios con menor impacto ambiental. De este modo, las dependencias y entidades en el proceso de planeación de sus adquisiciones, arrendamientos y servicios, deberán dar preferencia a la adquisición de bienes y servicios que impacten de menor manera al medio ambiente, bajo el principio de un consumo sustentable.

La diversidad en las normas hace aceptable lo que contenía la ley federal de 2003, pero también cabe condicionar las decisiones de la autoridad al dictamen técnico a cargo de autoridad en la materia como otra posibilidad de mucha utilidad.

A este respecto, la ley del Distrito Federal establece que en materia de medio ambiente, la Oficialía Mayor conjuntamente con la Secretaría del Medio Ambiente, dictarán las disposiciones administrativas generales de carácter obligatorio para las dependencias, órganos desconcentrados, delegaciones y entidades de la Administración Pública del Distrito Federal, en las que se determinen las características y especificaciones que deben cumplir los bienes y servicios, en cuanto al menor grado de impacto ambiental.

La ley de Chihuahua cuando regula los criterios de preferencia dispone que en la formulación de programas anuales de adquisiciones, arrendamientos y servicios u obra pública deberán considerarse, entre otros, la inclusión de insumos, materiales, equipo, sistemas, bienes y servicios que tengan incorporada tecnología nacional, tomando en consideración los requerimientos técnicos, ecológicos y económicos.

Lo anterior es independiente de las disposiciones en la mayoría de las leyes mexicanas en materia de la adjudicación directa como excepción al procedimiento ordinario de contratación por razones de urgencia ambiental o salubridad y seguridad pública.

Obras públicas y servicios relacionados

Del mismo modo que la ley federal aplicable a las compras, en 2003 se reformó el artículo 28 de la *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*. Conforme a ello, los contratos de obras públicas y los de servicios relacionados con las mismas, se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles

en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, **eficiencia energética, el uso responsable del agua** y demás circunstancias pertinentes de acuerdo con lo que establece dicha ley. Los requisitos sobre eficiencia energética y uso responsable de agua fueron suprimidos en una reforma posterior.

En el régimen aplicable a la programación y ejecución de obras públicas es habitual la referencia al cumplimiento de las normas ambientales.

Con objeto de evitar efectos negativos sobre el medio ambiente y de sustentar la viabilidad, debe cumplirse con los estudios de impacto ambiental que fija la respectiva ley. Forma parte de este régimen la responsabilidad del contratista por daños y perjuicios en los términos de ley.

Estas disposiciones están presentes en la mayoría de las legislaciones estatales revisadas: La *Ley de Obras Públicas del Estado de Quintana Roo*; la *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas del Estado de Tabasco*, y las leyes de Querétaro, Michoacán, Aguascalientes, Chihuahua, Jalisco, Hidalgo y Guanajuato. Contrasta con las anteriores la *Ley de Obra Pública del Estado de Nayarit*.

Así como en materia de compras, las leyes de obra pública tienen prevista la excepción al procedimiento de invitación restringida, esto es, la posibilidad de adjudicación directa en caso de emergencia ambiental.

No obstante, las obras públicas son acciones de gobierno que también pueden constituir un instrumento de política ambiental con acciones directas e inmediatas para la conservación de los recursos naturales e, inclusive, en diversas formas estimulan mejores usos.

Lo deseable del régimen de las contrataciones públicas u otorgamiento de concesiones (si fuera el caso) es la inclusión de requisitos tendientes a la preferencia de materiales de última generación, nuevos tipos arquitectónicos, así como construcciones energética y ambientalmente sustentables, menos dependientes del consumo de recursos materiales. Lo anterior como adicional a la evaluación de impacto y cumplimiento de las normas técnicas oficiales y estatales relativas. Esto es un régimen que propicie criterios ambientales para seleccionar los proyectos.

Del mismo modo que en el régimen de compras, junto a las demás “condiciones más favorables al Estado” que establecen normalmente las leyes en la materia, debería contenerse como criterio la preferencia de proyectos

que aseguren un aprovechamiento racional de los recursos naturales en la realización y en la función que la obra cumplirá en el futuro.

En este sentido, puede interpretarse que cuando las leyes establecen que las dependencias y entidades en la programación de obras públicas y servicios vinculados deben ponderar, por ejemplo, las necesidades y el beneficio social, ambiental y económico.

Al respecto merecen mención especial las disposiciones contenidas en la *Ley de Obras Públicas del Estado de Michoacán de Ocampo y de sus Municipios* y en la ley del Estado de Chihuahua (similar a la ley de Tabasco).

Cabe destacar también que, complementario a los estudios de impacto y a los fines de medidas preventivas, algunas leyes establecen que los proyectos tomarán en cuenta las características ambientales, climáticas y geográficas. Como ejemplo de lo anterior, la *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas del Estado de Tabasco* y las leyes de *Aguascalientes, Chihuahua, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán*.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos que celebra el Estado son los previstos por el derecho privado o los regulados por leyes administrativas tanto en la formación como

en la ejecución. Éstos últimos –caracterizados como figuras del derecho público– son llamados genéricamente contratos administrativos y tienen por objeto el suministro o compraventa de bienes, construcción de obra pública o la prestación de servicios al sector público (prestaciones normalmente vinculadas con el mantenimiento de bienes muebles o inmuebles y sus accesorios), o pueden consistir en la realización de algún trabajo especial.

De acuerdo con el ordenamiento, el contrato administrativo queda restringido a los concertados a través de órganos u organismos de la administración pública, en calidad de contratante, y los particulares como los co-contratantes.

En doctrina, el objeto, uno de los elementos que caracterizan y determinan su existencia, tiene que estar vinculado al cumplimiento de las atribuciones estatales⁹³. De tal suerte que la finalidad de las atribuciones, que es la satisfacción de las necesidades colectivas, no es indiferente al contenido de las obligaciones contractuales, esto es, la ejecución en tiempo y forma de las prestaciones.

⁹³ Por lo que respecta a obra pública, al decir de Jorge Fernández Ruiz, es un medio para el telos o finalidad del Estado. Fernández Ruiz, Jorge, *Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado*, op. cit., p. 36. También consultar Alfonso Nava Negrete, op. cit., p. 581.

Además del concepto, en la identidad de tales figuras, se plantea la relativa a los tipos de contratos que celebra el Estado. Tal constituye actualmente una cuestión que no es menor y, probablemente, más importante de cara a contratos a través de los órganos de la administración pública.

Relativo a esto, Luis Cordero Vega expone lo siguiente: “Uno de los errores habituales en la teoría del derecho administrativo, desde nuestro concepto, es entender que tras la figura del contrato administrativo es posible absorber múltiples hipótesis que en el mayor de los casos poco se parecen⁹⁴.”

Sin desconocer que el derecho administrativo tiene la posibilidad de crear variaciones y tipos especiales acorde con los objetos que podrían estar vinculados con el interés general o con las funciones estatales, y que además, en efecto, no quedaran dudas sobre ciertas particularidades distintas al suministro, construcción de bienes públicos, bienes nacionales, o se tratara de servicios al sector público cuyas características justificarán la invención de una nueva forma de contratación, lo cierto es que el legislador ha puesto modalidades diversas de las anteriores. Hipótesis que en estricto rigor no constituyen un tipo novedoso, sino un régimen que en casos especiales unifica

⁹⁴ Vid, Cordero Vega, Luis, *Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. El caso del sistema de licitaciones de la defensa pública*, op. cit. p. 46

en un mismo acto el objeto de un contrato de obra pública y el de una concesión de servicio público.

El autor que comentamos, cita como ejemplo, las concesiones de obras, concesiones de servicio o bienes, también para suministros, prestaciones de servicio o arrendamientos e incluso para cuestionables figuras contractuales como son las relaciones estatutarias de los funcionarios con el Estado⁹⁵. Son figuras del derecho chileno, también presentes en el derecho argentino.

III. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. VISOS DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

En el derecho público mexicano existen diferencias notables que separan a la concesión administrativa de otras instituciones, como el permiso y que lo escinden profundamente del contrato administrativo.

La concesión es un *acto jurídico mixto del poder público* que puede ser de dos tipos: la concesión que servirá para la explotación de bienes del

⁹⁵ Ibidem, p. 46.

patrimonio nacional y la que está prevista como figura jurídica típica para la prestación de un servicio público.

Es doctrina reiterada en jurisprudencia la naturaleza jurídica de la concesión y el objeto diverso concluyente de dos tipos de concesiones. Abona a lo dicho por la mayoría de autores, la tesis aislada con votación idónea para integrar tesis jurisprudencial: *AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO. EL ARTÍCULO 122 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL*, número LXXXVI/1997, del diecinueve de mayo de 1997, cuando expone la naturaleza de la concesión como “...acto del poder público por el que se faculta a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la Nación. Esa prestación del servicio público a través de la concesión, no opera conforme a la voluntad del particular que la explota, ni a la de los destinatarios del servicio, sino que se encuentra sujeta a los lineamientos establecidos por el legislador en el ordenamiento legal que regule la organización y funcionamiento de ese servicio....”⁹⁶. De tales términos podemos decir que no cabe acerca de cualquiera de los tipos de concesión y por la entidad de acto

⁹⁶ Vid IUS 2009, Novena Época, Registro: 198697, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Mayo de 1997, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. LXXXVI/97, Página: 157.

jurídico diverso de convencional que manifiesta, sostener la naturaleza contractual.

En el mismo sentido se apunta la reciente tesis aislada con motivo de la concesión de servicios aeroportuarios cuando sostiene la transgresión al principio de seguridad jurídica del artículo 4 la Ley Aduanera (vigente a partir del 1 de enero de 2002). La argumentación inicial refrenda que “la concesión es un acto jurídico administrativo mixto, sujeto a las modificaciones del orden jurídico que regulan la prestación del servicio público o el bien público por explotar, sin que éstas puedan imponer cargas que afecten desproporcionada o injustificadamente la esfera jurídica y el patrimonio del concesionario.....”⁹⁷.

No obstante de lo especificado anteriormente, a través de sucesivas reformas, el legislador ha introducido algo similar a una institución de otras naciones llamada *contrato de concesión* o el *marché d’entreprise de travaux*

⁹⁷ Vid IUS Novena Época, Registro: 180927, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XX, Agosto de 2004, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. XXXV/2004, Página: 9. Tesis XXXV/2004, que el Pleno determinó, por la votación, no es idónea para integrar tesis jurisprudencial —sesión del 8 de julio de 2004-.

publics (METP), del derecho francés⁹⁸; como ejemplo citamos el régimen para las vías generales de comunicación

Acorde con *Ley de Vías Generales de Comunicación*, Capítulo III, titulado: *Concesiones, permisos y contratos*. Dicta el artículo 12 que: “las concesiones para la construcción, establecimiento o explotación de vías generales de comunicación, sólo se otorgarán a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país...”. Es éste un caso que entremezcla la construcción de una obra pública y la explotación de la misma en una misma figura, concesión. La vía de comunicación constituye un bien que pasará al dominio público del Estado⁹⁹, y por ende, la construcción debiera seguir el

⁹⁸ “Se trata de un contrato por el que una empresa está encargada, por una parte, de la realización y de la financiación de una obra pública y, por otra, de la explotación del servicio o de la obra durante un cierto período de tiempo, a cambio del pago de un precio a lo largo de la duración del contrato. Desde un punto de vista económico el METP está, pues, muy próximo a la concesión en dos aspectos: la empresa financia la inversión, de la que se libera así la Administración, y amortiza esta inversión durante la explotación. Como en la concesión, el titular del METP es el explotador del servicio público o de la obra pública, y es remunerado no sólo por haber establecido la obra sino también por asegurar su mantenimiento y la gestión en curso. Pero se aleja de ella por el hecho de que el objeto del METP es suministrar una prestación a la Administración contratante, que es el *maître de l'ouvrage* y el *maître du service*, en virtud de lo cual paga un precio a la empresa gestora, la cual no mantiene ninguna relación jurídica con el usuario de la obra o del servicio. Si el usuario debe pagar un canon, lo paga directamente a la Administración, no a la empresa encargada de la obra o del servicio”. Vid Marcou, Gérard *Financiación privada de infraestructura y equipamientos públicos (La experiencia francesa)* en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, marzo, año/vol. 2, número 001, Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 44-96, cita pp. 61 y 62.

⁹⁹ Son bienes del dominio público, bienes de uso común: los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia, acorde con el artículo 6.II y 7.XI de la LGBN.

procedimiento conforme el régimen de obra pública, mientras que la explotación, debiera sujetarse a lo establecido para el otorgamiento de concesión.

Doctrinalmente sirve la opinión de Jorge Fernández Ruiz. Dice el autor, “otra forma de gestión de la obra pública viene a ser la concesión de la misma, en cuya virtud la administración encarga a un particular la ejecución de la obra a costa y riesgo de éste y le confiere su explotación durante un plazo determinado con el fin de que recupere la inversión realizada, el importe de los intereses respectivos, la suma de los gastos de operación y mantenimiento realizados, y obtenga, además, una utilidad”¹⁰⁰.

IV. HACIA UNA PROPUESTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y RECURSOS NATURALES

Para cerrar este apartado, en el cual, establecemos pertinente elaborar una propuesta, vale la pena citar a Luis Cordero Vega cuando asegura que *“hoy en día es innegable que la administración está actuando con más intensidad a*

¹⁰⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Apuntes para una Teoría Jurídica de las Actividades del Estado*, op. cit., p. 63.

través de pactos y acuerdos, una de cuyas causas se encuentra en los procesos de transferencias de funciones estatales al sector privado, sucedidos a nivel mundial desde hace ya unas tres”

La propuesta consiste en utilizar la figura para fines adicionales y distintos a transferir al sector privado o para servir al proceso de reforma estatal. Se trata pues del contrato administrativo como instrumento de la política ambiental, con el propósito de apoyar el cambio hacia nuevas prácticas en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Como tarea legislativa es introducir modalidades o requisitos en los procedimientos para la racionalidad en las actividades del Estado, que vinculen coactivamente el objeto material de los actos jurídicos del Estado relativos a compras de bienes y contratación de servicios o ejecución de obras, con el buen uso y conservación de los recursos naturales, con la aplicación de ecotecnologías en la función y actividad pública.

Entendemos que lo razonable sería un régimen general de los contratos administrativos, del procedimiento y criterios como derecho común a los tipos de convenciones, en principio con los siguientes objetivos:

1. Constituir el régimen general que permita la prueba fehaciente de la necesidad real del sector público, que efectivamente el Estado no tiene y son imprescindibles los bienes o servicios que demanda.

2. Introducir en el orden federal y conservar en los órdenes estatales las reglas que hacen de los contratos administrativos un instrumento más, otra alternativa, para que el Estado cumpla los cometidos que le encarga la Constitución federal en materia de conservación y aprovechamiento equilibrado de los recursos naturales.

CAPÍTULO IV

ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

El tema de este capítulo es una reflexión acerca de las facultades de los titulares de órganos desconcentrados para dictar disposiciones administrativas de carácter general. Como problema está enmarcado en dos categorías jurídicas: la reserva de ley y la jerarquía normativa.

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

¿Qué tipo de normas son aquellas que pueden emitir los titulares de los entes desconcentrados cuando están facultados para regular o emitir disposiciones de carácter general?; ¿cuál es la naturaleza de estas normas? ¿son normas reglamentarias?

Para el análisis tomaremos a modo de ejemplo las facultades correspondientes a dos unidades desconcentradas: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional del Agua.

1. En la primera, según establece el artículo 1 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores¹⁰¹, se crea como “órgano” desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas en los términos de la respectiva ley.

¹⁰¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de abril de 1995.

Este órgano tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. Queda dentro de su objeto supervisar y regular a las personas físicas y demás personas morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al citado sistema financiero.

Las facultades para llevar a cabo su objeto la erigen como una instancia de control, supervisión y regulación. Así por virtud del artículo 4, fracción III, de la citada ley le compete “emitir en el ámbito de su competencia la regulación prudencial a que se sujetarán las Entidades”.

La primera reflexión se dirige a precisar el sentido de “prudencial” ¹⁰², ¿qué tipo de normas puede dictar un órgano del Estado para cumplir con ese

¹⁰² En comparación, a juicio de una entidad reguladora, Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador. *la principal herramienta que la Superintendencia del Sistema Financiero emplea para efectuar la supervisión de las entidades financieras es el cuerpo de leyes que norma la constitución y funcionamiento de dichas entidades. Además, cuenta con un conjunto de normas prudenciales y normas contables emitidas por la Superintendencia, que son de estricta aplicación por las entidades supervisadas..... El cuerpo de normas está dividido en dos tipos: prudenciales y contables, que son de estricto cumplimiento y aplicación por parte de las entidades supervisadas. 2.1. Las normas prudenciales regulan los riesgos inherentes a la actividad de las entidades supervisadas, los cuales deben ser reconocidos, monitoreados y controlados. Las normas pueden ser cualitativas y/o cuantitativas. Su propósito es limitar la toma de riesgos por parte de los entes*

carácter?, o ¿Cuáles son las reglas que cumplen con el requisito de “prudencial”? Considerando lo dicho anteriormente respecto del objeto, esto es controlar, supervisar y regular, esas normas, ¿deben estar subordinadas al contenido de las leyes en la materia y, por supuesto, al de la propia Constitución?

2. El segundo caso que tomamos como ejemplo es la Comisión Nacional del Agua. La Ley de Aguas Nacional, artículo 3, fracción XII, define la naturaleza jurídica de la "Comisión Nacional del Agua" como “Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con funciones de Derecho Público en materia de gestión de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión, para la consecución de su objeto, la realización de sus funciones y la emisión de los actos de autoridad que conforme a esta Ley corresponde tanto a ésta como a los órganos de autoridad a que la misma se refiere”. Específicamente, artículo

supervisados imponiendo criterios prudenciales mínimos para asegurar que ejecutan sus actividades de la manera correcta. De lo anterior resulta la importancia de facultar al Organismo Supervisor para emitir las regulaciones y exigencias prudenciales para controlar –entre otros- los riesgos relativos a: la suficiencia de capital, provisiones por pérdidas de préstamos, concentraciones de activos, liquidez, manejo de activos y controles internos. La SSF clasifica las normas prudenciales en las siguientes categorías: apertura de establecimientos, auditoría, controles financieros y otras normas.

Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador
http://www.ssf.gob.sv/frm_publicaciones/pub_herra_super.htm

9, así como tratándose de facultades normativas, fracción “VI. Emitir disposiciones de carácter general en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes.” Las disposiciones estarán referidas a bienes del dominio público. Es indiscutible el carácter general, y por tratarse de un órgano administrativo, esas normas ¿tienen naturaleza reglamentaria?

II. ANTECEDENTES PARA EL ESTUDIO. FACULTAD REGLAMENTARIA
(REGLAMENTO DE LEY)

De acuerdo con la fracción II, del artículo 89 constitucional, en materia de reglamentos de ley, la facultad es del ejecutivo. Con absoluta razón, la doctrina de modo unánime considera a ésta una facultad indelegable. Esto llevaría a pensar que las disposiciones administrativas que dictan los órganos administrativos no tienen naturaleza reglamentaria. Lo cual sería un verdadero problema.

Una alternativa consiste en establecer y distinguir, conforme la relación de estas normas con la ley, tipos de normas reglamentarias. De tal suerte, los ejemplos considerados, tanto las normas prudenciales como las disposiciones administrativas generales, tendrían como función poner los medios para el

cumplimiento de las leyes, aunque no serían estrictamente reglamentos de ley.

En la doctrina

Para este propósito, tomaremos como base la doctrina extranjera. Roberto Dromi¹⁰³, acorde con el ordenamiento jurídico argentino sistematiza cinco tipos de normas reglamentarias.

Según el autor “....Pueden individualizarse, de acuerdo con el contenido y según su vinculación con la ley, cinco clases de reglamentos; a) subordinados o de ejecución; b) autorizados o de integración; c) autónomos o independientes; d) de necesidad y urgencia, y e) delegados”.

“a) subordinados o de ejecución”: reglamento de ley. Equivalente dentro del ordenamiento mexicano a las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal. También sería el caso de idéntica atribución en los Gobernadores de los Estados.

¹⁰³ V. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires: 2004. pp. 445 a 456.

“b) autorizados o de integración”: son los que dicta el órgano ejecutivo conforme la habilitación legal. Es una ampliación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo mediante autorización del Legislativo.

“c) autónomos o independientes o de servicio”: son disposiciones internas, decisiones administrativas, sin subordinarse a ninguna ley que tienen por objeto regir el funcionamiento interno de la administración, son reglamentos de organización, no rigen ni regulan la actividad de los particulares. No son obligatorios para los particulares, sí para los funcionarios comprendidos por la función o servicio.

d) de necesidad y urgencia: cuando la norma constitucional faculta al ejecutivo para dictar normas de carácter general en caso de necesidad pública, situación eminentemente extraordinaria.

e) delegados: o legislación delegada según el autor. Como excepción al principio constitucional de “prohibición de delegación” de la función legislativa, pero como singularidad expresa, la misma constitución, lo establece. Esto sucede entonces si la norma constitucional deja que el Legislativo delegue a favor del ejecutivo “bajo determinadas circunstancias”.

En la Jurisprudencia nacional

La primera enseñanza que tomamos de las decisiones de los jueces en la tipología de normas jurídicas que crean situaciones jurídicas generales considerado el contenido de las mismas. De acuerdo con esto elaboramos el siguiente esquema tomando el criterio de los jueces en: Registro N° 172521 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV, mayo de 2007 Página: 1515. Tesis P./J. 30/2007, Jurisprudencia Materia: Constitucional.

Tipo de norma jurídica	Contenido de las normas jurídicas
Ley ordinaria	qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta
Reglamento de ley	Cómo de los: qué, quién, dónde y cuándo

III. FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES.

La Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación, con el rubro que antecede, ha determinado de manera contundente los límites de la facultad reglamentaria. Un razonamiento que contrarresta la opinión doctrinal acerca de la incontrolable facultad del Poder Ejecutivo.

Así el Alto Tribunal tiene dicho que “La facultad reglamentaria está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o

imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del órgano facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos. En tal virtud, si el reglamento sólo funciona en la zona del cómo, sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición.

Acción de inconstitucionalidad 36/2006. Partido Acción Nacional. 23 de noviembre de 2006. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz, Marat Paredes Montiel y Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán. El Tribunal

Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 30/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.”¹⁰⁴

IV. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquéllas se distinguen de éstas, básicamente, en que provienen de un órgano que al emitir las no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo, de donde, por definición, son normas subordinadas, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se rige por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos

¹⁰⁴ “Registro: 171459. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXVI, septiembre de 2007. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 1a./J. 122/2007. Página: 122”

de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Fuente: Tesis de jurisprudencia 122/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de agosto de dos mil siete. Le anteceden los siguientes cinco criterios para formar jurisprudencia: 1) Amparo en revisión 1068/2005. Shabot Carpets, S.A. de C.V. 2 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Lourdes Margarita García Galicia, Verónica Nava Ramírez, Juan Carlos Roa Jacobo y Bertín Vázquez González. 2) Amparo en revisión 1108/2005. Corporación Óscar, S.A. de C.V. 2 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: Lourdes Margarita García Galicia, Verónica Nava Ramírez, Juan Carlos Roa Jacobo, Bertín Vázquez González y Pedro Arroyo Soto. 3) Amparo en revisión 1491/2005. Kantus Mexicana, S.A. de C.V. 2 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: Lourdes Margarita García Galicia, Verónica Nava Ramírez, Juan Carlos Roa Jacobo, Bertín Vázquez González y Pedro Arroyo Soto. 4) Amparo en revisión 1067/2005. Importadora Siza, S.A. de C.V. 2 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Verónica Nava Ramírez, Juan Carlos Roa Jacobo, Bertín Vázquez González y Carlos Mena Adame. 5) Amparo en revisión 1497/2005. Restaurant El Salvador, S.A. 2 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Lourdes Margarita García Galicia, Verónica Nava Ramírez, Juan Carlos Roa Jacobo, Bertín Vázquez González y Carlos Mena Adame.

V. UNA APROXIMACIÓN A LOS REGLAMENTOS AUTÓNOMOS: EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Entre las interpretaciones, consideramos una posibilidad de facultades relativas al dictado de normas, aceptando tipos de normas reglamentarias, otorgadas a otras autoridades administrativas, distintas de los ejecutivos, federal y estatales. Con base en la Tesis: P./ J. 132/2005 bajo el registro N° 176929. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, octubre de 2005 Página: 2069. Jurisprudencia Materia: Constitucional, elaboramos este esquema:

Autoridad	Tipos de reglamentos
Ayuntamientos	a) REGLAMENTO TRADICIONAL (REGLAMENTO DE LEY) b) REGLAMENTO DERIVADO (DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 115

VI. CONTENIDO Y ALCANCE LA FACULTAD REGLAMENTARIA CUANDO SE TRATA DE LOS MUNICIPIOS.

Conforme el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “a raíz de la reforma constitucional de 1999 se amplió la esfera competencial de los Municipios en lo relativo a su facultad reglamentaria en los temas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; derivado de aquélla, los Ayuntamientos pueden expedir dos tipos de normas reglamentarias: a) el reglamento tradicional de detalle de las normas, que funciona similarmente a los derivados de la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal y de los expedidos por los Gobernadores de los Estados, en los cuales la extensión normativa y su capacidad de innovación está limitada, pues el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida; y b) los reglamentos derivados de la fracción II del artículo 115 constitucional, que tienen una mayor extensión normativa, ya que los Municipios, respetando las bases generales establecidas por las legislaturas, pueden regular con autonomía aquellos aspectos específicos de la vida municipal en el ámbito de sus competencias, lo cual les permite adoptar una variedad de formas adecuadas para regular su vida interna, tanto en lo referente a su organización administrativa y sus

competencias constitucionales exclusivas, como en la relación con sus gobernados, atendiendo a las características sociales, económicas, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas, entre otras, pues los Municipios deben ser iguales en lo que es consustancial a todos -lo cual se logra con la emisión de las bases generales que emite la Legislatura del Estado-, pero tienen el derecho, derivado de la Constitución Federal de ser distintos en lo que es propio de cada uno de ellos, extremo que se consigue a través de la facultad normativa exclusiva que les confiere la citada fracción II.”¹⁰⁶

VII. UNA APROXIMACIÓN A NORMAS REGLAMENTARIAS INTEGRADORAS O COMPLEMENTARIAS (DE IGUAL JERARQUÍA QUE LOS REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN DE LEY): EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Tesis que niegan tal posibilidad.

Desde la novena época el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, ha dado argumentos para acercarnos con la posibilidad de normas reglamentarias integradoras. Estas no serían otras que las disposiciones administrativas de

¹⁰⁶ Controversia constitucional 14/2001. Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo. 7 de julio de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarías: Mariana Mureddu Gilabert y Carmina Cortés Rodríguez. El Tribunal Pleno el once de octubre en curso, aprobó, con el número 132/2005, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de octubre de dos mil cinco.

carácter general que puede dictar cualquier órgano administrativo facultado por la ley. Acorde con el siguiente rubro se abre una opción: “Reglas General Administrativas. Las dictadas en ejercicio de una facultad conferida por la ley a una Secretaría de Estado no pugnan con el principio de distribución de atribuciones entre los órganos del poder público”.¹⁰⁷

El primer párrafo del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que "La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado ...". De lo anterior se deduce que las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida por una ley expedida por el Congreso de la Unión a una secretaría de Estado constituyen una categoría de ordenamientos que no son de índole legislativa ni reglamentaria, sino que se trata de cuerpos normativos sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública, por lo que su expedición no pugna con el principio de distribución de atribuciones entre los diferentes órganos del

¹⁰⁷ Novena Época. Registro: 187112. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, abril de 2002. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. XIV/2002. Página: 9.

poder público. Lo anterior es así, porque los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes, cuya expedición compete al presidente de la República, en términos de lo dispuesto en el artículo 92 de la propia Carta Magna, tienen diferente forma y materia que las reglas citadas, y mientras el Congreso de la Unión no interfiera en la formación de aquellos actos, puede conferir directamente a los secretarios de Estado la atribución de expedir reglas técnico-operativas dentro del campo de una ley específica; de manera que si el otorgamiento de atribuciones por la Norma Fundamental a los diferentes órganos gubernativos no puede extenderse analógicamente a otros supuestos distintos a los expresamente previstos en aquélla, las reglas técnicas y operativas están fuera del ámbito exclusivo del titular del Poder Ejecutivo, al gravitar dentro de la potestad legislativa del Congreso de la Unión para autorizar su expedición mediante una ley a alguna o varias de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, cuya distribución de competencias figura tanto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, como en las demás leyes que le incumben al Congreso de la Unión. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de marzo en curso, aprobó, con el número XIV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a

diecinueve de marzo de dos mil dos. A pesar de los precedentes¹⁰⁸, se aclara, que “no es jurisprudencia por no haber obtenido la votación requerida.” Sin

¹⁰⁸ 1) Amparo directo en revisión 40/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 2) Amparo directo en revisión 88/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 3) Amparo directo en revisión 89/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 4) Amparo directo en revisión 90/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 5) Amparo directo en revisión 91/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 6) Amparo directo en revisión 40/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 7) Amparo directo en revisión 88/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 9) Amparo directo en revisión 89/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 10) Amparo directo en revisión 90/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán.

embargo, posteriormente se aprobó el criterio de constitucionalidad de la facultad, pero continúa considerándose a las “reglas generales administrativas”, aunque inferiores a una ley, todavía sin relación ejecutiva con la ley ni complementaria de ley o reglamento alguno.

Complementa el criterio sentado en la tesis, cuyo rubro “COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS. EL ARTÍCULO 108, FRACCIÓN IV, DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS, QUE LA FACULTA PARA EXPEDIR REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”¹⁰⁹ Según la cual debemos entender que “las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida a una Secretaría de Estado o a un órgano desconcentrado por una ley expedida por el Congreso de la Unión,

Secretaría: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 11) Amparo directo en revisión 91/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaría: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

¹⁰⁹ “Registro: 184950. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, febrero de 2003. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 2a./J. 7/2003. Página: 224”.

corresponden a la categoría de ordenamientos que no son legislativos ni de índole reglamentaria, sino que se refieren a aspectos técnicos y operativos en materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública. En congruencia con lo antes expuesto, la fracción IV del artículo 108 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que establece que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas está facultada para expedir reglas de esa naturaleza, no pugna con la facultad reglamentaria del Presidente de la República ni con el sistema de división de poderes previstos, respectivamente, en los artículos 89, fracción I, y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en cuanto a la primera, la mencionada atribución no entraña una delegación de facultades, ni constituye una expansión en el ejercicio de la facultad reglamentaria, sino que se trata de la asignación directa de una atribución para allanar la aplicación técnico-operativa de la ley dentro de su ámbito específico; y en cuanto al segundo, no implica la delegación de facultad legislativa alguna a favor de la citada Comisión, ni ésta ejerce atribuciones reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo.” Esta tesis pone fin a la contradicción de tesis 135/2002-SS. Entre las sustentadas por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado y el Noveno Tribunal Colegiado, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 31 de enero de 2003. Cinco votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario:

Fernando Mendoza Rodríguez. Con el número de tesis de jurisprudencia 7/2003, fue aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del siete de febrero de dos mil tres.”

En la siguiente tesis¹¹⁰, aunque no es jurisprudencia, encontramos una aproximación a la naturaleza reglamentaria de las normas administrativas generales y su vinculación subordinada a una ley. El rubro “REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS. LA FACULTAD DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA HABILITAR A LAS SECRETARÍAS DE ESTADO A FIN DE EXPEDIRLAS, NO CONSTITUYE UNA DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS.

Acorde con el razonamiento de se considera que, “el hecho de que el Congreso de la Unión autorice a las secretarías de Estado a emitir reglas técnico-operativas de observancia general en su ramo, no entraña una delegación de facultades, pues aquel órgano legislativo no se despoja de una facultad propia, lo que constituye una condición insalvable de todo acto delegatorio, sino que asigna directamente a un órgano de la administración pública federal, una tarea operativa para facilitar la aplicación de una ley

¹¹⁰ “Registro: 187113. Localización Novena Época. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, abril de 2002. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. XII/2002. Página: 8.

específica dentro de su campo de acción. Lo anterior se justifica en la medida en que el Poder Legislativo no suele ocuparse de esos detalles técnico-operativos que surgen en el funcionamiento de la administración pública; de ahí que resulte apropiado que los secretarios de Estado, como integrantes de la administración pública federal y conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuenten con las atribuciones necesarias para dar agilidad, prontitud, firmeza y precisión a los actos de aplicación de la ley específica que expida el Congreso de la Unión.

Acorde con los precedentes ¹¹¹, el Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de marzo en curso, aprobó, con el número XII/2002, la

¹¹¹ 1) Amparo directo en revisión 40/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 2) Amparo directo en revisión 88/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 3) Amparo directo en revisión 89/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 4) Amparo directo en revisión 90/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes. 5) Amparo directo en revisión 91/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza.

tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diecinueve de marzo de dos mil dos. No obstante, no es jurisprudencia por no haber obtenido la votación requerida.

BIBLIOGRAFÍA

DEL CAPÍTULO I

Aguado I Cuodolà Vicenç y Nettel Barrera Alina del Carmen, "La Responsabilidad Patrimonial por Inactividad de las Administraciones Públicas Mexicanas" [Publicación periódica] // AÍDA Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. - México, D. F. : Asociación Internacional de Derecho Administrativo , Julio - Diciembre 2009. - 6 : Vol. Año 3.

Castro Estrada Álvaro, "Análisis Jurídico de la Reforma Constitucional que Incorporó la Responsabilidad Patrimonial del Estado a la Constitución Mexicana" [Publicación periódica] // Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. - México, D. F. : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. - Número 8, enero - junio.

Castro Estrada Álvaro, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo" [Sección de libro] // Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México / aut. libro Coordinadores: Damsky Isaac Augusto (h), López Olvera, Miguel Alejandro y Rodríguez Rodríguez, Libardo,. - México, D. F. : Universidad Nacional de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Castro Estrada Álvaro, "Responsabilidad Patrimonial del Estado" [Libro]. - México, D. F. : Editorial Porrúa, 1997.

Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano [Sección de libro] // Estudios en Homenaje a Don Alfonso Nava Negrete. En sus 45 años de docencia / aut. libro Coordinador López Olvera Miguel Ángel. - México, D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Espinosa de Rueda Jover Mariano, "Responsabilidad por el Funcionamiento de la

Administración de Justicia" [Publicación periódica] // Actualidad Administrativa. - Madrid : La Ley, Marzo 2003.

Fernández Ruiz Jorge, "Derecho Administrativo" [Libro]. - México, D. F. : McGRAW-HILL - Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. - Vol. Colección Panorama del Derecho Mexicano.

Gómez Varela Claudia Verónica y Miranda Camarena Adrián Joaquín "El Carácter Objetivo del Sistema de Responsabilidad Patrimonial del Estado en México" [Publicación periódica] // Letras Jurídicas: Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega. - Guadalajara : Universidad de Guadalajara - Centro Universitario de la Ciénega, Primavera de 2008.

Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones [Libro]. - Mexico, D. F. : Porrúa, 2008.

López Ramos Neófito, "La responsabilidad extracontractual del Estado mexicano" [Publicación periódica] // Revista del Instituto de la Judicatura. - México, D. F. : Federal, Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura - Instituto de la Judicatura, 2005. - 20.

Moguel Caballero Manuel, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado" [Libro]. - México, D. F. : Editorial Porrúa, 2006.

Moreno Molina José Antonio, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Un Análisis Comparativo con el Derecho Español" [Publicación periódica] // AÍDA Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. - México, D. F. : Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Enero - Junio 2008. - 3 : Vol. Año 2.

Pérez Dayán Alberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado" [Publicación periódica] // Revista del Instituto de la Judicatura Federal. - México, D. F. : Federal, Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura - Instituto de la Judicatura, 2005. - 20.

Pérez López Miguel, "La Nueva Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Mexicano" [Publicación periódica] // Alegatos. - México, D. F. : Universidad Autónoma Metropolitana - Departamento de Derecho, 1994. - 28.

Pérez López Miguel, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado bajo la Lupa de la

Jurisprudencia dl Poder Judicial de la Federación" [Publicación periódica] // Revista del Instituto de la Judicatura Federal. - Distrito Federal : Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura Federal - Instituto de la Judicatura Federal, 2009. - 28.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "IUS 2010 Jurisprudencia y Tesis Aisladas". Junio de 1917 - Diciembre 2010. [CD]. - Distrito Federal : PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2010. - Vol. Único.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Semanario Judicial de la Federación y Gaceta" [En línea]. - 2013-2014. - <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

Tamayo Jaramillo Javier, "La Responsabilidad del Estado. El Riesgo Excepcional y la Actividades Peligrosas. El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90) [Libro]. - Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 2000, reimpresión.

Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I [Libro]. - Buenos Aires : La Ley, 2004.

Zweigert Konrad y Kötz Hein en la reedición y actualización, "Introducción al Derecho Comparado" [Libro] / trad. Vázquez Arturo Aparicio. - México, D. F. : Oxford University Press, 2008. - Primera reimpresión : Vol. Colección Estudios Jurídicos.

I. DICCIONARIO

Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano" [Libro]. - Distrito Federal : Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. - 13a. : Vols. P-Z.

DEL CAPÍTULO II

I. DOCTRINA

Becerril, Andrea, “Recomienda la OCDE a senadores avanzar en la privatización de ejidos” en La Jornada, 2 de enero de 2007, sección “Política”, México, D.F: La Jornada en línea [en línea], última consulta noviembre de 2009, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2007/01/02/index.php?section=politica&article=011n1pol>

Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, “¿Por qué se pierde la biodiversidad?”, Consulta en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/biodiversidad/porque.html>

. **Fraga, Gabino**, “Derecho Administrativo”, México, D. F.: Editorial Porrúa, 1988, 27ª. Edición.

Góngora Pimentel, David, “PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL SEÑOR MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, EL DÍA 26 DE ENERO DEL AÑO 2000, CON MOTIVO DEL "SIMPOSIO JUDICIAL SOBRE DERECHO AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE: EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA" ORGANIZADO POR EL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, A TRAVÉS DE SU OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, Y LA

PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE DEL GOBIERNO MEXICANO”, México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación,[en línea], última consulta noviembre de 2009, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministroGongoraPimentel/discursos/pdfs/2000126-derecho-ambiental.pdf>

Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, T 1, Parte General, Buenos Aires: F.D.A., 2003. 8ª edición.

Martoccia, Hugo, “Vendió Fonatur parte de la playa pública más grande de Cancún” en La Jornada, 6 de junio de 2007, sección “Estados”, México, D. F.: La Jornada en línea [en línea], última consulta setiembre de 2009, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/06/index.php?section=estados&article=034n1est>

-----, “Protestan en Cancún contra la privatización de playa Delfines” en La Jornada, 11 de junio de 2007, sección “Estados”, México, D. F.: La Jornada en línea [en línea], última consulta setiembre de 2009, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/11/index.php?section=estados&article=035n1est>

-----, “Fonatur, dispuesto a revertir la privatización de playa Delfines” en La Jornada, 12 de junio de 2007, sección “Estados”, México, D. F.: La Jornada en línea, [en línea], última consulta setiembre de 2009, disponible en:

<http://www.jornada.unam.mx/2007/06/12/index.php?section=estados&article=034n1est>

Radio Quintana Roo, “Cancunense se manifiestan en la FONATUR ante la venta de Playa Delfines (sic), Categoría “Riviera Maya”, 28 de octubre de 2009, [en línea], última consulta noviembre 2009, disponible en: <http://radioquintanaroo.com/cancunense-se-manifiestan-en-la-fonatur-ante-la-venta-de-playa-delfines/>

Suárez de Vivero, Juan Luis, “Delimitación y definición del espacio litoral”, en Actas de las Jornadas sobre el litoral de Almería: caracterización, ordenación y gestión de un espacio geográfico celebradas en Almería, 20 a 24 de Mayo de 1997, pp. 13-23, coordinación Alfonso Viciano Martínez-Lage y Alfonso Galán Pedregosa, España, 1999 **ISBN**: 84-8108-175-2

II. DICCIONARIO

“Diccionario enciclopédico”, Espasa 1, Madrid: Espasa-Calpe, 1985, 2ª edición.

DEL CAPÍTULO III

I. DOCTRINA

Acosta Romero, Miguel. (1986). *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, México, D. F.: Editorial Porrúa. 7ma edición.

Altamira Gigena, Julio Isidro. (2005) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Córdoba: Advocatus.

Cassagne, Juan Carlos, (2002) *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires: LexisNexis- Abeledo-Perrot. 7ma edición, reimpresión.

Cordero Vega, Luis. *Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. El caso del sistema de licitaciones de la defensa pública*, [en línea], México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, última consulta diciembre 2009, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx>

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinoza, Manuel (1994). *Compendio de Derecho Administrativo, Primer Curso*. México, D. F.: Editorial Porrúa.

Dromi, Roberto. (2004). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ciudad Argentina. 10º edición.

Fernández Ruiz, Jorge (2004). *Apuntes para una Teoría Jurídica de las Actividades del Estado* en Revista Latinoamericana de Derecho, Año I, Nº 2, julio- diciembre de 2004, pp. 35-70.

Marcou, Gérard *Financiación privada de infraestructura y equipamientos públicos (La experiencia francesa)* en Revista Estudios Socio-Jurídicos, marzo, año/vol. 2, número 001, Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 44-96.

Nava Negrete, Alfonso, (2007). *Derecho Administrativo Mexicano*, “Colección Popular”, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. 3º edición.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1917-2009. Jurisprudencia y Tesis Aisladas junio 1917- junio 2009, México, D. F.: Poder Judicial de la Federación, CD, 2009.

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J (2004). Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo III, Buenos Aires: La Ley.

II. DICCIONARIO

“Diccionario Jurídico Mexicano”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F.: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

III. DOCUMENTOS

“Plan nacional de desarrollo 2001-2006”, Presidencia de la República, México, D. F.: Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2001, Segunda Sección.

Iniciativa de “Ley General de Biodiversidad”, 24 de octubre del año 2016,
Fuente:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/10/asun_3432322_20161025_1477404879.pdf , consulta: 28 de octubre de 2016.

“Recomendación General Número 26 sobre la Falta y/o Actualización de Programas de Manejo en Áreas Naturales Protegidas de Carácter Federal y su Relación con el Goce y Disfrute de Diversos Derechos Humanos”, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, 13 de abril de 2016.

