



Universidad Autónoma de Nayarit

***“La responsabilidad patrimonial del
Estado por la actividad legislativa”***

**Tesis que para obtener el grado de Doctor
presenta el Mtro. Miguel Ángel Veloz Romo**

**Director de Tesis: Dr. Aldo Rafael Medina García
Cotutores: Dr. Claudio Antonio Granados Macías
Dr. Mario de la Madrid Andrade**

Tepic, Nayarit, octubre de 2018



Universidad Autónoma de Nayarit

“La responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad legislativa”

**Tesis que para obtener el grado de Doctor
presenta el Mtro. Miguel Ángel Veloz Romo**

**Director de Tesis: Dr. Aldo Rafael Medina García
Cotutores: Dr. Claudio Antonio Granados Macías
Dr. Mario de la Madrid Andrade**

Tepic, Nayarit, octubre de 2018

AGRADECIMIENTOS

La investigación que se presenta no hubiera sido posible sin el apoyo de muchas personas, por lo que quiero dedicar estas pequeñas líneas para agradecer a todos y cada uno de ellos.

Agradezco a las instituciones que me ayudaron a formar parte del Doctorado Interinstitucional en Derecho, del cual me siento muy orgulloso de pertenecer: al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), por el apoyo económico que brinda para la formación de doctores; a la Universidad Autónoma de Nayarit, por aceptarme como alumno y apoyarme en la realización de actividades que evidenciaron la investigación realizada; a la Universidad Autónoma de Aguascalientes, mi alma mater y mi actual centro de enseñanza y aprendizaje, por seguir permitiendo mi desarrollo profesional

Agradezco a los investigadores cuya sapiencia fue pieza clave para poder generar las reflexiones que se plasmaron en la investigación; a mi tutor el Doctor Aldo Rafael Medina García, por dirigirme en este arduo trabajo, donde su orientación, consejos, apoyo y confianza no solo me han permitido llegar a la conclusión de la tesis, sino también encontrar el gusto por la investigación; a mis cotutores los Doctores Claudio Antonio Granados Macías y Mario de la Madrid Andrade, por sus aportes y sugerencias que en gran medida permitieron generar controversias y enfoques distintos al momento de redactar la tesis; al Doctor José Manuel López Libreros, compañero docente y amigo, por ser mi primer contacto en el mundo de la investigación y un apoyo constante para que el día de hoy pueda llegar a concluir este trabajo.

A mis compañeros de doctorado, por los comentarios y sugerencias realizados a lo largo de los seminarios, y por los buenos momentos vividos en la convivencia social.

Al licenciado Omar Nava Hernández, por el apoyo brindado para poder atender las exigencias del doctorado y suplir mis ausencias en el campo laboral.

A mis padres, por el apoyo que siempre ha existido y por enseñarme a trabajar duro por lo que se quiere, teniendo presente que la responsabilidad que se asume en cualquier ámbito de la vida no puede dejarse de lado al primer sacrificio.

Finalmente, y no por ello menos importante, a mi esposa Irais, por comprender y tolerar esos momentos de ausencia y frustración, y a mis hijos Diego y Daniela, por ser un gran motivo e inspiración para poder ser cada día mejor profesional, pero, sobre todo, mejor persona.

ÍNDICE

CAPITULO I. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

I.1. ETAPAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	1
I.1.1. Irresponsabilidad Estatal.....	2
I.1.2. Responsabilidad indirecta del Estado.....	5
I.1.3. Responsabilidad del Estado.....	8
I.2. TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	10
I.2.1. Teoría de la representación.....	10
I.2.2. Teoría organicista.....	12
I.2.3. Teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas.....	13
I.2.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo.....	15
I.2.5. Teoría de la equidad y enriquecimiento ilegítimo.....	16
I.2.6. Teoría del bien común.....	18
I.2.7. Teoría de la solidaridad humana.....	19
I.2.8. Teoría del Estado de Derecho.....	19
I.2.9. Teoría de garantía legal.....	20
I.2.10. La inexistencia de un criterio común para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado.....	20
I.3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MÉXICO.....	21
I.3.1. Antecedentes normativos.....	22
I.3.2. Garantía de Responsabilidad Patrimonial del Estado.....	26
I.3.3. Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.....	32
I.3.4. Bases y límites de la responsabilidad patrimonial en México.....	35
I.4. EL ESTADO DE DERECHO COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	39
I.4.1. La responsabilidad del Estado en la Convención Americana de Derechos Humanos.....	43
I.4.2. La reparación integral del daño como derecho fundamental.....	47
CAPITULO II. EL PODER LEGISLATIVO Y SUS MECANISMOS DE CONTROL	
II.1. LA DIVISIÓN DE PODERES.....	50
II.1.1. Las funciones del Estado en base al criterio formal y material.....	54
II.1.2. La división de poderes en México.....	55
II.1.3. La división de poderes y su aplicación en la realidad actual.....	58
II.2. TRANSICIÓN DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA SUJECCIÓN DEL LEGISLADOR A LA CONSTITUCIÓN.....	61
II.2.1. La defensa de la Constitución a través de los Tribunales en México.....	65
II.3. FORMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN MÉXICO.....	68
II.3.1. Controles políticos.....	71

II.3.1.1. Control por parte del Poder Ejecutivo.....	72
II.3.2. Controles jurídicos.....	72
II.3.2.1. Control por parte del Poder Judicial.....	73
II.3.2.1.1. Controversias Constitucionales.....	73
II.3.2.1.2. Acciones de Inconstitucionalidad.....	75
II.3.2.1.3. Juicio de Amparo.....	77
II.3.2.2. Control por parte de organismos internacionales.....	80
II.3.2.2.1. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.....	80
II.3.2.2.2. Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	82

II.4. AUSENCIA DE UN MECANISMO DIRECTO DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN MÉXICO..... 84

CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS. UN ANÁLISIS EN EL DERECHO COMPARADO

III.1. EL ACTO LEGISLATIVO Y LA RESPONSABILIDAD LEGISLATIVA..... 85

III.2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS.. 88

III.3. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO..... 90

III.3.1. Responsabilidad por leyes inconstitucionales.....	91
III.3.2. Responsabilidad por leyes constitucionales.....	92
III.3.3. Responsabilidad por violación a normas de carácter internacional.....	94
III.3.4. Responsabilidad por omisión legislativa.....	95

III.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO..... 97

III.4.1. La responsabilidad del Estado Legislador en España.....	97
III.4.1.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho español.....	97
III.4.1.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho español.....	100
III.4.1.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador legislador en el derecho español.....	101
III.4.2. La responsabilidad del Estado Legislador en Colombia.....	106
III.4.2.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano.....	106
III. 4.2.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano.....	109
III.4.2.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano.....	111
III.4.3. La responsabilidad del Estado Legislador en Argentina.....	115
III.4.3.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino.....	115
III.4.3.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino.....	118
III.4.3.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador	

en el derecho argentino.....	121
III.4.4. La responsabilidad del Estado Legislador en Chile.....	123
III.4.4.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho chileno.....	123
III.4.4.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho chileno.....	126
III.4.4.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho chileno.....	129
III.4.5. Diversidad de supuestos de responsabilidad legislativa.....	131

CAPITULO IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MÉXICO

IV.1. LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO..... 134

IV.1.1. La ratio legis de la responsabilidad patrimonial del Estado sólo en actos materialmente administrativos.....	134
IV.1.1.1. Propuesta del Partido Revolucionario Institucional (PRI).....	136
IV.1.1.2. Propuesta del Partido Acción Nacional (PAN).....	139
IV. 1.1.3. Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cámara de Diputados).....	142
IV.1.1.4. Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	147
IV.1.2. Los criterios establecidos por los Tribunales mexicanos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos.....	148
IV.1.3. El juicio de amparo como mecanismo de protección contra actos legislativos.....	153

IV.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MEXICO EN BASE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD..... 156

IV.2.1. La protección de los derechos humanos a través de la responsabilidad patrimonial del Estado.....	158
IV.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos y la obligación de los Estados firmantes de proteger los Derechos Humanos.....	163

IV.3. CONTROLES CONSTITUCIONALES QUE EN MÉXICO HAN GENERADO RESARCIMIENTO DE DAÑOS POR ACTIVIDAD O INACTIVIDAD LEGISLATIVA..... 166

IV.3.1. Declaración de inconstitucionalidad de una norma.....	167
IV.3.2. Violación a normas de carácter internacional.....	170
IV.3.2.1. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.....	171
IV.3.2.2. Caso Rosendo Padilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.....	173
IV.3.2.3. Resarcimiento de daños causados por la no adecuación del orden interno, a fin de proteger de derechos humanos.....	175
IV.3.3. Omisión legislativa.....	177
IV.3.3.1. Naturaleza de la omisión legislativa.....	178

IV.3.3.2. La omisión legislativa en las entidades federativas.....	182
IV.3.3.2.1. Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.....	182
IV.3.3.2.2. Estado de Tlaxcala.....	183
IV.3.3.2.3. Estado de Chiapas.....	184
IV.3.3.2.4. Estado de Quintana Roo.....	186
IV.3.3.2.5. Estado de Nayarit.....	187
IV.3.3.2.6. Estado de Coahuila de Zaragoza.....	187
IV.3.3.2.7. Limitación de la omisión legislativa en las entidades Federativas.....	188
IV.3.3.3. La omisión legislativa en el ámbito federal.....	189
IV.4. PERSPECTIVA DE DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MÉXICO.....	193
IV.4.1. Presupuestos para una responsabilidad legislativa en México.....	194
IV.4.1.1. Cuestión presupuestal. No limitación del importe de la Indemnización.....	195
IV.4.1.2. Responsabilidad por actos legislativos y no responsabilidad del órgano legislativo.....	198
IV.4.1.3. Determinación de los casos en que procede la responsabilidad por actos legislativos.....	200
IV.4.1.3.1. Norma declarada inconstitucional.....	200
IV.4.1.3.2. Norma que viole derechos consagrados en instrumentos Internacionales.....	202
IV.4.1.3.3. No creación de una norma, violando un deber de emisión.....	204
IV.4.1.3.4. Norma constitucional que viole la igualdad de las cargas Públicas.....	205
IV.4.1.4. Órgano especializado en materia de responsabilidad patrimonial...	206
IV.4.1.5. Necesidad de un procedimiento que garantice el derecho de acceso efectivo a la justicia.....	208
IV.4.2. Elementos de la acción de responsabilidad legislativa en México.....	210
IV. 4.2.1. Declaración previa de la existencia de una norma inconstitucional, de una norma violatoria del derecho internacional, una omisión legislativa o una norma constitucional que viole la igualdad de las cargas públicas.....	210
IV. 4.2.2. Existencia de un daño vinculado a la actividad legislativa.....	211
IV.4.2.3. No existencia de excluyentes de responsabilidad en el actuar del Estado.....	213
CONCLUSIONES.....	217
FUENTES DE CONSULTA.....	221

INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad Estatal se concibe en la actualidad como una característica propia de los Estados Constitucionales de Derecho, en donde ya no basta sólo el hecho de que la actuación de sus órganos se encuentre sometida a los principios que rigen al Estado, sino que se hace necesario que en caso de violación a estos principios si se causa un daño, exista el deber de resarcirlo.

Para el ejercicio de la función pública los Estados han adoptado la estructura que consideran más adecuada en base a su realidad social, siendo vigente en lo esencial el principio de división de poderes planteado por Montesquieu, ya que las estructuras estatales ya no parten sólo de tres poderes, sino que han creado un gran número de organismos autónomos, lo que genera que exista una distribución de facultades entre los diversos órganos a efecto de hacer más efectivo y eficiente el funcionar del Estado.

En el caso concreto de México, se contempla a la división de poderes como un principio fundamental del orden constitucional y el mismo fue considerado al momento de crear la figura de la responsabilidad patrimonial que se contiene en el artículo 109 Constitucional, pues en él se regula la que fue denominada garantía de integridad patrimonial de los particulares, que permite a éstos obtener el resarcimiento de los daños causados por las actuaciones administrativas de cualquiera de los órganos del Estado, siempre que éstas no tengan una justificación jurídica, actuación a la cual se le ha dado el carácter de irregular.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no puede encontrarse limitada a la estructura que adopta para su mejor funcionamiento, pues el Estado es uno solo y su estructura se da sólo en base a sus necesidades particulares; inclusive los Tribunales internacionales han establecido criterios a favor de reconocer al Estado como sujeto pasivo de responsabilidad en todos sus ámbitos, independientemente del órgano que se encargue de realizar determinada actividad.

La manera en que se regula la responsabilidad patrimonial en México genera un mecanismo limitado de resarcimiento de daños, que sólo contempla la afectación al patrimonio por actos de carácter administrativo de cualquiera de los tres

poderes, excluyendo los actos legislativos que pueden llegar a ser realizados por cualquiera de los órganos estatales en base a sus atribuciones.

La problemática de la investigación se centrará en determinar si los actos legislativos llevados a cabo por los órganos del Estado pueden llegar a generar una responsabilidad que implique el resarcimiento de los daños que se causen, y en su caso, si es posible obtener en México dicho resarcimiento a través de los mecanismos de control que existen.

La investigación partirá de dos hipótesis: 1) la actividad legislativa del Estado a través de cualquiera de sus órganos, si se realiza sin una justificación jurídica, puede llegar a producir daños, los cuales deben de ser resarcidos por el Estado; 2) en México es necesario el establecimiento de un mecanismo que permita el resarcimiento de los daños que se causen por la actividad legislativa de cualquiera de los órganos del Estado.

Para la comprobación o en su caso refutación de las hipótesis planteadas es necesario realizar un estudio de las causas que generaron el surgimiento de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo un marco teórico conceptual de ella, en base a sus principios, elementos y mecanismos para hacerla efectiva; analizar la responsabilidad patrimonial del legislador con otros sistemas jurídicos que permita establecer los casos, condiciones y requisitos en los cuales la actividad legislativa puede llegar a causar daños a los particulares; y en base a todo lo anterior, proponer bases para una posterior regulación efectiva de la responsabilidad patrimonial del legislador en México, que permita hacer efectivo el derecho a la reparación del daño por cualquier actividad realizada sin justificación jurídica de cualquiera de los órganos del Estado.

La investigación parte del estudio de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado a través del análisis de las etapas jurídicas que se dieron en cuanto a la concepción del Estado como un posible sujeto de responsabilidad, desde su negativa hasta la aceptación de su responsabilidad, mediante la revisión de las diversas teorías que han tratado de justificar a lo largo del tiempo ésta responsabilidad estatal; toda vez que el interés de la investigación radica en la carencia de mecanismos que permitan el resarcimiento de daños por actos

legislativos en México, se contemplan los antecedentes normativos que en la materia se dieron hasta la inclusión de la figura en la Constitución, así como las bases y límites que derivan de su regulación en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

En el segundo capítulo se hace un estudio del poder legislativo como parte de la estructura del estado a través de la aplicación del principio de división de poderes, la sujeción de su actuación a la Constitución, así como los controles que son ejercidos para verificar el cumplimiento de los principios constitucionales en el ejercicio de la función legislativa.

En una tercera parte mediante el análisis de la regulación que existe en el Derecho Comparado, se determinan cuáles son los supuestos que se han contemplado para generar una responsabilidad por actos legislativos, partiendo del examen de la regulación existente en España, Colombia, Argentina y Chile, determinando cómo surgió la responsabilidad por actos legislativos en cada uno de esos países, y cuáles son las características necesarias para que se tenga por acreditada la figura.

Finalmente en el cuarto capítulo, se analiza la responsabilidad patrimonial por actos legislativos en México, partiendo del estudio de la reforma constitucional que incluyó la figura de la responsabilidad patrimonial y las causas que llevaron a sólo considerarla en casos de actos materialmente administrativos.

CAPITULO I.
FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

I.1. ETAPAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Hablar de una responsabilidad del Estado es un tema que todavía hoy en día genera conflicto para su aceptación, pues existen posturas diversas entre los estudios del derecho, desde las que establecen una responsabilidad total en cualquiera de sus actividades (administrativa, legislativo y jurisdiccional), hasta las que se reusan a aceptar la posibilidad de una demanda en contra del Estado derivado de su actuar como autoridad en relaciones de supra-subordinación, estableciendo que sólo se puede ser responsable cuando el Estado actúa como cualquier particular sin su potestad soberana.

Por ello esta figura jurídica se encuentra en una constante evolución, misma que en la mayoría de los casos se ha generado a través de las resoluciones jurisdiccionales, ya que son éstas las que le van dando contenido y adecuándola a la realidad social, estableciendo los casos, condiciones y excepciones aplicables a la misma, en aras de un reconocimiento del derecho a una indemnización por daños causados por la autoridad.

El dilema que se generó desde un inicio fue establecer hasta qué punto el Estado podía ser considerado como un sujeto de derechos y obligaciones, es decir, una persona; diversas fueron las posturas establecidas por estudiosos del derecho administrativo, pero todas ellas llevaron a reconocer una personalidad del Estado que le genera el deber de cumplir con sus obligaciones, entre ellas, el resarcimiento de los daños que se causen con su actuar indebido.

Sin embargo, la problemática actual se centra en establecer si el Estado como tal responde de su actuar en todos los ámbitos, legislativo, ejecutivo y judicial, o si por la naturaleza de las actividades realizadas y la forma, estructura y procedimiento de elección de los funcionarios encargados del ejercerlas, sólo puede darse en alguno de ellos.

Como figura jurídica la responsabilidad del Estado podría dividirse en tres etapas:¹ una primera etapa se podría analizar hasta la mitad del siglo XIX, la cual se caracteriza por la existencia de una irresponsabilidad total por parte del Estado basada en la postura de la soberanía estatal por la cual la autoridad no se podía equivocar, ya que era ella la que establecía lo que se debería entender por derecho; una segunda etapa en la que se considera al Estado como sujeto de responsabilidad por sus actuaciones, debido a lo que fue denominado la falla o falta de servicio, y que tiene como base las resoluciones emitidas en Francia, en específico el fallo Blanco emitido el 8 de febrero de 1873,² mismo que consagró el principio de responsabilidad extracontractual de la administración; y finalmente, la etapa actual, en la que se reconoce al Estado como responsable de su actuación, y la cual se ha generado de una manera variada en cuanto a su reconocimiento, pues en algunas legislaciones se establecen requisitos de culpa y en otras se aplica la responsabilidad objetiva sin necesidad de demostrar circunstancia alguna con relación al sujeto que realiza la conducta, permitiéndose en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, obtener una indemnización por parte del Estado.

I.1.1. Irresponsabilidad Estatal

La figura jurídica de la responsabilidad del Estado hoy en día parece algo natural en cualquier Estado de Derecho, en virtud de que el derecho a ser indemnizado en caso de una afectación patrimonial en el ejercicio de las funciones públicas, es considerado un derecho fundamental que si bien es cierto tiene muchas variantes debido a los distintos criterios y formas de aplicación, es consagrado en las constituciones de los Estados o deriva de la interpretación de éstas en aras de la

¹ Jiménez, William Guillermo, "Origen y evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal", *Diálogos de saberes, Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, Colombia, número 38, enero-junio de 2013, pp. 63-78, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696257.pdf> [Consulta 3 de marzo de 2016].

² Esa resolución según lo establece Cristian Miguel Acosta García en su libro *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Teoría y casos prácticos*, página 37 y 38, tiene como base el hecho de que una niña fue atropellada por una vagoneta de una manufacturera de tabaco estatal, por lo que el padre presentó una demanda por los daños y perjuicios causados a su hija a efecto de que se determinara que el Estado era civilmente responsable.

protección de los derechos humanos de los individuos;³ sin embargo, para llegar a ella, se tuvo que dar un giro trascendental en la concepción del Estado como un ente incapaz de ser sujeto de obligaciones por estar por encima de la norma, para ser considerado un sujeto destinatario de la misma, y por ende, responsable de su falta de cumplimiento.

Luis Rodrigo Vargas Gil señala que cuando el poder se basaba en la fuerza, la divinidad, o en una concepción de soberanía omnipotente, no era posible responsabilizar a la autoridad, máxime que en ese tiempo no existían las visiones contemporáneas de división de poderes, derechos humanos o legalidad; por ello, pensar en un resarcimiento de daños patrimoniales ante un acto de la autoridad era imposible.⁴

En Roma, no se podía concebir la idea de que una persona tuviera un interés diferente a los del Estado, ya que todos conformaban una comunidad cuyas actividades eran encaminadas a los fines de éste; además, el concepto de persona como sujeto de derechos y deberes, no incluía al Estado pues se trataba de un concepto de aplicación para el *ius privatum*. Lo anterior lo expresa de una manera muy clara Christian Miguel Acosta García al establecer que

[...] en Roma no existió restricción a la actividad del Estado o algún derecho subjetivo con el que se pudiera reclamar responsabilidad o indemnización; es más, durante la época del imperio, el gobernante en turno –siempre y cuando no fuera asesinado por el senado o por el ejército- podía realizar impunemente todos aquellos actos que juzgara útiles al imperio y

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en diversas resoluciones que la afectación de derechos humanos que se pueda atribuir a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, implica una responsabilidad del Estado y el deber de indemnizar por el daño causado. Para abundar en el tema pueden consultarse las siguientes jurisprudencias: caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, número 98; caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73; caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, número 129; caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, número 154. <http://www.corteidh.or.cr>

⁴ Vargas Gil, Luis Rodrigo, *Responsabilidad patrimonial del Estado. Instrumento eficaz de justicia*, primera edición, México, Porrúa, 2016, p. 1.

para sí mismo, por lo que, hablar de soberanía y responsabilidad del Estado, era algo impensable y hasta irrisorio.⁵

Durante la época del imperio sí existía el resarcimiento de daños que se causaban por un funcionario del Estado, tal como lo señala Javier Indalecio Barraza, pues el César tenía a su disposición dos patrimonios, uno encaminado a los servicios públicos y otro que se destinó a la realización de obra pública, por lo que en caso de daños por la ejecución de las obras, se cubría éste,⁶ sin embargo, aún y cuando el resarcimiento se realizaba por el daño causado en el cumplimiento de los fines del Estado, nunca se reconoció la responsabilidad de éste por los actos de sus funcionarios.

En la Edad Media las cosas no cambiaron ya que se tenían como base los principios establecidos en el imperio romano, además de que se consideraba que el poder público derivaba de la divinidad, lo que generó que el Estado siguiera sin ser considerado una persona sujeta de derechos y obligaciones; un ejemplo claro lo encontramos en Inglaterra, donde de manera tajante se establecieron frases como *the King can do not wrong* a efecto de hacer referencia a la imposibilidad de considerar errores en la corona, pues se le consideraba por encima de todo y sus actuaciones se realizaban en beneficio de los gobernados, por lo que las decisiones tomadas por ella siempre estaban bien al buscar el beneficio común.

Además de lo anterior, predominaban las ideas de Tomas Hobbes, quien consideraba que en virtud de que el Estado era representado por una persona electa a través del pacto llevado a cabo por los gobernados, esta persona se convierte en su representante y por ello podía realizar cualquier acto tendiente a lograr la paz y la tranquilidad.⁷

En esta primera etapa era imposible que se considerara al Estado como responsable directo de daños que se pudieran causar con la actuación de sus funcionarios a los gobernados, pues la concepción que se tenía desde el punto de

⁵ Acosta García, Christian Miguel, *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Teoría y casos prácticos*, primera edición, México, Novum, 2012, p. 18.

⁶ Indalecio Barraza, Javier, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Argentina, La Ley, 2003, p. 64.

⁷ Acosta García, Cristian Miguel, *op. cit.*, p. 23.

vista jurídico, era de un ente supremo que no podía estar sometido a norma alguna, y desde el punto de vista social, como un representante del pueblo que buscaba el bienestar social y por lo mismo si para lograr ese bienestar se requería tomar acciones y éstas afectaban a un particular, las decisiones eran válidas y el particular tenía que soportar la afectación.

El propio Javier Indalecio Barraza establece que de la época de la irresponsabilidad del Estado se desprenden dos consecuencias: 1) la ausencia absoluta de un medio jurídico para responsabilidad al Estado o a sus agentes por su actuar, y 2) la obligación de todo gobernado de soportar cualquier daño que pudiera llegar a sufrir por la actividad estatal.⁸

I.1.2. Responsabilidad indirecta del Estado

En una segunda etapa se empezó a dar de manera paulatina un reconocimiento de la necesidad de actuación del Estado en base a la ley, lo que generaría el principio de legalidad tan procurado hoy en día, y la necesidad de que el Estado lleve a cabo el resarcimiento de los daños que llegue a causar con su actuación cuando sea contraria a la ley, surgiendo la figura de la responsabilidad estatal.

El fundamento derivó de la concepción de inviolabilidad de la propiedad salvo caso de necesidad pública, principio que fue consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; sin embargo, la problemática que se generó se centró en determinar si era el funcionario o el Estado quien debía responder por el daño causado; la postura adoptada llevó a responsabilizar al funcionario que de manera directa realizaba la conducta.⁹

El camino no fue nada fácil pues con la postura adoptada el actuar del funcionario público se equiparaba a un acto ilícito, generando una responsabilidad de naturaleza completamente civil en donde se tenían que demostrar tres elementos para la procedencia de la reclamación: 1) la existencia de un hecho (acción u omisión); 2) que el mismo fuera en contra de un deber jurídico, es decir,

⁸ Indalecio Barraza, Javier, *op. cit.*, p. 67.

⁹ Vargas Gil, Luis Rodrigo, *op. cit.*, pp. 3-6.

que fuera antijurídico; 3) que fuera realizado de una manera consiente por la persona, sin tomar en cuenta si se tenía la intención de realizarlo o no.

Este criterio fue adoptado sin tomar en cuenta las características propias de la actividad estatal, lo que en la práctica generó una infinidad de problemas para poder hacer efectivo el derecho a una indemnización.

Álvaro Castro Estrada establece que entre otras, las dificultades con las que se enfrentaron quienes buscaron hacer efectivo el derecho a una indemnización bajo el criterio de la culpa, fueron: a) el poder identificar a la persona que directamente realizaba la conducta; b) demostrar en qué consistió la violación al deber que se tenía que produce una conducta ilícita, y finalmente; c) el hecho de que tiene como fundamento la realización de una conducta de manera consciente, misma que sólo pueden llevar a cabo las personas físicas y por ende, quedan excluidas las personas jurídico colectivas como lo es el Estado.¹⁰

Esta postura de la responsabilidad del funcionario es un antecedente para la creación de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero no puede ser considerada como parte de ella ya que lo que se buscaba en este caso era sancionar al funcionario tomando en cuenta su culpa en el proceder, pero nunca reconocer que el Estado era el responsable de la misma, siendo solo una forma de resarcir los daños causados pero por la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Posteriormente se comenzó a reconocer una responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios entendiendo que éstos desempeñaban sus actividades en calidad de mandatario; así existía un deber para elegirlos de manera adecuada y cuidar las actividades que realizaran para evitar cualquier tipo de responsabilidad, la cual se justificaba en virtud de la culpa existente por la indebida elección (culpa in eligendo) o falta de vigilancia (culpa in vigilando).

La aplicación de normas de carácter civil a un ente como el Estado no terminó de convencer ya que existieron muchas limitaciones para poder responsabilizar al Estado, entre ellas dos en específico: 1) se establecía una responsabilidad pero

¹⁰ Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, tercera edición, México, Porrúa, 2006, p. 263.

sólo en aquellos casos en que el Estado llevaba a cabo actos de gestión, es decir, en un plano de igual con los gobernados actuando como particular, pero nunca cuando actuaba como ente soberano realizando actos de autoridad; 2) la necesidad de demostrar la existencia de la culpa, circunstancia que no en todos los casos era posible pues en ocasiones el gobernado desconocía al funcionario que llevaba a cabo la conducta, lo que no permitía saber sus circunstancias particulares, y por ende, las causas que llevarían a demostrar su actuar culposo ante un Tribunal.

El suceso que marcó la existencia de un régimen de aplicación de la responsabilidad en base a la naturaleza del Estado y las funciones que desempeña, fue el fallo Blanco dictado el 8 de febrero de 1873 por el Tribunal de Conflictos de Francia,¹¹ ya que a través de él se estableció un criterio que permite diferenciar la actividad administrativa de la civil, y por lo tanto, requiere de una normatividad, principios y autoridades ajenas por completo a las relaciones existentes entre los particulares. En palabras de William Guillermo Jiménez

Las consecuencias de este fallo pueden resumirse así: 1) se afirmó de manera expresa el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los servidores públicos a particulares; 2) se estableció el carácter especial de esta responsabilidad, la cual no puede ser general ni absoluta; 3) la responsabilidad de la Administración no podía tener fundamento en los principios del Código Civil; 4) las reglas de esta responsabilidad se basan en las particularidades del servicio público y la conciliación de los derechos generales con los particulares, y 5) los procesos originados en este tipo de responsabilidad se resolvería en la justicia administrativa.¹²

Así mismo y derivado de las ideas anteriores, el fallo Pelletier del 30 de julio de 1873, estableció la existencia de dos tipos de responsabilidades, una derivada de

¹¹ El Tribunal de Conflictos eran el encargado de resolver las controversias relativas a la competencia entre dos o más Tribunales, y en este caso en concreto, intervino debido a que el Tribunal Civil se declaró incompetente con relación a la demanda presentada en contra del Estado Francés, y por ende, el demandado la presentó ante un Juez administrativo, quien dudó de contar con las facultades necesarias para atender el asunto, dejando que fuera el Tribunal de Conflictos quien determinara la competencia o no de demandas en contra del Estado en el ámbito administrativo.

¹² Jiménez, William Guillermo, *op. cit.*, p. 70.

una prestación de servicio público, y otra responsabilidad que recaía de manera directa en el funcionario público.¹³

Dicho fallo reconocía la coexistencia de dos responsabilidades: una de carácter civil por basarse en la culpa, la cual estaba a cargo del funcionario que se extralimitaba en sus atribuciones o actuaba al margen de ellas, denominándose falta personal, y otra carácter administrativo ya que prescindía de la culpa e inclusive era irrelevante en ella saber quién había sido el funcionario que realizó la conducta, la cual estaba a cargo del Estado ya que se presentaba cuando el funcionario en cumplimiento de sus funciones causa daño, denominándose por ello como falta de servicio.¹⁴

El reconocimiento de estas dos formas de responsabilidad fue un antecedente inmediato y de trascendencia para el reconocimiento de una responsabilidad estatal directa, pues aún y cuando el Estado sólo respondía por los daños causados por el funcionario actuando dentro de los límites legales, ya existe un reconocimiento del Estado como ente que actúa a través de funcionarios, y las actividades de éstos repercuten en la esfera jurídica del Estado, generándole la calidad de sujeto de derechos y obligaciones frente a los particulares en relaciones de supra-subordinación.

Con el criterio de la falta de servicio al no depender de la existencia de culpa alguna, se reconoce que el Estado puede cometer errores derivados de una falta de organización en la administración pública que se traducen en una indebida prestación de los servicios, por lo que cualquier daño causado como consecuencia de este indebido proceder deberá de ser resarcido.

I.1.3. Responsabilidad del Estado

El reconocimiento de una responsabilidad propia del Estado se empezó a gestar a partir de la revolución francesa que dejó establecida entre otras cosas, la

¹³ El fallo deriva de la demanda presentada por el señor Pelletier, en contra de funcionarios militares, por el indebido embargo que realizaron de ejemplares de periódicos que se pretendían publicar, con la finalidad de obtener una indemnización.

¹⁴ Vargas Gil, Luis Rodrigo, *op. cit.*, pp. 7-12.

necesidad de un sometimiento de las autoridades a lo establecido en las leyes, por lo que el ejercicio de sus atribuciones siempre deberá ser dentro del marco normativo.

Uno de los primeros aspectos de reconocimiento normativo de responsabilidad del Estado lo fue el relativo a la necesidad de resarcir daños causados en aquellos casos en que por motivos de una necesidad pública, se afectara el derecho de propiedad de un particular mediante la figura de la expropiación. Así la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, contemplaba en su artículo 17° la imposibilidad de afectación del derecho de propiedad con la salvedad de una necesidad pública, en cuyo caso el Estado deberá indemnizar de manera justa y previa.

En la actualidad se sigue protegiendo el derecho de propiedad de los particulares ante las posibles afectaciones que puede llegar a tener por necesidades de orden público; así la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido dos garantías para la procedencia de una expropiación: la causa de utilidad pública y la indemnización, siendo esta última la que permite en la medida de lo posible el resarcimiento del daño causado por el Estado.¹⁵

Al reconocimiento del derecho a una indemnización por expropiación le siguieron posturas que facilitaron el reclamo de los daños causados por las actividades estatales, y las cuales aún y cuando son variadas, tienen como base el reconocimiento de una responsabilidad objetiva que permite eliminar el elemento culpa del agente que era indispensable en la figura de la falta de servicio, ya que se basa en la necesidad de resarcir el daño causado como consecuencia de un riesgo derivado de una relación causal entre la conducta del funcionario y el resultado provocado, independientemente de que exista una actuación o no indebida de éste.

Este criterio al igual que el de la falta de servicio, se aparta de la noción de culpa del agente que lleva a cabo la conducta que genera el daño; sin embargo,

¹⁵ Tesis 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2014, p. 529.

se caracteriza por considerar como centro el patrimonio dañado, es decir, un aspecto objetivo a diferencia de la antijuricidad que se basa en la circunstancia de causar un daño al patrimonio de una persona que no tenía justificación normativa alguna.

Actualmente el reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños causados a través de su actuar varía de un país a otro en cuanto a su fundamentación y aplicación, pues en algunos se aplica de manera general a todos los órganos del Estado, mientras que en otros, se encuentra limitada sólo a los órganos de alguno de los poderes. Por ello es importante analizar las diversas teorías que han sido propuestas a lo largo del tiempo con la finalidad de comprobar de una manera fehaciente que el Estado es responsable de los daños que produzca con su actuar a los gobernados.

I.2. TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Los seres humanos conviven en sociedad ya que requieren generar entre todos los miembros las condiciones necesarias para desarrollarse, lo que ha sido denominado como bien común; este bien común se encuentra protegido a través de reglas o leyes que regulan los actos que trascienden la esfera individual en beneficio de la colectividad, estableciendo los deberes que a cada uno corresponden, y cuyo incumplimiento trae como consecuencia la necesidad de resarcir el daño que se llegue a causar.

La actividad del Estado no se encuentra excluida de estas normas que buscan lograr el bien común, pues debe velar porque los miembros de la comunidad respeten los derechos de los demás, siendo el bien común su único fin; por ello cuando es él el que con su actuar afecta los derechos de sus gobernados, no puede quedar exento de reparar el daño que llegue a causar.

Desde el punto de vista jurídico, debe existir un fundamento para la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado que permita obtener el resarcimiento respectivo, razón por la cual en el presente apartado se analizarán las principales

teorías que se han establecido a efecto de poder justificar un derecho del gobernado al resarcimiento de daños causados por la autoridad.

Estas teorías han sido planteadas en diversos momentos de la historia de la responsabilidad estatal, partiendo de figuras netamente civilistas, hasta llegar a teorías que desentrañan el sentido y alcance que debe tener el Estado en las funciones que desempeña.

1.2.1. Teoría de la representación

Tal como fue señalado en el apartado anterior, en un inicio se consideró que el Estado era irresponsable de sus actuaciones, por lo que no existían normas que regularan de manera directa su actuar, siendo a través de normas de carácter civil partiendo de considerar al Estado como una persona moral, las que se utilizaron para dar fundamento a su deber de resarcimiento en caso de daños causados con sus actividades, las cuales son realizadas por funcionarios.

Uno de los primeros criterios para fundamentar una posible demanda en contra del Estado, fue la figura de la representación, partiendo de la idea de que los agentes públicos actúan en representación del Estado, por lo que éste debe de hacer frente a las obligaciones generadas por sus representantes. Fue sostenida por Meucci y Chironi quienes se fundaban en la idea de la culpa in eligendo o in vigilando, consistente en que el Estado es responsable por no elegir de una manera adecuada a sus funcionarios o por su deficiente vigilancia a los actos realizados por estos.¹⁶

Mediante ella se concibe al funcionario como representante y a la administración como el representado, y la responsabilidad tiene como base la elección que se realiza del representado; sin embargo, no en todos los casos existe una culpa que sea atribuible al funcionario e inclusive, existen otros casos en los que la culpa es de manera concurrente con el Estado.¹⁷

¹⁶ Lucero Espinoza, Manuel, *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal*, primera edición, México, Espress, 2015, pp. 31-32.

¹⁷ Abrevaya, Alejandra Débora, *Responsabilidad Civil del Estado. Requisitos. Procedimiento. Ejecución. Casuística*, primera edición, Argentina, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2003, p. 64.

Dentro de las principales críticas que se han realizado a esta teoría se encuentran la relativa a ser de carácter civil, mientras que el Estado es un ente administrativo con características propias; se cuestiona el hecho de que muchos funcionarios públicos no son elegidos por el Estado, lo que traería como consecuencia que en esos casos no se podría exigir un resarcimiento por no existir culpa alguna.

Finalmente cabe señalar que partir de la figura de la representación para justificar una responsabilidad del Estado da alternativas para que éste pueda hacer valer circunstancias a efecto de excluirse de resarcir los daños, como serían la ausencia de representación por no tratarse de funciones encomendadas, representación inadecuada por no cumplirse con los requisitos necesarios para generarla, o inclusive la extralimitación de funciones por realizar más allá de lo que se tiene permitido, mismas que implicarían (o como en muchos casos han implicado) sólo la responsabilidad directa de la persona que realizó la conducta, pero no del Estado, dejando abierto el camino para no responder aún y cuando el servicio prestado sea público.

1.2.2. Teoría organicista

La naturaleza del Estado como una persona jurídica de derecho público que no tiene existencia real, sino ficticia, llevó a crear un artificio de carácter igualmente ficticio, a efecto de poder hacerlo responsable por los daños que causara con su actuar en la prestación de servicios públicos, partiendo de la noción de órgano como el encargado de tomar las decisiones por el Estado.¹⁸

A través de este presupuesto, el Estado sólo puede desempeñar sus funciones por medio de sus órganos, mismos que para actuar requieren de dos elementos: la competencia como un elemento objetivo, y a un funcionario como elemento

¹⁸ Valdivia Olivares, José Miguel, "Teoría del órgano y responsabilidad pública en la ley de bases de la administración del Estado", *revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, volumen XIX, número 2, diciembre 2006, Chile, pp. 136-141, [en línea], <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art07.pdf> [Consulta 10 de septiembre de 2018]

subjetivo; por lo tanto todo lo que realicen los órganos es responsabilidad del Estado pues éste tiene el deber de vigilar el comportamiento de sus funcionarios.¹⁹

Esta teoría fue establecida por el jurista alemán Otto Von Gierke quien consideraba a los funcionarios como órganos de un gran organismo que es el Estado, siendo éste responsable del actuar de aquellos; señalaba que el Estado era reflejo de la manera en que actuaba sus agentes. El funcionario público se considera un órgano dentro de una organización superior que es la Administración Pública, y ésta es responsable de su actuar, ya que lo que realiza el funcionario lo hace por la Administración; si cometen una falta es el Estado quien la comete y es a él a quien se le debe imputar de manera directa y personal.²⁰

Al igual que la teoría de la representación, ésta teoría tiene carácter meramente civilista y sirvió durante mucho tiempo para justificar la responsabilidad del Estado en base a una falta de cumplimiento de su deber de vigilar el comportamiento de las personas que actúan por él realizando actos jurídicos; sin embargo, en la actualidad resultaría difícil de justificar la responsabilidad del Estado en base a ella, ya que la mayoría de los daños que se llegan a causar por la prestación de servicios públicos no derivan de la realización de actos jurídicos (actos de decisión), sino de actos materiales (actos de ejecución).

I.2.3. Teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas

Tiene como base la concepción de una participación igual de los integrantes de la sociedad en la búsqueda de los intereses comunes, por lo que las cargas que a cada uno correspondan deben encontrarse equilibradas, y si algún integrante recibe un daño excepcional, éste debe de ser resarcido por el poder público con los recursos que se generan mediante las aportaciones que realiza el grupo social.

Fue propuesta por el francés George Teissier que según como señala Alejandra Débora Abrevaya, sostenía que los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños

¹⁹ Lucero Espinoza, Manuel, *op. cit.*, p. 32.

²⁰ Abrevaya, Alejandra Débora, *op. cit.*, p. 64.

excepcionales, los accidentes que el poder público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por todas las contribuciones.²¹

En Francia, lugar donde se originó esta teoría, el término carga pública ha sido utilizado para englobar las obligaciones que el poder público impone a los particulares para satisfacer el interés general y cualquier daño causado por las autoridades; para poder considerar un deber como carga pública, se deben reunir tres requisitos: 1) se requiere de un acto de autoridad estatal lícito o legítimo; 2) dicho acto debe perseguir la satisfacción de un interés general; 3) la imposición de la carga debe ser el medio necesario e ineludible para conseguir el interés general que se pretende.²²

Tiene como base el artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que señalaba que se requería una contribución común para poder solventar la fuerza pública y los gastos de administración, la cual se debía distribuir entre los ciudadanos en base a su capacidad.

Según establece Álvaro Castro Estrada, este principio fue aceptado tanto por el Consejo de Estado Francés denominándolo principio de igualdad o equivalencia de cargas, como por los tribunales alemanes en donde se le denomina criterio de la carga desigual o especial del particular sacrificio.²³

Las críticas que se han establecido con relación a este principio van enfocadas a que sólo contempla la indemnización en aquellos casos en que el proceder de la autoridad que causa daños es ilegal (sacrificio especial por parte de ese gobernado), y no permite el resarcimiento de los daños cuando el actuar se da dentro del marco legal, por lo que los ciudadanos deben de soportarlos, a menos que el legislador de manera expresa disponga otra cosa.²⁴

Esta postura de crítica aunque aún no aceptada de manera uniforme empieza a predominar, pues se considera que si se causa un daño en el proceder del Estado

²¹ *Ídem*, p. 65.

²² Ponce de León Solís, Viviana, "La noción de carga pública y su función en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", *revista chilena de derecho*, volumen 42, número 3, diciembre 2015, Chile, pp. 845-848, [en línea], <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art05.pdf> [Consulta 10 de septiembre de 2018]

²³ Castro Estrada Álvaro, *op. cit.*, p. 289.

²⁴ Vargas Gil, Luis Rodrigo, *op. cit.*, pp. 43-44.

aún y cuando se encuentre dentro del marco de la ley, si bien no podría considerarse como una responsabilidad en un sentido estricto, si existe un daño que por su actuar debe de ser resarcido, no existiendo ninguna justificación que permita que sea el particular afectado quien los recienta cuando se busca el beneficio de todos.

1.2.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo

La teoría de la responsabilidad por riesgo surgió en el ámbito civil en virtud de la imposibilidad de obtener el pago de una indemnización por parte de los patrones, en los casos de accidentes de trabajo que empezaron a presentarse a través del manejo de máquinas, ya que se regían por la teoría de la culpa lo que generaba que dentro del juicio fuera indispensable demostrar la existencia de ésta.

Parte de prescindir de la culpa como elemento subjetivo, por existir situaciones en las que el daño es causa de un hecho de las cosas o de un riesgo existente en el actuar, donde basta la demostración de la causalidad existente entre el daño y el hecho de la cosa o riesgo; el fundamento de la responsabilidad por riesgo se presenta al existir un estado inminente de que se causen daños por el riesgo de vivir en sociedad, vinculado a la coacción a que se somete el ciudadano para soportar el riesgo por una actividad lícita, útil y necesaria; esta teoría tiene cuatro características: 1) se presenta en casos de actividades lícitas y permitidas; 2) no existe una exoneración de responsabilidad por demostrar que se actuó con diligencia o cuidado; 3) se puede incurrir en responsabilidad por riesgo con la utilización de cosas riesgosas o realizando actividades riesgosas; 4) no tiene trascendencia quien causó el daño, sino quien creó el riesgo que causó el daño.²⁵

Como fundamento de la responsabilidad del Estado, León Dugit la propone en su obra *Las Transformaciones del Derecho Público* al establecer que opera de una manera semejante a un seguro que se contrata para prevenir cualquier

²⁵ Uribe García, Saúl, "La responsabilidad por riesgo", *Ratio Juris, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín*, volumen 1, número 1, julio-diciembre 2004, Colombia, pp. 29-50, [en línea], <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/297/512> [Consulta 13 de septiembre de 2018]

eventualidad que pueda llegar a surgir por el incumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, también pueden existir excepciones a la responsabilidad como sería un caso fortuito en donde no existe culpa alguna de los agentes del Estado.²⁶

Tiene su base en la consideración de que la responsabilidad por parte del Estado existe cuando se causó un daño a un particular en la prestación de un servicio público; así al existir el riesgo de que se cause un daño por parte del Estado independientemente de que exista culpa o no, éste debe prever lo necesario para que en caso de que ocurra, se indemnice.

Lo trascendente de este principio reside en su carácter objetivo, pues lo único que tendría que existir para que proceda la indemnización es una circunstancia excepcional en el funcionar de la administración del Estado, que produzca daño en el gobernado; se centra en la cuestión de no poder dejar desamparado al perjudicado cuando el perjuicio proviene de las actividades que se realizan en beneficio de la comunidad, por lo es intrascendente si se realizaron de manera regular o irregular, con intención o negligencia.²⁷

1.2.5. Teoría de la equidad y enriquecimiento ilegítimo

La responsabilidad patrimonial del Estado también ha buscado tener fundamento en principios más abstractos como la justicia distributiva y la equidad, tratando de establecer que el sacrificio de los miembros de la colectividad para obtener el bien común, debe de ser distribuido de manera proporcional y no recaer sólo en manos de unos cuantos.²⁸

El exponente de ésta teoría es el jurista alemán Otto Mayer, quien establece que el Estado deberá indemnizar a los gobernados cuando obtenga una ventaja en detrimento de éstos; así la indemnización que se debe otorgar por el daño

²⁶ Castro Estrada Álvaro, *op. cit.*, p. 291.

²⁷ Vargas Gil, Luis Rodrigo, *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

pecuniario causado no tiene como base un hecho ilícito,²⁹ sino un enriquecimiento ilegítimo. Explica de manera clara Mayer que

En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de los valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la generalización del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad.³⁰

Este principio cambia por completo la concepción tradicional que se tenía de una responsabilidad estatal por un hecho ilícito, y por ende elimina el elemento culpa que en muchas ocasiones llegó a ser fundamental para determinar la procedencia de la indemnización; así en base a este principio es indispensable la existencia de tres requisitos: 1) un daño causado por la administración (puede ser a través de sus funcionarios, o derivado de cosas que son de su propiedad), 2) que el daño genere una desigualdad al castigar a un individuo sin castigar a los demás, y finalmente, 3) un perjuicio material que se traduce en el detrimento patrimonial derivado del enriquecimiento sin causa.³¹

Mediante este principio se reconoce la posibilidad de que el Estado responda en casos en los que cause un daño y su actuación no vaya en contra de una norma, pues lo trascendente es el detrimento que sufre un individuo en beneficio de la colectividad.

²⁹ De esta manera se desliga por completo el aspecto civil que siempre se buscó dentro de la responsabilidad del Estado, al establecer como requisitos para la procedencia de una indemnización los mismos que en caso de un hecho ilícito: una conducta, que la misma sea antijurídica y que cause un daño.

³⁰ Mayer Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, p. 213. Citado por Castro Estrada, Álvaro, *op. cit.* p. 294.

³¹ Lucero Espinoza, Manuel, *op. cit.*, p. 34.

1.2.6. Teoría del bien común

De conformidad con la filosofía de Aristóteles que después desarrollo Santo Tomás, el Estado como institución surge en virtud de la naturaleza social del hombre, y tiene como fin el bien común, entendido éste como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que favorecen el desarrollo normal y pleno de la persona y de los grupos que integran a la sociedad; por ello, la totalidad de la actividad de los órganos de un Estado debe ser encaminada a su logro y satisfacción.³²

Partiendo de lo anterior, esta teoría se basa en establecer que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en el bien común el cual es una obligación de éste; si una persona que forma parte de la comunidad sufre un daño por los actos que lleva a cabo el Estado, no se está logrando ese bien común, y por lo tanto, lo mínimo que debe hacer el Estado se debe resarcir el daño en aras del cumplimiento de esa obligación a su cargo.

Fue establecida por Julio Isidro Altamira Gigena, quien señalaba que el Estado debe cumplir dos funciones: atender las necesidades de los particulares y buscar el logro del bien común; cuando el Estado no logra un equilibrio puede caer en una postura individualista (buscar beneficiar a los individuos y se olvida de la sociedad) o colectivista (busca beneficio de la sociedad) y con ello no lograr el bien común causando daño a los gobernados.³³

La problemática que presenta esta teoría radica en que tiene como fundamento un aspecto subjetivo como lo es el bien común, lo que puede llegar a generar una problemática en la procedencia de una indemnización, ya que el contenido de éste concepto se basa en la percepción del lugar en que se aplica, debiendo ser los Tribunales en cada caso los que establezcan que es lo que se debe considerar como parte del bien común.

³² Quiroga, Florencia, et al., "El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado", *Prudentia iuris, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, número 79, junio 2015, pp. 230-234, [en línea], <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia79.pdf> [Consulta 10 de septiembre de 2018]

³³ Altamira Gigena, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, primera edición, Argentina, Advocatus, 2005, p. 376.

I.2.7. Teoría de la solidaridad humana

Se basa en señalar que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la necesidad de aplicación de una justicia distributiva de la sociedad, a favor de las personas que por circunstancias que no son su culpa, se encuentran en un plano de inferioridad con relación a las demás personas para cumplir con su fin individual y social, siendo el Estado el encargado de velar por que ninguno de los miembros de la sociedad quede desprotegido.

Fue establecido en Argentina por Guillermo Altamira, quien establecía que cualquier daño causado en la prestación de un servicio público o con motivo de él, debe resarcirse toda vez que el Estado tiene como fin el beneficio de todos los individuos, y si por la circunstancia de buscar el logro del beneficio social uno de ellos resulta perjudicado por un acto de solidaridad de todos los demás, deberá buscarse resarcirle el daño causado.³⁴

I.2.8. Teoría del Estado de Derecho

Se basa en establecer que si el fin del Estado de Derecho es proteger precisamente el Derecho, cuando se cause daño a un individuo por la actuación del Estado, éste tiene el deber de resarcirlo pues sólo de esa forma se podrá hablar de una verdadera protección.

Fue establecido por el jurista argentino Miguel Marienhoff, quien señala que dentro de un Estado se establecen principios que buscan lograr la seguridad jurídica y respecto de los individuos, los cuales al ser la base del orden normativo deben de ser respetados; dentro de este conjunto de principios señala el derecho a la vida, derechos adquiridos, propiedad, expropiación igualdad ante las cargas públicas, el afianzamiento de la justicia, el reconocimiento de los derechos esenciales, las garantías de libertad, entre otros.³⁵

³⁴ *Ibidem*, p. 296-297.

³⁵ Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, quinta edición, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992. t. IV, p. 664.

I.2.9. Teoría de la garantía legal

Se basa en señalar que el Estado no puede ser sujeto de responsabilidad por ser esta una figura de naturaleza civil, misma que sólo recae en sus agentes; por lo tanto si el Estado resarce los daños causados por éstos, lo que existe es una obligación que se traduce en una garantía.

Fue establecido en Argentina por Rafael Bielsa quien señala que en los casos en que el Estado cubre una indemnización, ésta debe de tener un fundamento jurídico, mismo que por la naturaleza de ente público que tiene el Estado debe ser considerada como una garantía legal y no la figura de la responsabilidad; por ello para que proceda una indemnización es indispensable que la ley contemple esa garantía a favor del gobernado.³⁶

Este principio a recibido fuertes críticas teniendo como principal argumento el hecho de supeditar a un fundamento legal la procedencia de la indemnización; al igual que diversos autores, considero que el fundamento para la indemnización por un daño causado por el Estado va más allá de lo preceptuado por la ley, pues deriva de la protección que debe darse a todo ser humano, sin estar obligado a soportar afectación alguna.

I.2.10. La inexistencia de un criterio común para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado

El fundamento de las diversas teorías expuestas nos permite darnos cuenta de la falta de un criterio común para determinar la causa que justifique la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que por un lado se encuentran aquellas que presentan un enfoque propiamente civil considerando a los funcionarios del Estado como representantes y por ende su actuar trasciende en la esfera jurídica del representado, y por otro, las que establecen como elemento fundamental el fin común que da sustento al Estado como forma de organización social, lo que lleva a establecer un rol de los gobernados dentro de esta organización que no puede

³⁶ Castro Estrada Álvaro, *op. cit.*, p. 298-299.

ser más gravoso para algunos, pues se rompería con principios como la solidaridad, ayuda mutua, bien común, que deben prevalecer en toda sociedad.

Al igual que autores como Marienhoff e Indalecio Barraza, considero que la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado debe tener su fundamento en el Estado de Derecho que parte de su norma fundamental, entendiendo por éste, un Estado en que como mínimo se cumpla con lo siguiente: 1) un respeto absoluto a su norma fundamental; 2) una división de poderes que evite la concentración del poder en un solo individuo u órgano; 3) un catálogo de garantías que permitan hacer efectivos los derechos fundamentales; y actualmente, 4) una protección de los derechos humanos mediante el reconocimiento de éstos en los tratados internacionales.

Desde esta perspectiva, cualquier actuación del Estado que genere una violación al catálogo de derechos humanos que derivan de las normas fundamentales, como el respeto a la vida de las personas, su integridad física, su patrimonio, y en general a cualquier derecho ya adquirido, darán pie al resarcimiento de los daños causados, sin importar el carácter que se atribuya a la figura jurídica que tenga que ser demostrada en el procedimiento respectivo.

En el caso de México como se analizará en el siguiente apartado, la forma en que se encuentra regulada la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución, si bien establece un criterio objetivo y prescinde del elemento culpa para la acreditación de la figura, dista mucho de cumplir con los requisitos señalados para un Estado Constitucional de Derecho al no permitir el resarcimiento de los daños por cualquier tipo de actividad estatal.

I.3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MÉXICO

En este apartado buscaré de una manera muy breve, describir como se ha dado la regulación de la responsabilidad patrimonial en el Estado Mexicano desde la época de la independencia hasta el día de hoy, mediante el análisis de las principales normas que de manera aislada contemplaban casos concretos de responsabilidad del Estado, hasta llegar a la consagración de la garantía que

gozan los gobernados en el texto Constitucional, para resarcir daños causados por la actividad estatal;³⁷ así mismo se analizará la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, como Ley reglamentaria de dicha garantía consagrada en el segundo párrafo del artículo 109 Constitucional,³⁸ a efecto de desentrañar el sentido y alcance que buscó el legislador con su creación, ya que aún y cuando la misma data de hace más de diez años, al día de hoy sigue siendo sujeta de muchas críticas e interpretaciones por parte de los estudiosos del derecho, lo que ha generado diversos criterios jurisprudenciales establecidos por los Tribunales Mexicanos, con relación a la garantía Constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.

1.3.1. Antecedentes normativos

El análisis de los antecedentes normativos se realizará de una manera muy breve por no ser el fin de este trabajo, teniendo como base cuatro momentos históricos: la época independiente, la época revolucionaria, el reconocimiento de la responsabilidad estatal, inicialmente de una manera general y después a través de regulación específica, y finalmente, la creación de una garantía constitucional como mecanismo de protección de los gobernados, tomando como base la investigación realizada al respecto por Cristian Miguel Acosta García,³⁹ Manuel Moguel Caballero,⁴⁰ y Álvaro Castro Estrada.⁴¹

³⁷ Garantía que desde mi punto de vista se encuentra muy limitada y no cumple con los fines de protección de daños causados por el Estado Mexicano, al sólo poder exigir el resarcimiento de daños causados por actos materialmente administrativos realizados por cualquiera de los tres poderes, pero dejando de lado los daños causados por actos legislativos, los cuales son el tema central de este trabajo de investigación.

³⁸ Anteriormente la garantía se encontraba consagrada en el segundo párrafo del artículo 113 Constitucional, pero a partir de la reforma en materia de combate a la corrupción llevada a cabo el 27 de mayo del 2015, cambia de lugar para ubicarse en el segundo párrafo del artículo 109; sin embargo, de conformidad con el artículo transitorio décimo primero, la Ley Federal de Responsabilidad patrimonial del Estado se entenderá referida al nuevo último párrafo del artículo 109 Constitucional.

³⁹ Acosta García, Cristian Miguel, *op. cit.*, pp. 59-143.

⁴⁰ Moguel Caballero, Manuel, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, primera edición, México, Porrúa, 2006, pp. 167-177.

⁴¹ Castro Estrada, Álvaro, *op. cit.*, pp. 134-183.

Durante la época independiente existieron una infinidad de normas que buscaban resarcir los daños causados por el Estado Mexicano, las cuales tenían por fundamento tanto el incumplimiento de normas contractuales y extracontractuales, ya fuera a través de conductas tanto lícitas e ilícitas cometidas por funcionarios del Estado, e independientemente que se realizara en el ámbito administrativo o judicial; con dichas normas el Estado buscó resarcir los daños causados tanto a la integridad física de los gobernados como a sus bienes, derivado principalmente de los diversos movimientos armados que se llevaron a cabo en todo el territorio nacional. Las normas pueden ser clasificadas en atención a los fines que perseguían, de la siguiente manera:

a. Normas relativas al pago de créditos: mediante ellas el Estado Mexicano buscaba el reconocimiento y pago de deudas que se tenían con los gobernados; entre ellas se encuentran la orden de 25 de octubre de 1821, el decreto de 28 de junio de 1824 y la Comunicación del Ministerio de Hacienda sobre facultades de los caudillos de la Revolución en el ramo de Hacienda del 7 de octubre de 1855.

b. Normas relativas al pago de indemnizaciones por daños en la persona o bienes de los gobernados por movimientos armados; mediante ellas el gobierno reconoce su responsabilidad derivada de los actos violentos llevados a cabo por el ejército mexicano; entre ellas se encuentran la orden del 23 de febrero de 1823 para el pago de pensión a viudas, padres y madre pobres de los soldados, la ley del 10 de noviembre de 1836, que indemnizaba por pérdidas de soldados en la toma de Zacatecas, decreto de 2 de mayo de 1849 para indemnizar a los religiosos de la Cruz de Querétaro por los daños causados a su convento, y decretos del 11 de febrero y 25 de marzo de 1860, emitidos para indemnizar a dueños de fincas destruidas en la ciudad de Veracruz.

c. Normas relativas a la indebida actuación de funcionarios públicos; mediante ellas el gobierno busca generar la paz y tranquilidad de los gobernados en caso de que un funcionario cometa un error; entre ellas se encuentran la Ley del 22 de febrero de 1832, que buscaba sancionar a los funcionarios que tomaran propiedades ajenas, el bando del 10 de junio de 1836, mediante el cual se sancionaba a los desertores y las personas que los ayudaban a ocultarse, la Ley

para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, mediante la cual se contempló la responsabilidad por error judicial, y el decreto del Congreso Constituyente del 28 de mayo de 1856, mediante el cual se reconoció la responsabilidad existente a cargo de Antonio López de Santa Anna y los funcionarios de su gobierno, por llevar a cabo órdenes de destierro.

d. Normas para hacer efectivo el derecho a una indemnización por responsabilidad del Estado; mediante ellas se busca generar los mecanismos adecuados para evitar que las normas anteriores se conviertan en letra muerta; entre ellas se encuentran el decreto del gobierno de 17 de diciembre de 1860, que busca generar un fondo de recursos para pago de las reclamaciones que se presentaran con motivo de la guerra, y la circular de la Secretaría de Gobernación del 25 de enero de 1861, que da competencia a los tribunales federales para resolver reclamaciones causadas por sediciosos.

En la época revolucionaria, las normas que se crearon siguieron el mismo parámetro de protección por daños causados por los movimientos armados; así en el año de 1911 se dictaron tres decretos (31 de mayo, 30 de junio y 7 de diciembre) mediante los cuales se ordenó cubrir cualquier daño causado con motivo de la revolución, a través de una comisión consultiva que fuera quien determinara la procedencia o no de las reclamaciones, pero con montos máximos para el pago de las indemnizaciones.⁴²

Lo anterior refleja la intención del gobierno de protección de los gobernados de la misma forma que en la época independiente, considerando como principal fuente de la obligación de resarcir las conductas violentas derivadas de los movimientos armados; sin embargo, todavía existe una carencia de mecanismos reales de protección contra la actuación estatal, pues no se reconoce de una

⁴² Este aspecto de limitar la indemnización por cuestiones presupuestarias es muy discutible, pues desde una perspectiva de derechos humanos, hay quienes justifican argumentando la privación del derecho individual a una indemnización, en beneficio de un derecho de bien común que se logra con los recursos públicos; sin embargo, no deja de convertirse en un derecho limitado, un resarcimiento que, por su prolongación en el tiempo, sigue generando un daño que tal vez ya no se pueda resarcir. Sin embargo, la actual Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, sigue manteniendo ese criterio al establecer en el segundo párrafo del artículo 5° que las indemnizaciones se cubrirán en base a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal en que se deba pagar.

manera general la existencia de responsabilidad sino que sólo proceden las reclamaciones en los casos especiales y concretos contemplados en las normas.

El primer ordenamiento que reconoció la responsabilidad del Estado lo fue el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la república en materia Federal de 1928, mismo que en su artículo 1928 establecía al Estado como obligado de responder por la actuación de sus funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, pero sólo de manera subsidiaria cuando éste no contara con los recursos necesarios para resarcir los daños. Este reconocimiento, si bien marcó un cambio total pues por primera vez se reconocía de una manera general la responsabilidad del Estado, en la práctica generó complicaciones pues tenía como base el hecho ilícito, lo que generaba la necesidad de demostración de la culpa del funcionario en su proceder, y una vez demostrada la figura, se requería de la carencia de recursos por parte del funcionario público para después poder proceder en contra del Estado.

El periodo comprendido de 1930 al año 2001, se caracterizó por la regulación especial de responsabilidad estatal mediante la creación de leyes que contemplaban aspectos muy específicos de las conductas realizadas por los servidores públicos; entre las más importantes se encuentran: la Ley de Vías Generales de Comunicación del 19 de febrero de 1940, mediante la cual se hablaba de una responsabilidad de carácter objetivo y solidario en caso de daños causados por aeronaves; la Ley de Depuración de Créditos del 31 de diciembre de 1941, mediante la cual se reconocía la figura de la falta de servicio⁴³ para la reclamación de una indemnización, lo que generaba que fuera innecesario demandar de manera directa al servidor público; la Ley Federal del Trabajo del 1 de abril de 1970, ordenamiento en el cual se contempla la teoría del riesgo creado o responsabilidad objetiva para el caso de un accidente u enfermedad;⁴⁴ Ley

⁴³ Como ya fue comentado en su momento, el criterio de la falta de servicio se basa en reconocer que el Estado comete errores prestando de una manera inadecuada un servicio público, por lo que no es necesario acreditar una culpa a cargo de un funcionario, y por ende, no es necesario demandar a éste.

⁴⁴ Hoy en día la propia Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado sique considerando a la Ley Federal del Trabajo como la base para el pago de las indemnizaciones en caso de daño en la persona de los gobernados, tal como lo establece en su artículo catorce que establece el cálculo de las indemnizaciones en caso de daños personales en base a dictámenes médicos

Federal para prevenir y sancionar la tortura del 27 de diciembre de 1991, que contemplaba el resarcimiento de daños causados por la violación de derechos por parte de un servidor público, debiendo en su caso, responder el Estado de manera subsidiaria; y finalmente, Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, misma que establecía la responsabilidad de los servidores públicos y la posibilidad del particular afectado, de presentarse ante el órgano de control interno de la dependencia a solicitar la indemnización sin necesidad de un trámite judicial, al cual sólo se recurría en aquellos casos en que el órgano de control interno no cumpliera con la indemnización respectiva.

La regulación jurídica de la responsabilidad del Estado a través de los ordenamientos mencionados, fue generando de una manera paulatina la necesidad de establecer un mecanismo de defensa general que protegiera a los gobernados respecto de cualquier actuación de los funcionarios estatales, que pudiera generar un daño en su esfera jurídica; las primeras posturas planteadas se dieron desde el ámbito académico a través de artículos, libros y conferencias, que generaron en el ambiente jurídico un tema de trascendencia que no muy tarde tuvo que ser abordado por el Congreso de la Unión, en aras de buscar establecer a nivel constitucional, una garantía real para los gobernados de que en caso de que se les causara un daño por parte del Estado, les sería resarcido, generando la denominada garantía de responsabilidad patrimonial del Estado.

1.3.2. Garantía de Responsabilidad Patrimonial del Estado

La incorporación de un mecanismo de protección de daños por la actuación estatal se dio mediante la reforma que se realizó al artículo 113 Constitucional, con aras de fortalecer el Estado de Derecho y lograr la consagración de un derecho subjetivo para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados por los servidores públicos, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio del 2002.

conforme a las normas establecidas para riesgos de trabajo en la Ley Federal del Trabajo, además de que se deberán cubrir los gastos médicos que se eroguen.

Este nuevo mecanismo buscó dar por terminada una regulación de carácter deficiente creada desde un ámbito civilista, que se fundamentaba en una responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, en la que el Estado sólo respondía de manera subsidiaria por la carencia o insuficiencia de bienes pertenecientes al servidor público directamente responsable.

El origen de la reforma constitucional se basa en las iniciativas presentadas por el Partido Revolucionario Institucional el 22 de abril de 1999, y el Partido Acción Nacional el 16 de junio del mismo año, teniendo en común la formulación de una garantía individual protectora de la integridad patrimonial de los gobernados.⁴⁵

La iniciativa del Partido Revolucionario Institucional estableció los argumentos que muchos autores ya habían comentado sobre la dificultad de aplicación de la teoría de la culpa para una responsabilidad Estatal, debido a cuatro aspectos importantes: 1) dificultad de que el reclamante sepa a ciencia cierta quién fue el funcionario directamente responsable de la conducta; 2) la complejidad para demostrar que la conducta realizada es ilícita; 3) la falta de protección en caso de daño causado por actuaciones lícitas del Estado; y finalmente, 4) el hecho de que al ser el responsable una persona moral de carácter público, no puede aplicársele la teoría de la culpa.⁴⁶

Por su parte el Partido Acción Nacional también proponía de inició una responsabilidad del Estado tanto en actuación ilícita como lícita; sin embargo, con posterioridad estableció como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, la tesis de la lesión antijurídica⁴⁷ mediante la cual sólo se tiene el derecho

⁴⁵ Pérez López, Miguel, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, número 2, año 2010, p. 16, <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/abstresponsabilidadpatrimonial.html> [Consulta 23 de junio de 2016]

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Surge de las ideas plasmadas por Vittorio Emmanuele Orlando, que con posterioridad fueron desarrolladas por Eduardo García de Enterría y Jesús Leguina Villa, y tiene por base a una concepción amplia de los derechos humanos, con la finalidad de respetar la dignidad y el patrimonio de los gobernados. *Cfr.* Pérez López, Miguel, "La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 28, año 2009, pp. 63-100, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_responsabilidad_patrimonial.pdf [Consulta 23 de junio de 2016]

a reclamar una indemnización en caso de que el daño no sea soportable jurídicamente, es decir, no exista fundamento para haberlo causado.

Las dos iniciativas presentadas buscaban una regulación mucho más amplia de la que realmente se obtuvo, pues en primer lugar hacían referencia a una responsabilidad por actuación del Estado sin delimitar si se trataba de una actividad de legislar, juzgar o ejecutar, ya que solo puede hablarse de un real Estado de Derecho si se protege a los gobernados de una manera total; en segundo lugar, se contemplaba una responsabilidad aún y en los casos de actuación lícita,⁴⁸ lo que permitía a los gobernados reclamar cualquier daño sin necesidad de demostrar que el Estado actuó en contravención a una determinada norma.

El 28 de abril del 2000, las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales emitieron el dictamen correspondiente, mismo que se centraba en fortalecer el Estado mediante un sistema de responsabilidad estatal sencillo y ágil, logrando mecanismos equitativos para el resarcimiento de los daños, además de que establecía un carácter distinto a la responsabilidad al considerarla directa y objetiva, en aras de desligarla del aspecto civilista y generar una regulación en base a principios del Derecho Administrativo. El dictamen tenía como base doce temas medulares:⁴⁹

Primero. Establecer a rango constitucional la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, a efecto de generar una unificación la base de las legislaciones que se crearan a nivel estatal.

⁴⁸ Algunos países contemplan de manera general la responsabilidad del Estado por su actuar regular, sin necesidad de que exista una conducta contraria a la norma para poder reclamar una indemnización. Un ejemplo es la Republica Argentina, que lo contempla para actos administrativos en el artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 19.549) al establecer que “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”. Consultado en <http://www.saij.gob.ar>. [Consulta 30 de junio de 2016]

⁴⁹ Cid Caballero, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Análisis Legal y Jurisprudencial*, primera edición, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 20-24.

Segundo. Ubicarla dentro de la parte orgánica de la constitución a efecto de generar un mandato para el legislador a fin de limitar su facultad legislativa.

Tercero. Modificación de la denominación del Título Cuarto que sólo contemplaba el tema de la responsabilidad de los Servidores Públicos, para incluir la mención de responsabilidad patrimonial del Estado.

Cuarto. Dentro del texto de la reforma se deberían incluir los términos bienes y derechos a efecto de genera un ámbito de protección mucho mas amplio.

Quinto. Se consideró innecesario incluir en la indemnización que fuera proporcional y equitativa, ya que el solo hecho de hablar de indemnización hace referencia a que debe de ser justa, pues debe atender a las circunstancias del caso concreto.

Sexto. Se establecieron como características de la responsabilidad patrimonial del Estado que ésta fuera directa y objetiva.

Séptimo. Se consideró necesario precisar que sólo la actividad pública generaría responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que en caso de que se causara un daño derivado de una actividad privada se tendría que resolver en base a la legislación civil.

Octavo. Se limitó la responsabilidad patrimonial a actos de la administración pública, a efecto de proteger la capacidad presupuestal de las entidades, ya que se reconoció que los daños pueden ser causados por cualquiera de los tres poderes; sin embargo, sí se consideraron los daños causados por los actos administrativos realizados por el legislativo y el judicial. Además, se estableció que sólo aplicaría en caso de actividad administrativa irregular, dejando fuera cualquier daño causado con un actuar legal de la administración.

Noveno. No se establecieron instancias competentes para reglamentar la responsabilidad patrimonial ya que se consideró que al establecerse en la Constitución, todas las autoridades están obligadas a indemnizar y expedir sus propias leyes para tal efecto.⁵⁰

⁵⁰ Con ello se dio libertad a las legislaturas de los Estados para que crearan en base a sus propias necesidades, las leyes en materia de responsabilidad patrimonial del Estado; sin embargo, al tratarse de una disposición constitucional, estas normas deberán tener como límites las características establecidas por el Constituyente Permanente.

Decimo. La institución debería ser reglamentada por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados.

Décimo primero. Se considero innecesario establecer tribunales competentes para conocer de las acciones en contra del Estado, ya que la propia Constitución establece en el artículo 116, fracción V, que es posible establecer tribunales de lo contencioso-administrativo a nivel local, por lo que será la ley reglamentaria la que establezca el procedimiento a seguir.

Décimo segundo. Para efecto de la cuestión presupuestaria, se determinó que el órgano legislativo federal y local, sería quien establecería motos, bases, límites y procedimientos.

El dictamen fue aprobado por la Cámara de Diputados y Senadores, y cuando se logró la aprobación de dieciocho de las legislaturas de los estados, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión aprobó el decreto el 15 de mayo del 2002, ordenando su publicación la cual se llevo a cabo en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, mismo que a la letra señalaba:

SE APRUEBA EL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA DENOMINACION DEL TITULO CUARTO Y SE ADICIONA UN SEGUNDO PARRAFO AL ARTICULO 113 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PARA QUEDAR COMO SIGUE:

ARTICULO UNICO.- Se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Título Cuarto

De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado.

Artículo 113... La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

TRANSITORIO

UNICO.- El presente Decreto entrará en vigor el 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el 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.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer al debido cumplimiento del decreto, se contaría con, el periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del Decreto y su consiguiente publicación, el citado periodo no sería menor a un año ni mayor a dos.⁵¹

Con esta reforma a la Constitución se incorporó al ordenamiento jurídico mexicano la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, como una garantía de protección patrimonial de los gobernados en caso de ser sujetos a un daño por parte de la autoridad, y como un deber de todas las autoridades de resarcir los daños causados. Las bases de esta figura jurídica en atención al texto constitucional son las siguientes:

1.- Sólo es procedente la responsabilidad patrimonial en caso de un acto materialmente administrativo realizado por cualquiera de los tres poderes.

2.- Se requiere que el acto realizado por el funcionario sea irregular, es decir, contrario a lo preceptuado por la norma.⁵²

3.- La responsabilidad en sí cambia por completo a través de dos características: 1) es objetiva, entendiendo que se presenta cuando se causa un

⁵¹ Consultado en <http://www.sitios.scjn.gob.mx> [Consulta 13 de julio de 2016]

⁵² Sigue existiendo el debate sobre la responsabilidad del Estado en caso de un daño causado cuando no se viola ninguna disposición normativa, pues se considera que debería de resarcirse, ya que la actuación realizada beneficia el funcionamiento del Estado, y por ende debe asumir el costo beneficio, sin perjudicar a los gobernados; sin embargo, en México la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Jurisprudencia número 99/2014 que lleva por rubro RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EXCLUYE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGULAR O LÍCITA DE LOS ENTES ESTATALES, ha sido tajante al establecer que para poder incluir la responsabilidad del Estado por actuación regular es necesario llevar a cabo una reforma constitucional, pues establecerlo simplemente en una ley secundaria implicaría violación al precepto constitucional.

daño con la actuación sin que sea necesario demostrar la existencia de la culpa por parte del agente que la lleva a cabo, y 2) es directa, ya que el Estado se responsabiliza por la actuación del agente desde un inicio y no sólo en aquellos casos en que éste no cuente con los medios económicos para resarcir el daño causado.⁵³

4.- Se estableció el derecho de los particulares a una indemnización, misma que sólo se otorgará una vez que se haya seguido el procedimiento correspondiente en el que quede demostrado el derecho, y siempre y cuando la capacidad presupuestaria del ejercicio fiscal lo permita.

Finalmente conviene precisar que desde su creación, el segundo párrafo del artículo 113 Constitucional ha sido sujeto de reforma sólo en una ocasión, y por cuestiones de forma más que de fondo, ya que debido al decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de combate a la corrupción, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, se decidió reubicarlo encontrándose actualmente en el último párrafo del artículo 109 Constitucional; sin embargo, el texto es el mismo sin haberse realizado modificación alguna e inclusive el propio transitorio décimo primero establece que la ley reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado) en virtud de la reforma, se entenderá referida a ser reglamentaria del último párrafo del artículo 109 Constitucional.

I.3.3. Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado

La creación de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado sólo pudo hacerse operativa una vez que tanto la federación como las entidades federativas,

⁵³ Recuérdese que con anterioridad el artículo 1927 del Código Civil Federal contemplaba la responsabilidad del Estado de una manera subjetiva y subsidiaria; subjetiva, ya que quien solicitaba la indemnización, debía demostrar la culpa del agente para que procediera el pago, y subsidiaria, ya que el Estado sólo cubría en aquellos casos en que una vez reclamado el pago al funcionario, éste no contaba con los recursos necesarios para cubrir con el importe de indemnización fijado.

crearon las leyes en que se dio cumplimiento al transitorio único de la reforma constitucional, estableciendo los requisitos para la procedencia de una indemnización. La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, fue publicada el 31 de diciembre del 2004 en el Diario Oficial de la Federación, para entrar en vigor el 1 de enero del 2005, teniendo como principales características las siguientes:

a) Materia de la ley. Contempla los procedimientos para reconocer el derecho a una indemnización por daños causados debido a una actividad administrativa irregular⁵⁴ que el particular no tenía obligación jurídica de soportar.

b) Características de la responsabilidad patrimonial. Se reconoce que la responsabilidad tiene dos características fundamentales: es objetiva, ya que no se requiere la culpa del sujeto, y es directa, pues se reclama al Estado sin necesidad de reclamar primero al funcionario que realizó la conducta.

c) Sujetos obligados. Son todos los entes públicos federales, con excepción de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus servidores públicos.

d) Excluyentes de responsabilidad. Se contempla como justificación para la no existencia de responsabilidad patrimonial todas aquellas conductas derivadas de un caso fortuito, fuerza mayor y los daños y perjuicios que no son consecuencia de la actividad administrativa irregular.

e) Daños y perjuicios. Deberán de ser reales, entendiendo por ello que se causaron o que forzosamente se deberán causar, y se deben poder determinar en dinero ya que de esta forma se cubrirá la indemnización correspondiente.

f) Indemnización. Se reconoce el derecho a indemnización por daño material y moral; su pago se encuentra condicionado a la posibilidad presupuestal, por lo que en caso de que no se pueda cubrir en un ejercicio fiscal se cubrirá en el siguiente, debiendo actualizarse la cantidad a cubrir; para ello, se deberán registrar las sentencias para establecer una prelación de pago.

⁵⁴ La propia ley establece en el artículo 1° que por actividad administrativa irregular se debe entender "...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".

g) Demostración de la existencia de responsabilidad patrimonial. El reclamante deberá si la causa es identificable, probar fehacientemente la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa irregular; en caso contrario, se probará mediante la identificación de los hechos que provocaron el resultado final, tomando en cuenta las circunstancias que en su caso atenuaron o agravaron la afectación.

h) Demostración de la inexistencia de responsabilidad patrimonial. Al Estado corresponderá probar, en su caso, que los daños se produjeron por la intervención de terceros o del propio reclamante, que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular, o que derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables.

i) Prescripción de la acción. El derecho a reclamar indemnización prescribe en un año, salvo casos de daños físicos o psíquicos en las personas en cuyo caso el plazo se amplía a dos años; dicho plazo empezará a correr, a partir del día siguiente en que se produjo la lesión patrimonial, o cesaron los efectos lesivos si la lesión fuere de manera continúa.

j) Concurrencia de responsabilidad. En caso de que dos o más autoridades administrativas tuvieran participación en los hechos productores de la lesión patrimonial, el pago de la indemnización se distribuirá entre ellas en base a su grado de intervención, independientemente que pertenezcan al ámbito federal, estatal o municipal, aplicándose en este caso la ley respectiva a cada ente responsable.

k) Servicios concesionados. En caso de daños causados por la prestación de un servicio público concesionado, si el servicio se realizó en atención a lo solicitado por el concesionario (Estado), éste será quien responderá de manera directa.

l) Derecho de repetir. El Estado podrá cobrar a los servidores públicos el monto de la indemnización que hubiere cubierto, previo procedimiento administrativo disciplinario contemplado en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en que se determine su responsabilidad y el carácter grave de la infracción.

Desde su entrada en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado generó mucha controversia en cuanto a su aplicación, debido a que su redacción contempla términos y procedimientos que no son claros y que ha sido necesario interpretar, siendo los Tribunales Federales los que han emitido a través de tesis los criterios que deben seguirse en la materia.

Al día de hoy, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado sólo ha tenido dos reformas: la primera mediante decreto publicado el 30 de abril de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, mediante la cual se estableció que la ley también serviría para cumplimentar recomendaciones relativas a pago de indemnizaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aceptadas por el Estado Mexicano, así como que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus servidores públicos no son sujetos de responsabilidad patrimonial por sus opiniones y recomendaciones; la segunda, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de junio de 2009, mediante la cual se estableció que la reclamación por una responsabilidad patrimonial del Estado se deberá presentar ante la dependencia, entidad u órgano autónomo que se considere responsable, en base a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y en caso de no proceder la reclamación, se estableció la vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa teniendo como supletoria la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

1.3.4. Bases y límites de la responsabilidad patrimonial en México

La garantía de integridad patrimonial consagrada en el actual artículo 109 constitucional, su ley reglamentaria a nivel federal, y las leyes emitidas por las entidades federativas sobre la materia, dan la pauta de aplicación y reconocimiento de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en México; Cristian Miguel Acosta García, establece diez principios que rigen la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, los cuales de una manera muy

simple, permiten conocer los parámetros de procedencia o improcedencia de una reclamación en la materia.⁵⁵ Dichos principios son los siguientes:

1.- Principio de legalidad: la actuación de los funcionarios públicos debe basarse en lo que la ley le permite a efecto de evitar causar lesiones a los gobernados que no tengan justificación.

2.- Principio de responsabilidad por riesgo: los funcionarios públicos son responsables de cualquier daño causado derivado de una actuación que no tenga una justificación legal.

3.- Principio del bien común: con la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado se busca proteger a todos los individuos y generar prestación de servicios de calidad hacia ellos por parte de la administración pública, por lo que cualquier acción contraria a ello que cause un daño, genera el deber de resarcirlo.

4.- Principio de Estado constitucional: las normas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, y la actuación de los funcionarios públicos tiene como parámetro de validez de su actuar lo preceptuado por la norma fundamental, a efecto de generar una seguridad jurídica en los gobernados.

5.- Principio de igualdad de las cargas públicas: las afectaciones de los particulares por la actuación del Estado deben de ser similares a efecto de no quebrantar el principio de igualdad.

6.- Principio de aplicación general: todos los órganos del estado son sujetos de las normas en materia de responsabilidad del Estado, con excepción de la Comisión Nacional de Derechos Humanos respecto de las opiniones y recomendaciones que formule.

7.- Principio de reparación integral: el Estado debe reparar de manera integral el daño que cause con su actuar irregular.

8.- Principio de petición de parte: con excepción de la reclamación en contra del Estado de Jalisco y sus Municipios,⁵⁶ requiere que el afectado inicie el procedimiento respectivo.

⁵⁵ Acosta García, Cristian Miguel, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁶ El artículo 16 de la Ley de Responsabilidad patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios, contempla la posibilidad de inicial los procedimientos de responsabilidad patrimonial de oficio o a petición de parte. El artículo establece que los procedimientos de responsabilidad patrimonial

9.- Principio de nulidad o anulabilidad: se traduce en que la indemnización es independiente de la efectividad que puede llegar a tener el acto que produce el daño, por lo que el hecho de que el acto sea declarado nulo, no traerá como consecuencia necesaria la procedencia de la indemnización.

10.- Principio de autocomposición: se permite la posibilidad de que se llegue a un acuerdo antes de que se dicte la resolución correspondiente dentro del procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial.

Por su parte Miguel Pérez López establece que la reforma constitucional del 2002 en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, contempla cuatro principios básicos de esta figura jurídica:⁵⁷

1.- Principio de legalidad de la responsabilidad patrimonial estatal: es indispensable la existencia de un ordenamiento legal que regule la manera de hacer válido el derecho a una indemnización, estableciendo las formas de reclamación, procedimientos, resoluciones y pago de indemnizaciones.

2.- Principio de prosecución procedimental: se requiere llevar a cabo un procedimiento para efecto de que se declare la procedencia de la indemnización solicitada, estableciendo la forma de llevar a cabo el pago de la misma.

3.- Principio de previsión presupuestal: los presupuestos de egresos de las dependencias deben contemplar partidas destinadas al pago de indemnizaciones por causa de una responsabilidad patrimonial del Estado.

4.- Principio de disponibilidad presupuestal: las partidas destinadas al pago de daños causados por responsabilidad del Estado no deben generar el incumplimiento de otros programas públicos destinados al bien común.

Los principios señalados permiten concluir que si bien existe un mecanismo de resarcimiento de daños por actuación del Estado, éste se encuentra limitado al no permitir un ejercicio real del derecho a una indemnización en caso de una afectación, por tratarse de una garantía de integridad patrimonial insuficiente a la

contra el Estado o municipios se iniciarán de oficio o a petición de parte, señalando el artículo 19 que de oficio se realizará por acuerdo del órgano competente ya sea por iniciativa propia, orden de superior, petición de otros órganos o por denuncia.

⁵⁷ Pérez López, Miguel, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la...*, cit., p. 28

luz de los derechos humanos en aplicación del control de convencionalidad y el principio pro omine, teniendo como principales limitaciones las siguientes:

1.- Sólo se contempla la posibilidad de reclamación en los casos en que se actúe de una manera irregular, es decir, realizando una conducta que provoque un daño que jurídicamente no tenga justificación alguna, lo que se traduce en una responsabilidad por actuación ilegal.⁵⁸

2.- Sólo se contempla la responsabilidad en aquellos casos en que la actuación que se realice sea materialmente administrativa, excluyendo la responsabilidad por actos jurisdiccionales y legislativos, lo que lleva a un derecho de protección patrimonial limitado sólo a una tercera parte de las actividades del Estado.

3.- Sólo es posible cubrir con la indemnización correspondiente en el caso de que existan los recursos necesarios para ello, pues en caso contrario, la indemnización será cubierta a través del presupuesto que se genere en el año o años subsecuentes, lo que implica una limitante para hacer efectivo el derecho de resarcimiento.

Como puede verse la garantía de protección a la integridad patrimonial que fundamenta el derecho a una indemnización por daños causados por el Estado, debe de ser adecuada a la realidad actual de los derechos humanos, y por lo mismo, ampliada para comprender la posibilidad de resarcimiento de daños, sin tomar en cuenta el órgano que realice la actividad, ni el tipo de actividad realizada, pues en la forma en que se concibe actualmente, deja desprotegidos a los gobernados con relación a una infinidad de actos legislativos y jurisdiccionales que todos los días son realizados por las autoridades.

Por ello es importante analizar el Estado de Derecho como fundamento de la responsabilidad patrimonial, para a partir de él justificar la necesidad de una ampliación de la garantía de protección a la integridad patrimonial dentro del Estado Mexicano, a través de la inclusión de las normas existentes en el ámbito internacional, generando la protección más amplia para los gobernados.

⁵⁸ Si bien es cierto que a primera vista parecería un absurdo el considerar que el Estado aún y cuando se ajuste al orden constitucional pudiera ser responsable de los daños que llegare a causar con su actuación, los países en que se reconoce este tipo de responsabilidad como Argentina, contemplan la figura en atención al derecho afectado independientemente de la causa por la que se llevó a cabo la afectación.

I.4. EL ESTADO DE DERECHO COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Después de realizar un análisis de la figura de la responsabilidad del Estado a través de su regulación jurídica y las teorías que buscan explicar su fundamento, independientemente de la manera específica en que se justifique o busque justificarse esta figura jurídica, así como de la forma en que se ha regulado dentro del orden jurídico mexicano, se puede apreciar el hecho de que la responsabilidad del Estado surge en la medida en que la actuación de éste se aleje de los propios límites que tiene establecidos en la Constitución, realizando conductas que la contradicen, u omitiendo aquellas que deben realizarse para poder darle cumplimiento.

La existencia de los límites establecidos a la actuación del Estado es una característica del modelo de organización estatal denominado Estado de Derecho, por lo que la figura de la responsabilidad del Estado surge cuando se violenta esta forma de organización.

El Estado de Derecho surge con la finalidad de evitar un poder absoluto que fue adquirido a través de una concepción de autoridades como soberanas, que implicaban una concentración del poder que le permitía realizar las funciones legislativas y de administración de justicia, teniendo la posibilidad de hacer y deshacer lo que consideraren conveniente. Esta consideración de poder absoluto estaba justificada por cuestiones de divinidad, lo que generaba una falta de cuestionamiento por parte de los individuos.

Sin embargo, tal y como lo señala Diego García Ricci,⁵⁹ esta nueva concepción del Estado se da gracias a las ideas del naturalismo, que establecía la igualdad de todos los seres humanos, del racionalismo, que establece que el conocimiento se adquiere a través de la razón y ésta le permite dominar la naturaleza y convertirse en protagonista por lo que deberán crearse normas que contemplen derechos

⁵⁹ García Ricci, Diego, *Estado de Derecho y Principio de Legalidad*, primera edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, p. 22-23.

naturales, y finalmente, del individualismo, que genera que los individuos tengan un interés en su vida, lo que generará una búsqueda de libertad frente al Estado.⁶⁰

Además, este modelo de organización estatal se fundamenta en la teoría de la división de poderes establecida por Montesquieu, por medio de la cual las funciones de creación de las leyes, cumplimiento de éstas y el acto de juzgar a quienes las incumplan, deben de encontrarse en distintas personas.

Estos aspectos buscan que los individuos a través del denominado Estado de Derecho logren lo que nunca habían tenido: una seguridad hacia su persona y su patrimonio, pero sobre todo, mecanismos adecuados para un resarcimiento en caso de que por alguna circunstancia resultaren afectados en su persona o bienes por otro individuo, o incluso por el Estado.

La propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 establece que para poder considerar que un Estado realmente tiene un Constitución, es indispensable que se garanticen de una manera operativa los derechos de los gobernados y se establezca una verdadera división de las actividades a través de poderes.

Las ideas señaladas permiten establecer que un Estado de Derecho, cuenta con cuatro características fundamentales: 1) el predominio de la Constitución como norma fundamental; 2) la existencia dentro de ésta de una división de poderes; 3) el sometimiento de la administración pública a la ley; y finalmente, 4) el reconocimiento de derechos y libertades y los mecanismos para que éstos se puedan hacer válidos.⁶¹

Manuel Becerra Ramírez establece que el Estado de Derecho como característica fundamental de la estructura de un Estado, debe conformarse por cuatro elementos: 1) el sometimiento de los actores a la legalidad; 2) que la autoridad no actúe de manera arbitraria; 3) la existencia de un sistema de pesos y

⁶⁰ Estas ideas se consolidaron gracias a posturas como las de Thomas Hobbes y Juan Jacobo Rousseau, que explicaban la figura del Estado a partir de un pacto racional para lograr los fines que son comunes a todos, mediante el respeto de una autoridad surgida de los miembros de la sociedad, que buscará el beneficio social.

⁶¹ García Ricci, Diego, *op. cit.*, p. 34-37.

contra pesos que sirva de límite al ejercicio de poder; y finalmente, 4) garantías a los individuos del pleno goce de sus derechos y libertades.⁶²

En la actualidad el Estado de Derecho no puede estar basado en una concepción que busque simplemente el predominio del respeto de las leyes, sino que debe ir más allá, buscando en primer lugar, el establecimiento de leyes con un carácter ideológico que permita el desarrollo de los seres humanos en base a su dignidad.

Para ello y desde la perspectiva del llamado Neoconstitucionalismo, los Estados deben establecer dentro de su norma fundamental principios que permitan el desarrollo integral de los seres humanos, por lo que su contenido debe tener como base métodos de ponderación que logren generar la norma a través de los casos concretos, no siendo la Constitución más que un parámetro de aplicación.

Tal y como lo señala Raymundo Gil Rendón, "El Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá de legalismo y de actitudes serviles frente a la ley"; así la función jurisdiccional se vuelve trascendente pues la intervención de los jueces es fundamental para la creación y aplicación de las normas, mediante la ponderación de los derechos humanos.⁶³

Este cambio de manera de pensar se ha dado de manera paulatina y sobre todo a través de la celebración de tratados internacionales, mediante los cuales los Estados han buscado el reconocimiento de los derechos humanos; sin embargo, sigue existiendo la problemática de hacer operativas las normas de derecho internacional en el ámbito interno de los Estados, ya que como lo señala Manuel Becerra Ramírez al referirse a la eficacia del derecho internacional, "...la ineficacia de muchas normas tiene que ver con la arquitectura internacional, en donde los Estados todavía no aceptan del todo ceder parte de su soberanía en lo

⁶² Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 8.

⁶³ Gil Rendón, Raymundo, "El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales", *Quid iuris*, revista del Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, México, año 6, volumen 12, marzo 2011, pp. 43-62, <https://biblat.unam.mx/es/buscar/el-neoconstitucionalismo-y-los-derechos-fundamentales> [Consulta 7 de julio de 2016]

que respecta a la coerción de aplicación de normas internacionales, todavía está sujeta a la soberanía estatal".⁶⁴

En el caso de México, la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, marca un parte aguas en la concepción del Estado de Derecho ya que a través de ella se logra una protección real de los derechos humanos mediante su reconocimiento no sólo en la Constitución, sino también de los tratados internacionales, teniendo ambos el mismo nivel jerárquico, generando un bloque de constitucionalidad;⁶⁵ además, se amplía la interpretación de los derechos humanos en base al principio *pro personare* consagrado en el artículo primero constitucional, lo que permite una protección más amplia del derecho a aplicar al caso, es decir, buscar aquella norma que consagre el derecho más extenso no sólo dentro del régimen interno, sino a partir de todo el derecho internacional en materia de derechos humanos, tal como lo establece la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶⁶

De manera clara lo explica Karlos Castilla al establecer que el principio *pro homine* o principio *pro persona*, "[...] tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, ampliar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos".⁶⁷

Por lo tanto mediante esta nueva concepción del Estado de Derecho se debe llevar a cabo una aplicación de los derechos humanos más allá del sentido de la norma que implicaba una práctica tradicional, en la que sólo se buscaba aplicar el supuesto normativo al caso concreto, a través de un silogismo en el que la premisa mayor era la ley, la premisa menor el caso concreto, y se llegaba a una

⁶⁴ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 4-5.

⁶⁵ Un bloque de constitucionalidad se integra por normas que formalmente no pertenecen a la ley fundamental, pero que materialmente se les otorga un rango por ampliar o desarrollar sus prescripciones, y que también son parámetro de regularidad constitucional. *Cfr.* Ramírez Martínez Francisco, *Apuntes de Derechos Fundamentales*, primera edición, México, Epiqueia, 2014, p. 5.

⁶⁶ Tesis 1a. XXVII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2012, p. 659.

⁶⁷ Castilla, Karlos, "El principio *pro persona* en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 20, enero-junio 2009, pp. 69 y ss., <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/15199/14447> [Consulta 20 de julio de 2016]

conclusión que en caso de adecuación de la norma al hecho, generaba las consecuencias contempladas por la propia norma.

Además, se debe hacer a un lado el criterio tradicional de la jerarquía de las normas, en donde siempre se consideró que la norma de mayor jerarquía prevalecía sobre la de menor, ya que el parámetro actual no es su nivel jerárquico, sino el contenido del derecho humano analizado lo que permite que se dé predominio a una norma inferior por tener una protección mucho más amplia.

1.4.1. La responsabilidad del Estado en la Convención Americana de Derechos Humanos

Si bien es cierto que el Estado de Derecho a lo largo de la historia ha sido fundamento de la responsabilidad del Estado, esta nueva forma de concepción del mismo permite fundamentar de una mejor manera la responsabilidad estatal a través de la incorporación al orden interno, de todos aquellos derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales.

En específico, la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita por el Estado mexicano, establece en sus artículos primero y segundo la obligación de los Estados partes de respetar los derechos consagrados en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio, debiendo inclusive adoptar las medidas necesarias para hacerlas efectivas:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención,

las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Este deber del Estado de establecer mecanismos para hacer efectivos los derechos consagrados se enfoca de manera directa a la responsabilidad estatal, mediante el reconocimiento que la propia Convención hace del derecho a la reparación de las consecuencias generadas por la violación a derechos humanos y pagar una indemnización, teniendo el Estado el deber de respetarla:

Artículo 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De los preceptos señalados de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende el derecho a una reparación del daño en caso de que cualquier autoridad del Estado llegue a violar un derecho humano, lo que corrobora la obligación de los Estados miembros de responder por los daños que sus funcionarios puedan llegar a causar, y su deber de establecer las garantías necesarias para hacer efectivo ese derecho.

Este Estado de Derecho fundamento de la responsabilidad estatal debe ser entendido como parte de una construcción mayor, el constitucionalismo, y más propiamente dicho, del Neoconstitucionalismo, lo que lleva a hablar de una forma de organización del Estado que implica el reconocimiento de los derechos humanos, a efecto de lograr la dignidad de las personas, entendiendo éstas como seres humanos.⁶⁸

Así, el derecho a una indemnización por afectaciones a cualquier derecho o libertad consagrada en la Convención Americana debe ser reconocido por los estados como un derecho subjetivo, y no solo eso, se deben establecer los

⁶⁸ Cossío Díaz, José Ramón, "Estado de Derecho: conceptos, funciones y límites", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 11, Madrid, 2007, p. 67, <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/view/2492> [Consulta 20 de julio de 2016]

mecanismos que permitan hacerlo efectivo independientemente de la autoridad que cometa la afectación, ya sean de carácter ejecutivo, legislativo o judicial, pues no es posible reconocer el derecho humano sólo a afectaciones patrimoniales recibidas por actividades administrativas como lo contempla el actual último párrafo del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁶⁹ ya que ello equivaldría a limitar el derecho humano y violentar el orden constitucional.

La reforma constitucional llevada a cabo el 10 de junio del 2011 en México permite corroborar lo anterior al existir el deber de interpretación de las autoridades en base al principio pro persona, pues inclusive nuestros Tribunales Colegiados han reconocido que no sólo a través de una acción se puede llegar a violar un derecho humano, sino que también a través de la omisión de su deber de interpretar las normas en materia de derechos humanos, lo que otorga una garantía de que en la aplicación de cualquier norma la autoridad debe interpretarla a la luz de los derechos humanos.

Pero no solo eso, se ha reconocido la existencia de un deber de respeto de los derechos humanos también por parte de los particulares, quienes adquieren el deber de no interferir en el ejercicio de los derechos por otras personas, cuando ejercen sus propios derechos. Así lo ha establecido el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito en dos Jurisprudencias emitidas en el año 2015, mismas que corresponden a la 23 y 25 de la Décima Época, de las cuales extraigo la parte del texto en que se hace este reconocimiento:

De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y por ende, su

⁶⁹ La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos.⁷⁰

De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen.⁷¹

Por ello hablar de una responsabilidad del Estado por actividad legislativa como es el tema central de este trabajo, no puede ser considerado una aberración si se analiza a la luz del actual Estado de Derecho protector de los derechos humanos, ya que existe el deber de velar por el respeto y protección de los derechos consagrados en las Constituciones de los Estados, y en los Tratados Internacionales, y en México por todas las autoridades en el ámbito de su competencia, estando inclusive facultadas para dejar de aplicar cualquier norma que los afecte.

⁷⁰ Tesis XXVII.3º.J/23, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, febrero de 2015, p. 2257.

⁷¹ Tesis XXVII.3º.J/25, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, febrero de 2015, p. 2256.

I.4.2. La reparación integral del daño como derecho fundamental

El deber de los Estados de velar por el respeto y protección de los derechos humanos lleva de la mano el derecho de los particulares a la reparación de cualquier daño que sea consecuencia de su incumplimiento, reparación que puede adoptar diversas formas en atención al derecho lesionado, abarcando el ámbito material e inmaterial de las víctimas.

A nivel internacional la aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha generado que se dé toda una nueva concepción de la reparación del daño derivada de la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana, generando el concepto de reparación integral.

Este concepto de reparación integral permite la acreditación de daños materiales e inmateriales y el otorgamiento de medidas como investigación, restitución, rehabilitación, actos en beneficio de las víctimas, garantías de no repetición de violaciones, e indemnización compensatoria;⁷² pero además, implica entender a la reparación del daño en una doble dimensión: como obligación de los Estados derivada de su responsabilidad internacional, y como un derecho fundamental de las víctimas; esta doble dimensión surge a partir de que se reconoce la calidad de sujetos de derecho internacional a las víctimas, permitiendo que sean éstas los que demuestren sus afectaciones y demanden las medidas que sean más acorde para lograr una adecuada reparación.⁷³

En México esta nueva concepción de la reparación del daño ha tenido y seguirá teniendo una gran repercusión en el orden interno, pues la adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado mexicano y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, traen como consecuencia que las sentencias que sean emitidas en los asuntos en que México sea parte, sean obligatorias para las

⁷² Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, primera edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013, p. 11.

⁷³ *Ibidem*, pp. 22-23.

autoridades del Estado, incluidos los criterios interpretativos que se contienen en las mismas.⁷⁴

Por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el resarcimiento del daño es un derecho fundamental que implica que en los caso en que se actúe de manera ilícita, se anulen las consecuencias que se generaron con el actuar, dejando las cosas en el estado en que se encontraban, y en caso de no ser posible, se cubra una indemnización justa tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto.⁷⁵

Este derecho fundamental a la reparación del daño hace latente la necesidad de establecer mecanismos internos que permitan que cualquier afectación injustificada que lleven a cabo las autoridades en la esfera de los gobernados, desaparezca y en caso de no ser posible ello, se otorgue una compensación económica, sin que pueda justificarse bajo ninguna circunstancia la aplicación de los mecanismos internos cuando no generen una protección en el sentido del concepto de reparación integral.⁷⁶

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado en México, se deben establecer mecanismos que permitan una reparación del daño con relación a cualquier tipo de función realizada por el Estado a través de sus diversos órganos, pero además, estos mecanismos deben de ser efectivos a efecto de lograr una reparación integral de los daños en base a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁴ Tesis 1a. XIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2012, p. 650.

⁷⁵ Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2017, p. 752.

⁷⁶ La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. El Estado obligado no puede invocar las disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir sus obligaciones de reparar, las cuales son reguladas en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional”. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, número 109, párrafo 221, <http://www.corteidh.or.cr> [Consulta 27 de junio de 2018].

El tema central de esta investigación lo es la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos⁷⁷ haciendo referencia a la carencia en México, de un mecanismo efectivo de protección contra los daños que pueden recibir los particulares con relación a esta función del Estado; esta circunstancia independientemente de la causa que en su momento justificó la exclusión del mecanismo, atenta contra el derecho fundamental a una reparación integral del daño, y por ende, genera una responsabilidad internacional.

⁷⁷ Se debe entender por éstos, los que produzcan una norma con carácter general, abstracto e impersonal, independientemente del órgano que realice el acto, pues como se verá más adelante, éstos actos no son exclusivos del poder legislativo.

CAPITULO II. EL PODER LEGISLATIVO Y SUS MECANISMOS DE CONTROL

II.1. LA DIVISIÓN DE PODERES

El Estado de Derecho no puede concebirse sin la existencia de dos principios básicos: el reconocimiento de derechos a los gobernados y la separación en el ejercicio de las funciones del Estado; éste último principio denominado de la división de poderes, busca que las actividades que corresponden al Estado sean ejercidas por distintos órganos con la finalidad de ejercer un control y vigilancia entre ellos; en México el principio de división de poderes se encuentra consagrado en el artículo 49, mismo que establece que la Federación ejercerá sus funciones a través de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, no pudiendo ejercer una sola persona o corporación más de uno de estos poderes.

Al separarse las funciones que son ejercidas por el Estado se ha llegado a considerar que los órganos son independientes unos de otros e inclusive socialmente se concibe al poder ejecutivo a través de su titular como superior respecto de los otros dos poderes; sin embargo, dicha separación no genera una división del Estado el cual se mantiene integro, sino sólo una distribución de sus actividades en aras de lograr un mejor control. De manera clara lo ha establecido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia al señalar que

[...] el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado. Como se advierte, en nuestro país la división funcional de atribuciones no opera de manera tajante y rígida identificada con los órganos que las ejercen, sino que se estructura con la finalidad de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas, mediante un régimen de cooperación y coordinación que funcionan como medios de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público,

garantizando así la unidad del Estado y asegurando el establecimiento y la preservación del estado de derecho.⁷⁸

Así, la propia Constitución establece las atribuciones y facultades de cada uno de los poderes, mismas que se traducen en una limitación para los demás al sólo poder realizar aquello que de manera expresa les es señalado; sin embargo, no basta el establecimiento de limitaciones, sino que se requiere la existencia de medios de control que permitan su respeto y que sobre todo, garanticen de una manera adecuada el desempeño de los funcionarios públicos y el resarcimiento de los daños que con su actuar se llegaron a causar.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 estableció que para poder considerar que un Estado realmente tiene un Constitución, es indispensable que se garanticen de una manera operativa los derechos de los gobernados y se establezca una verdadera división de las actividades a través de poderes.

El primer antecedente con relación a la diferenciación de funciones que realiza el Estado y la necesidad de asignar cada una de ellas a órganos distintos proviene de Aristóteles en su obra *La política*, quien señalaba que dentro de la polis deben dividirse la funciones y por lo mismo, crear una asamblea que resuelva los asuntos comunes, un grupo de magistrados encargados de resolver ciertos asuntos y juzgar, y finalmente, un cuerpo judicial encargado de dirimir controversias por materia ante los tribunales.⁷⁹

Con posterioridad John Locke en su obra *El ensayo sobre el gobierno civil*, establece que los seres humanos de manera natural ejercen dos clases de poderes: hacer lo necesario para su conservación y la de los suyos, y castigar a quienes comenten crímenes en contra de sus intereses personales y patrimoniales; sin embargo, una vez organizados los individuos, renuncian a esos

⁷⁸ Tesis P./J. 78/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Julio de 2009, p. 1540.

⁷⁹ Villanueva Gómez, Luis Enrique, "La división de poderes: teoría y realidad", en Vázquez Ramos, Homero (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo, Reflexiones Constitucionales*, primera edición, México, 2014. pp. 149-152, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3634-catedra-nacional-de-derecho-jorge-carpizo-reflexiones-constitucionales> [Consulta 8 de agosto de 2016]

poderes para otorgárselos al Estado quien se convierte en el encargado de regular esos poderes; así el Estado cuenta con dos poderes fundamentales: el legislativo, encargado de regular que el Estado busque el bienestar de la sociedad y de sus miembros, y el poder ejecutivo, que debe aplicar las leyes protegiendo los intereses privados y públicos, asumiendo también la función jurisdiccional.⁸⁰

La teoría de la división de poderes como tal, fue desarrollada en el siglo XVIII por Charles de Secondat Barón de Montesquieu, en su obra el espíritu de las leyes; mediante esta teoría se establece la necesidad de que las principales actividades llevadas a cabo por el Estado,⁸¹ sean desarrolladas por distintas personas en aras de una protección efectiva de la libertad de los individuos.

Lo anterior se logra según Montesquieu, a través de un control del ejercicio de las atribuciones de cada uno de los órganos, ya que de esa forma se puede respetar la libertad de los individuos de hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, pues la misma se encuentra amenazada por el deseo que tienen los funcionarios que detentan el poder, de adquirir cada vez más ese poder; así, la mejor forma de detener el poder que tiene un órgano es mediante el poder de otro.

A diferencia de John Locke, Montesquieu distingue la función jurisdiccional de la función ejecutiva pues aún y cuando las dos funciones tienen que ver con la aplicación de leyes, en su esencia son distintas; por lo tanto, reconoce la existencia de tres funciones que deben ser realizadas por órganos distintos para lograr la libertad de las personas, denominando a cada uno de ellos como poder: legislativo, ejecutivo y judicial.

Desde sus inicios, esta teoría ha sido sujeta a diversas críticas derivado de una indebida interpretación de sus postulados, basándose principalmente en establecer la imposibilidad de separación del poder del Estado por ejercerse de manera soberana, o en el hecho de que no será posible un equilibrio entre los poderes ya que forzosamente uno de ellos tenderá a predominar sobre los otros; en la actualidad una crítica fuerte que se realiza con relación a ella, es la falta de

⁸⁰ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 2005.

⁸¹ Aún y cuando hablaba de tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, para él solo existen dos funciones principales: la creación de leyes, llevada a cabo por el legislativo, y su ejecución, a cargo del ejecutivo y el judicial.

equilibrio e igualdad al haber en ciertos casos un predominio del poder ejecutivo sobre el legislativo, y la injerencia que tienen los partidos políticos que rompe con la razón de ser de la teoría, pues al lograr mayorías en los órganos legislativos éstos pueden controlar la conformación de los integrantes de los poderes ejecutivo y judicial, quedando el principio solamente en el papel.

Sin embargo, aún y cuando se han dado esas críticas a la propuesta de división de poderes, la misma se encuentra presente hoy en la estructura de los estados, ya que genera un marco de actuación delimitado de los poderes públicos, que no les permite hacer más allá de lo que la propia Constitución les faculta.

Así como señala Wolfgang Hoffmann-Riem, la división de poderes surge en base a la separación entre el Estado y la sociedad mediante el reconocimiento de la libertad individual, lo que generó la necesidad de proteger al ciudadano individual y a la sociedad de ciudadanos del poder del rey, iglesia y señores feudales; el mecanismo utilizado para limitar el poder en esa época era la ley, por lo que se consideró indispensable controlar a la administración en la aplicación del derecho, mediante la separación de funciones en distintos órganos; así, la división de poderes se convirtió en un medio para la realización de la libertad de los individuos.⁸²

Por ello la división de poderes no debe ser entendida de una manera tajante pues su finalidad es evitar el acaparamiento del poder que limite la libertad de los individuos, sino que aún y cuando se establezcan de manera clara las atribuciones correspondientes a cada uno de los poderes, deben crearse mecanismos de cooperación entre ellos que permitan el cumplimiento de los fines del Estado, ya que la naturaleza en sí de esta teoría busca que cada uno de estos órganos no solo ejerza el poder público en base a las atribuciones que le son establecidas en la Constitución, sino que además lleve a cabo funciones de control con relación a las actividades realizadas por los otros órganos, logrando un verdadero equilibrio.

⁸² Hoffmann-Riem, Wolfgang, "La división de poderes como principio de ordenamiento", *Anuario de Derecho Constitucional Comparado 2007*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, Uruguay, año 2007, pp. 211-225, <http://www.kas.de/wf/doc/5586-1442-4-30.pdf> [Consulta 13 de agosto de 2016]

II.1.1. Las funciones del Estado en base al criterio formal y material

A través del principio de división de poderes se determinó la existencia de tres funciones que deben ser realizadas por el Estado a través de distintos órganos, a fin de que se logre un control adecuado de las actividades realizadas por cada uno de ellos: legislativa, ejecutiva y judicial; sin embargo, el hecho de que se realicen funciones distintas por tres órganos del Estado, no implica de ninguna manera que éstos actúen de manera ajena entre sí, pues en muchas ocasiones es indispensable la colaboración para dar cumplimiento a sus atribuciones.

Así mismo en la práctica es imposible que los órganos del Estado ejerzan de manera exclusiva cada una de las funciones señaladas, pues cada uno de ellos dentro de sus atribuciones, siempre tendrá a su cargo en atención a su campo de acción, la necesidad de realizar la función que se entendería que es exclusiva de alguno de los otros dos.

Agustín Gordillo establece que es común que se considere que a través de la división de poderes cada uno de los órganos es soberano en su esfera, circunstancia que es errónea pues sólo se realiza una división de funciones buscando que cada órgano tenga a su cargo una sola función del Estado; sin embargo, cada uno de los órganos no se limita a realizar únicamente la función que le corresponde, lo que implica que la separación de funciones en base a las atribuciones asignadas se realiza de manera imperfecta.⁸³

En la práctica se acostumbra clasificar las funciones del Estado en base a dos criterios: 1) formal u orgánico, mediante el cual se atiende al órgano que lo realiza para determinar el tipo de función, sin tomar en cuenta la naturaleza de la misma; 2) material u objetivo, mismos que atiende a la naturaleza de la función, independientemente del órgano que la realice.⁸⁴

En México la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado clara la clasificación de las funciones del Estado en formales y materiales,

⁸³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. VIII, Teoría General del Derecho Administrativo, primera edición, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, pp. 86-88. [en línea]. Consultado en <http://www.gordillo.com/tomo8.php> [Consulta 4 de junio de 2018].

⁸⁴ *Ibidem*, p. 90.

e inclusive ha establecido que la intención del Constituyente al momento de consagrar el principio de división de poderes en la carta magna, no fue el establecer facultades de manera exclusiva, pues si bien es cierto que se determinaron atribuciones desde el punto de vista material a cada uno de los poderes, también dejó abierta la posibilidad de colaboración de dos poderes para lograr un equilibrio de fuerzas y control recíproco mediante dos mecanismos: 1) la necesidad de que para ciertas funciones participen dos de los poderes, y 2) la posibilidad de que los poderes emitan actos que materialmente no les corresponden.⁸⁵

Para efectos del presente trabajo se debe tomar en cuenta que la actividad legislativa si bien es cierto que de manera formal corresponde al poder legislativo, en la práctica es una función del Estado que puede ser realizada por cualquiera de los tres poderes e incluso hoy en día, por los organismos constitucionales autónomos; por lo que la función legislativa no debe ser entendida sólo como aquella que implica el proceso legislativo, sino como todo acto que genere una norma jurídica.

Así, la responsabilidad por actos legislativos implica tomar en cuenta la naturaleza de la función desempeñada, por lo que dentro de ella se ubicarán todas aquellos casos en que se genere una norma de carácter general, abstracta e impersonal, o se omita cumplir con el deber directo de generarla.

II.1.2. La división de poderes en México

El principio de división de poderes siempre ha estado presente en la estructura jurídica que ha tenido nuestro país como un principio básico para el funcionamiento del Estado, siendo regulado de diversas maneras en base a los intereses políticos existentes en cada momento, pero predominando su esencia de

⁸⁵ Tesis 2a. CXXVIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, agosto 2001, p. 227.

estructura tripartita de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y la imposibilidad de ser ejercidos por una sola persona o corporación⁸⁶.

El carácter federal de México mediante el cual existen estados que tienen soberanía en su ámbito competencial genera una doble declaración del principio de división de poderes, al contemplarse tanto en la estructura y organización de la federación, como en la de cada uno de los estados que la conforman.

Actualmente el principio de división de poderes se encuentra presente en los artículos 49, 116 primer párrafo y 122, fracción I de la Constitución Política de 1917 que señalan

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrá reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

Artículo 122, Fracción I.- La Ciudad de México adoptará para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo, democrático y laico. El poder público de la Ciudad de México se dividirá para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.

Este principio de división de poderes que se consagra en los artículos mencionados, se caracteriza por establecer tres órganos fundamentales dentro de la estructura del Estado, a los cuales se les asignan facultades específicas,

⁸⁶ El único caso en que se estableció una estructura completamente diferente se presentó en la Ley Constitucional de 1836, que a través de las Bases Constitucionales de la República Mexicana de 1835, contempló la existencia del denominado Supremo Poder Conservador, un cuarto poder que tenía la facultad de anular los actos de cualquiera de los tres poderes y a solicitud de éstos, constituyéndose en un verdadero mecanismo de control; sin embargo, en la práctica no duró mucho tiempo.

impidiendo la invasión de competencias entre ellos; sin embargo, aún y cuando de manera predominante realizan una determinada función, también se contemplan algunas facultades que corresponden de manera material a las de los otros dos órganos. Para los fines de este trabajo de investigación, la materia legislativa es la trascendente, misma que en México no es realizada de manera exclusiva por el Poder Legislativo, sino que la propia Constitución faculta al Poder Ejecutivo para llevar a cabo actos legislativos en casos concretos:

a) Se le permite emitir decretos en el caso de restricción o suspensión de garantías individuales por invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier incidente que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto en términos del artículo 29 Constitucional⁸⁷.

b) Se le permite en caso de comercio exterior, aumentar, disminuir o suprimir cuotas de exportación e importación, o en su caso, restringir y prohibir importaciones, exportaciones o tránsito de productos en términos de los artículos 49 y 131 Constitucionales.

c) Se le permite como titular del Consejo de Salubridad General dictar disposiciones generales en caso de epidemias graves o peligro de invasión de enfermedades exóticas en términos del artículo 73 fracción XVI de la Constitución.

d) Se le permite celebrar tratados internacionales en términos de los artículos 89 fracción X y 133 Constitucionales.

Estos actos legislativos que pueden ser llevados a cabo por el Poder Ejecutivo en México, son ejemplo de cómo aún y cuando las funciones principales del Estado se encuentran distribuidas entre los tres poderes, éstas no son exclusivas, pues se establecen casos de excepción como los ya señalados o inclusive existen casos en que es necesaria la intervención de dos poderes para que el acto que se realice tenga validez.

Manuel Aragón establece que la división de poderes en el Estado constitucional no se basa sólo en las limitaciones establecidas, sino también en los controles que

⁸⁷ Cabe señalar que los decretos emitidos por el presidente de la República en estos casos, deberán ser revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para efecto de determinar su constitucionalidad y validez, lo que confirma la necesidad de un control de las atribuciones de los poderes, máxime si esas atribuciones sólo se realizan de manera extraordinaria.

se crean para hacerlas efectivas, ya que a través de ellos se puede lograr que el equilibrio planteado se vuelva realidad; así las limitaciones del poder descansan en garantías que son establecidas por el Estado, las cuales solo pueden hacerse efectivas mediante instrumentos de control.⁸⁸

Lo anterior permite confirmar que la teoría más que una división de poderes, implica una asignación de funciones a desempeñar que requieren una interacción constante de los órganos que las desempeñan, logrando un equilibrio y control entre ellos; sin embargo, la concepción tradicional de una división de poderes no encaja en la estructura actual de los Estados, ya que los mismos han evolucionado a las necesidades, creando órganos que no forman parte de la estructura tradicional tripartita, tal como se hará ver en el apartado siguiente.

II.1.3. La división de poderes y su aplicación en la realidad actual

Si bien es cierto que la teoría de la división de poderes sigue encontrándose presente en la estructura de los Estados, es tema de discusión actual si su aplicación en base a sus principios tradicionales cumple con los objetivos planteados a partir de los cambios generados a nivel internacional mediante la globalización, en donde la actividad del Estado no sólo depende de lo realizado en su orden interno, sino que existen muchos factores externos que intervienen para su desarrollo y funcionamiento, lo que ha generado la creación de órganos fuera del esquema tradicional, tanto en el régimen interno, como en el ámbito internacional.

El Doctor José Miguel Madero Estrada establece que en la actualidad para poder hablar de una existencia de división funcional de poderes dentro de un Estado, es necesario que se logre el respeto de las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Por ello, la división tripartita ya no es suficiente para poder explicar la realidad actual de los Estados, ya que las Constituciones modernas contemplan nuevas formas de control para hacer operativo el respecto de los

⁸⁸ Aragón Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 135.

derechos y libertades consagrados dentro de la Constitución: a) organismos constitucionales autónomos, que no se subordinan a los poderes u realizan funciones propias del Estado; b) organismos encargados de la fiscalización y transparencia de las actividades estatales; c) la defensa de la supremacía constitucional por vías jurisdiccionales y la protección de los derechos fundamentales mediante un órgano de control constitucional ex profeso. Así, se logra una cooperación y coordinación entre los entes que hace un lado la concepción tajante de división de poderes, con el apoyo de una institución judicial que se encarga de establecer el equilibrio al orden constitucional del Estado, mediante el dictado de sentencias que garantizan la supremacía constitucional y el principio democrático.⁸⁹

Por su parte, Andrea Lucas Garín establece que el principio de división y equilibrio de poderes no puede ser abordado en la actualidad desde el esquema tripartito de órganos y funciones propio de liberalismo clásico, pues esto generaría una perspectiva incompleta en base a la realidad normativa e institucional de la organización constitucional del siglo XXI, que impediría un verdadero equilibrio entre poderes para evitar su exceso. Señala que existen nuevas manifestaciones del principio de división de poderes para evitar la concentración del poder y proteger la libertad de los individuos: a) la división del poder constituyente con los poderes constituidos; b) la división territorial o vertical del poder entre entes públicos; c) la división de poderes en el tiempo derivada de la alternancia de los partidos políticos; d) la configuración de un Estado Social de Derecho en el que el Estado garantice los derechos económicos, sociales y culturales; e) la búsqueda de transparencia de las actividades públicas, mediante el establecimiento de mecanismos que permitan un acceso efectivo a la información pública.⁹⁰

⁸⁹ Madero Estrada, José Miguel, "La separación de poderes en el presidencialismo iberoamericano y el rol del Tribunal Constitucional", en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al Derecho Constitucional*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, pp. 473-480, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3980-contribuciones-al-derecho-constitucional> [Consulta 18 de agosto de 2016]

⁹⁰ Lucas Garín, Andrea, "Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado", *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, número 2, año 2009, pp. 241-253, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art09.pdf> [Consulta 26 de agosto de 2016]

Para Wolfgang Hoffmann-Riem al ser la división de poderes un medio para la realización de la libertad de los individuos, cuando el concepto de libertad se convierte en la Constitución de un Estado y en la práctica en algo habitual, este principio deja de ser sólo un garante de la libertad individual y se convierte también en un mecanismo para optimizar las funciones y actividades de los órganos estatales generando una prestación de servicio de mejor calidad.⁹¹

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona establecen que el modelo de la división de poderes sigue estando vigente en las constituciones actuales, aunque ha sufrido ajustes dejando claro que los poderes son órganos del Estado y que su división tiene un carácter flexible y no riguroso; sin embargo, es indispensable que se incorpore en su marco teórico las nuevas realidades políticas y los órganos constitucionales autónomos.⁹²

Si bien es cierto que la forma de organización de los Estados ha evolucionado para poder adecuarse a la realizada actual, también es cierto que la teoría de la división de poderes en cuanto a su esencia, sigue siendo necesaria en un Estado de Derecho que busca a toda costa evitar el abuso del poder y lograr la protección de los individuos garantizando el ejercicio de su libertad.

Al existir diversas formas de control tanto en el orden interno mediante la creación de órganos que tienen a vigilar las actividades de las autoridades en cuanto a su finalidad, legalidad o constitucionalidad, así como en el orden internacional en la búsqueda de protección de los derechos humanos, se debe reconocer que la teoría de división de poderes creada para lograr un control entre el actuar de los poderes constituidos, ya no opera sólo de una forma inter-orgánica, sino que ha cambiado y en la actualidad fuera de la concepción tripartita de la cual partió, existen órganos legitimados para velar por el adecuado funcionamiento de los poderes públicos; México no es la excepción pues se han creado organismos internos que buscan la protección de los derechos de los individuos, y a través de tratados, se ha legitimado la intervención de organismos

⁹¹ Hoffmann-Riem, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 211-225.

⁹² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, octava edición, México, Porrúa, 2012, pp. 407-410.

internacionales que validen la actuación de las autoridades del Estado en base a los acuerdos tomados con otros países.

Además de servir como medio de control, la división de poderes en la actualidad permite establecer parámetros de prestación de servicios públicos de mayor calidad al encontrarse repartidas las funciones a desempeñar, lo que obliga a una especialización en las actividades desempeñadas, y por lo mismo, genera una mayor responsabilidad por parte del Estado para como los gobernados, en caso de que se lleven a cabo conductas contrarias al orden constitucional.⁹³

Para los fines de esta investigación es importante analizar cuál es el rol que desempeña el poder legislativo dentro de la estructura del Estado a partir de esta nueva concepción de división de poderes, ya que existen regímenes en que órgano legislativo se encuentra por encima de los otros dos, aún y cuando la teoría de división de poderes habla de una distribución de funciones, siendo fundamental su conocimiento para poder establecer en base a ello, cual es el tipo de responsabilidad que en su caso pueda llegar a incurrir.

II.2. TRANSICIÓN DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA SUJECCIÓN DEL LEGISLADOR A LA CONSTITUCIÓN

La existencia de una división de poderes en la forma de organización de los Estados, ha permitido en la actualidad que las actividades propias de cada órgano se realicen de una manera más mesurada, ya que los demás órganos serán los encargados de revisar su actuación; sin embargo esto no siempre ha sido así ya que a lo largo de la historia se han generado diversas formas de Estado que en base a sus características propias han llegado a hacer inoperante la finalidad de la división de poderes como un control de pesos y contrapesos.

Para Ramón Ávila Santamaría, han existido tres modelos de Estado: a) Absoluto, el poder se encuentra concentrado en una persona o clase política, la autoridad emite normas, administra el Estado y la justicia sin tener más límites que

⁹³ Tesis P./J. 111/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1242.

los que se quiera imponer, pues las personas son vasallas o súbditas que no gozan de derechos, sino en ciertos casos, privilegios; b) De Derecho, la ley determina la autoridad estructura del poder, existiendo una división de poderes aún y cuando el poder se encuentra concentrado en una clase política que conforma el parlamento; y finalmente, c) Constitucional, la constitución es la que determina el contenido de la ley, el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder.⁹⁴

Estos modelos de Estado describen de una manera clara la evolución que se ha dado en la forma de estructuración de los poderes públicos, misma que tiene como base a las necesidades existentes en la época respectiva, partiendo de una búsqueda de protección de los abusos que se cometieron en un régimen absolutista, hasta llegar a establecer parámetros (valores) que permitan que ningún órgano pueda actuar a su antojo, logrando la responsabilidad de éstos y la declaración de invalidez de sus actuaciones.

Para efectos de la investigación, es importante determinar el cambio radical que existió del Estado liberal al Estado Constitucional, pasando por una etapa intermedia de reconocimiento de los derechos sociales, ya que en cuestión de la actuación del poder legislativo se cambia de una concepción soberana a una de sometimiento a la norma fundamental, dando cabida a la invalidez de la norma, y en ciertos casos la responsabilidad del órgano legislativo en caso de que no se cumpla con los principios y valores consagrados en ésta.

El Estado liberal tuvo su base fundamental en la ley, al grado de que ésta y Derecho eran exactamente lo mismo; existía una supremacía de la ley sobre el órgano administrativo y el órgano judicial, en donde lo que el principio de legalidad dejaba claro que ningún derecho era más fuerte que la ley, generando una concepción de voluntad soberana en las decisiones tomadas por el órgano legislativo; así el principio de legalidad fue la base de este Estado legislativo que

⁹⁴ Ávila Santamaría, Ramón, "Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 775-793, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/artic le/download/3900/3428> [Consulta 15 de junio de 2017].

buscaba terminar con el absolutismo mediante la sustitución del rey por un órgano colegiado y en donde la ley establecía aquello que la autoridad podía realizar.

Según Juan Carlos Lancheros Gámez, la consideración de la ley como máxima expresión del Derecho generó un Estado en donde la voluntad del legislador era la que daba forma y contenido a los derechos, los cuales en un inicio tenían una significación objetiva basada en el derecho natural, pero poco a poco se convirtieron simplemente en aquello que decía el legislador.⁹⁵

Este aspecto así como el hecho de que existiera una política fundamentada en la no intervención del Estado en el aspecto económico, condujo a una explotación de los trabajadores ya que la ley de la oferta y la demanda era la que determinaba el operar; todo ello generó las luchas revolucionarias en búsqueda de una igualdad en la ley y no ante la ley, así como que se dejara de lado el aspecto individual y se empezara a considerar un aspecto social, surgiendo lo que fue denominado el Estado social de Derecho; esta nueva concepción del Estado se caracterizó por una búsqueda de justicia para todos los integrantes de la sociedad, mediante el reconocimiento de derechos de grupos.

El Estado social de Derecho se consolidó después de la Segunda Guerra Mundial en la Europa Occidental y con él se produjo un cambio en la concepción de la ley como fundamento básico del Estado de Derecho; además derivado de los abusos que se cometían en base a las leyes racistas y antisemitas nazis, se crearon tribunales constitucionales con la finalidad de que verificaran la adecuación de las leyes a la Constitución, y en el ámbito internacional, se determinó la creación de instrumentos internacionales de derechos humanos universales y regionales: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); todo ello generó que el dogma liberal

⁹⁵ Lancheros Gámez, Juan Carlos, "Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana", *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, Colombia, año 23, número 18, pp. 247-267, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23945.pdf> [Consulta 15 de junio de 2017].

del imperio de la ley cambiara, ya que la ley ahora debía ceder a los mandatos internacionales.⁹⁶

Con el surgimiento del denominado Estado Constitucional de Derecho fue necesario reconocer a la Constitución no sólo como guía suprema, sino como una norma capaz de sujetar sus decisiones a los órganos del poder legislativo y entregar a un tribunal independiente el papel de guardián de la Constitución, en donde su función no se limita a revisar el respeto del procedimiento para la creación de una ley, sino además que su contenido sea acorde a los principios, valores y derechos reconocidos por la propia Constitución.

Por ello un Estado Constitucional debe gozar de seis características: 1) existencia de una constitución rígida que consagre valores, principios y derechos fundamentales; 2) existencia de una garantía jurisdiccional de protección de la constitución cuando una norma de menor jerarquía quiera transgredirla; 3) reconocimiento de una fuerza vinculante de la constitución; 4) interpretación extensiva de la constitución a efecto de llenar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico; 5) aplicación directa de la constitución reconociendo su fuerza vinculante; 6) interpretación conforme a la constitución, adecuando todas las demás normas a ésta.⁹⁷

Este estado constitucional aparece como un Estado que responde a los principios de legitimación democrática tanto del poder a través de la soberanía, como de las decisiones del poder expresadas en la ley, y a través de tres limitaciones: 1) material, a través del reconocimiento de los derechos fundamentales; 2) funcional, con el reconocimiento de la división de poderes; 3) temporal, mediante elecciones de manera periódica de ese poder.⁹⁸

De manera muy simple Gustavo Zagrebelsky explica la transición del Estado Liberal al Estado Constitucional al señalar que la ley cede el paso a la Constitución para convertirse en un objeto de medición; es destronada por una instancia mayor

⁹⁶ Lousada Arochena, José Fernando y Ron Latas, Ricardo Pedro, *La independencia Judicial*, primera edición, Madrid, 2015, p. 33-35, consultado a través de vlex, <https://vlex.com.mx/> [Consulta 29 de septiembre de 2017].

⁹⁷ Lancheros Gámez, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 253-259.

⁹⁸ Aragón, Manuel, *op. cit.*, p. 90.

que asume la función de mantener unidas y en paz a las sociedades a través de la aplicación del principio de Constitucionalidad.⁹⁹

Este establecimiento de principios y valores dentro de la Constitución generó con relación a la actuación del poder legislativo, que ya no solo debiera ajustar su actuación a las normas procedimentales, pudiendo establecer el contenido que más le plazca, sino que además el contenido de la misma debe respetar esta serie de normas inmutables cuyo contenido es el que se va adecuando a las necesidades sociales, en base a los criterios establecidos por los que han sido denominados Tribunales Constitucionales.

II.2.1. La defensa de la Constitución a través de los Tribunales en México

Con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho se generó la necesidad de defensa de los valores y principios consagrados en la Constitución a través de la justicia constitucional, la cual se ha desarrollado en base a dos grandes tipologías: a) las que atribuyen todas las competencias de defensa de la constitución a órganos de carácter político, pudiendo ser el parlamento como sucedió en los sistemas marxistas, o a través de órganos ejecutivos dependientes del poder ejecutivo como originalmente ocurrió en Francia; b) las que atribuyen a órganos judiciales la defensa de la constitución, de donde se desprenden los modelos clásicos de jurisdicción constitucional, el sistema concentrado y el sistema difuso.¹⁰⁰

En la actualidad son los órganos judiciales los encargados de llevar a cabo la defensa de la Constitución, existiendo en algunos casos Tribunales creados de manera específica para ello, y en otros, la asignación de dicha función a órganos ya existentes que previamente se encargaban sólo de analizar el aspecto de la legalidad en las actuaciones estatales; además, se presentan las dos variantes de sistemas ya que en algunos casos es un solo Tribunal el encargado de llevar a

⁹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, décima edición, España, Trotta, 2011, p. 40.

¹⁰⁰ Marín Gámez, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, primera edición, España, Ariel, 1998, pp. 33-35.

cabo el control constitucional de las leyes y actos (sistema concentrado), y en otros se busca que sean todos los órganos del Estado los encargados del análisis de que los actos sean acordes a la constitución, realizando ésta actividad cuando llevan a cabo el trámite de algún asunto relativo a su competencia (sistema difuso).

Esta transición al Estado Constitucional también se ha visto reflejada de manera significativa en México, donde poco a poco se ha dejado de lado el predominio del principio de legalidad en la resolución de los conflictos por parte de los Tribunales, para dar paso al control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, en aras de una real protección de los derechos fundamentales y humanos de los individuos.

De origen operó un sistema concentrado de control de constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha sido modificado en su concepción a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos llevada a cabo en el 2011, para generar también un control de constitucionalidad y convencionalidad difuso exoficio en materia de derechos humanos, pero sin hacer de lado la función concentrada en los órganos del Poder Judicial Federal en el control de la constitucionalidad y las declaraciones de invalidez de las normas y actos, tal como ha sido establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a

establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁰¹

Por lo tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México es el órgano que opera como el máximo Tribunal en materia de control de constitucionalidad de leyes y actos, y tal como lo establece Sergio Salvador Aguirre Anguiano, aún y cuando existan voces que propugnan por la creación de un Tribunal Constitucional independiente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta es un verdadero Tribunal Constitucional por las razones siguientes: 1) cuenta con competencia para resolver controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; b) existe en México un contexto institucional y jurídico propio de los regímenes democráticos; 3) existe en el sistema judicial mexicano una separación de la legalidad y la constitucionalidad; 4) sus facultades, competencias y reglas de integración y funcionamiento son propias de un Tribunal Constitucional; 5) posee el monopolio de lo contencioso-constitucional, generando una doctrina unitaria sobre la constitucionalidad de cualquier precepto legal; 6) la elección de los Ministros que la conforman son electos por un órgano político, lo que refuerza la legitimidad democrática; 7) posee una verdadera jurisdicción con autoridad de cosa juzgada y efectos generales; 8) su jurisdicción se encuentra en la cúspide del

¹⁰¹ Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 23, octubre del 2015, p. 1647.

Poder Judicial Federal y aún y cuando en ocasiones atiende cuestiones de legalidad, éste aspecto en nada interfiere con su función de Tribunal de Constitucionalidad, pues solo son residuos de su anterior función.¹⁰²

Mediante el establecimiento de los Tribunales Constitucionales como órganos especializados en la tutela de la Constitución, se logra que los derechos que son reconocidos a los ciudadanos no se conviertan en letra muerta, sino que realmente se tengan que respetar, ya que serán éstos Tribunales los encargados de aplicar los controles constitucionales que para tal efecto sean creados por la propia norma fundamental.

En caso del poder legislativo la trascendencia del ejercicio del control por parte del Tribunal Constitucional radica en que con él se determina el ámbito de validez de las normas, ya que en caso de que las mismas sean declaradas contrarias al orden constitucional, dejaran de ser vigentes; además en otros sistemas jurídicos es a través de los controles de constitucionalidad de la leyes como se puede llegar a determinar si existe o no una responsabilidad patrimonial en el actuar del legislador, pues se vincula de manera directa la responsabilidad con la falta de acatamiento de los principios y valores constitucionales.

En el siguiente apartado se analizarán las formas de control que se ejercen sobre los actos legislativos en México, tanto en el orden interno por parte del poder ejecutivo y judicial como controles interorgánicos en base al principio de división de poderes, así como en el orden internacional mediante mecanismos creados por las Convenciones internacionales suscritas por el Estado mexicano.

II.3. FORMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN MÉXICO

Tradicionalmente se consideró al órgano legislativo como superior a los demás órganos, en virtud de que se señalaba que sólo a través de él se concretizaba el carácter democrático de un Estado pues sus integrantes son representantes del

¹⁰² Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, "La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional", en Natarén Nandayapa, Carlos Faustino y Castañeda Ponce, Diana (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, primera edición, México, 2007. pp. 7-8, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2390/4.pdf> [Consulta 29 de septiembre de 2017].

pueblo, por lo que las decisiones tomadas son realmente decididas por el pueblo; sin embargo, dicha postura tuvo que ir cambiando ya que ninguna actividad realizada por el Estado pueden ser ajena a los principios que lo rigen, entre ellos el Estado de Derecho. De manera muy clara lo señala Paloma Biglino Camposal establecer que

La existencia de una Constitución normativa es, en resumidas cuentas, el límite más evidente que el principio democrático impone al parlamento. La norma fundamental recoge las decisiones básicas adoptadas por la sociedad acerca de la organización de los poderes del Estado y la relación que deben mantener con los ciudadanos, límites franqueables para el legislador.¹⁰³

En México como ya lo hemos comentado, la estructura que contempla la Constitución se basa en un sistema presidencial en el que existe la separación de los órganos constituidos mediante la distribución de competencias, con la finalidad de lograr un límite en el actuar de cada uno de los poderes que sirva como mecanismo de control frente a los otros, surgiendo lo que se ha denominado control interorgánico; sin embargo, el control de los actos de los poderes públicos no puede quedar sólo limitado a un control que se lleve a cabo entre el poder ejecutivo, legislativo y judicial, sino que las necesidades actuales han generado mecanismos de control alternos¹⁰⁴.

Para Susana Thalía Pedroza de la Llave, el control del poder político es la facultad que los órganos constituidos tienen de frenar, vigilar, revisar y sancionar aquellos actos que pretendan excederse de la propia esfera competencial o de las de otros órganos, de acuerdo con las facultades que determine el orden jurídico.¹⁰⁵

¹⁰³ Biglino Campos, Paloma, "Parlamento, principio democrático y justicia constitucional", *Revista de Derecho*, Chile, volumen XII, agosto de 2001, <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art10.pdf> [Consulta 28 de agosto de 2016].

¹⁰⁴ Un ejemplo son los Tribunales Constitucionales que se han establecido en diversos países, como órganos independientes destinados a revisar la actuación de los tres poderes a base a los límites establecidos en la propia Constitución; además a través de los tratados internacionales, se han establecido mecanismos que se encuentran por encima de los países para velar por el respeto que de los derechos humanos deben realizar todas las autoridades dentro de sus actuaciones.

¹⁰⁵ Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *El Congreso de la Unión. Integración y regulación*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, 263p.

Para Alfredo Hurtado Cisneros, el Estado, así como cualquier persona que actué en ejercicio de una potestad pública debe estar sujeto a rendir cuentas y responder por cualquier violación a los derechos de los ciudadanos, deficiencia en la prestación de los servicios, o por acciones u omisiones, ya que es un deber del Estado

[...] garantizar el derecho de reprochabilidad en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Ser responsable de garantizar el cumplimiento, reparar el incumplimiento de sus servidores públicos y contar con medios de control para determinar la responsabilidad de quienes cumplan con dicha obligación.¹⁰⁶

Para Manuel Aragón los medios de control en un Estado Constitucional buscan fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos, existiendo una gran diversidad de instrumentos que tienen por base los objetos de control, los agentes que los realizan, o las modalidades que el control puede adoptar, lo que hace imposible establecer un concepto único que englobe las diversas manifestaciones en que éste se presenta; al analizar la limitación del poder hace referencia a la existencia de limitaciones no institucionalizadas que generan controles del mismo tipo denominados sociales, los cuales se basan en la opinión pública y por medios no públicos de presión, y limitaciones institucionalizadas, de donde se desprenden los controles políticos, que se basan en cuestiones de oportunidad en atención a la apreciación del órgano controlante donde él decide si existe o no una sanción, y los controles jurídicos, basados en un conjunto normativo sometido a reglas de verificación, que de manera forzosa exigen la aplicación de una sanción.¹⁰⁷

Lo anterior nos lleva a analizar si los mecanismos de control que existen en México con relación a los actos legislativos, son idóneos para garantizar el ejercicio de las atribuciones constitucionales consagradas, sin violentar los derechos que tienen los individuos a no ser afectados y en caso de serlo, a ser

¹⁰⁶ Hurtado Cisneros, Alfredo, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 97-101.

¹⁰⁷ Aragón, Manuel, *op. cit.*, pp.123-137.

resarcidos, pues el no acatamiento de las limitaciones establecidas no puede traer como consecuencia sólo una cuestión de formalidad que produzca la nulidad de los actos que fueron llevados a cabo, sino que deben de prever la posibilidad de pagar los daños causados a los gobernados por su indebida actuación, pues si bien es cierto que lo que se busca es que prevalezca el orden constitucional, también lo es que si no fuera en aras de una seguridad de los gobernados, éste no tendría razón de ser.

Para efectos de esta investigación se tomará en cuenta la clasificación de Manuel Aragón en su libro *Constitución, Democracia y Control*, a efecto de determinar cuáles son los controles políticos y jurídicos que existen para limitar el ejercicio del poder en materia legislativa.

II.3.1. Controles políticos

Manuel Aragón establece que el control político presenta dos características: la primera consiste en su carácter subjetivo, pues se encuentra limitado por el choque de voluntades basadas en criterios de oportunidad; dicho carácter se comprende mejor a través de cuatro aspectos: 1) los agentes de control tienen una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano controlado, en base a una potestad jurídicamente establecida; 2) el objeto de control es el órgano controlado y sólo de manera indirecta la actividad que realiza; 3) la valoración para llevar a cabo el control se realiza en base a la voluntad del órgano controlante, atendiendo a un criterio de oportunidad; 4) a través del control político no se generan efectos sancionatorios, pues sólo se presentan éstos de manera excepcional; la segunda característica consiste en la voluntariedad para llevar a cabo el control, y en su caso llevado éste, el que no deba llevarse en todos los supuestos semejantes, ni por todos los sujetos con derecho a ejercerlo.¹⁰⁸

Dentro de las formas de control político se encuentran las que lleva a cabo el Poder Ejecutivo en aquellos casos en que interviene de manera conjunta con el

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 172-182.

Poder Legislativo, o sustituye a éste en casos concretos y específicos, tal como se verá a continuación.

II.3.1.1. Control por parte del Poder Ejecutivo

En México, la propia Constitución establece atribuciones específicas en las actividades llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo, que tienen injerencia sobre el poder legislativo, aunque en la mayoría de los casos más que ser un verdadero mecanismo de control, se traducen en facultades de colaboración.

En materia legislativa, el poder ejecutivo se encuentra facultado para presentar iniciativas de ley, inclusive con carácter preferente, para vetar los proyectos presentados (facultad que en ocasiones sólo sirve para generar un retraso en la aprobación definitiva del proyecto), para la celebración de tratados internacionales que se convertirán en obligatorios si son ratificados por el Senado, para reglamentar las leyes que expida el Congreso, haciendo operativos los derechos consagrados en las mismas, así como para legislar en casos de emergencia en materia económica, de salubridad o inclusive para suspender las garantías individuales.

En base a su naturaleza, estas facultades atribuidas al Poder Ejecutivo permiten la realización de actos legislativos por un órgano distinto al legislativo, en los casos que se considera que su función de jefe de gobierno requiere su intervención, por lo que se traducen en una mera asignación de actividades en aras de lograr un equilibrio; sin embargo, al ser también actos legislativos, se encuentran sujetos a un control jurídico por parte del Poder Judicial a través de los mecanismos que a continuación se analizarán.

II.3.2. Controles jurídicos

En contraposición a los controles políticos, para Manuel Aragón establece que los controles jurídicos tienen por objeto actos jurídicos relevantes y todo tipo de normas, control que no queda a la voluntad del órgano controlante ya que

forzosamente lo debe realizar, y no en base a lo que él piensa, sino que se realiza en base a normas abstractas previamente determinadas, en donde el órgano de control es imparcial, independiente y técnico ya que conoce de cuestiones jurídicas.¹⁰⁹

En México el control jurídico de la Constitución Federal se ejerce a través de los órganos que forman parte del Poder Judicial Federal, en base a una distribución de competencia por materia y territorio, en donde se realiza un análisis de la constitucionalidad de los actos llevados a cabo por las autoridades.

II.3.2.1. Control por parte del Poder Judicial

El control llevado a cabo por el Poder Judicial sobre los otros dos poderes, cobra mayor trascendencia ya que a éste le corresponde de manera exclusiva la revisión de la legalidad y constitucionalidad de los actos; por lo tanto el control de constitucionalidad se traduce en un control jurídico aún y cuando las resoluciones que se emiten en muchas ocasiones tienen un carácter político con relación a los otros dos poderes.

En México, tal y como lo señala Alfredo Hurtado Cisneros, esta función de control se lleva a cabo a través de un litigio en el cual la cuestión a resolver es determinar si el acto es o no constitucional, y el órgano jurisdiccional no es especializado, ya que también conoce de asuntos de competencia meramente ordinaria.¹¹⁰

II.3.2.1.1. Controversias Constitucionales

Uno de los instrumentos jurídicos contemplados en la Constitución para proteger el orden constitucional y generar su restablecimiento en aquellos casos en que existe una violación por parte de los órganos que ejercen el poder, lo es la denominada Controversia Constitucional, misma que es competencia de la

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 136-137.

¹¹⁰ Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.*, pp. 132-133.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y se contempla en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las Controversias Constitucionales se caracterizan por buscar la protección del principio de división de poderes al tener como base el reclamo por invasión de competencias constitucionales entre los órganos de la Federación, Estados, Municipios o el Distrito Federal.

Por ello el órgano que la promueve debe de hacer valer un agravio que sufre por una norma general (con excepción de la materia electoral) o acto emitido por el órgano a quien se demanda, mismo que deberá ser demostrado dentro del proceso, con la finalidad de que se declare su invalidez para el caso concreto, o de manera general en caso de que la resolución se apruebe con el voto de por lo menos ocho Ministros.¹¹¹

Este medio de control enfocado a los actos legislativos busca la defensa de los intereses de los entes públicos que en muchos de los casos tienen como base un aspecto económico o político, buscando que se cree una norma que no ha sido creada (omisión legislativa) a pesar de existir el deber expreso y que es necesaria para hacer operativo alguna actividad que le afecta en la cuestión presupuestal a otro de los órganos, o bien cuestionando la competencia para legislar sobre una determinada materia que genera ingresos a un órgano, y que priva al reclamante de los ingresos con motivo de la misma.

Por lo tanto a través de esta figura jurídica no se busca una defensa real del principio de división de poderes, sino buscar la protección de los intereses personales del órgano que la hace valer, y para los fines de este trabajo, no es un mecanismo de control de actos legislativos que permita generar un resarcimiento de los daños causados a los particulares.¹¹²

¹¹¹ Tesis P./J. 71/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 965.

¹¹² Cabe preguntarse hasta qué punto pudiera llegar a reclamarse el resarcimiento de los daños causados entre los propios entes públicos, ya que en muchas ocasiones la invasión competencial indebida genera un daño presupuestal importante.

II.3.2.1.2. Acciones de Inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad surgió en el derecho europeo para otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los Tribunales Constitucionales las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría, legitimando a los titulares de los poderes públicos para poderlo llevar a cabo, como jefes de Estado, gobierno, cámaras, gobiernos centrales, entidades federativas e inclusive organismos autónomos.¹¹³

En la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, esta figura de control de actos legislativos, se encuentra contemplada en el artículo 105 fracción II, estando legitimados para promoverla

1. El 33% de los Diputados del Congreso de la Unión; 2. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 3. El Procurador General de la República; 4. Los partidos políticos con registro federal, si se trata de leyes de naturaleza electoral; y 5. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Por su parte, contra leyes locales están legitimados:
1. El 33% de los Diputados de la Legislatura Local que corresponda; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro en el Estado de que se trate, siempre y cuando se impugne una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los órganos estatales protectores de derechos humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Cuando la impugnación verse contra leyes del Distrito Federal, tendrán legitimación: 1. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro ante el Instituto Electoral del Distrito Federal, siempre que se trate de la impugnación de una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, cuando se trate de leyes que vulneren los consagrados en la Constitución Federal. Finalmente, tratándose de tratados internacionales, pueden impugnarlos: 1. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 2. El Procurador General de la República; y 3. La Comisión Nacional

¹¹³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.* p. 1041.

de los Derechos Humanos, si se trata de un tratado internacional que vulnere los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal.¹¹⁴

Una característica que hace diferente a la acción de inconstitucionalidad con relación a los demás medios de control consiste en que no es necesario que exista un agravio en persona alguna persona con motivo de la norma, sino que la misma se analiza de manera abstracta y no en un caso concreto, en aras de la protección al principio de supremacía constitucional.

Al igual que la controversia constitucional, se desarrolla a través de una demanda con etapas procesales para llegar a una sentencia, misma que en caso de que se apruebe por mayoría de ocho votos cuando menos, generará que la Suprema Corte declare la invalidez de la norma impugnada; ése efecto sólo beneficia al ente público, pero en caso de que se hubieren causado daños a los particulares con motivo de la aplicación de la norma inconstitucional, no contempla medio alguno de resarcimiento.

El Doctor Aldo Rafael Medina García establece tres características de la acción de inconstitucionalidad: 1) es un control jurisdiccional sin necesidad de aplicación de la norma o existencia de agravio; 2) la legitimación para su interposición se da a los poderes públicos; 3) su resolución permite declarar la invalidez de la norma.¹¹⁵

Por ello y para los fines de este trabajo, la acción de inconstitucionalidad aún y cuando determine como contraria al orden constitucional a la norma respecto a la cual se promueve, y la misma ya haya sido aplicada afectando los derechos de los particulares y causándoles daños, no permite de modo alguno un resarcimiento, por ser sólo un medio de control en aras de los intereses de los entes públicos, pero no en beneficio de los gobernados.

¹¹⁴ Tesis P.IJ. 7/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo 2007, p. 1513.

¹¹⁵ Medina García, Aldo Rafael, "El impulso parlamentario del control de constitucionalidad de los tratados", en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (comps.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, volumen 2, primera edición, México, Porrúa, 2015. pp. 317-345.

II.3.2.1.3. Juicio de Amparo

El juicio de amparo como mecanismo de control constitucional es el medio de defensa más importante para los gobernados, ya que permite impugnar cualquier acto de autoridad que viole las garantías individuales consagradas en la Constitución, los derechos humanos contenidos en ésta, en los Tratados Internacionales suscritos por el Estado mexicano, o vaya en contra de la competencia específica de alguno de los órganos estatales, quienes buscan se restituya el goce sus derechos afectados.

En cuanto a sus funciones como mecanismo de defensa, el amparo se puede utilizar para la tutela de la libertad personal, para combatir leyes inconstitucionales, como medio de impugnación de sentencias judiciales, para reclamar actos y resoluciones de la administración activa, y para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.¹¹⁶

Por ello, opera como un mecanismo de control de los actos legislativos cuando estos no son apegados al orden constitucional, pudiendo lograr que la norma inconstitucional se deje de aplicar o se legisle sobre un aspecto específico, ya que el efecto del amparo es que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la violación constitucional si el acto reclamado es positivo; o de ser negativo u omisión, la autoridad deberá hacer aquello que implique que se respete la garantía constitucional vulnerada.¹¹⁷

Sin embargo, no en todos los casos es tan sencillo restituir al gobernado del goce que aquel derecho del que fue privado, e inclusive existen casos en que esto se vuelve imposible; el último párrafo de la fracción XVI del artículo 107 Constitucional establece de manera clara que ningún juicio de amparo en que se haya concedido la protección constitucional, podrá ser archivado sin que se demuestre el cumplimiento de la sentencia. Por ello la Ley de Amparo establece en el título tercero los procedimientos que deben llevarse a cabo para efecto de dar cumplimiento y ejecución a las sentencias dictadas en los juicios, e inclusive

¹¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.* p. 994.

¹¹⁷ Vergara López, Carmen y González Santos, Gabino, *Cumplimiento y ejecución de las sentencias. Nueva Ley de Amparo*, primera edición, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 61.

contempla un mecanismo que permite el resarcimiento del daño directo causado con la realización del acto reclamado, como sustituto del cumplimiento de las sentencias en aquellos casos en que no es posible llevarlo a cabo.

Este procedimiento denominado incidente de cumplimiento sustituto, permite que se tenga por cumplida la sentencia de amparo mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso en dos casos concretos: 1) cuando al ejecutar la sentencia se afecte de manera grave a la sociedad, en una proporción mayor a los beneficios que obtendrá el gobernado afectado; 2) cuando las circunstancias materiales del caso provoquen la imposibilidad de restituir las cosas al estado en que se encontraban, o se generen de una manera desproporcionalmente gravosa para el gobernando.

Esta forma de cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo podría servir en parte para el resarcimiento de los daños causados por un acto legislativo al generarse una norma inconstitucional, ya que según lo ha establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este incidente

[...] no concede al quejoso más que el derecho a obtener una suma de dinero que corresponda al valor económico de las prestaciones de dar, hacer o no hacer que la sentencia imponga a la responsable o a la autoridad encargada de la ejecución, como si ésta se hubiera realizado puntualmente, sin que incluya conceptos o prestaciones distintas de las comprendidas en la sentencia, como sería el pago de las ganancias lícitas que el quejoso dejó de percibir con motivo del acto reclamado (perjuicios), pues la creación de esta vía incidental no obedeció a la intención legislativa de conferir al quejoso una acción de responsabilidad civil por naturaleza distinta de la acción de amparo, sino la de permitir a quienes no han podido lograr la ejecución de la sentencia de amparo, acceder a una situación de reparación equiparable a la de quienes han logrado el acatamiento ordinario del fallo.¹¹⁸

Por ello el resarcimiento sería de una manera parcial, ya que sólo se permite cubrir con el importe del daño causado de manera directa con la aplicación del acto de autoridad, pero no las consecuencias de la aplicación del acto en el caso

¹¹⁸ Tesis P./J. 99/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre 1997, p. 8.

de aplicación de una norma, pudieron haberse prolongado durante mucho tiempo; así mismo en la práctica, la mayoría de los casos que se han presentado de cumplimientos sustitutos tienen que ver con el derecho de propiedad ya sea en cuestión agraria o de expropiación, tratándose simplemente de pagar el valor comercial por la privación de un bien material.¹¹⁹

El juicio de amparo como mecanismo de resarcimiento de daños por actos legislativos se encuentra limitado en la actualidad por las razones ya expuestas, además de que es un mecanismo que no cualquier persona puede ejercer, por requerir de conocimiento técnicos en la materia, lo que implica que necesariamente se deba contratar a un especialista en derecho, mismo que no todas las personas pueden pagar; sin embargo, creo que a través del juicio de amparo podría establecerse un mecanismo de resarcimiento real de los daños causados por actos legislativos a los gobernados, si se ampliara su finalidad y en estos casos, no sólo se buscara restituir al gobernado de los derechos respecto de los cuales el mismo fue privado.

En España la Ley 40/2015 de 1 de octubre, relativa al Régimen Jurídico del Sector Público, contempla que la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley por parte del Tribunal Constitucional genera de manera automática el resarcimiento de los daños causados, al tratarse de uno de los supuestos contemplados para la responsabilidad legislativa, por lo que ya no es necesario llevar a cabo un juicio en el que se demanda una responsabilidad patrimonial; sin embargo, el análisis de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el derecho comparado, se reserva para ser estudiada en el siguiente capítulo.¹²⁰

¹¹⁹ Vergara López, Carmen y González Santos, Gabino, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁰ Artículo 32...3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4. b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5. 4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación

II.3.2.2. Control por parte de organismos internacionales

A partir de la reforma constitucional realizada en México en el año 2011, se han ampliado las normas protectoras de derechos humanos al generar la integración al orden jurídico nacional de un amplio catálogo de disposiciones internacionales que deben de ser conocidas por las autoridades, al tener a su cargo el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a un derecho humano.

México forma parte del sistema americano de protección de derechos humanos que tiene como documento base la Convención Americana de Derechos Humanos; dicho ordenamiento se encuentra protegido a través de dos órganos que son los encargados velar por su cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esa protección se realiza con relación a la violación de derechos humanos por parte de un Estado miembro sin considerar el órgano que emitió el acto o la naturaleza del mismo, pues la obligación es del Estado y así es considerado a nivel internacional, lo que permite proteger cualquier violación mediante actos legislativos, y obtener el resarcimiento respectivo por los daños causados.¹²¹

II.3.2.2.1 Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

Se encuentra integrada por siete miembros electos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en base a la lista de propuestas que realice cada uno de los Estados miembros de personas como alta autoridad moral y conocimientos en materia de derechos humanos.

administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. [en línea]. Consultado en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf> [Consulta 25 de agosto de 2016].

¹²¹ En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso entre otras cosas, que el Estado mexicano debía realizar reformas legislativas al artículo 57 del Código de Justicia Militar a efecto de hacerlo compatible con los estándares internacionales y la Convención Americana, así como reformas que generaran recurso efectivo para impugnar la competencia del fuero militar por aquellas personas que se vean afectadas por la intervención de éste; pero además condeno al Estado mexicano al pago de cantidades de dinero por concepto de daño material, daño inmaterial, costas y gastos a favor de las víctimas. Consultado en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=343&lang=es [Consulta 25 de agosto de 2016].

Su principal función es la observación y protección de los derechos humanos y servir como un órgano consultivo de la Organización; tiene como funciones el hacer recomendaciones a Estados parte para la adopción de medidas progresivas a favor de los derechos humanos; preparar estudios y reportes sobre las condiciones de los derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos; conducir observaciones, y solicitar a los gobiernos de los Estados miembros informarle sobre las medidas adoptadas por ellos en materia de derechos humanos¹²².

La Comisión será competente para recibir quejas y denuncias de cualquier persona, grupo de personas, o inclusive entidad no gubernamental legalmente reconocida en el Estado miembro, siempre y cuando se haya agotado previamente todos los recursos contemplados en el orden interno del Estado respecto del cual se alega la violación del derecho humano, se haga dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución definitiva, y no exista pendiente otro procedimiento o arreglo internacional.

Sin embargo este mecanismo no permite un resarcimiento de daños por actos legislativos, ya que el procedimiento no lleva a obtener una resolución de condena al pago de una indemnización por la violación de los derechos humanos, sino que sólo busca realizar una investigación y generar un acuerdo amistoso entre las partes, mismo que en caso de ser logrado generará un informe en que se hagan saber los hechos del caso y los términos de la solución, mediante su publicación por parte del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

Si no se logra el acuerdo, se generará un informe que se hará saber a los Estados involucrados, formulando proposiciones y recomendaciones para solucionar el conflicto, mismas que deberán ser atendidas por el Estado responsable; por ello al tratarse de una mera recomendación, no tiene carácter de sentencia ejecutoria, por lo que lo más que se logrará en caso de que no sean atendidas las proposiciones y recomendaciones será la publicación que realice la Comisión de su informe.

¹²² Chacón Rodríguez, José Luis, *La última instancia en la protección de defensa de los derechos humanos en México*, segunda edición, México, Flores Editor y Distribuidor, 2016, p. 103.

II.3.2.2.2 Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Se encuentra integrada por siete jueces elegidos mediante voto secreto y por mayoría absoluta, entre los juristas de más alta autoridad moral en los Estados miembros; su competencia se puede dividir en dos: por un lado puede atender a solicitud de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) cualquier asunto que se relacione con la interpretación y aplicación de la Convención, y por el otro, atender las demandas que se realicen por violación a derechos o libertades consagradas en la Convención, siempre y cuando el Estado respecto del cual se aleguen las violaciones haya reconocido la jurisdicción de la Corte; por ello se dice que tiene dos funciones en específico: consultiva y contenciosa.¹²³

A diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte al tener facultades para conocer de controversias que impliquen violación de derechos o libertades consagradas en la Convención, si puede generar una resolución con carácter definitivo e inapelable, que busque no sólo la declaración de la existencia de la violación, sino también el resarcimiento de los daños que se pueden llegar a causar según lo requiera el caso, tal como lo señala el artículo 63.1 de la propia Convención y se ha reiterado a través de Jurisprudencias de la Corte Interamericana:

542. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.¹²⁴

450. La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados.

¹²³ *Ibidem*, p. 105.

¹²⁴ Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de noviembre de 2014, serie C, número 287.

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.¹²⁵

A través de la Convención Americana de Derechos Humanos se asume el compromiso de cumplir con sus disposiciones y las contenidas en otros tratados internacionales, compromiso que no involucra únicamente al gobierno, a la administración pública o a determinadas corporaciones ejecutivas, sino al Estado en su conjunto, estableciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los Estados tienen como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía respecto de los individuos sometidos a su jurisdicción, lo que supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención establece.¹²⁶

Por ello es obligación de los Estados miembros, entre ellos México, el adaptar en su orden interno las medidas necesarias para lograr el resarcimiento de cualquier daño que puedan llegar a tener por la actuación del Estado, incluyendo dentro de éste, a cualquier órgano (inclusive el poder legislativo), estando sujeto a que en caso de que no se cumpla con ese deber, se le pueda fincar una responsabilidad internacional, y deberá resarcir el daño causado en el caso concreto por su omisión.

¹²⁵ Corte IDH, caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C, número 205.

¹²⁶ López Olivera, Miguel Alejandro, *El Control de Convencionalidad en la Administración Pública*, primera edición, México, Novum, 2014, pp. 67-68.

II.4. AUSENCIA DE UN MECANISMO DIRECTO DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN MÉXICO

Mediante la aplicación del principio de división de poderes, se sigue generando el día de hoy, un adecuado control entre las funciones que se realizan por parte del Estado, a efecto de evitar un poder absoluto por parte de uno sólo de sus órganos; sin embargo como fue señalado, esta división no se da en México con un carácter rígido, sino que en muchos casos opera a través de la colaboración de los órganos, e inclusive los tres poderes ejercen una función principal, pero en ciertos casos expresamente establecidos, pueden ejercer la función de los otros poderes.

La sujeción de las autoridades a la Constitución, ha generado la necesidad de velar por el respeto de los valores y principios que se consagran en ella, a través de la figura de los denominados Tribunales Constitucionales que, en México, de inicio ejercían un control exclusivo, pero que a partir de la reforma en materia de derechos humanos del 2011, ese control debe ser ejercido por todas las autoridades.

En el caso de la actividad legislativa que se lleva a cabo en México, los controles jurídicos que se ejercen sobre ella, no tienen como característica el buscar un resarcimiento de daños que se puedan causar con ésta, pues su finalidad se enfoca en invalidar el producto de la actuación que se traduce en una norma de carácter general, abstracto e impersonal, a efecto de que deje de aplicarse por tener consecuencias hacia el futuro; además de lo anterior, de los controles analizados sólo el Juicio de Amparo y el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ser promovidos por los particulares.

Por ello y ante la ausencia de un mecanismo directo de protección de los gobernados contra actos legislativos en México, es indispensable analizar de qué manera se da este tipo de responsabilidad en otros países, y cuáles han sido las ventajas y desventajas de su implementación para poder establecer una perspectiva de desarrollo de esta figura en México; estas cuestiones serán las que se aborden a lo largo del siguiente capítulo.

CAPITULO III.
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR
ACTOS LEGISLATIVOS. UN ANÁLISIS EN EL DERECHO COMPARADO.

III.1. EL ACTO LEGISLATIVO Y LA RESPONSABILIDAD LEGISLATIVA

El tema de la responsabilidad del Estado se ha ido expandiendo poco a poco a todas las actividades desarrolladas por sus órganos, siendo la función legislativa la que ha generado más problemática para poder ser aceptada; sin embargo, los criterios que se han establecido a nivel internacional determinan una responsabilidad del Estado como tal, por cualquiera de las funciones que desempeñe, sin tomar en cuenta el órgano que las realiza.¹²⁷

Ésta postura se basa en los principios del derecho internacional que consideran al Estado como un todo, sin importar la estructura orgánica que hay sido adoptada en el ámbito horizontal del poder (ejecutivo, legislativo y judicial) o respecto a la división vertical del poder (federal, autonómico, regional, etc.).

Como fue señalado en el apartado correspondiente, a través del principio de división de poderes se ha buscado que las principales funciones que desempeña el Estado estén a cargo de diversos órganos con la finalidad de lograr un control entre ellos, pero esto no implica que los otros dos poderes no puedan tener dentro de sus atribuciones el ejercer la función que de manera formal no les corresponde; por ello pensar que un acto legislativo es aquel que es realizado por el poder legislativo sería caer en un error, ya que los otros poderes también emiten actos legislativos, así como el poder legislativo materialmente realiza actos ejecutivos y jurisdiccionales.¹²⁸

¹²⁷ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre del 2000, serie C, número 70, párrafo 129.

¹²⁸ Esta postura parte de la tesis dualista de la Ley propuesta por Paul Laband en su obra clásica *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, de 1871, tal como lo señala Mijangos Borja, María de la Luz, "La naturaleza jurídica del presupuesto", en Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en la LIX Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *El veto presidencial al presupuesto de egresos*, primera edición, México, 2004, pp. 49-77, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3471-el-veto-presidencial-al-presupuesto-de-egresos?c=123924> [Consulta 20 de septiembre del 2018]

Para poder analizar la responsabilidad que puede llegar a generarse a través de la emisión de actos legislativos, es importante establecer qué debe entenderse por éstos, ya que podría considerarse como una responsabilidad que sólo aplica para el poder legislativo, circunstancia que no ocurre en la realidad.

El acto legislativo debe ser entendido como una facultad para para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho, la cual se otorga en la actualidad a un órgano o representante de la sociedad, ya que de origen la facultad pertenecía al monarca y fue con la llegada del Estado de derecho y la división de poderes, que se otorgó formalmente al poder legislativo, sin que sea una facultad exclusiva de éste.¹²⁹

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al hacer la distinción entre acto administrativo y legislativo, ha establecido en la Tesis P./J. 23/99, que el acto legislativo será aquel que genere una norma con carácter general, abstracto e impersonal, independientemente del órgano que lo realiza, por lo que en cada caso se deberá analizar si se reúnen estas características para estar en posibilidad de darle el carácter de acto legislativo a la función ejercida

[...] un acto legislativo es aquel mediante el cual se crean normas generales, abstractas e impersonales. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley. Además, la diferencia sustancial entre una ley y un decreto, en cuanto a su aspecto material, es que mientras la ley regula situaciones generales, abstractas e impersonales, el decreto regula situaciones particulares, concretas e individuales. En conclusión, mientras que la ley es una disposición de carácter general, abstracta e impersonal, el decreto es un acto particular, concreto e individual. Por otra parte, la generalidad del acto jurídico implica su permanencia después de su aplicación, de ahí que deba aplicarse cuantas veces se dé el supuesto previsto, sin distinción de persona. En cambio, la particularidad consiste en que el acto jurídico está dirigido a una situación concreta, y una vez aplicado, se extingue [...].¹³⁰

¹²⁹ Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, primera edición, México, Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 155-158.

¹³⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril 1999, p. 256.

En base al concepto anterior se puede establecer que en el desempeño de sus funciones, cualquiera de los órganos del Estado puede emitir actos legislativos, pues si bien es cierto que la función legislativa de manera formal corresponde a uno de los órganos del Estado, desde el punto de vista material puede ser realizada por cualquiera de ellos cuando emiten normas generales, abstractas e impersonales.

Si el Estado de Derecho implica un sometimiento de las autoridades a lo establecido en la Norma Fundamental, cualquier acto de los órganos del Estado independientemente de su naturaleza, no puede ser realizado de manera libre, sino que debe ajustarse a ésta, razón por la cual existe y existirá siempre una responsabilidad que se base en la emisión de actos legislativos.

Julio Cesar Gamba Ladino establece que el poder público pertenece a la comunidad y proviene del poder constituyente, por lo que debe acatar los mandatos de éste que se representan con fines, valores, principios y derechos consagrados en la Constitución; por ello si el legislador va en contra de ese sistema axiológico, viola el mandato del constituyente, surgiendo la necesidad no sólo de controlar la constitucionalidad de sus actos, sino también la de garantizar la reparación de los daños que se lleguen a producir con éstos.¹³¹

Así surge la responsabilidad legislativa en aquellos casos en que se realice un acto legislativo en sentido material, emitiendo una norma general abstracta e impersonal sin respetar lo establecido en la norma fundamental, responsabilidad que se basa en la naturaleza del acto, sin importar quien lo haya realizado, pudiendo incurrir en ella cualquiera de los órganos que se encuentren facultados para emitir actos legislativos.

Según Luis Rodrigo Vargas Gil la responsabilidad del Estado legislador es el derecho del gobernado a recibir una indemnización cuando ha sido afectado con su patrimonio por la aplicación de una ley, por lo que solamente se acepta en los

¹³¹ Gamba Ladino, Julio Cesar, Responsabilidad del Estado Legislador, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, número 238, julio-diciembre 2002, p. 254, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1626/14.pdf> [Consulta 5 de mayo de 2017].

sistemas jurídicos que han reconocido la responsabilidad patrimonial por actos ilícitos.¹³²

Para Álvaro Castro Estrada esta responsabilidad se presenta cuando el Poder Legislativo, en su carácter de poder del Estado, expide una ley y ésta le ocasiona daños y perjuicios a un particular, independientemente de la aplicación de la misma por la Administración.¹³³

Sin embargo y en base al criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a los actos legislativos como aquellos que generen una norma con carácter general, abstracto e impersonal, la responsabilidad por la emisión indebida de éstos debe ser entendida como: la necesidad de resarcir los daños que cause cualquiera de los órganos del Estado, por la realización o no realización de actos que tengan el carácter legislativo, cuando la conducta viole normas constitucionales y/o convencionales, ya que aún y cuando los órganos del Estado tienen plena libertad para establecer el contenido de las normas, éstas nunca deben afectar los valores y principios que fueron consagrados en la Constitución.

III.2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actuaciones ha sido aceptada en la doctrina, legislación y jurisprudencia de los países; sin embargo la problemática existente todavía hoy en día, se centra en establecer cuáles son las actividades respecto de las cuales el estado debe responder resarciendo los daños que llegue a causar. Prácticamente en todos los casos en los que se habla de la responsabilidad patrimonial del Estado, éste involucra a la actividad administrativa misma que se puede ver en dos vertientes: los actos administrativos en estricto sentido y que van dirigidos a un sujeto o sujetos en específico, y la deficiencia en la prestación de los servicios públicos.¹³⁴

¹³² Vargas Gil, Luis Rodrigo, *op. cit.*, p. 234.

¹³³ Castro Estrada, Álvaro, *op. cit.* p. 120.

¹³⁴ Fernández Fernández, Vicente, *La responsabilidad patrimonial del estado en México e Iberoamérica*, primera edición, México, Porrúa, 2010, p. 7

La responsabilidad por actos jurisdiccionales también es reconocida en el orden interno de muchos países, e inclusive a nivel internacional; la Convención Americana de Derechos Humanos de manera textual en su artículo 10 establece el derecho a una indemnización en caso de condena por sentencia firme derivada de un error judicial, o el Tratado de la Comunidad Europea que en su artículo 288 establece la obligación de la Comunidad de reparar los daños que causen sus instituciones o agentes en ejercicio de sus funciones, tomando en cuenta los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

Sin embargo hablar de una responsabilidad legislativa todavía sigue siendo materia de cuestionamientos, ya que no en todos los países se reconoce la existencia de esta figura por considerar que por ser los legisladores representantes de los gobernados, sus actividades solo implican la realización de la voluntad de éstos; por ello sólo en algunos casos se reconoce el derecho a una indemnización siempre y cuando la ley la establezca de manera clara.

Dos son los argumentos que durante mucho tiempo justificaron la irresponsabilidad del órgano legislativo: 1) el ser el órgano depositario de la soberanía y, por lo mismo, 2) los actos que se realizaban por él sólo reflejaban el sentir del pueblo en busca del beneficio social.¹³⁵

El no reconocimiento de la responsabilidad legislativa venía y viene dado por la influencia política, ya que quienes ostentaban el poder en un momento determinado eran quienes sancionaban las leyes del momento en base a sus ideales, buscando quizás blindar al Estado contra cualquier posible reclamación por un acto legislativo, fundados en el criterio de la supremacía de la ley.¹³⁶

Para muchos juristas el no reconocimiento de una responsabilidad por actos legislativos tuvo como una causa fundamental la ausencia de control constitucional sobre las leyes, pues al no poderse determinar la existencia de una falta o culpa en la actuación generaba la imposibilidad de una sanción.

¹³⁵ Gamba Ladino, Julio Cesar, *op. cit.*, pp. 265-266.

¹³⁶ Pulido González, Andrés, "El Paradigma de la responsabilidad del Estado legislador", *Erga Omnes*, revista jurídica de la Sindicatura Municipal de Chacao, Venezuela, número 4, enero-junio 2008, pp. 234-255, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO_CHACAO/4/REO_CHACAO_2008_4_234-255.pdf [Consulta 27 de marzo del 2017]

Sin embargo estas ideas poco a poco fueron cambiando debido a diversos factores; según lo establece Ernesto Jinesta Lobo, el principio de soberanía legislativa entró en crisis permitiendo la existencia de la responsabilidad del Estado-Legislator por las razones siguientes: a) la integración de los conceptos de Sociedad y Estado, generando la concepción del parlamento como un órgano estatal; b) el hecho de considerar al legislador como funcionario del Estado y no como funcionario popular dotado de autonomía; c) la concepción del acto legislativo como un acto del Estado y no como un acto de soberanía; d) el establecimiento de sistemas de control de constitucionalidad, desplazando la soberanía de la ley a la Constitución; y finalmente, e) el admitir la posibilidad de que una ley genere efectos concretos y particulares.¹³⁷

La responsabilidad por actos legislativos se ha reconocido a través de jurisprudencias, declarando el derecho al resarcimiento de los daños causados a los gobernados en aquellos casos en que no tenían la obligación de soportar; Francia dio fundamento a ese derecho considerando que existía una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas; España se basó en la violación al principio de la confianza legítima y recientemente a la circunstancia de declaratoria de inconstitucionalidad de la ley; y Colombia en la violación a los principios de solidaridad y de igualdad entre los individuos.¹³⁸

III.3. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de la responsabilidad por actos legislativos en el derecho comparado se ha realizado de manera paulatina, buscando no dejar abierta la posibilidad de reclamación de una indemnización por cualquier caso, sino sólo en

¹³⁷ Jinesta Lobo, Ernesto, "La responsabilidad del Estado Legislador", *Revista de Derecho Público*, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, Costa Rica, número 1, julio 2005, http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20LEGISLADOR.PDF [Consulta 19 de marzo del 2017].

¹³⁸ Leiva Ramírez, Eric y Alonso García, María del Consuelo, "La responsabilidad patrimonial del legislador", *Revista Administración y Desarrollo*, Colombia, volumen 40, número 55, enero-junio 2012, pp. 33-48, <http://esapvirtual.esap.edu.co/ojs/index.php/admindesarro/article/view/127> [Consulta 22 de febrero de 2016].

aquellos supuestos en que se considera que existe una verdadera afectación patrimonial para el particular, que no debe quedar si posibilidad de resarcimiento.

De la información analizada para la realización de la presente investigación puedo establecer que aún con sus variantes, en la práctica son cuatro los supuestos que han sido aceptados para generar el resarcimiento de daños causados por la actividad legislativa del Estado: 1) declaración de una ley inconstitucional; 2) existencia de una ley constitucional que causa un sacrificio especial para un individuo; 3) violación a normas de carácter internacional; 4) existencia de una omisión legislativa.

III.3.1. Responsabilidad por leyes inconstitucionales

Un primer supuesto de la responsabilidad por actos legislativos se presenta en aquellos casos en que la norma dictada es declarada por el Tribunal competente como contraria al orden constitucional; de acuerdo con Ernesto Jinema Lobo, existen tres casos concretos de responsabilidad por leyes inconstitucionales:¹³⁹

1.- Cuando una ley desconoce derechos fundamentales que derivan de la Constitución; el afectado puede demandar el pago de los daños y perjuicios.

2.- Cuando la ley otorga determinadas situaciones jurídicas sustanciales a los administrados y con posterioridad se declara inconstitucional generando que las mismas sean nulas; en caso de que no se protejan los derechos adquiridos o las situaciones generadas, al existir una lesión antijurídica, podría el afectado demandar el pago de los daños y perjuicios.

3.- Cuando una ley otorga situaciones jurídicas sustanciales a los administrados y una ley posterior las suprime, modifica o extingue; se podrían demandar los daños y perjuicio por todo el tiempo que la ley posterior estuvo vigente.

La problemática que se ha presentado en estos casos es que no existe un principio general para determinar que se dará una indemnización, ya que en muchos casos será la propia sentencia que declare la inconstitucionalidad de la

¹³⁹ Jinema Lobo, Ernesto, *op. cit.* pp. 21-22.

ley la que determine si esta tendrá efectos *ex nunc*¹⁴⁰ o efectos *ex tunc*,¹⁴¹ en algunos países como en España, el Tribunal Constitucional ha dictado la resolución en ambos sentidos por lo que no se puede establecer un criterio general, sino que se tiene que atender a cada caso concreto.

Según Juan Ignacio Moreno Fernández, el legislador tiene que tener presentes las consecuencias de su incorrecta actuación legislativa, siendo necesario para ello que la declaración de la nulidad de las normas que sean contrarias a la Constitución, se haga con efectos *ex tunc* y sin limitación alguna, para así provocar el derecho de los ciudadanos a obtener la reparación del perjuicio causado por la mala actuación del Estado.¹⁴²

Por lo tanto, en caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, se deberá atender al sentido y alcance que la propia resolución establece, pudiendo obtenerse el pago de la indemnización en ese procedimiento, o en su caso, a través de una demanda de responsabilidad patrimonial de manera independiente, en donde el fundamento sea la resolución de inconstitucionalidad de la norma y las consecuencias que esta genera.

III.3.2. Responsabilidad por leyes constitucionales

El derecho de propiedad privada puede encontrarse limitado por cuestiones de orden público en beneficio de la colectividad; sin embargo, la afectación que reciban los particulares debe ser justa para todos atendiendo a su situación particular.

La responsabilidad del legislador por leyes constitucionales se origina en aquellos casos en que aún y cuando no se va en contra de ningún precepto constitucional, la aplicación de alguno de ellos genera un empobrecimiento en el

¹⁴⁰ Consiste en nulificar la norma retrotrayendo los efectos al momento en que entro en vigor.

¹⁴¹ Se presenta cuando los efectos de la nulidad de la norma se dan a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad.

¹⁴² Moreno Fernández, Juan Ignacio, *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia Tributaria y vías para reclamarla*, primera edición, España, Aranzadi, 2009, p. 63.

particular derivado de la existencia de un sacrificio especial que él realiza, generando una desigualdad en las cargas públicas.¹⁴³

Un caso interesante se dio en Argentina, en donde la señora Rosa Elsa Parrilli promovió demanda contenciosa administrativa en contra el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, el Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires y la Legislatura de la ciudad de Buenos Aires, reclamando los daños y perjuicios que se le ocasionaron en virtud del actuar lícito del Estado, pues ella fue nombrada juez de primera instancia y antes de que se le tomara su juramento, se sancionó la ley N°1.086/03, la cual determinó la reducción de jueces; la demanda se presentó una vez que dicha persona obtuvo amparo favorable que obligó a que se le reconociera como jueza y ocupara el cargo respectivo.

Mediante la demanda se reclamaba el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actuar lícito, pues el sancionar la ley señalada no implicaba una actuación en contra del ordenamiento jurídico, pero sí generaba un sacrificio especial a cargo de la demandante; como consecuencia de la existencia de la responsabilidad, se demandaba el pago de la indemnización correspondiente, que en el caso concreto, consistía según la reclamante, en la diferencia salarial existente entre lo que debió percibir dicha persona como jueza de primera instancia desde su nombramiento hasta la fecha en que en virtud del amparo que promovió asumió el cargo, el pago del daño moral causado, así como el resarcimiento por la privación del goce de los beneficios sociales del cargo de juez, aportes, contribuciones y los incrementos correspondientes por antigüedad en el cargo.

La demanda resultó procedente y reconoció la responsabilidad del Estado, condenando al pago no de todas las prestaciones reclamadas, sino sólo el 80% de la diferencia existente entre la remuneración que durante ese tiempo obtuvo la reclamante en los puestos que desempeñó, y las que debió de haber recibido si hubiere ocupado el cargo de jueza; aún y cuando ambas partes presentaron

¹⁴³ Como ya fue señalado en el primer capítulo de este trabajo, esta tesis fue propuesta por el francés George Teissier, quien sostenía que los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos; en caso de daños excepcionales causados por el poder público deben ser indemnizados.

recurso de apelación en contra de la sentencia, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires, confirmó la existencia de la responsabilidad del Estado y sólo modificó el importe que por concepto de indemnización se debía cubrir.¹⁴⁴

El caso señalado demuestra de manera clara como este tipo de responsabilidad tiene por base la existencia situación especial para el particular que no se justifica bajo ninguna circunstancia, y a través de la cual éste resulta afectado al contribuir de una manera mayor al cumplimiento de los fines del Estado, lo que le provoca un daño que debe ser resarcido por el beneficiario del mismo, en este caso, el Estado.

III.3.3. Responsabilidad por violación a normas de carácter internacional

La responsabilidad por el no acatamiento de los tratados internacionales puede llegar a generar una responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos en aquellos casos en que no se adopten dentro del orden interno las normas que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos a nivel internacional. Tanto en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos como en el artículo 10° del Tratado de la Comunidad Europea, se establece de manera clara el deber mencionado:

Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 10. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente

¹⁴⁴ "PARRILLI ROSA ELSA C/ GCBA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)", resolución dictada el 23 de agosto del 2014, por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires, dentro del expediente N°27.755/0. <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/053/392/000053392.pdf> [Consulta 10 de abril del 2018].

Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

Este es un ejemplo claro de cómo independientemente de que en el orden interno de un país se contemple o no la responsabilidad del poder legislativo, a través de los tratados internacionales se reconoce de manera textual esa responsabilidad al obligar a los estados a legislar para hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados; tal y como lo señala Juan Ignacio Moreno Fernández, ante la violación del derecho comunitario (derecho derivado de tratados internacionales) es indiferente cual es el órgano que llevó a cabo la acción u omisión que generó el incumplimiento, ya se trate del poder legislativo, judicial o ejecutivo, pues la obligación de reparar el daño no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales.¹⁴⁵

III.3.4. Responsabilidad por omisión legislativa

La omisión legislativa se produce cuando una norma de rango superior como podría ser la propia Constitución Política o un instrumento internacional, le imponen a la Asamblea Legislativa el deber de regular o desarrollar, mediante una ley, una política o unos derechos que benefician a un sector determinado de la población y pese a lo anterior, persiste la inercia legislativa.¹⁴⁶

En México el cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito definió la omisión legislativa como

[...] la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquellas normas de obligatorio y concreto desarrollo, de forma que impide la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional, esto es, incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas, y esto sucede cuando

¹⁴⁵ Moreno Fernández, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁶ Jinesta Lobo, Ernesto, *op. cit.*, p. 23.

el silencio del legislador altera el contenido normativo, o provoca situaciones contrarias a la Constitución.¹⁴⁷

Así mismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido su propia clasificación de omisiones legislativas en base a las facultades y competencias que derivan del principio de división de poderes, las cuales pueden tener un carácter potestativo u obligatorio para el poder legislativo.¹⁴⁸

1.- Omisión absoluta: cuando no se ejerce la competencia de crear leyes ni se ha externado la voluntad de hacerlo. Puede ser en competencias de ejercicio obligatorio, si se tiene la obligación de expedir una ley y no lo hace, o en competencias de ejercicio potestativo, en las que decide el órgano legislativo no actuar por no existir un mandato que lo obligue.

2.- Omisión relativa: cuando se ejerce la competencia, pero se hace de manera parcial o no se realiza de manera integral, impidiendo el desarrollo y eficacia de la función legislativa. Puede ser en competencias de ejercicio obligatorio, cuando se emite una ley respecto de la cual se tiene el mandato para hacerlo, pero se realiza de manera incompleta o deficiente, o en competencias de ejercicio potestativo, en que se hace uso de la competencia potestativa, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

En base a lo anterior, la omisión legislativa podrá llegar a constituir una causa de responsabilidad patrimonial por actos legislativos, pero habrá que analizar cada caso concreto para determinar si la afectación se traduce de manera directa en un derecho subjetivo adquirido por los particulares, o en la violación al texto constitucional, por ir en contra de un mandato expreso, o de un deber implícito en base a los principios y valores que son protegidos por la propia Constitución.

¹⁴⁷ Tesis I.4o.A.21 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, diciembre de 2013, p. 1200.

¹⁴⁸ Tesis P./J. 11/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527.

III.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Como se ha venido señalando, la responsabilidad por actos legislativos sigue siendo un tema polémico que genera que no se reconozca en todos los Estados por considerar que esta actividad del Estado no puede ser sujeta de responsabilidad, por lo que es indispensable analizar en aquellos casos en que se regula, cuáles son las causas que llevaron a su reconocimiento, la forma en que se ha aplicado la misma, los resultados obtenidos, y en general, cualquier aspecto trascendente sobre el tema.

Para ello se tomará la regulación de la responsabilidad por actos legislativos en España, Colombia, Argentina y Chile, por ser países que si bien es cierto presentan variantes en cuanto a su aplicación, contemplan la posibilidad de una responsabilidad por el simple hecho de generar un daño especial, supuesto en el que se basa la regulación actual de la responsabilidad patrimonial en México.

Se realizará un análisis de la forma en que surgió la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en cada uno de estos países, su evolución, los casos que marcaron la figura a través de la interpretación que en su momento realizaron los Tribunales, la forma en que se encuentra regulada en la actualidad, así como las características que presenta, mismas que determinan los elementos que en su caso se deben acreditar al momento de presentar una demanda para obtener el resarcimiento de los daños causados; finalmente, se abordará el surgimiento de la responsabilidad por actos legislativos, los casos que motivaron su reconocimiento, y la normativa que en su caso existe para este tipo de responsabilidad.

III.4.1. La responsabilidad del Estado Legislador en España

III.4.1.1 Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho español

La evolución normativa de la responsabilidad patrimonial en España se dio a través de supuestos aislados en normas que concedían el derecho a una indemnización para un caso concreto; aún y cuando se contemplaba la figura de la responsabilidad civil, la jurisprudencia siempre la comprendió en caso de actos de funcionarios públicos, como responsabilidad de éstos y no de la administración pública, bloqueando el reconocimiento de una responsabilidad directa de la administración, y de una responsabilidad indirecta del funcionario público.¹⁴⁹

Fue la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, la que contempló de una manera general el derecho a la indemnización por daños que sufrieran los particulares en sus bienes o derechos derivados de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.¹⁵⁰

Este reconocimiento de responsabilidad patrimonial de carácter general, logró la aceptación de la responsabilidad a nivel estatal, generando una nueva concepción de la misma a través de dos características fundamentales: 1) una responsabilidad directa de la Administración, pudiendo ésta en su caso exigir lo correspondiente al funcionario; 2) la garantía del pago al particular con independencia de la existencia de culpa o negligencia del funcionario, eliminando la característica de una responsabilidad directa y subsidiaria, lo que le da el carácter de objetivo al daño.¹⁵¹

A nivel de norma suprema, fue la Constitución española de 1978 la que a través de dos artículos dio fundamento a la responsabilidad patrimonial del Estado; en su artículo 9.1 estableció la obligación de sujeción de los Poderes Públicos al texto constitucional y al ordenamiento jurídico, y en el artículo 106.2 consagró el derecho a ser indemnizado por cualquier lesión en sus bienes y derechos por el

¹⁴⁹ Moreno Molina, José Antonio, *op. cit.*, pp. 85-86.

¹⁵⁰ Artículo 121.1 Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

¹⁵¹ Moreno Molina, José Antonio, *op. cit.*, pp. 87-88.

funcionamiento de los servicios públicos, contemplando sólo como una excluyente de responsabilidad los casos de fuerza mayor.¹⁵²

El complemento de la regulación anterior lo fue la Ley 30/1992 del 26 de noviembre relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a través de la cual se regularon los principios aplicables en materia de responsabilidad de las administraciones públicas, donde no existía un reconocimiento de la responsabilidad por actos legislativos, sino sólo una responsabilidad administrativa por la aplicación de los mismos cuando tuvieran el carácter no expropiatorio y no existiera justificación para que los particulares soportaran la afectación. El artículo 139 de esta Ley en sus apartados 1, 2, 3 y 4, establecía lo siguiente

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.
4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A través del reconocimiento constitucional del derecho a una indemnización por una mala actuación de los funcionarios públicos, y el reconocimiento de un mal funcionamiento en aquellos casos en que se reciba una afectación respecto de la cual el particular no tenía el deber de soportar, permitió fundamentar una responsabilidad patrimonial en materia Administrativa y hacer válido el derecho a un resarcimiento; sin embargo, los derechos reconocidos a nivel constitucional y

¹⁵² Consultado en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 [Consulta 22 de febrero de 2017].

legal aún no generaron la posibilidad de una responsabilidad por actos legislativos, la cual se fue gestando a través de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, hasta lograr su reconocimiento de manera reciente a través de la Ley 40/2015, relativa al Régimen Jurídico del Sector Público, y la cual será sujeta de análisis un poco más adelante.

III.4.1.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho español

A partir de la creación de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se dio un cambio radical en cuanto a los elementos característicos de la responsabilidad patrimonial.

Luis Martín Rebollo establece como características de este nuevo sistema de responsabilidad patrimonial en España: 1) ser unitario, ya que rige para todas las Administraciones Públicas en los dos ámbitos, relaciones de derecho público y privado; 2) general, puesto que se refiere a toda la actividad e inactividad de la Administración; 3) con responsabilidad directa, ya que no aplica la subsidiariedad sólo para el caso de que el funcionario responsable no pueda cubrir; 4) con responsabilidad objetiva, ya que no es necesaria la culpa para demostrar la existencia de la responsabilidad; 5) integral, pues busca la reparación tanto del daño material como del moral de las víctimas; 6) con unidad jurisdiccional, ya que es sólo una autoridad la que conoce y resuelve de los casos que se presentan sobre la materia; 7) se basa en la lesión sufrida, por lo que el daño debe de ser efectivo (real y no hipotético), evaluable, individualizado e imputable a la Administración.¹⁵³

Por su parte José Ignacio Ruiz de Palacios Villaverde establece que el fundamento del derecho a recibir una reparación en caso de responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho español se basa en dos principios: 1) la

¹⁵³ Martín Rebollo, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, España, número 150, septiembre-diciembre 1999, pp. 344-346, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/1795> [Consulta 7 de abril de 2017].

igualdad ante las cargas públicas, ya que aún y cuando el administrado debe de soportar sin indemnización las cargas impuestas a los ciudadanos, puede reclamar en caso de un daño específico y singular; 2) la reparación del riesgo social, ya que los servicios públicos crean situaciones objetivas de riesgo que la administración no puede evitar, y toda vez que las actividades se realizan en beneficio del interés general, es justo que el particular que resulte afectado sea resarcido de manera económica por la colectividad, como un derecho a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio, frente a la intromisión que puede darse de los poderes públicos.¹⁵⁴

III.4.1.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español

El reconocimiento legal de la responsabilidad por actos legislativos en el derecho español se enfrentó en un inicio a varias circunstancias que impidieron su reconocimiento expreso: 1) se consideraba al Parlamento irresponsable de sus productos legislativos; 2) la ley se consideraba soberana, siendo inmune a cualquier control ajeno al de constitucionalidad; 3) al tener la ley una eficacia general, no se podía considerar una afectación individualizada en un patrimonio concreto; 4) el hecho de que aún y cuando se reconociera constitucionalmente la responsabilidad de los poderes públicos, sólo se reglamentaran la responsabilidad administrativa y judicial.¹⁵⁵

Las primeras normas aplicables en materia de responsabilidad legislativa se dieron a través de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo; sin embargo,

¹⁵⁴ Ruíz de Palacios Villaverde, José Ignacio, *Memento práctico de responsabilidad patrimonial de la Administración*, primera edición, España, Ediciones Francis Lefebvre, S.A., 2013. pp. 13-14, <https://www.efi.es/content/download/53857/469979/version/1/file/memento-responsabilidadpatrimonial-de-la-administracion-2018-2019-10.pdf> [Consulta 13 de abril de 2017].

¹⁵⁵ Alonso García, Ma. del Consuelo, "Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador", en *las Jornadas de letrados de las Comunidades Autónomas*, España, 2015, http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20150603/nuevos_limites_responsab._patrimonial.pdf [Consulta 13 de abril de 2017].

no tardaron mucho en ser cuestionados ya que se determinó como fundamento de esta figura la violación al principio de la confianza legítima.¹⁵⁶

Uno de los juristas más críticos al establecimiento de ese principio como fundamento de la responsabilidad legislativa en España lo fue Eduardo García de Enterría, quien señalaba que no era posible demandar el pago de una indemnización por la simple modificación de normas, pues para él si una Ley o Reglamento que han creado una situación objetiva cambian, las situaciones anteriores dejan en el mismo momento de existir y los sujetos afectados pasarán a tener los derechos que resulten de la nueva Ley, exclusivamente, sin que puedan oponerse a esa sustitución.¹⁵⁷

El reconocimiento de la responsabilidad por leyes declaradas inconstitucionales y la necesidad de indemnizar por los daños que se causen con su aplicación, se planteó por primera vez en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 29 de febrero del año 2000 con motivo de la reclamación presentada por la empresa Juegomatic S.A., en contra de la Ley 5/1990, del 29 de junio de ese año, misma que contemplaba un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte o azar, y se aplicaba a 31 máquinas que la empresa tenía en exportación generándole una cantidad fuerte de pesetas a cubrir por cada máquina.¹⁵⁸

La demanda se basó en el hecho de que la Ley mencionada había sido declarada inconstitucional, por lo que la empresa Juegomatic S.A. argumentaba que era procedente restituir las cantidades que habían sido cubiertas; la defensa por su parte consideraba no fundados los argumentos, ya que si bien es cierto que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contemplaba en su artículo 139.3 la responsabilidad de las administraciones públicas por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de

¹⁵⁶ Se basa en el hecho de que los ciudadanos tienen la seguridad de que la actuación de las Administraciones Públicas no se puede alterar de una manera arbitraria cambiando las condiciones existentes. En el derecho español el Tribunal Supremo estableció criterios en los cuales señalaba que al modificarse una Ley, si se causaba un daño a una persona por cambiar su situación, se podría llegar a reclamar el pago de los daños y perjuicios causados.

¹⁵⁷ García de Enterría, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho español*, segunda edición, España, Thomson Civitas, 2007, p. 62.

¹⁵⁸ Tejera Hernández, Evangelina Verónica de la y Herrera Molina, Pedro Manuel, *op. cit.*, p. 1149.

derechos, sólo se presentaba ésta en aquellos casos en que el particular no tenía el deber jurídico de soportar el daño y la norma respectiva establecía la responsabilidad, señalando los términos de la misma.

Sin embargo, el Tribunal Supremo determinó que en resoluciones anteriores se había establecido que si una ley no declara nada sobre la responsabilidad, son los Tribunales los que deben determinar si procede o no indemnizar, pero en el presente caso no era necesaria dicha circunstancia ya que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es posterior a los hechos que generaron la reclamación, pero más aún, porque una ley declarada inconstitucional se encuentra vinculada de una manera más fuerte al mandato constitucional de reparar los daños y perjuicios causados que se hubieren originado con su aplicación, existiendo la tendencia doctrinal y en el derecho comparado de que al momento de declarar la inconstitucionalidad de una ley, se puede generar el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial si se causa una lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos sujetos de protección.¹⁵⁹

A efecto de no dejar a la interpretación de los Tribunales los casos de procedencia de una responsabilidad patrimonial por actos legislativos, el 2 de octubre del 2015, fue emitida la Ley 40/2015 relativa al Régimen Jurídico del Sector Público, misma sustituye a la mencionada Ley 30/1992 relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual entró en vigor un año después de su publicación y entre otras cosas, contempla de manera expresa los principios que rigen la materia de la responsabilidad por actos legislativos, adecuando la normatividad a los criterios que habían sido establecidos a través de los criterios del Tribunal Constitucional.

En dicho ordenamiento se contemplan dentro del capítulo IV relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, los principios de

¹⁵⁹ Resolución dictada el 29 febrero 2000, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, del Tribunal Supremo Español, dentro del expediente RJ\2000\2730. http://virtual.eapc.cat/pluginfile.php/142047/mod_resource/content/2/unitat4/media/sts_29_febrero_2000_acte_legislatiu.pdf [Consulta 10 de abril del 2018].

responsabilidad que rigen en caso de actos legislativos, dentro de los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 32 que a la letra señalan

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

Los preceptos legales señalados contemplan la responsabilidad por actos legislativos en tres casos concretos: 1) actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, en los que se afecte a los particulares y no tengan el deber jurídico de soportar la afectación; 2) normas declaradas inconstitucionales cuando el particular obtenga sentencia contra la actuación de la autoridad; 3) normas declaradas contrarias al derecho Comunitario cuando el particular obtenga sentencia contra la actuación en la que se haya acreditado que la norma confería un derecho al particular y se demuestre la relación de causalidad entre el deber de la autoridad y el daño causado.

Aun y cuando pareciera que la nueva reglamentación permite un mejor resarcimiento de daños causados por actos legislativos, para algunos autores viene a restringir el ámbito de aplicación que ya se había obtenido a través de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo.

Para Javier García Luengo, al tiempo que la Ley 40/2015 reconoce la posibilidad de la responsabilidad del Estado Legislador por los daños causados por una Ley inconstitucional, así como la derivada de daños causados de la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, genera una difícil aplicación práctica, ya que en ambos casos se requieren dos circunstancias: una sentencia firme desestimatoria de un recurso con la actuación administrativa que causo el daño, y que en el proceso se haya denunciado la inconstitucionalidad de la Ley; lo anterior tiene una justificación económica ya que aunque el reconocimiento de responsabilidad por leyes declaradas inconstitucionales es poco frecuente, no pasa lo mismo con relación a las violaciones al derecho de la Comunidad Europea, existiendo una preocupación para el erario de las cantidades que en su caso se tengan que cubrir.¹⁶⁰

Esta reciente reglamentación creada en el derecho español viene a reconocer de una manera clara el derecho a la indemnización por actos legislativos, corroborando los criterios que durante ya mucho tiempo habían sido aplicados por

¹⁶⁰ García Luengo, Eduardo, "Instituciones Sustantivas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: los principios de la potestad sancionador, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos", *Revista El cronista del Estado social y democrático del derecho*, España, número 63, octubre de 2016, pp. 22-24, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/440379> [Consulta 7 de abril de 2017].

el Tribunal Supremo; sin embargo, será el tiempo quien dictamine su efectividad, o como se ha señalado, su imposibilidad operativa en aras de una protección económica del Estado.

III.4.2. La responsabilidad del Estado Legislador en Colombia

III.4.2.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano

El proceso de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, pasó como en la mayoría de los países por diversas etapas que van desde su negación, la aplicación de normas de carácter civil generando un deber de resarcimiento pero sólo de manera indirecta al ser el funcionario público quien debe de responder directamente por sus actos, la consideración del Estado como ente público y por lo mismo sujeto a normas de responsabilidad específicas, culminando con el reconocimiento constitucional de una garantía de los gobernados de no sufrir afectaciones por parte de los funcionarios públicos y el derecho fundamental al resarcimiento de los daños que en su caso se puedan causar.

Los primeros casos de responsabilidad patrimonial del Estado conocidos por la Corte Suprema de Justicia de Colombia se dieron en el siglo XX, sin que existiera normatividad alguna que reconociera el deber del Estado de responder por la actuación de sus funcionarios; sin embargo, la influencia de las ideas que sobre el tema se plasmaban en otros países como Francia, generaron la necesidad de reconocer el derecho al resarcimiento de este tipo de daños, y establecer un fundamento normativo de ese derecho.

En un inicio se buscó resolver los conflictos existentes a través de la aplicación de las normas previstas por el Código Civil, teniendo como base la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, como una responsabilidad indirecta al ser considerado el Estado como un patrón; sin embargo, a partir de 1939 el criterio aplicado por la Corte Suprema cambió al considerar que la responsabilidad

patrimonial debía de tener un carácter directo y por lo mismo, debía fundarse en normas de derecho público, aplicando como fundamento de responsabilidad la ley 167 de 1941 (sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa), que en sus artículos 67 y 68 que contemplaban el derecho al restablecimiento de un derecho civil o administrativo que fuera lesionado por la acción de la administración pública.¹⁶¹

El paso definitivo al criterio del fallo en el servicio fue establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia del 30 de junio de 1962, mediante la cual se abandonó el criterio de la responsabilidad indirecta del Estado al determinar que ya no sería necesario que se demostrara la culpa o hecho del funcionario para que existiera responsabilidad por parte de éste, bastando que el servicio prestado causante del daño fuera irregular o deficiente; así se generó un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo en el que la falla o culpa en el servicio prestado no juega un papel determinante teniendo como hipótesis principales dos: 1) el riesgo excepcional (el demandado es exonerado de responsabilidad por demostrar que actuó de manera prudente y diligente) y 2) daño especial (el demandado es responsable a pesar de haber actuado correctamente, porque el daño es anormal por ser contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas).¹⁶²

A nivel constitucional, fue la Constitución Colombiana de 1991 la que reconoció de manera expresa el deber del Estado de responder por los daños que se causaran por cualquier autoridad pública consagrando la posibilidad de repetir en contra del funcionario al señalar de manera textual en su artículo 90 que

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

¹⁶¹ Armenta Ariza, Angélica María, "El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación", *Revista Via Iuris*, Colombia, número 6, enero-junio 2009, pp. 92-93, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293455> [Consulta 14 de abril de 2017].

¹⁶² Navia Arroyo, Felipe, La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución política, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, número 6, julio-diciembre 2000, pp. 217-219, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/659> [Consulta 14 de abril del 2017].

consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.¹⁶³

Con este artículo se logró consagrar una verdadera garantía constitucional indispensable en todo Estado de derecho y más aún, vinculado al carácter social de la Constitución Colombiana que tiene como fines esenciales el servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales (artículo 2° de la Constitución Colombiana).¹⁶⁴

Sin embargo, aún y cuando parece muy claro el carácter que la Asamblea Constituyente quiso plasmar con relación a la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, para el Consejo de Estado no fue así, ya que en sus primeros fallos aplicó la norma conforme al texto constitucional, pero con posterioridad mantuvo la aplicación de los regímenes tradicionales de la responsabilidad por falta de servicio, por falla presunta, responsabilidad sin falta y responsabilidad por daño especial, considerando al daño antijurídico como aquel que se subsume en estos regímenes tradicionales.¹⁶⁵

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia ha tenido una evolución a través de la jurisprudencia que genera un cambio constante en los criterios aplicados por los tribunales, basándose en la reglamentación española; por ello la figura en que se fundamenta la responsabilidad del Estado lo es la existencia de un daño antijurídico que bien puede ser derivado de un actuación lícita o ilícita, pero que como veremos más adelante, contempla la aplicación de los regímenes tradicionales de responsabilidad como son la falta de servicio, daño especial y riesgo excepcional.

¹⁶³ Consultado en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html [Consulta 14 de abril de 2017].

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (comps.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, primera edición, México, 2008, pp. 893-896, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3295-la-ciencia-del-derecho-procesal-constitucional-estudios-en-homenaje-a-hector-fixzamudio-en-sus-cincuenta-anos-como-investigador-del-derecho-edicion-salvadorena> [Consulta 21 de abril de 2017]

III.4.2.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano

El reconocimiento a nivel constitucional de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado permitió tener un fundamento real de su aplicación por parte de la autoridad, y establecer los requisitos necesarios para su acreditación dentro de un procedimiento jurisdiccional.

En base al análisis del artículo 90 de la Constitución Colombiana, se desprenden las siguientes características: 1) la responsabilidad es directa, ya que se atribuye al Estado y no al servidor público; 2) es objetiva, ya que lo relevante es el daño causado y no la causa que lo originó; 3) se basa en una actuación que vulnere el orden jurídico y por lo mismo cause un daño que el gobernado no tenga por qué soportar; 4) contempla la posibilidad de repetición del Estado en contra del funcionario que de manera directa causo el daño en la prestación del servicio.¹⁶⁶

Sin embargo el artículo 90 de la Constitución Colombiana no es más que una declaración que carece de la virtualidad necesaria para exigir de manera coactiva los derechos que protege, ya que la eficacia del postulado no está en sus propias manos sino que requiere de herramientas delegadas al legislador; así es el Código Contencioso Administrativo el que a través de su artículo 86 permite demandar la reparación del daño por cualquier hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de un inmueble derivados de trabajos públicos, una vez que quede establecida plenamente la existencia del daño, su condición antijurídica y su imputabilidad a una autoridad pública.¹⁶⁷

Para Oscar Javier Reyes Pinzón los elementos que es necesario demostrar para que se dé la figura de la responsabilidad del Estado en base a la normativa existente en Colombia son cuatro: 1) el hecho o actuación del Estado; 2) el daño; 3) la existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación del Estado sujeto; y

¹⁶⁶ Fernández Fernández, Vicente, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁷ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 898-905.

4) el fundamento del deber reparatorio para establecer el régimen de responsabilidad.¹⁶⁸

Según Angélica María Armenta Araiza la norma constitucional desde su creación fue sujeta de interpretaciones por parte del Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, generando diversos criterios que se pueden englobar de la siguiente manera:

a) Responsabilidad objetiva: no se exigió culpabilidad por parte del funcionario del Estado para tener por acreditada la responsabilidad, ya que se consideraba que el estudio del caso debía hacerse a partir de la lesión y no de la falla en el servicio.

b) Por regla general responsabilidad objetiva, pero en ciertos casos, la falla en el servicio: se considera que la responsabilidad del Estado se basa en la antijuricidad del daño y no de la conducta; sin embargo tratándose de obligaciones de medio será necesario considerar la falla en el servicio pues solo a través del conocimiento de la forma en que se realizó la conducta por el funcionario, se podrá saber si actuó de manera adecuada o no para evitar el daño.

c) Necesidad de un título de imputación: se requiere demostrar la existencia de la responsabilidad de la entidad estatal ya sea por una falla en el servicio, culpa personal del funcionario, violación del principio de igualdad ante la ley, igualdad ante las cargas públicas, existencia de un riesgo excepcional, por cometer un error judicial o atentar en contra de la equidad.¹⁶⁹

La jurisprudencia colombiana ha aceptado que dentro del concepto de daño antijurídico se contemplen los regímenes objetivos y subjetivos tradicionales, pues la noción de daño antijurídico es considerada el género que comprende sólo la posibilidad de aplicación de estos regímenes de responsabilidad administrativa (hoy considerados títulos de imputación), así como los regímenes contemplados de manera específica por el legislador.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Reyes Pinzón, Oscar Javier, "Precisiones acerca de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia", *Revista Jurídica Piélagos*, Colombia, número 5, diciembre 2006, p. 11, <https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagos/article/view/566> [Consulta 17 de abril de 2017].

¹⁶⁹ Armenta Araiza, Angélica María, *op. cit.* pp. 97-102.

¹⁷⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, "La responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia", en Rodríguez-Arana Muñoz Jaime (coord.) *La responsabilidad patrimonial de la*

El daño antijurídico es aquel que la víctima no está obligada a soportar, entendiéndose que se tiene que soportar un daño cuando el Estado tiene derecho a causarlo, ya sea porque ajustó su conducta a derecho, la ley le autorizó a actuar en esa forma o porque la víctima le permitió realizar esa conducta; así el daño antijurídico se traduce en aquel que resulta del incumplimiento de un deber jurídico del Estado o aquel que debe asumir la víctima en razón de su propia actuación frente a los hechos que produjeron el daño¹⁷¹.

Por ello aún y cuando a simple vista pareciera que el precepto constitucional que regula la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia deja de manera clara sus características, las diversas interpretaciones que se han llevado a cabo generan que se analice el caso concreto para poder determinar cuáles son los requisitos que se tienen que demostrar en base al título jurídico de imputación, mismos que se aplican en base a la teoría del daño antijurídico, lo que hace que sea en las mayoría de los casos una responsabilidad de carácter subjetivo, existiendo sólo de manera excepcional como objetiva.

III.4.2.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano

Al igual que en otros países, en Colombia la postura de la irresponsabilidad del legislador tuvo su origen en el concepto de soberanía al considerar que la ley es la manifestación de la voluntad del pueblo y que por lo mismo no puede llegar a causar ningún daño; sin embargo, al encontrarse la soberanía en el pueblo, el legislador se encuentra sometido a la constitución y debe responder por sus actuaciones frente a este.

A lo largo de la historia el legislador colombiano ha contemplado determinados casos concretos en que se reconoce el derecho a una indemnización derivada de actos legislativos; uno de los primeros casos se presentó a través de la resolución del 16 de octubre de 1821, por medio de la cual el Congreso General de Colombia

administración pública, primera edición, México, Universidad Panamericana, XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Espress, 2014. t. I, pp. 601-606.

¹⁷¹ Navia Arroyo, Felipe, *op. cit.*, pp. 226-229.

contempló una indemnización para aquellos amos que resultaran afectados porque sus esclavos fueran admitidos al servicio de las armas; otro caso se presentó mediante la Ley de manumisión de esclavos del 21 de mayo de 1851, la cual prohibía la esclavitud a partir del 1 de enero de 1852 y por lo mismo, reconocía el derecho a una indemnización de aquellas personas que sufrirían la pérdida de esclavos que formaban parte de su patrimonio; sin embargo, la postura de la irresponsabilidad del Estado legislador tiene su fundamento en dos tesis: el hecho de ser el legislador un poder soberano que expresa la voluntad de la nación y por ende no se le puede reclamar por las consecuencias de esa voluntad y, el carácter general de la ley que impide un daño especial que pueda repararse, siendo considerados los daños causados por el legislador como cargas públicas de aquellos a quienes va destinada la norma.¹⁷²

Esta postura de irresponsabilidad ha ido desapareciendo día con día ya que se ha considerado que la responsabilidad del Estado no puede estar limitada sólo a una parte de las actividades que realiza, sino que debe de abarcar todo su actuar, reconociéndose casos concretos de afectación derivada de un actuar legislativo.

Para Oscar Javier Reyes Pinzón, el daño que el Estado ocasione en su función legislativa puede resultar en tres casos: 1) de una ley vigente, cuando ésta es causa de un daño antijurídico afectando un derecho adquirido o la protección de la confianza legítima sobre una situación jurídica, generando una carga especial y anormal sobre ella; 2) de una omisión legislativa, cuando existiendo la obligación de legislar de manera concreta en la Constitución, no se legisla o no se hace a tiempo; 3) de una Ley declarada inconstitucional, sólo en aquellos casos en que los efectos son de manera retroactiva.¹⁷³

A partir de la Constitución de 1991, se contempla en Colombia un Estado Social de Derecho en donde en palabras de Julio Cesar Gamba Ladino, se determina el camino a un Estado de Derecho ya que no sólo la administración sino las demás ramas del poder público, deben asumir una responsabilidad jurídica que

¹⁷² Echeverría Acuña, Mario Armando, Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho del legislador, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Colombia, volumen 7, número 1, enero-junio 2012, pp. 26 y 31, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109375.pdf> [Consulta 17 de abril de 2017].

¹⁷³ Reyes Pinzón, Oscar Javier, *op. cit.*, pp.12-21

asegure a sus gobernados la vida, convivencia, el trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz, al no existir poderes ilimitados e irresponsables por existir una regla jurídica que racionaliza el ejercicio del poder¹⁷⁴.

Aún y cuando el texto de la Constitución Colombiana no contempla de una manera expresa la responsabilidad patrimonial por actos legislativos, su fundamento ha sido establecido a través de la Corte Constitucional al interpretar el artículo 90 Constitucional estableciendo lo siguiente

[...] el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes [...] ¹⁷⁵

Sin embargo para poder llevar a cabo la aplicación de la responsabilidad por actos legislativos, fue necesaria la existencia de normas legislativas que complementaran lo dispuesto por el artículo 90 de la constitución colombiana y la interpretación de la Corte Constitucional; así las interpretaciones jurisprudenciales se apoyaron también en el Código de Procedimientos Penales, mismo que

¹⁷⁴ Gamba Ladino, Julio Cesar, *op. cit.* pp. 284-285.

¹⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, Pleno. (1 de febrero del 2006) Sentencia C-038/06. [MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto]. Consultada en <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica> [Consulta 3 de mayo del 2017].

contempló la figura de la responsabilidad del Estado en caso de que la persona procesada fuera absuelta, así como el derecho a la indemnización respectiva, y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia conocida como Ley 270 de 1996, en la cual se contempló la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos en caso de acción u omisión de los agentes judiciales, definiendo la figura del error judicial en aquellos casos en que se lleva a cabo una actuación contraria a la ley.¹⁷⁶

En la actualidad la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia se consagra de forma explícita trayendo consigo dos elementos determinantes: el daño antijurídico y la imputación fáctica y judicial; así los títulos de imputación jurídica se basan en el tipo de responsabilidad: 1) subjetiva (falta o falla del servicio), en la que el Estado incurre en una acción u omisión que solo se puede eximir demostrando la diligencia o prudencia en el actuar, y 2) la objetiva, en la que el actuar del Estado es legítimo y por lo tanto sólo se le puede eximir en caso de existencia de una causa extraña y ajena a la administración, como son: la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o de un tercero¹⁷⁷.

¹⁷⁶ ARTICULO 242. CONSECUENCIAS DE LA DECISION QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado. ARTICULO 414. INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. Consultados en <http://www.secretariassenado.gov.co> [Consulta 3 de mayo del 2017]

¹⁷⁷ Gómez Ortiz, María Ivany, "Responsabilidad Extracontractual del Estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional", *repositorio Institucional de la Universidad Militar Nueva Granada*, Colombia 2010, <http://hdl.handle.net/10654/3549> [Consulta 6 de mayo de 2017].

En materia de responsabilidad por actos legislativos se han reconocido los siguientes títulos de imputación:¹⁷⁸ 1) falla en el servicio por mal funcionamiento, porque no ha funcionado o ha funcionado de manera tardía; 2) daño especial, cuando el legislador rompe el principio de igualdad de las cargas públicas estableciendo una carga anormal y especial; 3) el hecho de que en una ley exequible se defraude la confianza legítima; 4) el hecho de que una ley se declare inexecutable por la Corte Constitucional;¹⁷⁹ 5) casos expresos en la ley de un régimen para indemnizar los daños causados por ésta; 6) la omisión legislativa.

La figura de la responsabilidad patrimonial en Colombia tuvo como base la teoría de daño antijurídico planteada en España, misma que ha sido establecida a nivel constitucional; sin embargo a través de la interpretación jurisprudencial se ha llegado a la conclusión de que no basta demostrar que la víctima haya recibido un daño que no tenía el deber jurídico de soportar, sino que además ese daño debe tener como fundamento una causa que permita atribuir al Estado esa responsabilidad; en materia legislativa si bien es cierto que existe un sector que se reusa a reconocer esta figura de una manera amplia, ha sido la Corte Constitucional la encargada de reconocerla como un derecho de los individuos que permite el desarrollo del Estado Social de Derecho.

III.4.3. La responsabilidad del Estado Legislador en Argentina

III.4.3.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino

¹⁷⁸ Cifuentes González, Rafael Julián, "La responsabilidad del Estado-legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación", *Revista Universitas*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, Colombia, número 14, julio-diciembre 2016, pp. 75-90, <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/5LA+RESPONSABILIDAD.pdf/514a6d49-9a27-4efe-a918-c7852b3fb71d> [Consulta 6 de mayo de 2017].

¹⁷⁹ Esta postura sólo es aceptada por una parte de la jurisprudencia ya que la postura opuesta señala que no puede existir responsabilidad patrimonial en estos casos, ya que sólo la Corte Constitucional puede dar efectos retroactivos a las sentencias y no los Tribunales Contenciosos ante los cuales se tramita una demanda de responsabilidad patrimonial, además de que las leyes se presumen constitucionales hasta que se declare lo contrario, por lo que mientras no se excluyan del orden jurídico los efectos que generen son completamente válidos.

Las pocas normas que existieron en un inicio en Argentina para resarcir daños causados por el Estado, eran relativas a áreas muy específicas como la responsabilidad derivada de incumplimientos de contratos, daños a los miembros de las fuerzas aéreas o derivados de los empleos públicos, perjuicios por error judicial en materia penal, daños por requisiciones de bienes por razones de seguridad, perjuicios por constitución de servidumbres administrativas, o por daños expropiatorios; por ello ante la falta de un tratamiento normativo sistemático y unitario en materia de responsabilidad estatal, durante mucho tiempo se aplicó el Código Civil para fundamentar el deber de reparación del Estado por los daños que llegare a causar.¹⁸⁰

La aplicación de la norma civil ayudo para resolver los conflictos existentes en materia de daños causados por el Estado, pero nunca terminó de convencer por ser una norma creada para regular relaciones de derecho privado, lo que generó una evolución de la figura jurídica a través de la interpretación que fue realizando la Corte Suprema.

En una primera etapa se reconoció la posibilidad de demandar al Estado por los daños causados por sus agentes; con posterioridad se estableció el principio de irresponsabilidad del Estado al considerar que en base a la soberanía de que gozaba, no podía ser demandado ante los tribunales; en una tercera etapa se consideró la posibilidad de responsabilidad pero del funcionario público por su actuar deficiente pero no del Estado, aunque después se reconsideró la postura admitiendo la posibilidad de demandar a ambos; finalmente se ha reconocido la responsabilidad del Estado de una manera directa¹⁸¹.

Para Patricio Maraniello,¹⁸² la evolución jurisprudencial en Argentina de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuar ilícito se puede englobar en cuatro etapas:

¹⁸⁰ Esteban Perrino, Pablo, "La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita", *Revista Documentación Administrativa*, España, número 269-279, mayo-diciembre 2004, pp. 277-295, <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5653> [Consulta 5 de junio de 2017].

¹⁸¹ Indalecio Barraza, Javier, *op. cit.*, pp. 63-84.

¹⁸² Maraniello, Patricio, "Responsabilidad del Estado Legislador", en Alonso Regueira Enrique M. (coord.) *Estudios de Derecho Público*, Argentina, 2013, pp. 1049-1055, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php> [Consulta 5 de junio de 2017].

La primera etapa se basa en una responsabilidad indirecta o refleja y subjetiva que surge a partir del caso "Tomás Devoto" del 22 de septiembre de 1933, en donde se admite la responsabilidad extracontractual del Estado en base al Código Civil, exigiendo que se pruebe el daño y la culpa o negligencia de los agentes del Estado.¹⁸³

En la segunda etapa se habla de una responsabilidad objetiva del funcionario, que tiene como base la causa "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires" del 3 de octubre de 1938, en donde se reconoce la posibilidad de una responsabilidad por la prestación irregular o falta de servicio, sin necesidad de acreditar la conducta culposa por parte de los agentes al prestar el servicio.¹⁸⁴

La tercera etapa contempla una responsabilidad directa y objetiva a partir del caso "Vadell" del 18 de diciembre de 1984, en donde aplicando la teoría organicista se considera que cuando un órgano administrativo actúa lo hace en nombre del Estado, por lo que es éste el que debe responder sin necesidad de indagar si existió dolo o culpa por parte del funcionario.¹⁸⁵

Y finalmente a partir de 1994 y mediante diversos criterios doctrinales y jurisprudenciales, se inicia la cuarta etapa en la que se considera una responsabilidad que abarca también los daños causados por los funcionarios en el abuso de ejercicio de funciones (hacer algo contrario a lo ordenado, ejercer funciones que parecieran comprendidas dentro de su encargo o por violar disposiciones reglamentarias), así como por error en la elección de los funcionarios cuando éstos por su falta de capacidad cometen algún daño.

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina ha ido evolucionando a través del tiempo, siendo los Tribunales los encargados de darle

¹⁸³ La Sociedad Anónima Tomás Devoto sufrió daños en un campo que alquilaba debido a un incendio producido por empleados del Telégrafo Nacional que realizaban trabajos para unir líneas telegráficas que pasaban por ese lugar, lo que generó que presentara la demanda contra el Estado a efecto de que le fueran resarcidos los daños.

¹⁸⁴ La provincia de Buenos Aires expidió certificados registrales erróneos, mismos que eran necesarios para llevar a cabo la escrituración de un inmueble, por lo que se reconoció la responsabilidad por la prestación defectuosa e irregular del servicio, y se obligó al pago de los perjuicios ocasionados.

¹⁸⁵ Consistió en una demanda presentada con la finalidad de obtener el resarcimiento de los daños causados por la provincia de Buenos Aires, por el error cometido por informar sobre el dominio de una propiedad.

el contenido ya que se han utilizado normas de carácter civil y administrativo para resolver los casos planteados sobre la materia, razones por las cuales aún y cuando se tienen criterios supuestamente generales de su aplicación, es en cada caso concreto en el que se determina su procedencia o no.

III.4.3.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado en Argentina un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado muy amplio ya que permite indemnizaciones por daños sufridos por actuaciones irregulares o ilícitas, así como por actividades regulares o lícitas, en los tres ámbitos de actuación del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial.¹⁸⁶

Para ello en un inicio ante la falta de reglamentación específica fueron utilizadas para darle fundamento, las normas reguladas en materia de hechos ilícitos civiles; según Natalia Paola Mansilla, aún y cuando el Código Civil no regulaba todos los aspectos sobre la materia, la jurisprudencia y la doctrina elaboraron una teoría por medio de una interpretación sistemática basada en normas jurídicas de diversos cuerpos normativos; con relación al Código Civil se aplicaron los artículos 32 que definía a las personas jurídicas como entes sujetos de derechos y obligaciones; el artículo 33 que establecía la distinción de las personas jurídicas en públicas o privadas, englobando al estado en personas jurídicas de carácter público; el artículo 43 que establecía que las personas jurídicas deben responder por los daños que causen a los administrados con motivo de sus funciones, respondiendo también por los daños que causen sus dependientes o las cosas de su propiedad.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Fernández Fernández, Vicente, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁷ Mansilla, Natalia Paola, "La responsabilidad del Estado. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial", *Nuestra joven revista jurídica*, Argentina, volumen III, número 1, serie 1, pp. 2-3, <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/derecho-privado/la-responsabilidad-del-estado-natalia-paola-mansilla/view> [Consulta 5 de junio de 2017].

Además de manera directa se fundamentó la responsabilidad en los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, mismos que se encuentran presentes en la mayoría de los criterios adoptados por los Tribunales y los cuales a la letra señalan:

Art.1112.- Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

Art.1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.¹⁸⁸

En base a la aplicación de las normas civiles mencionadas se reconoció por los Tribunales la posibilidad de una responsabilidad del Estado tanto por actos lícitos como ilícitos estableciéndose los casos y las condiciones para la procedencia de las reclamaciones en ambos casos; así señala Javier Indalecio Barraza como requisitos los siguientes:¹⁸⁹

Cuando la responsabilidad se base en actos ilícitos: 1) la existencia del daño, mismo que debe ser actual (sólo se permite el daño futuro que necesariamente deba causarse), cierto (que sea real, verdadero), directo (producido por el Estado, por sus funcionarios, o como consecuencia de su actuar) y valuable económicamente; 2) una relación de causalidad (conexión entre la acción del Estado y el hecho dañoso, siempre y cuando la acción sea el origen y fundamento del daño); 3) una imputación jurídica de la conducta al Estado (no se presenta en caso fortuito o fuerza mayor; se debe demostrar la falta de servicio).

Cuando la responsabilidad se base en actos lícitos, además de los requisitos anteriores, es indispensable que se presenten dos requisitos más: 1) la existencia de un sacrificio especial para el afectado (lesión a la equidad mediante una afectación injusta y desigual; no se consideran las cargas públicas que son consecuencia de las características en que se ubica el particular); 2) la ausencia de un deber jurídico de soportar del daño; sin embargo, en el requisito de la

¹⁸⁸ Consultado en <http://www.saij.gob.ar> [Consulta 7 de junio de 2017].

¹⁸⁹ Indalecio Barraza, Javier, *op. cit.*, pp. 85-119.

imputación jurídica de la conducta al Estado no se requiere demostración de falta de servicio, pues la ser un acto lícito, se asume que el servicio fue prestado.

A pesar de los criterios adoptados se siguió considerando como inadecuada la aplicación de normas de carácter privado a las actuaciones llevadas a cabo por un ente público, por lo que se propuso modificar el Código Civil a efecto de establecer una normativa especial; después de un análisis de las propuestas realizadas se llevó a cabo la modificación en el apartado de la responsabilidad civil, en específico de los artículos 1764 y 1765, en donde se estableció de manera clara que las disposiciones de ese capítulo no eran aplicables en materia de responsabilidad estatal, remitiendo para cualquier caso de este tipo, a las normas y principios de derecho administrativo en el ámbito federal o local.¹⁹⁰

Sin embargo fue necesario también crear una legislación que regulara de manera concreta los casos y condiciones en que el Estado podía ser responsable por la actuación de sus agentes, por lo que el 7 de agosto del 2014 fue promulgada la Ley 26.944 sobre Responsabilidad Estatal, en la cual se contempla una responsabilidad de carácter amplio al considerar tanto las acciones como omisiones de los funcionarios, entendiéndose para ello la no prestación del servicio o la prestación deficiente del mismo, ya sea que se cause con dolo o por culpa o negligencia;¹⁹¹ además se establece el carácter objetivo y directo de la responsabilidad con lo cual se puede demandar al Estado sin que sea trascendente la determinación del carácter de la persona que realizó u omitió la conducta como funcionario o empleado,¹⁹² ni el carácter lícito o ilícito de la conducta por no tener por fundamento el daño antijurídico (artículo 1° de la Ley); finalmente se prevén como excluyentes de responsabilidad del Estado el caso

¹⁹⁰ ARTICULO 1764.-Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. ARTICULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Consultados en <http://www.saij.gob.ar> [Consulta 7 de junio de 2017].

¹⁹¹ Consultada en <http://www.saij.gob.ar> [Consulta 7 de junio de 2017].

¹⁹² En base a la teoría organicista en que algún sector fundamenta la responsabilidad patrimonial en el derecho argentino, se consideró trascendente hacer la distinción entre funcionarios o empleados del Estado, ya que sólo en caso de actuación de los primeros se podría generar responsabilidad estatal, pues los segundos sólo realizan actividades materiales de ejecución pero no ejecutan la voluntad del Estado.

fortuito, la fuerza mayor (salvo pacto en contrario en donde el Estado asuma la responsabilidad), así como el caso de que el daño se causado por una circunstancia propia de la víctima o de un tercero (artículo 2° de la Ley).

Para la procedencia de la responsabilidad dicho ordenamiento hace una distinción entre actividad o inactividad ilegítima y actividad legítima, exigiendo diferentes requisitos para cada uno de los casos, siendo los siguientes:

En la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima (artículo 3° de la Ley), se necesario acreditar tres requisitos: 1) existencia de un daño cierto y actual, apreciable en dinero; 2) imputabilidad material de la actividad o inactividad del órgano del Estado; 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño; 4) falta de servicio, entendiendo la acción u omisión irregular por parte del Estado.

En la responsabilidad del Estado por actividad legítima (artículo 4° de la Ley), los requisitos para su procedencia son los siguientes: 1) existencia de un daño cierto y actual que se pueda apreciar en dinero; 2) imputabilidad material de la actividad o inactividad del órgano del Estado; 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño; 4) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; 5) existencia de un sacrificio especial.

Esta nueva legislación permitió establecer un régimen de responsabilidad estatal basado en la naturaleza propia del sujeto obligado como un ente de carácter público, mismo que debe tener un tratamiento diferente a las relaciones surgidas entre sujetos privados; a pesar de ello, la fuerte crítica existente es la relativa a la que son las jurisdicciones locales las encargadas de establecer la reglamentación de responsabilidad que pueden incurrir sus funcionarios, ya que la materia administrativa es eminentemente local, y ello puede llevar a la resolución de casos con diversos criterios.

III.4.3.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho argentino

La responsabilidad por actos legislativos no se encuentra ausente en Argentina donde han sido los Tribunales quienes a través de Jurisprudencias han dado

fundamento a la reparación de los daños que se causen en la emisión de normas tanto por el constituyente, el poder legislativo o inclusive la administración pública; estos criterios han aceptado una responsabilidad legislativa tanto por el actuar ilícito como el lícito de la autoridad, pero los criterios son diversos, ya que varían en atención a las circunstancias particulares de cada caso.

Para Patricio Marianello, el fundamento de la responsabilidad por actos legislativos en Argentina se ha argumentado a partir de cuatro premisas: 1) igualdad de las cargas públicas; 2) enriquecimiento sin causa del Estado cuando monopoliza una actividad a su favor; 3) causa de utilidad pública en base a normas de expropiación; 4) protección a la propiedad de los particulares.¹⁹³

Señala Agustín Gordillo que la Jurisprudencia argentina parte de la postura de que no se tiene derecho a una indemnización por el cobro de impuestos que se consideren legítimos cuando causen daño en la aplicación de la norma; sin embargo, ello no implica un criterio general de irresponsabilidad por actos legislativos, ya que la propia jurisprudencia ha señalado casos de excepción: 1) cuando se causa un perjuicio especial; 2) cuando la administración recibe un enriquecimiento sin causa; 3) cuando se sustituye el derecho que tiene el particular por una indemnización; 4) leyes declaradas inconstitucionales.¹⁹⁴

La responsabilidad patrimonial por actos legislativos ilícitos no reviste mayor complicación pues se aplican las reglas que se utilizan para la responsabilidad patrimonial general, contemplando también las conductas en el ámbito administrativo y judicial; en cambio, para poder considerar la existencia de un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita se requiere un sacrificio especial y la inexistencia del deber de soportar el daño sufrido; por lo tanto el gobernado debe encontrarse en una situación diferente con relación a los demás generándose el sacrificio especial que le afecta de manera directa y exclusiva.

Según Carlos Zubiaur para que exista la responsabilidad legislativa por actos lícitos el sujeto perjudicado deberá encontrarse en una situación diferente del resto

¹⁹³ Marianello, Patricio, *ob. cit.*, p. 1070.

¹⁹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. II, La defensa del usuario y el administrado, primera edición, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2014. pp. 541-545. [en línea]. Consultado en <http://www.gordillo.com/tomo2.php> [Consulta 5 de junio de 2017].

de la comunidad ya que la mera existencia de un daño si es general, no es causa de responsabilidad; la Corte Suprema ha señalado dos principios para determinar el sacrificio especial, uno cuantitativo, que se traduce en el análisis del número de afectados para determinar si existe la situación especial, y otro de índole material u objetivo, que implica la existencia de una situación jurídicamente protegida para que exista un deber de indemnizar los daños protegidos.¹⁹⁵

Independientemente de los requisitos que se puedan llegar a establecer como necesarios para una responsabilidad por actos legislativos, derivado de los criterios variantes de los Tribunales, la opinión común de los doctrinarios es la del reconocimiento de su existencia en base a la normativa existente, por lo que al igual que España y Colombia, Argentina es uno de los países que en la actualidad no hacen diferencia del tipo de actividad que realiza el Estado para otorgar a los ciudadanos el derecho a resarcir los daños que se causen a su persona o patrimonio, derivado del obrar inadecuado de la autoridad.

III.4.4. La responsabilidad del Estado Legislador en Chile

III.4.4.1. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho chileno

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en Chile tuvo sus primeras manifestaciones desde el derecho indiano, en donde se caracterizaba por ser una responsabilidad eminentemente personal de quien desempeñaba el cargo u oficio público, basada en el daño injusto que era causado a la víctima con independencia de la intención o descuido de quien lo provocaba, y con la obligación de resarcirlo.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Zubiaur, Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina", en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2000. pp. 177-182, <http://www.inap.mx/portal/images/RAP/19%20la%20responsabilidad%20patrimonial%20del%20estado.pdf> [Consulta 5 de junio de 2017].

¹⁹⁶ Arancibia Mattar, Jaime, "Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552- 1798)", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, número 18, pp. 53-83, <https://historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/search/authors/view?firstName=Jaime&middle>

Ya como nación independiente en un primer momento (1889-1938) la jurisprudencia aplicó a los casos de responsabilidad del Estado normas de derecho público que tenían fundamento en la desigual repartición de las cargas públicas, por la falta personal o falta de servicio por parte de los servidores públicos, o inclusive en base a la equidad; con posterioridad se distinguió entre los actos de autoridad que eran aquellos en los que el Estado obraba en ejercicio de su potestad de mando, y los actos de gestión, en los que obraba como particular, determinando que estos últimos sí podían generar una responsabilidad patrimonial; en 1965 se reconoció que los actos de autoridad también podían generar responsabilidad patrimonial si se realizaban de una manera ilegal.¹⁹⁷

El primero ordenamiento que contempló la responsabilidad patrimonial de la administración fue la Ley N° 8.282, Estatuto Orgánico de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, estableciendo su artículo 83 que

El empleado es responsable ante el Fisco por los perjuicios que le causare a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, sean intencionadamente, sea por negligencia, o por imprudencia. Si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones, éste deberá satisfacer en arcas fiscales el valor correspondiente que se fije por resolución judicial. Esta obligación subsiste aún después de que el autor haya dejado de ser empleado público.¹⁹⁸

En este ordenamiento legal se contemplaba ya una responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios, siempre y cuando la actuación fuera dentro del marco de la ley, pues en caso contrario sería el propio funcionario el que tendría que responder por los daños que llegara a causar.

El derecho fundamental a una indemnización apareció por primera vez en la Constitución de 1980 en donde se reconoció el derecho para que cualquier

Name=&lastName=Arancibia%20Mattar&affiliation=Universidad%20de%20Los%20Andes&country = [Consulta 5 de junio de 2017].

¹⁹⁷ Romero Cordero, Cristian, "Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado en Chile: 150 años de doctrina", en Pantoja Bauzá Rolando (coord.), *Derecho Administrativo 150 años de doctrina*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 429-455, https://app.vlex.com/#WWW/vid/350470698/graphical__version [Consulta 20 de junio de 2017].

¹⁹⁸ Consultado en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258959> [Consulta 20 de junio de 2017]

persona que sufriera una lesión por actuación del Estado, sus organismos o municipios, pudiera demandar ante los Tribunales.¹⁹⁹

De conformidad con este ordenamiento para la existencia de la responsabilidad patrimonial bastaría demostrar la existencia de una lesión antijurídica que el particular no tenía la obligación de soportar; sin embargo, en 1986 se emitió la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, generando polémica sobre las características que debía tener la responsabilidad patrimonial toda vez que en los artículos 4° y 42 se regulaba la figura señalando mayores requisitos que los contemplados por la Constitución; estos artículos establecían lo siguiente:

Artículo 4°.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.²⁰⁰

La discusión jurídica se centró en determinar cuáles eran los requisitos que debían cumplirse para poder acreditar una responsabilidad patrimonial ya que de conformidad con la Constitución la figura tenía un carácter directo, siendo necesario solamente demostrar la lesión antijurídica; en cambio en base a los artículos señalados, la responsabilidad patrimonial sólo existirá si se demuestra la falta de servicio en que incurrió el funcionario público.

Para Cristian Román Cordero no existió conflicto alguno ya que lo que establece la Constitución Chilena no es un sistema de administración, sino un mínimo que debe respetar el legislador al momento de regular la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual exige cuatro aspectos: 1) la existencia de una lesión derivada de una actuación administrativa y que exista una relación de causalidad entre éstos dos; 2) que la lesión recaiga sobre derechos e intereses jurídicos; 3)

¹⁹⁹ Artículo 38 segundo párrafo. Consultado en <http://www.senado.cl> [Consulta 20 de junio del 2017].

²⁰⁰ Consultado en <http://www.senado.cl> [Consulta 20 de junio del 2017].

que la responsabilidad tenga el carácter de directa; 4) que no existan excluyentes por algún tipo de actuación pues constitucionalmente se contemplan todas las actuaciones.²⁰¹

Según Nicolás Entiche Rosales la responsabilidad extracontractual del Estado administrador tiene su fundamento en el concepto de falta de servicio; sin embargo, el contenido del este concepto lo determina el juzgador teniendo una variedad de criterios jurisprudenciales: en ocasiones se ha negado la aplicación de las normas del Código Civil y en otras se estiman aplicables; se reconoce que el fundamento de la responsabilidad es de Derecho Público favoreciendo la aplicación de la teoría objetiva constitucional, pero se niega la aplicación de ésta teoría; se utilizan las tres fases genéricas del derecho francés para hacer referencia a la falta de servicio consistentes en que el servicio funcione mal, no funcione, o funcione tardíamente.²⁰²

En virtud de los criterios existentes y la falta de consenso, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en Chile se encuentra lejos de tener un criterio uniforme de aplicación, pues aún y cuando la norma constitucional es muy clara en cuanto a que no se requiere un elemento subjetivo (falta de servicio) para que se dé la figura, la influencia del derecho francés ha generado que en ciertos casos se determine que es necesaria la existencia de este elemento; además no existe un parámetro objetivo que permita determinar el contenido de las modalidades en que se puede presentar esta falta de servicio consistentes en la ausencia, mal funcionamiento o retardo del mismo, lo que se traduce en que sea el Juez en cada concreto en donde tenga que darle contenido atendiendo a las circunstancias particulares.

III.4.4.2. Características de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho chileno

²⁰¹ Román Cordero, Cristian, *op. cit.*, pp. 449-454.

²⁰² Entiche Rosales Nicolás, "El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)", *Actualidad Jurídica*, revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Chile, número 23, año 2011, pp. 109-138, <http://derecho-scl.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/08/El-fundamento-de-la-Responsabilidad-Extracontractual-del-Estado-Administrador-en-Chile.pdf> [Consulta 20 de junio de 2017].

Como ya se ha señalado la discusión constante en materia de responsabilidad patrimonial de la administración en Chile se ha centrado en determinar el carácter de ésta como una responsabilidad objetiva, en la cual no es necesario demostrar aspecto subjetivo alguno relacionado con el actuar del funcionario, y la postura opuesta, que exige que se demuestre cual fue la falta en que se incurrió para poder llegar a generar la responsabilidad.

Sin embargo en la práctica ha sido determinado tanto por los Tribunales mediante la generación de jurisprudencia, como por la doctrina, que la responsabilidad patrimonial requiere la existencia de la falta de servicio como un factor de atribución, equiparándola en muchos casos a la tradicional culpa que se exige tratándose de una responsabilidad civil extracontractual.

Raúl Letelier Wartenberg establece seis características de la responsabilidad patrimonial del Estado en Chile:²⁰³

1) Es constitucional: en cuanto a que su reglamentación se encuentra en la norma fundamental teniendo el ejercicio de la función estatal como primer requisito el respeto de la Constitución; sin embargo desde el punto de vista de sus efectos, se traduce en una responsabilidad civil pues la sanción es una indemnización del daño causado, misma que se paga en dinero y en una cantidad equivalente después de un procedimiento que sólo puede hacer valer el directamente afectado.

2) Es responsabilidad de una persona jurídica: independientemente del órgano que lleve a cabo la actividad, lo que se manifiesta es la voluntad del Estado; sin embargo aún y cuando se trate de una persona jurídica, no se encuentra exenta de la culpa como elemento de la responsabilidad, la que en este caso se traduce en el figura de la falta de servicio.

²⁰³ Letelier Wartenberg, Raúl, "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Actualidad Jurídica*, revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile, número 23, año 2002, pp. 343-375, <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/512/480> [Consulta 20 de junio de 2017].

3) Es una responsabilidad directa: ya que el Estado responde por sus propios hechos sin considerar que por haber sido la conducta realizada por un funcionario es una responsabilidad ajena de empleados o dependientes.

4) Es una responsabilidad pública: lo anterior si se toma en cuenta que es regida por normas de ese carácter por ser el Estado el sujeto obligado; sin embargo, no debe considerarse este aspecto de una manera tajante ya que el derecho civil es el ordenamiento común en materia de acciones indemnizatorias por lo que se recurrirá a ella para hacer efectivo el derecho del ciudadano.

5) Es una responsabilidad integral: ya que se deben reparar los daños tanto patrimoniales como extramatrimoniales.

6) No es una responsabilidad objetiva por tres razones fundamentales: a) la estructura normativa de la responsabilidad objetiva difiere de la de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que no existe norma en el ordenamiento jurídico chileno que tenga la estructura normativa de un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado, sino que lo que se establece es un sistema de responsabilidad objetiva; b) existe una diferencia en la fundamentación de los sistemas de responsabilidad objetiva y los sistemas de responsabilidad extracontractual del Estado, ya que sólo se establece la presunción de culpa en ciertos casos (materia nuclear o derrame de hidrocarburos) y en los demás es necesario probarla; y c) el hecho de presentarse una objeción grave en el razonamiento judicial de responsabilidad objetiva ante un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, ya que aún y cuando se hace referencia a una responsabilidad objetiva, siempre se analiza el elemento falta de servicio, circunstancia que resulta incongruente.

Las características señaladas permiten corroborar lo establecido en el apartado anterior en el sentido de que la figura de la responsabilidad patrimonial en Chile, independientemente de la manera en cómo se encuentra contemplada dentro de la Constitución, tiene como característica indispensable el demostrar el elemento subjetivo denominado falta de servicio, por lo que aún y cuando algún sector de la doctrina busque pregonar un carácter objetivo de la figura, éste sólo aplica en

casos específicamente determinados en la ley donde se presume la existencia de la culpa, siendo sólo necesario demostrar la existencia del daño.

III.4.4.3. Surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho chileno

Al buscar antecedentes remotos de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos en Chile, encontramos que no existen resoluciones jurisprudenciales al respecto, pero la doctrina ha sido concordante en señalar cuatro sentencias que hacen referencia a la aplicación de la teoría de la responsabilidad legislativa, mismas que tuvieron como base los siguientes casos: Comunidad Galletué con Fisco de Chile, Sociedad Agrícola y Forestal Casagrande Limitada con Fisco de Chile, Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile y Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco de Chile; sin embargo, en los primeros tres casos se logró el pago de una compensación económica pero derivada del ejercicio de la facultad decretal, siendo sólo la cuarta se refiere a un pago derivado de la aplicación de una ley y que por lo mismo podría considerarse realmente como un antecedente dentro del ámbito de la responsabilidad legislativa.²⁰⁴

El fundamento constitucional de la responsabilidad por actos legislativos es el mismo que se utiliza para los actos administrativos y judiciales y se contempla en los artículos 6° y 7° que establecen²⁰⁵

Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

²⁰⁴ Núñez Leiva, José Ignacio, "Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, número 3, año 2008, pp. 135-154, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119893.pdf> [Consulta 20 de junio de 2017].

²⁰⁵ Artículos consultados en https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf [Consulta 23 de junio de 2017].

Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Sin embargo, como puede apreciarse de la simple lectura de los preceptos señalados, la responsabilidad patrimonial no se contempla de una manera clara y específica, sino que se desprende de una interpretación de los artículos transcritos en complemento con el artículo 38 segundo párrafo que establece el derecho a una indemnización por los daños causados por los órganos del Estado derivados del incumplimiento de sus deberes.

En la doctrina existen criterios encontrados ya que para algunos estudiosos del derecho en Chile, los artículos mencionados sólo resultan aplicables para responsabilidad derivada de actividad administrativa o judicial pero no para una actuación legislativa; el fundamento de la actividad administrativa lo basan en la redacción del artículo 38 segundo párrafo que hace referencia al derecho a una indemnización por actos de la administración del Estado; en cuanto a la responsabilidad judicial a la interpretación que la Corte ha realizado en Jurisprudencia en el sentido que el error judicial encuadra dentro de una función de carácter administrativo.

Por otro lado los autores que consideran que se contempla también una responsabilidad por actos legislativos, han establecido dos posturas: la primera establece la presunción de irresponsabilidad del Estado salvo que una ley establezca lo contrario, por lo que será necesaria una disposición expresa que señale los supuestos en que se puede llegar a dar una responsabilidad; la segunda considera posible la responsabilidad por actos legislativos cuando se atente contra un derecho fundamental, generando no sólo la inconstitucionalidad de la norma, sino también el derecho al resarcimiento de los daños causados por su aplicación.

Para Francisco Zúñiga Urbina la responsabilidad del Estado legislador tiene su base en una lesión antijurídica por la limitación a derechos subjetivos públicos garantizados constitucionalmente como el derecho de propiedad y el de libertad económica, por imponer deberes que impliquen un sacrificio especial que atenta contra la igualdad de las cargas públicas; por ello el daño que se cause por la actividad legislativa puede derivar de una ley válida como de una inconstitucional, logrando en éste último caso que además de la indemnización la declaración de inconstitucionalidad de la ley de una forma preventiva o represiva.²⁰⁶

Por su parte José Ignacio Núñez Leiva señala como características de una responsabilidad por actos legislativos las siguientes: 1) la fuente directa de la responsabilidad es una ley formal, por lo que solo en caso de que con la norma se cause un daño sin importar su aplicación u interpretación pues dichos actos corresponderían a una responsabilidad administrativa o judicial; 2) se requiere que los derechos afectados sean de aquellos que gozan de cierta inmunidad por ser reconocidos en la Constitución o cualquier norma con carácter superior a un ley; 3) de existir una antijuridicidad derivado de una actuación fuera de los casos de excepción contemplados para poder llegar a generar una afectación (limitación); 4) corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocer de los trámites de responsabilidad del Estado.²⁰⁷

Independientemente de la interpretación que se le quiera dar a los preceptos constitucionales que regulan la responsabilidad legislativa en Chile, lo que se puede concluir es que como figura jurídica se ha superado la tendencia a negar la posibilidad de responsabilidad de un órgano soberano que expresa la voluntad popular, siendo a través de los casos planteados ante los Tribunales, que se va gestando el derechos contra actos legislativos que les causen daños.

III.4.5. Diversidad de supuestos de responsabilidad legislativa.

²⁰⁶ Zúñiga Urbina, Francisco, "Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias)", *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, España, número 26, año 2005 pp. 113-152, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1341979> [Consulta 20 de junio de 2017].

²⁰⁷ Núñez Leiva, José Ignacio, *op. cit.* pp. 275-277.

El análisis de la reglamentación existente en otros países con relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, y en específico el relativo a la responsabilidad por actos legislativos, permite conocer la evolución que se ha tenido en la materia, determinando de manera clara los elementos indispensables para que sea declarada por una autoridad mediante el procedimiento respectivo, y generar el resarcimiento por parte de la autoridad.

Dentro de esos elementos el más trascendente son los supuestos contemplados para para que pueda llegar a generarse la responsabilidad, los cuales si bien es cierto que se asemejan, no son uniformes

En el caso de España, el reconocimiento que se hace de la responsabilidad por actos legislativos se realiza en la Ley 40/2015 relativa al Régimen Jurídico del Sector Público, contemplando tres supuestos: 1) la violación al principio de igualdad a las cargas públicas; 2) la aplicación de una norma declarada inconstitucional; 3) la aplicación de una norma que sea contraria a los derechos reconocidos por la Unión Europea; el procedimiento para reclamar la indemnización es de carácter administrativo y tiene como requisito previo la declaración de existencia de cualquiera de los supuestos señalados.

En Colombia, la responsabilidad del legislador se ha dado a través de la interpretación que realizan los Tribunales del deber consagrado en la propia Constitución de responder por los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas; para ello se parte de la acreditación de lo que ha sido denominado título de imputación, que no es otra cosa que la causa que produjo la conducta indebida, siendo reconocidos seis títulos de imputación: 1) falta de servicio, atendiendo a la teoría francesa; 2) por violación al principio de igualdad de las cargas públicas; 3) una ley exequible que defraude la confianza legítima; 4) declaración de una ley como inexecutable; 5) cuando de manera expresa se señala en una ley; 6) en caso de omisión legislativa.

Al igual que en Colombia, la responsabilidad por actos legislativos en Argentina deriva de la interpretación que han realizado los Tribunales, siendo de los analizados, el sistema jurídico que contempla la responsabilidad más amplia al permitir una responsabilidad tanto por actos ilícitos como lícitos, basados éstos

Últimos en la existencia de un daño especial por encontrarse en una situación diferente con relación a los demás gobernados.

Finalmente en Chile la responsabilidad por actos legislativos parte de la interpretación que se realiza del deber constitucional de someter las autoridades su actuación a la Constitución, generándose la responsabilidad en caso de no hacerlo así, así como el derecho del afectado a una indemnización; para ello se parte de supuestos como la afectación de derechos constitucionales, los casos en que se genera con la actuación del legislador un daño especial o cuando no exista una justificación en su actuar.

Lo anterior demuestra que hoy en día no puede ser válido un argumento de irresponsabilidad por actos legislativos, sino que en los Estados en que aún no se regula como México, deben analizar las normas aplicadas en la materia por otros sistemas jurídicos, así como las interpretaciones que han realizado sus Tribunales, para que en base a las experiencias vividas en esos países, se pueda generar un orden jurídico de responsabilidad legislativa que sea acorde a sus necesidades.

Los supuestos contemplados en los sistemas jurídicos analizados, pueden resultar válidamente aplicables para el caso de México, pues si se recuerda la base actual de la reglamentación de la responsabilidad del Estado se centra en causar un daño que el particular no tenía el deber jurídico de soportar, circunstancia que se presenta cuando la autoridad no realiza lo que debía realizar, o lo realiza de manera indebida por violar la constitución o los tratados internacionales, o generando una carga desigual entre los particulares.

En el siguiente apartado se analizará la forma en que opera actualmente la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos en México, las figuras que de manera limitada podrían llegar a generar un resarcimiento de daños, para finalmente establecer una perspectiva de cómo debe desarrollarse desde el punto de vista jurídico éste tipo de responsabilidad, perspectiva que toma como base lo analizado en este capítulo.

CAPITULO IV.
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MÉXICO

IV.1. LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

IV.1.1. La ratio legis de la responsabilidad patrimonial del Estado sólo en actos materialmente administrativos

Antes de la reforma constitucional que consagró la figura de la responsabilidad patrimonial en México, el tratamiento que se daba a cualquier conducta de la autoridad que causara un daño a los particulares era desde el punto de vista civil, en base al Código Civil Federal que contemplaba en su artículo 1927 lo siguiente:

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

En base a dicho precepto para que el Estado respondiera de manera solidaria con el servidor público, era necesario demostrar la intención del mismo pues sólo en caso de ilícitos dolosos se le hacía responsable; para todos los demás casos la responsabilidad del Estado era subsidiaria, debiendo en primer lugar hacer valer la demanda en contra del funcionario y sólo para el caso de que no pudiera responder, era el Estado el encargado de cubrir con la indemnización respectiva; sin embargo, en la práctica era muy complicado poder llegar a generar el pago de una indemnización por parte del Estado.

Con la creación de la figura de la responsabilidad patrimonial a través de la reforma constitucional de junio de 2002, se logra un cambio trascendente en la protección de los gobernados con relación a los daños que se les puedan llegar a causar con motivo de la prestación de servicios públicos, ya que a través de ella:

- a) se consagra la figura en el texto constitucional generando la garantía de integridad patrimonial;
- b) se reconoce un carácter objetivo a la responsabilidad, lo que implica que ya no es necesario demostrar la intención o culpa del funcionario;
- c) se establece una responsabilidad directa del Estado, lo que genera que se le pueda reclamar el pago de los daños sin necesidad de reclamar primero al funcionario público que realizó la conducta.

Sin embargo aún y cuando en México se ha logrado el reconocimiento de esta figura jurídica, el tema sigue siendo complejo en cuanto a su estudio, pues pareciera que la figura es clara por basarse en la necesidad de resarcimiento de los daños que cause el Estado por algo indebido, pero su reglamentación y aplicación es muy cuestionada por sólo comprender una parte de los actos que pueden ser llevados a cabo por el Estado, los actos administrativos.

Además de los anterior, no existe un criterio uniforme por el hecho de que la figura varía de un país a otro, pues como fue señalado en el capítulo anterior, existen países que contemplan una responsabilidad amplia que permite el resarcimiento de daños causados por cualquiera de las actividades del Estado, incluyendo actividades lícitas e ilícitas.

Finalmente se puede señalar que el aspecto que más ha generado cuestionamientos es el relativo a la materia legislativa, pues los que defienden la postura de la irresponsabilidad del legislador la justifican al considerarlo un órgano político cuyas decisiones se toman en base a criterios de oportunidad.

Mediante el análisis de la figura de responsabilidad patrimonial del Estado que se realizó en el capítulo primero de este trabajo de investigación, se dejó claro que conforme a lo establecido por el precepto constitucional en su actual artículo 109 constitucional, la responsabilidad que se contempla en México es sólo aquella que derive de la realización de actos materialmente administrativos llevados a cabo por cualquiera de los tres poderes; sin embargo, hablar de una responsabilidad del

Estado y limitar sólo a una parte de sus actuaciones su responsabilidad parece a todas luces una contradicción, pues en todo caso debería de denominarse a la figura responsabilidad patrimonial administrativa del Estado.

Al sólo contemplarse la responsabilidad administrativa aún y cuando en otros países se contempla una responsabilidad amplia del Estado al considerarse su actuación en cualquiera de sus tres funciones, surgen las siguientes preguntas: ¿Por qué causa en México sólo se contempla la responsabilidad por actos materialmente administrativos? ¿Existe una razón de peso que lo justifique? ¿En materia de actos legislativos se sigue considerando a la ley como una manifestación de la voluntad popular detentadora de la soberanía que impide la existencia de una responsabilidad?

Estos cuestionamientos solo pueden ser resueltos mediante el estudio de las causas que llevaron al constituyente permanente a crear la figura jurídica en ese sentido y no en otro diverso. La reforma constitucional derivó de dos proyectos que fueron presentados por las fracciones parlamentarias de los partidos Revolucionario Institucional y Acción Nacional, mismas que una vez que fueron discutidas, generaron la reforma que dio origen a la responsabilidad patrimonial y cuyos principales aspectos se analizan en las siguientes líneas.

IV.1.1.1. Propuesta del Partido Revolucionario Institucional (PRI)²⁰⁸

La iniciativa de decreto presentada por los integrantes del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, buscaba el cambio de denominación del Título Cuarto de la Constitución para denominarlo De la Responsabilidad Patrimonial del Estado y las Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como la adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional para establecer la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En la exposición de motivos que justificaba la iniciativa se señalaba que para poder generar un Estado de Derecho es indispensable el cumplimiento de cuatro

²⁰⁸ Gaceta Parlamentaria, año II, número 249, jueves 22 de abril de 1999. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, <http://gaceta.diputados.gob.mx/> [Consulta 4 de octubre de 2017].

requerimientos: 1) un orden jurídico al que se encuentre sometida la autoridad; 2) el reconocimiento de derechos públicos subjetivos a los gobernados; 3) establecer los medios idóneos para la defensa de los derechos reconocidos; 4) un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

Se precisaba la carencia de un mecanismo que permitiera el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los particulares por la autoridad, que no tuvieran la obligación jurídica de soportar, ya que la única forma existente para demandar al Estado lo era en el ámbito civil a través de la acreditación de una responsabilidad extracontractual en la que previamente a hacer valer la acción en contra del Estado, debía ser identificado el servidor público que realizó la conducta, demostrar su culpabilidad directa, y acreditar en un juicio su insolvencia, generando una responsabilidad subsidiaria, la cual sólo podría considerarse solidaria si se demostraba que el hecho o acto ilícito se realizó con dolo;

Sin embargo en la práctica es casi imposible identificar a los autores de la conducta y muy difícil la demostración del actuar ilícito y la insolvencia del funcionario, además de que la teoría de la culpa en la que se sustenta la responsabilidad extracontractual no comprende la responsabilidad en caso de un actuar lícito y sólo va dirigida a personas físicas con voluntad propia, lo que no permite incluir de manera directa al Estado.

En cuestión de la indemnización que se tendría que cubrir, la propuesta establecía como base de ésta el principio de ponderación a efecto de generar un equilibrio en el momento del pago en atención a las características propias de la persona afectada; para ello se reconocía competencia tanto de la federación como de las entidades federativas, a efecto de que se dicten las medidas legales necesarias que determinen los supuestos de imputabilidad al Estado, el daño resarcible, sus bases de cuantificación, la relación de causalidad daño-actividad del Estado, así como el procedimiento a seguir para la reclamación, previendo a los Tribunales contencioso-administrativos como competentes para conocer de las controversias.

La iniciativa fue presentada por el Diputado Marco Augusto Bucio Mújica del Partido Revolucionario Institucional y de manera textual señalaba lo siguiente:

Decreto por el que se modifica la Denominación Del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ARTICULO PRIMERO.- Se modifica la denominación del Título Cuarto de la (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Título Cuarto

De la Responsabilidad Patrimonial del Estado y las

Responsabilidades de los Servidores Públicos

ARTICULO SEGUNDO.- Se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 113.-... Todo aquel que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en forma proporcional y equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Las controversias derivadas de la aplicación de las leyes correspondientes, serán conocidas por los tribunales contencioso-administrativos, cuando éstas se originen por la actividad administrativa del Estado.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del presente Decreto, deberán expedir correspondientes leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, así como realizar las modificaciones legales que sean necesarias para proveer al debido cumplimiento del mismo.

TERCERO.- Las leyes que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán indicar qué órgano de impartición de justicia será competente para conocer de las controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento referido, en caso de que no se hayan instituido los tribunales de lo contencioso-administrativo que señalan los artículos 73, fracción XXIX-H y 116, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este proyecto de reforma constitucional presentado por el grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional buscaba adecuar al Estado Mexicano a un Estado de Derecho real, al considerar que le hacía falta establecer un sistema de responsabilidad patrimonial pues carecía de un mecanismo que permitiera el resarcimiento de los daños causados por la actividad del Estado; en cuanto a su

contenido pretendía establecer una figura de responsabilidad patrimonial muy amplia que consideraba la posibilidad de resarcimiento de daños causados por la actuación del Estado, independientemente de su carácter (ejecutiva, legislativa o judicial); además contemplaba una responsabilidad que se generara no sólo en aquellos casos en que la autoridad actuara en contra de una norma, sino también cuando apegado a la norma se causara un daño que el particular no tenía por qué soportar.

Sin embargo, no todo lo que se pretendía en el proyecto terminó por hacerse realidad ya que existió otro proyecto por parte del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, mismo que contemplaba algunas diferencias y que permitió un análisis comparativo para efecto de determinar en qué sentido tendría que generarse la reforma constitucional. Las principales ideas de dicha propuesta se analizan en el apartado siguiente.

IV.1.1.2. Propuesta del Partido Acción Nacional (PAN)²⁰⁹

La propuesta del Partido Acción Nacional partía de una crítica a la existencia de una doble legislación que regulara la responsabilidad del estado al poderse acudir en la materia administrativa, con una responsabilidad indirecta y subjetiva, y en la materia civil, reclamando una responsabilidad subsidiaria y solidaria.

En específico con relación a la responsabilidad administrativa regulada en el artículo 77 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos,²¹⁰ se criticaban como principales aspectos el hecho de que sólo se contemplara en caso

²⁰⁹ Gaceta Parlamentaria, año II, número 291, lunes 21 de junio de 1999. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, <http://gaceta.diputados.gob.mx/> [Consulta 4 de octubre de 2017].

²¹⁰ Cuando el procedimiento administrativo disciplinario que haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades, o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra. El Estado podrá repetir a los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares. Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial. Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pago respectiva. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 6 de octubre de 2017].

de una actuación anormal o ilícita de los funcionarios; que hubiere la necesidad de promover el procedimiento administrativo disciplinario en contra del funcionario para obtener la reparación; que no se reconociera la falta anónima por lo que era necesario identificar al funcionario que realizó la conducta lo que casi hacía imposible la reclamación; el hecho de requerir un procedimiento previo que responsabilice al autor del daño para poder exigir la responsabilidad al Estado.

Respecto de la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1927 del Código Civil,²¹¹ se concluyó que el sistema de responsabilidad era obsoleto ya que no contemplaba una responsabilidad directa y exigía la existencia de culpa, siendo que la responsabilidad del Estado debía tener por *fundamento* la teoría de la lesión antijurídica.

La propuesta se basaba en establecer una responsabilidad patrimonial del Estado en la que cualquier persona pudiese reclamar una indemnización por daños a sus bienes y derechos derivados de la actuación lícita o ilícita del Estado, de una manera directa, consagrándose el derecho a la reparación del daño como una garantía individual.

Dicha iniciativa fue presentada por los Diputados Abelardo Perales Meléndez, Nicolás Jiménez Carrillo, Juan Bueno Torio, Espiridión Sánchez López, José Antonio Álvarez, Edgar Ramírez Pech, Ricardo Ortiz, Joaquín Montaña Yamuni, Margarita Pérez Gavilán, Javier Reynoso, Gloria Ocampo Aranda, Julio Faesler Carlisle y Jorge López Vergara del Partido Acción Nacional y de manera textual señalaba lo siguiente:

Artículo 16.-...Toda persona recibirá una indemnización equitativa cuando, con motivo de la actividad del Estado, sufra un daño en sus bienes o se afecten sus derechos. La obligación del Estado de resarcir los daños y perjuicios será directa. El interesado, antes de acudir al

²¹¹ El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus empleados y funcionarios con motivo del ejercicio de sus atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos. Cuando los empleados y funcionarios, por la realización de actos u omisiones ocasionen daños al medio ambiente, el Estado responderá de manera solidaria por los daños y perjuicios que hayan ocasionado. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 6 de octubre de 2017].

amparo, deberá agotar los recursos y procedimientos que la ley establezca, para hacer efectiva dicha indemnización.

Para complementar la anterior garantía constitucional, debe establecerse en la parte orgánica de la Constitución y en la relativa a los estados de la Federación y del Distrito Federal, la norma que obligue a la Federación, estados, Distrito Federal y municipios, a indemnizar en forma equitativa, cuando con motivo de la actividad de sus servidores públicos, los particulares sufran daños en sus bienes o en sus derechos. Por tanto, proponemos se adicione el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con una fracción VIII, que debe decir:

Artículo 116.-...VIII.- Los estados y sus municipios indemnizarán en forma equitativa, por los daños y perjuicios que con su actividad ocasionen a las personas en sus bienes y derechos, conforme a las leyes que al efecto expidan las legislaturas locales. Dicha responsabilidad será directa. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los estados, serán competentes para conocer de las controversias en que se reclamen, a estados y municipios, el pago de la indemnización correspondiente.

Se propone adicionar un tercer párrafo a la BASE QUINTA, apartado C del artículo 122 constitucional, para decir lo siguiente:

El Distrito Federal indemnizará en forma equitativa, por los daños y perjuicios que con su actividad ocasione a las personas en sus bienes y derechos, conforme a las leyes que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Dicha responsabilidad será directa. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo a que se refiere esta base, será competente para conocer de las controversias en que se reclamen el pago de la indemnización correspondiente.

Se propone modificar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

TITULO CUARTO DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y PATRIMONIAL DEL ESTADO

Se propone adicionar el artículo 113 de la Constitución General de la República con un segundo párrafo para quedar como sigue:

La Federación responderá directamente por los daños y perjuicios que con su actividad ocasione a los bienes y derechos de los individuos. Estos tienen derecho a ser indemnizados en forma equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que expida el Congreso de la Unión.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Los tribunales fiscales de los estados, serán competentes para conocer de las controversias en las que se exija el pago de la indemnización derivada de la responsabilidad

patrimonial del Estado, por los daños y perjuicios que ocasionen a los particulares en sus bienes y derechos, en aquellos estados en los que aún no se hayan establecido tribunales de lo contencioso administrativo.

Mediante este proyecto de reforma constitucional se buscaba establecer el derecho a una indemnización equitativa por daños que la Federación, los Estados, Municipios y el Distrito Federal causaran a los bienes y derechos de los particulares, teniendo dicha responsabilidad un carácter directo, y siendo los Tribunales Contenciosos los encargados de atender las reclamaciones que con tal motivo se generasen; a diferencia de la propuesta anterior, se planteaba que este derecho se encontrara contemplado en la parte dogmática de la Constitución a efecto de que se reconociera su carácter de garantía individual.

Tanto esta propuesta como la presentada por el Partido Revolucionario Institucional fueron analizadas a detalle por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, a efecto de generar una propuesta de reforma constitucional en base a la normativa vigente en ese momento sobre la materia, el rumbo que el país debía seguir en base al Plan Nacional de Desarrollo y sobre todo, tomando en cuenta la necesidad de adecuar el rezago existente en el ordenamiento jurídico sobre la materia con relación a otros países, los cuales ya llevaban tiempo regulando esta figura jurídica.

IV.1.1.3. Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cámara de Diputados)²¹²

²¹² Proceso Legislativo para la reforma Constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Dirección General de Servicios de Documentación, <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 4 de octubre de 2017].

El 29 de abril del año 2000 se llevó a cabo dentro de la Cámara de Diputados, la discusión relativa al proyecto de decreto que buscaba modificar la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución, mismo que analizó las iniciativas presentadas por el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Acción Nacional, en las que se tenía por objeto establecer la responsabilidad patrimonial del Estado dentro de la Constitución, generando la garantía de integridad patrimonial contra el funcionamiento regular o irregular de la función pública del Estado.

En el dictamen se hizo referencia a la necesidad de generar un auténtico *sistema de responsabilidad patrimonial* del Estado para cumplir con uno de los objetivos esenciales del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, ya que *el sistema* existente en ese momento se basaba en el principio civil de la culpa, estableciendo un carácter subsidiario en la responsabilidad del Estado y, en casos de dolo del funcionario, un carácter solidario, lo que generaba la imposibilidad de hacer válidos los procedimientos por ser en difícil identificar a los autores materiales, su culpa o actuar ilícito y no existir la posibilidad de reclamar en caso de una actuación lícita.

Las consideraciones que se tomaron en cuenta para la elaboración del dictamen por parte de los integrantes de la Cámara de Diputados fueron las siguientes: a) establecer una responsabilidad patrimonial en base a los principios del derecho público (administrativo); b) que la misma tuviera un carácter de directa y objetiva, sin necesidad de demostrar la culpa del servidor público, sino solo el daño ocasionado y el nexo causal con la actividad del Estado; c) que sea regulada a nivel constitucional a fin de darle un carácter de norma superior frente al legislador ordinario, y permita su regulación a nivel federal y estatal, pero con una misma base a efecto de evitar regulaciones diferentes, estableciendo la figura en la parte orgánica de la Constitución; d) se contempla el derecho a una indemnización regulada por la ley respectiva a efecto de determinar su aplicación equitativa, misma que procederá por afectación de bienes y derechos de los particulares; e) se decide establecer la responsabilidad del Estado sólo en su actividad pública, dejando abierta la posibilidad de demandas a través de la figura

de responsabilidad civil objetiva o subjetiva para sus actuaciones como ente privado; f) las autoridades administrativas deberán generar una partida presupuestal para el pago de las indemnizaciones las cuales se cubrirán en base a las leyes reglamentarias que se emitan, las cuales tendrán por base tres parámetros: el principio de equidad, la responsabilidad directa y objetiva y un proceso de gradualidad creciente en el pago de indemnizaciones.

Finalmente y con relación al aspecto trascendente para los fines de este trabajo de investigación, los Diputados decidieron limitar la responsabilidad del Estado en dos aspectos trascendentes: 1) sólo a actos de la administración pública, excluyendo los actos legislativos y judiciales, y, 2) solo procede la responsabilidad en caso de actuaciones irregulares.

El argumento para limitar la responsabilidad por actos legislativos radica en considerar que como las leyes y decretos producen efectos generales, si se contemplara la responsabilidad se crearía una acción paralela de la de inconstitucionalidad pues para su procedencia se requiere un presupuesto de antijuricidad, además de que se generarían demandas masivas que no serían soportables con el presupuesto, por lo que se decidió esperar el desarrollo de la doctrina y experiencia jurídica para establecer el régimen de responsabilidad de actos legislativos y judiciales.

En cuanto a la posibilidad de que la responsabilidad patrimonial tenga un carácter amplio contemplando también las actuaciones lícitas o regulares de la autoridad que causen daño, se consideró que era conveniente restringir la responsabilidad sólo a los casos de actividad irregular y esperar un tiempo para en su caso contemplar esa protección más amplia, ya que inclusive existen posturas que no reconocen la responsabilidad por actuar lícito.

El proyecto fue presentado al pleno de la cámara para su discusión, análisis y votación por parte de las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal y de manera textual señalaba lo siguiente:

PROYECTO DE DECRETO

Por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo único. Se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

TITULO CUARTO

De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado

Artículo 113. . .La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

ARTICULO TRANSITORIO

Único. El presente decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el 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.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización y b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer al debido cumplimiento del decreto, se contará con el periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del decreto y su con siguiente publicación, el citado periodo no sería menor a un año ni mayor a dos.

Como puede leerse, la justificación de exclusión de la actividad legislativa dentro de la reforma constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado obedeció a los intereses predominantes en el momento en que se realizó la misma, pues dentro del propio dictamen se reconoció que los daños pueden ser causados por cualquiera de los órganos del Estado, sin importar la función que desempeñen.

Los dos argumentos principales planteados por los legisladores no son suficientes para soportar la carencia de una garantía real de protección contra actos legislativos, por las razones siguientes:

a) Se hace referencia que en caso de normas generales ya existe una acción que permite la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley; sin embargo no se tomó en cuenta que en México la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley tiene por regla generar efectos para el futuro (exnunc), siendo muy pocos los casos en que se ha permitido el resarcimiento de los daños y que por lo mismo, la finalidad de una declaratoria de inconstitucionalidad es la privación de efectos a partir de la declaratoria, mientras que a través de la acción de responsabilidad patrimonial lo que se busca es el resarcimiento de los daños causados durante todo el tiempo que la norma fue aplicada.

b) Se justifica la no regulación de la responsabilidad por actos legislativos al considerar que como se requiere de que la conducta sea irregular, si se hiciera una declaratoria de inconstitucionalidad se permitiría que se presentaran demandas masivas que harían imposible el resarcimiento de los daños por la imposibilidad presupuestal para cubrirlos; sin embargo, no se consideró que la declaratoria de inconstitucionalidad no debe de ser un requisito para la responsabilidad por actos legislativo, sino que sólo es una forma de demostrar la existencia de la actuación irregular, pero no la única; además la falta de presupuesto nunca podrá ser una justificación para violentar el derecho de propiedad de los individuos, pues en dado caso se tendrían que generar los mecanismos adecuados para generar los recursos que fueren necesarios para generar un fondo destinado al pago de la responsabilidad estatal.

El proyecto fue aprobado en lo general y en lo particular por un total de 369 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones, turnándose ahora a la Cámara de Senadores a través de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Primera, para su análisis respectivo y en su caso, su aprobación.

IV.1.1.4. Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²¹³

En la Cámara de Senadores el análisis y discusión del dictamen aprobado por los Diputados no presentó mayor problema pues fue puesto a consideración el 8 de noviembre del 2001, siendo aprobado en lo general y en lo particular por 90 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones.

Por tal motivo y a efecto de cumplir con el proceso de reforma constitucional, se turnó a las Legislaturas de los Estados para su análisis respectivo, declarándose aprobado el decreto por la Comisión Permanente el día 15 de mayo del 2002, al darse fe que ya existían 18 votos aprobatorios de los Congresos de los Estados de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, remitiéndose al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales, siendo publicada la reforma en el Diario Oficial de la Federación el viernes 14 de junio del 2002, estableciendo su entrada en vigor para el 1 de enero del 2004, obligando a las entidades federativas a adecuar sus ordenamientos a la reforma, y generar la ley respectiva que establezca el procedimiento para obtener el resarcimiento.²¹⁴

Esta reforma constitucional contribuyó a lograr un verdadero Estado de Derecho, pues a través de ella se reconoce de manera real que el Estado tiene una responsabilidad directa para con los individuos por los daños que les cause, generando la garantía de integridad patrimonial; sin embargo aún el día de hoy, la figura sigue siendo sujeta de críticas por parte de los estudiosos del Derecho, pues se considera que la reforma quedó corta al sólo considerar un tipo de actos realizados por el Estado, por lo que la garantía de integridad patrimonial es

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado entró en vigor el 1 de enero del 2005; así mismo, mediante decreto publicado el 27 de mayo del 2015 en el Diario Oficial de la Federación, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado fue reubicada en el último párrafo del artículo 109 Constitucional, a efecto de adecuar todo un sistema constitucional en materia de combate a la corrupción. Para ello se puede consultar el decreto respectivo en <https://www.scjn.gob.mx>

limitada; a nivel interno, se ha buscado que los Tribunales Federales interpreten el texto constitucional para generar el reconocimiento de un derecho más amplio pero las resoluciones de los Tribunales no han sido favorecedoras.

IV.1.2. Los criterios establecidos por los Tribunales mexicanos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos

La postura del constituyente permanente en México al momento de realizar la reforma constitucional que incluyó la figura de la responsabilidad patrimonial, no fue acorde a lo que en contenido la doctrina ha venido estableciendo que debe entenderse por esta figura jurídica, pues el precepto constitucional la regula de una forma limitada en cuanto a la naturaleza del acto, contemplando sólo aquellos actos que son materialmente administrativos, independientemente de que sean realizados por cualquiera de los tres poderes, dejando a un lado a los actos legislativos y jurisdiccionales; además sólo se contempla la responsabilidad en caso de actos irregulares, dejando de lado aquellos actos en que se cause un daño pero la actuación del Estado no es contraria a la normatividad.²¹⁵

Al tratarse de una figura jurídica poco explotada en México, y aun y cuando existen leyes reglamentarias a nivel federal y estatal que la regulan, han sido los criterios de los Tribunales Federales los que han ido disipando las dudas existentes en la materia.

Uno de los primeros aspectos que generó duda con relación al texto constitucional lo fue el relativo al carácter objetivo de la responsabilidad y la cuestión de contemplar una actividad administrativa de carácter irregular; Vicente Fernández Fernández señala que de inicio se consideró una aparente contradicción, ya que la responsabilidad objetiva chocaba con la expresión actividad administrativa irregular, pues en la materia civil la responsabilidad

²¹⁵ Artículo 109 último párrafo: "...La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes." Consultado en <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 4 de octubre de 2017].

objetiva es aquella que se encuentra ligada al daño y para que exista basta demostrar el daño sin importar si la conducta fue regular o irregular.²¹⁶

La problemática fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la resolución de la acción de inconstitucionalidad 4/2004, que fue interpuesta por los Diputados de la Tercera Legislatura de la Asamblea del Distrito Federal contra la propia Asamblea, buscando la invalidez de los artículos 389, 390, 391 y 392 del Código Financiero del Distrito Federal, que contemplaban la responsabilidad patrimonial regulada en la Constitución.²¹⁷ Después de varias discusiones la resolución de la acción de inconstitucionalidad arrojó dos jurisprudencias que hasta el día de hoy han servido para determinar el carácter de la responsabilidad patrimonial señalando la Suprema Corte de Justicia que:

[...] la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Por otra parte, del contenido del proceso legislativo que dio origen a la adición indicada, se advierte que en un primer momento el Constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva amplia, que implicaba que bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente, pero posteriormente decidió restringir esa primera amplitud a fin de centrar la calidad objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a los actos realizados de manera irregular, debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil [...].²¹⁸

[...] 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

²¹⁶ Fernández Fernández, Vicente, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁷ *Ibidem* p. 80.

²¹⁸ Tesis P./J. 43/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 719.

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.²¹⁹

Con ello se dejó claro que la redacción del precepto constitucional lo que establece es una responsabilidad objetiva en donde basta la demostración del daño y nos es necesario acreditar el dolo o culpa con que actuó el funcionario público, pero condicionado a que el carácter de la actuación sea irregular, entendiéndose por ello que se haya realizado de una manera ilegal por no respetar las normas que rigen la manera en que debe proceder su actuación.

En cuestión de la responsabilidad por actos legislativos y jurisdiccionales, en diversas ocasiones se ha buscado que los Tribunales Federales amplíen la protección contemplada determinando una real responsabilidad patrimonial del Estado que los contemple, ya que desde el ámbito de regulación del derecho comparado y la doctrina internacional que se ha generado al respecto, se considera que la responsabilidad es del Estado y la forma de distribución de sus funciones (en este caso la división de poderes), no justifica una exclusión de responsabilidad pues es el Estado como ente jurídico el que debe responder por la actuación de sus órganos.

De la interpretación que han realizado los Tribunales Federales se ha determinado que la responsabilidad patrimonial del Estado sólo es procedente en caso de actos materialmente administrativos, por haber decidido el Constituyente Permanente no incluir los actos judiciales y legislativos de función de su naturaleza y efectos. De manera clara lo señaló el Décimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito al señalar que

Del análisis del proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 113, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015 (correlativo del artículo 109, último párrafo, del propio ordenamiento vigente), se advierte que la intención del Constituyente Permanente no fue incluir dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado

²¹⁹ Tesis P./J. 42/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p.722.

a los actos judiciales y legislativos, en función de su naturaleza y efectos, pues en las diversas etapas que conforman dicho proceso se señaló que los actos que pueden implicar una actividad irregular y, como consecuencia, la responsabilidad objetiva y directa del Estado, son únicamente los materialmente administrativos. Por tanto, los actos materialmente legislativos no configuran una actividad administrativa irregular; de ahí que no será el acto legislativo el que cause perjuicio al particular, sino que, en todo caso, el menoscabo en su esfera jurídica se concretará a través de un acto materialmente administrativo.²²⁰

Así mismo se ha dejado claro por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que aún y cuando en otros países se permite una responsabilidad patrimonial en caso de una actuación regular o lícita, e inclusive fue contemplada en las propuestas presentadas por el Partido Revolucionario Institucional y Partido Acción Nacional para la reforma constitucional, en México el Constituyente fue claro en su intención de limitar la figura sólo a aquellos casos en que la actuación tenga el carácter irregular al señalar que

De la razón legislativa que dio lugar a la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, se advierte que la intención expresa del Poder Revisor de la Constitución fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su "actividad administrativa irregular"; ahora, si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional. De ahí que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado excluye los casos donde el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública.²²¹

²²⁰ Tesis I.10º.A.40 A (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, libro 45, agosto 2017, p. 3107.

²²¹ Tesis 2a/J.99/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 13, diciembre del 2014, p. 297.

Sin embargo, el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación deje claro el sentir del constituyente permanente al momento de la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución, y establezca que la intención del mismo sólo fue contemplar una responsabilidad limitada a actos administrativos, no impide la posibilidad de que se amplíe la protección del derecho subjetivo a los actos legislativos en el orden interno, si los mismos son contemplados en las constituciones de los Estados, ya que éstos se encuentran facultados para establecer la forma de gobernarse siempre y cuando no se contravenga lo dispuesto en la Constitución Federal.

Así pues si uno de los Estados de la república estableciera una responsabilidad patrimonial por actos legislativos, la misma sería plenamente válida en el territorio del Estado, toda vez que lo único que se estaría haciendo sería ampliar los derechos ya consagrados en la norma fundamental. Lo anterior se desprende del criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada 1a. LIV/2009 al señalar que

[...] 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.²²²

Finalmente cabe precisar que los criterios establecidos por los Tribunales Federales hacen referencia a la regulación existente en el último párrafo del artículo 109 Constitucional, estableciendo los límites del derecho subjetivo reconocido en dicho precepto, entre ellos, la imposibilidad de reclamar una

²²² Tesis 1. LIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril 2009, p. 590.

indemnización por un daño causado a través de un acto materialmente legislativo; sin embargo, no se ha hecho un estudio a detalle con relación a la aplicación de los instrumentos internacionales para ampliar el ámbito de protección del derecho subjetivo contemplado a los particulares por afectación a su patrimonio en la actuación de un órgano estatal, pues la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 generó la necesidad de llevar a cabo un control de convencionalidad; por ello es importante identificar si a través de la incorporación de los instrumentos internacionales es posible generar un derecho de resarcimiento por actos legislativos, análisis que realizo en el siguiente apartado.

IV.1.3. El juicio de amparo como mecanismo de protección contra actos legislativos

La carencia del mecanismo a nivel interno de protección directa contra daños causados por actos legislativos, no implica que no se pueda recurrir a través de un juicio de amparo al resarcimiento de los daños causados por estos actos, ya que el artículo 1° fracción I de la Ley de Amparo vigente establece la posibilidad de promoverlo en caso de violación de derechos humanos a través de normas generales, actos u omisiones de la autoridad.²²³

Lo anterior ha sido corroborado por el Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito al señalar que

Conforme a los artículos 1o., 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación de 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente, el juicio de amparo es un medio de control que sirve para que los órganos competentes verifiquen el respeto que las autoridades del Estado deben a las normas generales ordinarias que regulan su actuación (control de legalidad), a la Ley Fundamental (control de constitucionalidad) y a los tratados o convenciones internacionales (control de convencionalidad). Esto es, el juicio protector de los derechos fundamentales de los gobernados, conocido como juicio de amparo, tiene como parámetro

²²³ Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

de control esos tres tipos de normas jurídicas, y su objeto (de control) son los actos de autoridad -lato sensu-. Tal medio de defensa debe tramitarse y resolverse conforme a lo que establecen los referidos artículos 103 y 107 constitucionales (y su ley reglamentaria), favoreciendo, desde luego, los principios interpretativos de los derechos humanos contenidos en el propio artículo 1o. constitucional. De esta manera, todos los órganos del Estado Mexicano, en el ámbito de sus competencias, al resolver los problemas en los que se involucren los derechos humanos, deben atender, en principio, a los que consagra la Carta Magna, como también a los contenidos en los tratados o convenciones internacionales suscritos en esa materia y, desde luego, al cumplimiento del control de legalidad que no debe apartarse de los principios precisados.²²⁴

De esta forma el Juicio de Amparo funcionaría como mecanismo de protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución, frente a los daños que al mismo pudieran causarle las autoridades en la realización de actos legislativos.²²⁵

En base a la Ley de Amparo actual, el efecto del juicio sería la simple declaratoria de inconstitucionalidad de la norma y en ciertos casos, el resarcimiento del daño directo causado con la realización del acto reclamado, como sustituto del cumplimiento de las sentencias cuando no puede realizarse éste porque se afectaría de forma grave a la sociedad, las circunstancias materiales del caso imposibiliten restituir las cosas al estado en que se encontraban, o se generen de manera gravosa para el gobernando.²²⁶

Sin embargo en base al deber de ejercicio del control de convencionalidad el resarcimiento del daño causado debe ser total, pues conforme a la Ley de Amparo sólo se permitiría un resarcimiento parcial que cubre el daño directo que se causa con la aplicación del acto de autoridad, pero no las consecuencias que derivan del mismo; además el propio artículo 234 establece la imposibilidad de que una

²²⁴ Tesis I.5o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XX, mayo de 2013, p. 1305.

²²⁵ Un ejemplo concreto del control de convencionalidad ejercido a través de un Juicio de Amparo se ejerció por el Quinto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Tercer Circuito, el cual determinó que el artículo 11, fracción II, de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios era inconstitucional e inconventional porque restringía el derecho a una indemnización justa que contemplan los artículos 21, numeral 2 y 63, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo como consecuencia la inaplicabilidad del mismo para el caso concreto. Tesis III.5o.A.12 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, libro 9, abril de 2016, p. 2548.

²²⁶ Artículos 204 y 205 de la Ley de Amparo vigente.

declaratoria de inconstitucionalidad tenga efectos retroactivos que permitan indemnizar desde la creación de la norma, ya que el sistema de declaratoria de invalidez se basa en modelo kelseniano del legislador negativo, en donde la declaratoria de inconstitucional de una norma no tiene más efectos que un acto derogatorio de la misma privando de efectos a partir de ese momento.

David García Sarubbi señala que el diseño de anulabilidad de las normas inconstitucionales en México se basa en el principio de seguridad jurídica, el cual justifica un diseño rígido de ponderación al querer equiparar la determinación de invalidez a un acto de derogación por lo que los efectos siempre serán *ex nunc*; estos efectos pro futuro derivados del juicio de constitucionalidad generan que la norma sólo pueda ser expulsada de manera parcial; sin embargo, poco a poco la Suprema Corte de Justicia ha ido generando efectos restitutorios en sus decisiones sobre todo en materia de controversias constitucionales.²²⁷

Si como ya quedo precisado en el apartado anterior la defensa de un derecho humano debe hacerse mediante los mecanismos establecidos para ello pudiéndose aplicar de una manera flexible las normas procesales, en el presente caso sólo a través de una aplicación flexible de la Ley de Amparo se lograría una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos retroactivos que permitiría cumplir con las normas existentes en materia de protección de derechos humanos, garantizando el goce del derecho humano violado, pero también, la reparación de las consecuencias de la violación y el pago de una indemnización justa.

Aún y cuando a través de éste mecanismo sería posible el resarcimiento de daños causados por actos legislativos en base a los razonamientos vertidos, la postura actual de los Tribunales Federales sigue siendo muy cerrada y serán los criterios que se vayan generando en cada caso concreto los que determinen la apertura o no del Juicio de Amparo como mecanismo de resarcimiento de daños causados por actos legislativos; por ello, sigue siendo indispensable la creación de un mecanismo de protección directa tal como se analizará en los apartados siguientes.

²²⁷ García Sarubbi, David, *Los efectos de invalidez erga omnes en México: un foro de principios*, primera edición, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 49.

IV.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MEXICO EN BASE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos que fue realizada en el año 2011, generó un cambio trascendental en la protección de éstos derechos al establecer un nuevo paradigma constitucional que se basa en la búsqueda de la eficacia en ellos mediante la apertura del orden jurídico nacional al derecho internacional, y el establecimiento de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad: se genera el deber de todas las autoridades de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos.

Surge así en México un bloque de constitucionalidad que se integra por normas que de manera formal no se encuentran en la Constitución, pero que materialmente son consideradas con un rango semejante a ella al encargarse de ampliar los derechos que consagra; estas normas son los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Este control de convencionalidad es una obligación de todas las autoridades pero de una manera ineludible de la autoridad jurisdiccional, la cual tiene el deber directo de proteger y garantizar los derechos humanos a efecto de no generar una responsabilidad del Estado mexicano. De manera concreta lo ha señalado el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Cuarto Circuito al establecer con relación al control de convencionalidad las siguientes conclusiones:

a) Los artículos 1° y 133 constitucionales establecen el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos humanos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de que se es parte.

b) La Corte Interamericana ha establecido el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar los bienes jurídicos y libertades reconocidas en ella, y en caso de acción u omisión de cualquier autoridad se genera responsabilidad para el Estado.

c) Los Jueces como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, y por ende obligados a velar por que las normas que aplican no vayan en contra

de los bienes jurídicos y libertades reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) Existe un deber de control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos que se conozcan por las autoridades a través de su ámbito competencial, por lo que en caso de incumplimiento a ese deber, se puede generar una responsabilidad internacional del Estado mexicano.²²⁸

Es importante precisar que se ha determinado también como característica de este control de convencionalidad el ser subsidiario, pues opera como una herramienta de complemento al sistema jurídico mexicano en suplencia de la deficiencia de la normativa interna, por lo que no se debe acudir de manera directa a él, sino que se debe analizar de qué manera se encuentra regulado en la constitución o en las leyes reglamentarias el derecho humano respectivo, y sólo en caso de que el mismo no se encuentre protegido o no de una manera suficiente, se justifica el que la autoridad lleve a cabo el control difuso de convencionalidad.

Lo anterior se justifica en base a dos aspectos: 1) cada Estado tiene un sistema jurídico distinto, por lo que deberá establecer la manera de aplicar el control de convencionalidad para que sea acorde a su orden interno; 2) en México el sistema nacional prevé formalidades e instancia para hacer valer derechos por lo que primero se debe acudir a ellas a efecto de evitar un desorden e incertidumbre en la aplicación del derecho para solucionar una controversia.²²⁹

Para los fines del presente trabajo de investigación toma vital importancia el análisis de la figura del control de convencionalidad que existe de manera obligatoria en México, a efecto de determinar la posibilidad de obtener una indemnización por daños causados al patrimonio de una persona por actos de carácter legislativo, por lo que las siguientes líneas estará destinadas a ello.

²²⁸ Tesis IV.2o.A. J/7 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 933.

²²⁹ Tesis (III Región) 5o. J/8 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 4, marzo de 2014, p. 1360.

IV.2.1. La protección de los derechos humanos a través de la responsabilidad patrimonial del Estado

La figura de la responsabilidad patrimonial consagrada en el actual artículo 109 constitucional protege la integridad patrimonial de los particulares, teniendo éstos derecho a una indemnización por los daños causados a sus bienes o derechos que no tenía obligación jurídica de soportar, tratándose de actos materialmente administrativos realizados por cualquiera de los órganos de gobierno; la teoría que sustenta la figura es la de la lesión antijurídica cuyo principal exponente fue Eduardo García de Enterría en España y la cual ha sido tomada por algunos ordenamientos jurídicos como el mexicano para darle sustento.

Esta garantía de integridad patrimonial se basa en la protección del derecho de propiedad privada de los particulares el cual ha sido considerado como un derecho humano que si bien no es absoluto por atender al interés social, en caso de ser limitado o afectado por la autoridad, debe ser justificada la actuación y resarcida la afectación mediante el pago de una indemnización justa.

Jaime Gerardo Baca Olamendi establece que dentro de las condiciones de vida, subsistencia y desarrollo que requiere todo ser humano se encuentra la de ser propietario, por lo que los sistemas jurídicos de los Estados deben garantizar no sólo el acceso a la propiedad, sino también evitar cualquier perturbación al derecho de propiedad de forma ilegítima, pues lo contrario atentaría contra los derechos humanos. Por lo tanto es importante diferenciar el derecho de acceso a la propiedad y el derecho de propiedad en sí mismo: el primero nos permite poder adquirir bienes para su uso y goce y el segundo, ejercer ese uso y goce.²³⁰

Este derecho humano de acceso a la propiedad y el derecho de propiedad propiamente dicho, se encuentran protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo el segundo de ellos el que realmente nos interesa para los fines de este trabajo, al ser considerado como un derecho

²³⁰ Baca Olamendi, Jaime Gerardo, "Reflexiones sobre el derecho de propiedad", *Alegatos*, revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, N° 83, enero-abril 2013. p. 55-74, <https://app.vlex.com/#vid/reflexiones-derecho-propiedad-445738626> [Consulta 30 de octubre del 2017]

subjetivo de carácter público que genera una relación jurídica entre gobernante y gobernado, en donde el gobernante debe respetar en base a los límites establecidos por la propia Constitución, las propiedades del gobernado.

Al hablar del derecho de propiedad sujeto a límites, debemos tener muy presente que la concepción actual de este derecho dista mucho de ser como originalmente se consideraba con carácter absoluto, pues en la actualidad la propiedad privada también cumple una función social, por lo que el Estado puede establecer los límites que considere necesarios para lograr el bien común.

Estos límites (garantías) que contempla la Constitución para las autoridades, permiten a las personas tener la certeza de que su propiedad sólo podrá ser afectada a través de un juicio en base a leyes y tribunales preestablecidos, en donde se cumplan las formalidades esenciales de todo procedimiento (artículo 14); en caso de utilidad pública por existir una necesidad social y siempre y cuando se realice el pago de una indemnización (artículo 27); o a través de las modalidades que se dicten en atención a la función social del derechos de propiedad²³¹.

Sin embargo, aún y cuando se protege el derecho de propiedad, sólo en determinados casos se establecen los medios adecuados para hacer válido el resarcimiento de los daños causados por la afectación a éste, pues de manera concreta se permite obtener una indemnización sólo en los casos que se establece por la propia constitución, constituyendo éstos garantías a favor de los gobernados; entre ellos se pueden mencionar el resarcimiento de los daños causados por una conductas ilícitas como el derecho de la víctima de un delito, el pago por afectación los recursos naturales, la responsabilidad administrativa de servidores públicos, la responsabilidad patrimonial por actos administrativos, etc.

Es importante precisar que la garantía contemplada en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución mexicana busca proteger el derecho humano de propiedad, pues inclusive ha sido denominada garantía de integridad patrimonial, en virtud de que se contempla sólo la actividad administrativa del Estado y se

²³¹ Los límites al derecho humano de propiedad contemplados por la Constitución son semejantes a los contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, donde el artículo 21 contempla también el derecho al uso y goce de bienes subordinado al interés social y la protección para no se privado de ellos salvo causas de utilidad pública e interés social, en base a las formas legales y mediante el pago de una indemnización.

considera que las afectaciones repercuten de manera directa en los bienes de los gobernados; sin embargo, a través de la realización de actos legislativos se podría afectar cualquier derecho humano como la vida, integridad personal, igualdad, libertades, garantías judiciales, pues la responsabilidad legislativa deriva de la emisión de una norma de carácter general, la cual puede llegar a regular cualquier aspecto de la vida humana.

Por ello el hecho de que no se contemple el resarcimiento de los daños causados por los actos legislativos se traduce en la carencia de un mecanismo que permita no sólo la protección de los derechos humanos, sino el pago de una compensación en el caso de que no sea posible restituir el pleno goce de los mismos. De aquí surgen dos preguntas: ¿puede limitarse la protección de un derecho humano por la carencia de un mecanismo que lo proteja? ¿En qué casos es válida la restricción de un derecho humano?

Con la introducción al orden constitucional de la tutela de los Derechos Humanos contenidos en los Tratado Internacionales, los Tribunales Federales ha emitido diversos criterios que tratan de darle forma a este nuevo paradigma y de donde se puede dar respuesta a las preguntas planteadas.

Un primer aspecto que se ha dejado claro es que los Tribunales no pueden hacer válido un derecho humano si no es a través de los mecanismos que el orden jurídico establece para tal efecto, estando obligados los gobernados a cumplir con los requisitos de forma para que se pueda atender el fondo del asunto:

El principio pro homine y el control de convencionalidad se encuentran tutelados por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la entrada en vigor de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. El principio pro homine es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma y la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas. Por su parte, el "control de convencionalidad" dispone la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo la protección más amplia a las personas. Sin embargo, su aplicación no implica desconocer los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, pues para la correcta y funcional

administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, el Estado puede y debe establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los medios de defensa, los cuales no pueden ser superados, por regla general, con la mera invocación de estos principios rectores de aplicación e interpretación de normas.²³²

Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, implicó la modificación del sistema jurídico mexicano para incorporar el denominado principio pro persona, el cual consiste en brindar la protección más amplia al gobernado, así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos el derecho a un recurso efectivo, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello no significa que en cualquier caso el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sin que importe la verificación de los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, ya que las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución, por lo que tales aspectos, por sí mismos, son insuficientes para declarar procedente lo improcedente.²³³

En base a los criterios anteriores parecería imposible que se pueda hacer valer un derecho humano si no existe el mecanismo para ello; en el caso que nos ocupa, no sería posible reclamar un resarcimiento por daños causados mediante actos legislativos por no existir el mecanismo que lo justifique; sin embargo mediante la tesis I.3o.C. J/1 (10a.) el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, establece un criterio flexible que podría ser el inicio de un cambio de concepción del ejercicio de los derechos humanos al señalar que

Aunque doctrinal y jurisprudencialmente se afirmaba, con carácter general y sin discusión, la naturaleza de derecho público de las normas procesales, consideradas de cumplimiento irrenunciable y obligatorio, debe considerarse que con motivo de la reforma constitucional de junio de dos mil once, en la actualidad es en la finalidad de la norma, que tiene que mirarse en función del valor justicia, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales. Por ello, será competencia del legislador, de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, en su caso, velar porque los requisitos procesales sean los

²³² Tesis VI.3o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XVII, febrero de 2013, p. 1241.

²³³ Tesis 1a./J. 10/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro 3, febrero de 2014, p. 487.

adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, para que no se fijen arbitrariamente y para que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías. Y si la ley no contempla expresamente esta flexibilidad, ello no será obstáculo para que el juzgador interprete y aplique la norma de una manera diversa a la prescrita, en aras de encontrar un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. De aquí se destaca la regla: flexibilizar lo procesal y privilegiar lo sustantivo.²³⁴

El criterio señalado prevé la posibilidad de que los Tribunales actúen de una manera flexible al momento en que se lleva a cabo el ejercicio de un derecho procesal, en la búsqueda de protección de los derechos humanos, lo que abre la puerta a que en un futuro se pueda generar la obligación de la autoridades de atender el reclamo de los gobernados cuando se sientan afectados en uno de sus derechos humanos, sin importar si existe o no un mecanismo previsto en la ley, pues recuérdese que es deber del Estado el adoptar las medidas legales, administrativas o jurisdiccionales necesarias que garanticen los derechos humanos, y la omisión de esta obligación a cargo del Estado no puede ser una causa de justificación para la privación de éstos.

Independientemente de ello, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos el Estado mexicano asumió como obligación el promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales, por lo que es su obligación que los derechos humanos no queden desprotegidos frente a las actuaciones de las autoridades, máxime si estas actuaciones son ilegales; mediante el análisis de los instrumentos internacionales, en específico de la Convención Americana de Derechos Humanos, es posible justificar el resarcimiento de los daños causados a través de los actos legislativos en aras de proteger los derechos humanos, pudiendo generarse responsabilidad internacional del Estado mexicano en caso de que no permita un recurso efectivo para tal efecto, tal como se analizará a detalle en el siguiente apartado.

²³⁴ Tesis I.3o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XV, diciembre de 2012, p. 1189.

IV.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos y la obligación de los Estados firmantes de proteger los Derechos Humanos.

El instrumento internacional que fija las bases en materia de protección de derechos humanos para ejercer el control de convencionalidad en México, lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pato de San José de Costa Rica), mismo que fue adoptado el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; en el caso de México, el documento de adhesión a la Convención fue recibido por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 24 de marzo de 1981.

A través de este instrumento internacional, los Jueces mexicanos han justificado el control de convencionalidad ejercido en sus resoluciones en aquellos casos en que se ha dejado de aplicar alguna norma interna por ser contraria a la Convención, o han ampliado algún derecho humano regulado de manera limitada; pero además, para poder comprender el contenido de los derechos humanos regulados por la convención, los Jueces han recurrido a la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana, por constituir una extensión de la convención ya que en ella es en donde se desarrollan los derechos humanos reconocidos y constituye un deber tal como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual inclusive ha establecido las normas a seguir para la aplicación de la jurisprudencia interamericana al señalar que²³⁵

[...] los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

²³⁵ Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 204.

Mediante la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia que emite la Corte Interamericana con motivo de los juicios sometidos a su competencia, es posible ampliar la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado que se encuentra regulada en la Constitución mexicana, para incluir el derecho de resarcimiento por daños causados mediante la ejecución de actos de carácter legislativo, tal como se analizará en el presente apartado.

Los artículos 1° y 2° de la Convención establecen dos obligaciones fundamentales en aras del logro de los derechos humanos en el orden interno de los Estados partes: a) el respeto de los derechos humanos reconocidos garantizando su pleno y libre ejercicio sin limitación alguna; b) garantizar ese respeto adoptando las medidas que sean necesarias para tal efecto.²³⁶

En complemento a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que los Estados que han ratificado un tratado en materia de derechos humanos deben modificar su orden interno para garantizar el respaldo de los derechos Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos lo que se traduce no sólo en generar mecanismos tendientes a ello, sino mecanismos que sean realmente efectivos.²³⁷

Así mismo el artículo 25 apartado 1 de la misma Convención establece la necesidad de que toda persona cuente con los recursos que le permitan defenderse de los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en el orden interno o en la propia Convención, sin importar que los actos provengan de una autoridad en ejercicio de sus funciones.²³⁸

La propia Corte ha precisado que es necesario que se cumpla con la accesibilidad del recurso, que se traduce en que la víctima tenga acceso a un recurso, y con la efectividad del recurso, que implica que el tribunal competente tenga la facultad de restituir a la víctima en el goce de sus derechos en caso de que determine la existencia de una violación.²³⁹

²³⁶ Consultados en <http://www.oas.org> [Consulta 3 de noviembre del 2017]

²³⁷ Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 164.

²³⁸ Consultado en <http://www.oas.org> [Consulta 3 de noviembre del 2017]

²³⁹ Corte IDH, caso Castañeda Gutman Vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, número 184, párrafo 103.

Finalmente el artículo 63 apartado 1 de la Convención establece la obligación por parte de los Estados partes de la Convención, de garantizar en caso de violación a un derecho humano, el goce de éste, la reparación de las consecuencias de la violación, y el pago de una indemnización justa.²⁴⁰

Estos artículos consagran obligaciones directas de los Estados para que se protejan en el orden interno los derechos humanos contenidos en la Convención, dictando las medidas que sean necesaria para ella, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, pues el deber es del Estado y no sólo de uno de sus órganos.

En el caso de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos, se puede llegar a afectar cualquier derecho humano pues como fue señalado, tiene como base la emisión de una norma de carácter general que puede referirse a cualquier tipo de materia; sin embargo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece el mecanismo (garantía) para hacer válido ese derecho, pues sólo garantiza la protección de la propiedad con relación a actos de carácter administrativo, violando con ello la obligación directa establecida por los artículos 1° y 2° de la Convención Americana al no generar el mecanismo que permita el respeto de ese derecho humano.

Ello se traduce en una omisión del Estado mexicano al no generar un mecanismo que permita el resarcimiento de daños causados a los particulares por un acto de carácter legislativo, que como ya señalamos en apartados anteriores, la exclusión de este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en la consideración de que ya existen mecanismos para la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, además de que en caso de demandas masivas sería imposible resarcir los daños causados.

Por ello mediante la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, se podría demostrar la existencia de una responsabilidad internacional del Estado mexicano por la falta de adopción de medidas que protejan los derechos humanos contra actos de autoridad, en el presente caso, contra actos de carácter legislativo.

²⁴⁰ Consultado en <http://www.oas.org> [Consulta 3 de noviembre del 2017]

IV.3. CONTROLES CONSTITUCIONALES QUE EN MÉXICO HAN GENERADO RESARCIMIENTO DE DAÑOS POR ACTIVIDAD O INACTIVIDAD LEGISLATIVA

Como fue analizado en el capítulo segundo de esta investigación, al generarse el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución se convirtió en una guía que contempla los principios y valores a seguir por las autoridades, en donde los controles que se ejercen sobre las normas ya no sólo se refieren a una cuestión de procedimiento, sino que se analiza el contenido de las mismas verificando su concordancia con todo el orden constitucional.

Para tal efecto fue creada la denominada justicia constitucional, en donde a través de órganos específicos de carácter jurisdiccional denominados Tribunales Constitucionales, se ejerce un control constitucional exclusivo de manera formal, y se analiza que los actos de las autoridades sean acordes a la constitución.²⁴¹

La figura de la responsabilidad patrimonial en México parte de la existencia de un acto indebido en el sentido de que fue realizado afectando al particular cuando éste no tenía el deber jurídico de soportar esa afectación; dicha circunstancia es un presupuesto indispensable para poder llegar a generar el resarcimiento de daños, pues si contrario a ello el particular resiente el daño, pero éste es consecuencia de una conducta que la ley permite, por ejemplo por ser benéfica para la colectividad, nada se podrá reclamar.

En México las normas se encuentran sujetas a controles de constitucionalidad y/o convencionalidad para verificar que las mismas no afecten los derechos de los particulares o no se produzcan mediante la invasión de competencias de las autoridades violando el principio de división de poderes; así los controles pueden llegar a reconocer una afectación hacia el particular por ir en contra de la constitución o de los instrumentos internacionales; también se ejercen controles en cuanto a la falta de actuación de la autoridad al no generar una norma teniendo el

²⁴¹ Debe tomarse en cuenta que a si bien es cierto que en México que contempla un control concentrado de constitucionalidad, esto sólo es desde el punto de vista formal en cuanto a la asignación de competencia de los órganos, pues de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, todas las autoridades tienen el deber de ejercer ese control en aquellos asuntos que sean sometidos a su consideración por virtud de su actividad normal, lo que se traduce en un control difuso de material.

deber de ello, impidiendo la operatividad un derecho que ya se encuentra reconocido en perjuicio de un particular.

La problemática actual radica en que no es suficiente con que el control de constitucionalidad genere como efecto sólo el hecho de que el Tribunal Constitucional deje sin validez a la norma u obligue a la autoridad respectiva a emitir aquella que no emitió, sino que es necesario que en caso de que se cause un daño, éste sea resarcido ya que su causa sería la actuación indebida o falta de actuación de la autoridad.

En el presente apartado se hará un análisis de tres supuestos derivados de controles de constitucionalidad y/o convencionalidad ejercidos en México, que pueden servir de base para la reclamación de un resarcimiento de daños por actos legislativos: la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la violación a normas de carácter internacional y la omisión legislativa.

IV.3.1. Declaración de inconstitucionalidad de una norma

La Declaratoria de inconstitucionalidad de una norma tiene como finalidad privarla de validez con efectos generales para todas las personas, en aquellos casos en que la misma sea contraria a los principios o valores que la constitución establece; sin embargo no en todos los casos es necesario que se lleve a cabo una declaratoria de inconstitucionalidad pues como lo señala Héctor Fix-Zamudio, sólo se debe llegar a ella cuando no es posible armonizar la norma con el texto y principios de la Constitución en base a una interpretación conforme.²⁴²

Como supuesto de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos, la declaración de inconstitucionalidad tuvo de origen la problemática de su aceptación general al existir tres posturas diversas: 1) los que sostenían que la responsabilidad sólo se podía dar a través de un procedimiento de control de constitucionalidad en donde no se puede hablar de supuestos de responsabilidad

²⁴² Fix-Zamudio, Héctor, La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 8, año 2001, pp. 136-139, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_5.pdf [Consulta 4 de diciembre de 2017].

del legislador, sino de leyes inconstitucionales cuyos efectos dependerán de lo que determine el Tribunal respectivo; 2) los que consideraban que sólo era procedente una indemnización cuando la ley inconstitucional produce un daño que los ciudadanos no tenían el deber jurídico de soportar, lo que implica un acto antijurídico; 3) los que sostenía que si se aceptaba la responsabilidad por una cuestión de constitucionalidad, la misma no se podría hacer depender la voluntad del legislador que provoca el daño.²⁴³

El fundamento de las posturas señaladas se basaba en la garantía expropiatoria, la teoría del sacrificio y el principio de la confianza legítima; las dos primeras coinciden en la necesidad de obtener una indemnización en virtud de haber generado un trato desigual que no se justifica, entendido este resarcimiento como una justa compensación por la expropiación, o como el pago de perjuicios derivados de la falta de igualdad ante las cargas públicas; la tercera se basa en la afectación de la seguridad jurídica y buena fe, derivado de que la conducta del legislador genera cambios normativos no previsibles para quienes adecuaron una conducta económica a una situación jurídica estable.²⁴⁴

En México el fundamento de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos derivados de una declaratoria de inconstitucionalidad partiría de la teoría del sacrificio, al considerar que la afectación debe derivar de una actuación irregular que implica que el particular no tenía por qué soportar la afectación, tal como se desprende del texto constitucional que regula la figura.

Los mecanismos para la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma son las controversias constitucionales, las acciones de institucionalidad y el juicio de amparo; las dos primeras fueron creadas para la protección de los intereses de las autoridades ya que buscan evitar una invasión de competencias, por lo que el juicio de amparo sería el mecanismo que permitiría una declaratoria de inconstitucionalidad de las normas para poder reclamar, en ciertos casos, el resarcimiento de los daños causados con motivo de la misma.

²⁴³ Ahumada Ruíz, María Ángeles, "Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)", *Revista española de Derecho Constitucional*, España, N° 62, año 21, mayo-agosto 2001 pp. 307-312, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/8095> [Consulta 4 de diciembre de 2017].

²⁴⁴ *Idem*.

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, se generó una nueva Ley de Amparo que contempla un apartado específico para la declaratoria de inconstitucionalidad que tiene por finalidad privar de validez a la norma en aquellos casos en que sea contraria a los principios o valores que la constitución establece; sin embargo, la propia Ley de Amparo prohíbe una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos de resarcimiento, al sólo permitir efectos retroactivos en caso de que se trate de asuntos de carácter penal.

Esta postura parte de considerar que los efectos de una sentencia que determina la inconstitucionalidad de una norma no son otros que el de un acto de derogación desincorporándola del sistema jurídico vigente; tal como lo señala David García Sarubbi, el diseño jurisdiccional del control de constitucionalidad en México parte del propuesto por Kelsen, en donde se consideraba que un acto inconstitucional es un acto nulo que requiere de la emisión de otro para privarlo de su validez, por lo que la declaratoria de inconstitucionalidad tienen efectos generales similares a una ley hacia el futuro, *ex nunc*, característica propia de los sistemas concentrados, al tener esta declaratoria una naturaleza constitutiva, a diferencia de los sistemas difusos en donde su naturaleza es declarativa de la existencia de una situación jurídico preexistente.²⁴⁵

Por ello en el caso de México la declaratoria de inconstitucionalidad en tanto no se cambie su concepción como un medio para privar de efectos hacia el futuro, partiendo de la premisa de que la norma es válida hasta en tanto no se declare lo contrario, no permitiría obtener de manera directa el resarcimiento de los daños causados, sino que sólo permitirá obtener el fundamento necesario para demostrar la existencia de una actuación irregular por parte de la autoridad al crear la norma; así al generarse un mecanismo que permita una demanda de responsabilidad patrimonial por actos legislativos, esta declaratoria de inconstitucionalidad serviría de fundamento para demostrar la actuación irregular llevada a cabo por la autoridad, la cual ya no sería objeto de estudio por haber sido ya analizada por el Tribunal Constitucional.

²⁴⁵ García Sarubbi, Davis, *op. cit.*, pp. 33-45.

IV.3.2. Violación a normas de carácter internacional.

La característica de universalidad de los derechos humanos generó que a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial, los Estados crearan sistemas de protección de estos derechos, mismos que contemplan no sólo instrumentos de carácter normativo, sino órganos encargados de velar por el cumplimiento de los mismos. Es así como en la actualidad se puede hablar de un sistema universal que parte la Organización de las Naciones Unidas con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de sistemas regionales entre ellos el americano, cuyo instrumento base lo es la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tal como lo señala José Luis Caballero Ochoa, este fenómeno busca dos aspectos en concreto: 1) completar los derechos humanos que se encuentran reconocidos en las constituciones a través de los instrumentos que a nivel internacional se celebren, y, 2) que se cambie la concepción que se tiene de los derechos como limitaciones de la autoridad y se les reconozca como facultades atribuidas a cada individuo, las cuales son reconocidas por el estado.²⁴⁶

A través de la firma de los instrumentos internacionales el Estado mexicano ha asumido compromisos de respeto y protección de los derechos humanos, los cuales implican llevar a cabo acciones tendientes a generar mecanismos efectivos, entendiéndose por ello, aquellos que permitan generar no sólo la restitución del goce del derecho humano violado, sino también el resarcimiento del daño que se haya causado; dentro de estos mecanismos cobran especial importancia los de carácter legislativo.²⁴⁷

Esto es así ya que toda persona que sufre un injusto quebranto de un derecho busca algo más, que se le repare el daño causado, que se le devuelva en medida de lo posible aquello que le fue quitado sin derecho y sin razón; pero a su vez

²⁴⁶ Caballero Ochoa, José Luis, "México y el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 31, 2001, pp. 123-124, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr9.pdf> [Consulta 2 de diciembre de 2017].

²⁴⁷ Aún y cuando la protección de los derechos humanos pueden darse al momento de aplicación de una norma o mediante la interpretación jurisdiccional que realizan los Tribunales, sigue siendo indispensable que los derechos se plasmen en normas que no dejen duda sobre su reconocimiento y los mecanismos tendientes a impedir su afectación.

quien consuma el agravio debe responder por él, aún el Estado quien tiene obligaciones en el orden internacional, por lo que no basta la declaratoria jurisdiccional de su responsabilidad, sino que debe asumir obligaciones inherentes a ésta que se traducen en acciones, compromisos o prestaciones tendientes a la reparación.²⁴⁸

Es por ello que los Estados tienen la obligación de adecuar su normatividad interna a los Tratados en materia de derechos humanos teniendo a su cargo tres acciones positivas a realizar: 1) modificación o reforma de la legislación existente; 2) promulgación de una nueva legislación; 3) abstenerse de expedir nuevas leyes que contravenga los tratados.²⁴⁹

En el caso de México la Corte Interamericana de Derechos Humanos funge como la máxima institución de protección de derechos humanos en el continente americano, y las resoluciones que se emitan por ésta, tienen el carácter obligatorio. Ante dicha institución se han presentado diez casos de los cuales haré referencia solo a dos de ellos que generaron la necesidad de modificar el orden interno para establecer mecanismos legislativos que permitieran hacer válidos derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, reconociendo la existencia de una responsabilidad internacional por falta de actuación legislativa.

IV.3.2.1. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos

Los hechos que generaron un trámite internacional por parte de Castañeda Gutman, tuvieron por base la negativa del Instituto Federal Electoral para registrarlo como candidato al cargo de elección popular de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y la improcedencia del juicio de amparo contra dicha resolución que fue determinada por un Juez de Distrito y confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atrayendo el caso que originalmente conocía un Tribunal Colegiado de Circuito.

²⁴⁸ García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, *Reparaciones por violaciones de derechos humanos. Jurisprudencia Interamericana*, primera edición, México, Porrúa, 2014, p. 1.

²⁴⁹ Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, primera edición, México, Porrúa, 2009, p. 98.

Los argumentos que Castañeda Gutman hizo valer ante la Comisión Americana de Derechos Humanos fueron que el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales era contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, en específico se afectaba su derecho a ser votado que se contempla en el artículo 23 de la Convención y ello violaba la igualdad ante la ley prevista en el artículo 24, ya que se le obligaba a pertenecer a un partido político trasgrediendo su libertad de asociación; así mismo señaló que en virtud de que el amparo que interpuso en el orden interno fue improcedente corroboraba la falta de acceso a la justicia, afectando el debido proceso legal que debe existir, derechos previstos en los artículos 8 y 25 de la propia Convención.²⁵⁰

El caso derivó en la responsabilidad internacional del Estado pero sólo por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo a fin de que el señor Jorge Castañeda Gutman pudiera inscribir su candidatura independiente a la Presidencia de México en el año 2006, ya que se determinó por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se violó el derecho a la protección judicial que se consagra en el artículo 25, relacionado con el 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así de manera textual se determinó como reparación una modificación legislativa en el orden interno al establecerse en la resolución que

El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.²⁵¹

Cabe señalar que en este caso aún y cuando se reclamaron daños materiales e inmateriales fundados en la violación al ejercicio del derecho a ser elegido en

²⁵⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. "El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, p. 779, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/310/543> [Consulta 2 de diciembre de 2017].

²⁵¹ Consultada en <http://www.corteidh.or.cr> [Consulta 2 de diciembre de 2017].

términos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte declaró improcedente dicha solicitud de indemnización al determinar que no existió una violación a ese derecho humano, pues la única responsabilidad existente derivó de la falta de un mecanismo que permita la declaración de inconstitucionalidad de las normas en materia electoral; sin embargo la Corte determinó en equidad el pago de \$7,000.00 (siete mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la víctima, por concepto de costas y gastos que fueron demostrados, contemplando los que se pudieran llegar a generar para la supervisión del cumplimiento de esta Sentencia.

IV.3.2.2. Caso Rosendo Padilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos

Aún y cuando el presente caso tuvo una trascendencia incuestionable en la protección de la protección de los derechos humanos por las autoridades que derivó en la reforma constitucional llevada a cabo en el 2011, en este apartado el análisis será solo enfocado a la cuestión relativa a la falta de acatamiento de las disposiciones internacionales por parte del Estado mexicano, para la adecuación de las normas internas a los instrumentos internacionales.

Los hechos en que se basó este caso tienen que ver con la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Padilla Pacheco por parte del ejército mexicano en el Estado de Guerrero, el 25 de agosto de 1974; ante su desaparición sus familiares interponen varias denuncias ante autoridades locales y federales, autoridades que nunca les dieron respuesta alguna, por lo que el 15 de noviembre de 2001 a través de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a Derechos Humanos en México, se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió en julio de 2007 diversas recomendaciones al Estado mexicano, mismas que al no haber sido cumplidas generaron que la Comisión sometiera el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado mexicano por la violación a derechos que se encuentran reconocidos en la Convención Americana de

Derechos Humanos, dictándose la resolución correspondiente el 23 de noviembre del 2009.²⁵²

La sentencia emitida por la Corte Interamericana, entre otros aspectos, determinó la responsabilidad del Estado mexicano por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial que contemplan los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionados con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de los hijos del señor Rosendo Radilla Pacheco, determinando que el Estado incumplió el deber de adoptar disposiciones internas para la tipificación del delito de desaparición forzada; dentro de las reparaciones que dispuso la Corte, dos en concreto se referían a cuestiones legislativas²⁵³

El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.

El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al igual que con el caso *Castañeda Gutman*, la Corte reconoció la responsabilidad del Estado mexicano al considerar que el mismo no había realizado modificaciones legislativas en el orden interno que permitieran una adecuada tipificación del delito de desaparición forzada, pero no sólo eso, sino que ordenó realizar las modificaciones necesarias para evitar la misma responsabilidad en un futuro.

En cuanto a la reparación de los daños causados, la Corte condenó al estado mexicano al pago de las siguientes cantidades: a) la cantidad de US \$12,000.00 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en pesos mexicanos, por concepto de pérdida de ingresos del señor Radilla Pacheco,

²⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos Parte General*, cuarta reimpresión, México, Porrúa, 2017, pp. 171-172.

²⁵³ Consultada en <http://www.corteidh.or.cr> [Consulta 4 de diciembre de 2017].

pagados en partes iguales a sus derechohabientes; b) una compensación de US \$1,300.00 (mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América), pagada en partes iguales a los beneficiarios por concepto de daño emergente derivado de las acciones de búsqueda de paradero ante diferentes autoridades del señor Radilla Pacheco; c) la cantidad de US \$80,000.00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Rosendo Radilla Pacheco como compensación por concepto de daño inmaterial, en base a el carácter y gravedad de las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados a las víctimas y el tratamiento recibido, el tiempo transcurrido la desaparición, la denegación de justicia, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron; d) la cantidad de US \$25,000.00 (veinticinco mil dólares de Estados Unidos de América) a favor de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México y de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, por concepto de las costas y gastos incurridos en el litigio del presente caso.

IV.3.2.3. Resarcimiento de daños causados por la no adecuación del orden interno a fin de proteger de derechos humanos.

El análisis de estos casos permiten corroborar de manera clara como sí es muy viable la existencia de una responsabilidad por la falta de actuación legislativa en términos de las normas internacionales, al no generar mecanismos tendientes a la protección de los derechos humanos, o no eliminar aquellas normas que afecten a éstos, en donde el Estado tendrá no sólo que adecuar su orden legislativo interno en aras de lograr una verdadera protección del derecho afectado, sino que además tendrá que cubrir los daños que deriven de la falta de actuación para evitar la violación a los derechos humanos.

Para ello hay que tener presente con relación a una responsabilidad internacional dos circunstancias: 1) la presencia del Estado es unitaria, por lo que la responsabilidad y los deberes le corresponde al Estado nacional, independientemente de que los autores de la violación sean agentes u órganos de

otros ámbitos del Estado; 2) la ley nacional no puede disponer el alcance o detalles de la reparación internacional ya que corresponde al derecho internacional de los derechos humanos fijar los términos de la responsabilidad, proveer los medios para exigirla, determinar el contenido de la condena y supervisar el cumplimiento de la misma.²⁵⁴

En México se reconoce el derecho a la reparación del daño en caso de existencia de una responsabilidad internacional por afectación a un derecho humano, estableciendo el tercer párrafo del artículo 1° Constitucional que el Estado tiene el deber de reparar las violaciones en los términos que establezca la ley; la ley que ha reglamentado el procedimiento a seguir es la relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado reglamentaria del actual artículo 109 constitucional, la cual establece en su artículo 2° que la misma será aplicable para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como para atender las recomendaciones que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de indemnizaciones, siendo la Secretaría de Relaciones Exteriores la encargada de informar los cumplimientos respectivos.

De esta manera sería posible obtener el resarcimiento de los daños causados a un derecho humano por la falta de actuación del Estado con relación a la creación o modificación de normas, a través del reconocimiento de una responsabilidad internacional; sin embargo, un trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en su caso, un posterior juicio ante la Corte, requiere el cumplimiento de cierto requisitos, el principal el principio de subsidiariedad²⁵⁵ que implica que previo a acudir a procesos internacionales se deben agotar los recursos internos por ser a los Estados a quienes corresponde en una primera instancia el respecto de los derechos humanos dentro de su jurisdicción.

Por ello se deben generar en el orden jurídico los mecanismos que permitan ese resarcimiento, mismos que podían ser de carácter jurisdiccional a través de la jurisprudencia que se vaya generando mediante la aplicación de un adecuado control de convencionalidad en términos de la Constitución, lo que a futuro tal vez

²⁵⁴ García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, *op. cit.*, pp. 277-282.

²⁵⁵ Tesis .4o.A.7 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XV, diciembre de 2012, p. 1489.

generaría los mecanismos legislativos mediante la creación de normas que plasmen estos criterios, tal como aconteció en países como España, Colombia y Argentina, en donde fueron los Tribunales los que reconocieron los derechos que después se normativizaron, tal como se analizó en el capítulo tercero de la presente investigación.

IV.3.3. Omisión legislativa

El surgimiento de un Estado Constitucional de Derecho generó un cambio en la concepción del control que debe tenerse sobre el órgano legislativo, pues hace algunos años era impensable si quiera considerar someterlo a cualquier tipo de mecanismo de control; actualmente el hecho de que todos los órganos del Estado deban de acatar lo establecido por la Constitución genera que todo acto contrario a ella pueda ser analizado, sancionándose no sólo la realización de actos, sino también la falta de acatamiento de las disposiciones que de manera expresa establecen una obligación de actuar, generándose con ello lo que ha sido denominado como omisión legislativa.

Esta figura no ha sido del todo aceptada en los sistemas jurídicos, pues se considera que en el caso de que se reconozca por otro de los órganos del Estado (Poder Judicial) que el legislativo no realizó una conducta obligatoria y le imponga el deber de realizarla, e inclusive en cierto casos la manera en que se debe realizar, genera una violación al principio de división de poderes, pues dicho órgano se estaría inmiscuyendo en un ámbito competencial que no le corresponde.

Se debe tener muy presente que la omisión legislativa no es una figura jurídica aplicable sólo al legislador, pues como se ha venido señalando, el Estado Constitucional generó la necesidad de sometimiento de todas las autoridades a lo preceptuado por la norma fundamental, y aún y cuando de una manera formal sólo corresponde la creación de normas al poder legislativo, desde el punto de vista material tanto el poder ejecutivo como el judicial tienen a su cargo la creación de normas con carácter general. Es así como surge la figura de la omisión legislativa

como una forma de control sobre la inactividad de los órganos del Estado encargados de emitir una norma, para proteger a la Constitución en contra de la falta de acatamiento de sus mandatos.

Lo anterior lo explica de manera clara Laura Maribel Rangel Hernández al establecer que la acción por omisión legislativa es un proceso constitucional tendiente a la regularidad del orden jurídico u encaminado a salvaguardar la Constitución y su supremacía y en muchos casos también a la protección y garantía de los derechos fundamentales.²⁵⁶

Para el tema que se está abordando en este trabajo de investigación, la omisión legislativa sería el supuesto más claro de la responsabilidad incurrida por el legislador al no cumplir con un deber expreso que se establece por una norma tal como se desarrollará a lo largo del presente apartado.

IV.3.3.1. Naturaleza de la omisión legislativa

Al escuchar el término omisión legislativa sin conocer sobre el tema, lo primero que viene a nuestra mente es la no realización por parte del poder legislativo de algo; sin embargo la figura jurídica es mucho más compleja, pues implica determinar si existió algún tipo de incumplimiento por parte del órgano encargado de emitir una norma, que no necesariamente es el poder legislativo, aunque siempre se le ha relacionado sólo a él con esta figura; en muchas ocasiones la emisión de la norma tiene un tinte político que otorga la plena libertad para la emisión de la misma en el momento que considera más adecuado para ello, lo que genera que el tema de la omisión legislativa se vuelva más complicado.

Para José Julio Fernández Rodríguez una omisión legislativa se presenta por la falta de desarrollo del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente

²⁵⁶ Rangel Hernández, Laura Maribel, "El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo VIII, *Procesos Constitucionales Orgánicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 627, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2553-la-ciencia-del-derecho-procesal-constitucional-estudios-en-homenaje-a-hector-fix-zamudio-en-sus-cincuenta-anos-como-investigador-del-derecho-t-viii-procesos-constitucionales-organicos#89913> [Consulta 11 de diciembre de 2017].

largo, de normas constitucionales de desarrollo obligatorio y concreto, impidiendo su eficaz aplicación.²⁵⁷

Carlos Báez Silva establece que la figura se relaciona con la omisión que comete el legislador de legislar en concreto cuando le ha sido encargado por el constituyente el desarrollo de una norma constitucional de eficacia limitada ya que requiere de la intervención del legislador para adquirir la eficacia plena.²⁵⁸

Para Israel Santos Flores la inconstitucionalidad por omisión se presenta por una vulneración del texto constitucional derivada de una inactividad del Poder Legislativo que inclusive puede ser parcial, con relación a normas que de manera expresa o tácita exigen de él un desarrollo posterior para ser efectivas, cuando el término ha vencido, su pasividad sea injustificada o se lesione el principio de igualdad por excluir a un grupo de beneficiarios de la ley.²⁵⁹

Estos conceptos establecen un panorama general de la figura, pero se encuentran limitados en cuanto al órgano que puede ser sujeto de omisión legislativa, pues como comenté en líneas anteriores si bien es cierto que formalmente el poder legislativo es el que lleva a cabo la creación de normas, materialmente los otros dos poderes también ejercen esta función en el ámbito de su competencia, por lo que en un determinado momento se podría ubicar también en los supuestos de la figura.

Por su parte Olga Cecilia González Noriega considera una omisión legislativa amplia y no sólo del poder legislativo, pues establece de manera clara que la responsabilidad por omisión de carácter legislativo se presenta cuando el órgano del Estado encargado de regular o desarrollar un acto legislativo derivado de una norma superior, política o reconocimiento de derecho, no lo hace.²⁶⁰

²⁵⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 29, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2455-en-busca-de-las-normas-ausentes-2a-ed#85219> [Consulta 11 de diciembre de 2017].

²⁵⁸ Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, primera edición, México, Porrúa, 2009, p. 33.

²⁵⁹ Santos Flores, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria, el caso México*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2011, p. 27.

²⁶⁰ González Noriega, Olga Cecilia, "La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista Verba Iuris*, Universidad Libre de Colombia,

Para Laura Rangel Hernández la inconstitucionalidad por omisión legislativa se presenta cuando se da por la falta de emisión de normas secundarias que van a desarrollar una norma constitucional para hacerla eficaz o de normas que sean necesarias para adecuar la legislación secundaria a los nuevos contenidos constitucionales.²⁶¹

En base a los conceptos señalados parecería sencillo determinar en qué casos nos encontramos ante una omisión legislativa; sin embargo, es importante dejar claro que la simple falta de cumplimiento de emisión de una norma por un órgano del Estado obligado a ello, no genera omisión legislativa, sino que se deben analizar las causas que generaron la omisión y los efectos que se producen en ella; es así que se puede hablar de ciertos requisitos que deben cumplirse para que se presente la figura.

Para Carlos Báez Silva, una omisión legislativa es inconstitucional cuando existen tres circunstancias: 1) una inactividad voluntaria del legislador que se traduce en el no desarrollo de las normas necesarias para hacer efectivo lo preceptuado por la constitución, siempre y cuando se tenga la posibilidad de hacerlo; 2) un mandato implícito o explícito a el legislador para desarrollar ciertos preceptos constitucionales cuya eficacia se encuentra limitada; 3) que con ello se genere la ineffectividad de la norma constitucional en virtud de que la falta de actuación del legislador genera que no se pueda cumplir con el fin para el cual fue creada la norma constitucional.²⁶²

Laura Rangel Hernández establece como elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa tres: 1) un mandato para legislar que puede ser expreso directo, expreso indirecto, estar establecido en los artículos transitorios de la norma o ser implícito por desprenderse de una interpretación sistemática de la constitución; 2) un plazo de inactividad legislativa que debe determinarse en atención a cada caso concreto al no existir parámetros objetivos para poder establecer cuál sería el plazo prudente y el cual de ninguna manera atenta en

Colombia, número 35, enero-junio 2016, pp. 41-63, <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/35/omision-legislativa.pdf> [Consulta 11 de diciembre de 2017].

²⁶¹ Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, p. 38.

²⁶² Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, pp. 35-40.

contra de la libertad que tiene el legislador para determinar el momento de emisión en atención al contexto histórico, social o político; 3) una violación constitucional en virtud de que el legislador por el incumplimiento del mandato de legislar que se traduce en que no puedan desplegarse la totalidad de los efectos de la norma constitucional, y por ende, habrá derechos, prerrogativas e hipótesis previstos en la constitución de los cuales no podrán beneficiarse los individuos.²⁶³

Israel Santos Flores hace un desglose de los elementos de su definición de omisión legislativa a fin de establecer sus requisitos, los cuales en términos generales coinciden con los señalados por Carlos Báez Silva y Laura Rangel Hernández, pero agrega que en caso de una omisión relativa o parcial, es indispensable la existencia de una lesión al principio de igualdad, por un tratamiento distinto sin justificación de cierto grupos generando discriminación.²⁶⁴

Del análisis de los elementos señalados por los autores mencionados se puede concluir que aún y cuando en muchas ocasiones se quiere responsabilizar al legislador por su falta de actuación, este hecho por sí sólo no genera una omisión legislativa, pues se tendrá que analizar a detalle cada caso para efecto de determinar si se puede hablar de esta figura y por ende obligar al legislador a que emita la norma respectiva, partiendo para ello del análisis de la norma constitucional de que se trate, ya que no en todos los casos existe la necesidad de intervención del legislador.

Juan Pablo Sarmiento Erazo haciendo referencia a ello, establece que las normas constitucionales pueden ser pragmáticas y por ello necesitan de otras disposiciones para que puedan ser efectivas, u operativas, la cuales por su naturaleza no requieren de un desarrollo posterior al ser autoaplicables, caso en el cual no entraría la omisión legislativa.²⁶⁵

A pesar de todo lo analizado y que muchos autores coinciden en que sí puede existir una omisión por parte del legislador, son los propios legisladores quienes consideran que en el desempeño de su trabajo gozan de una libertad para

²⁶³ Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, pp.40-67.

²⁶⁴ Santos Flores, Israel, *ob. cit.*, pp. 27-29.

²⁶⁵ Sarmiento Erazo, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*, primera edición, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 24.

contra de la libertad que tiene el legislador para determinar el momento de emisión en atención al contexto histórico, social o político; 3) una violación constitucional en virtud de que el legislador por el incumplimiento del mandato de legislar que se traduce en que no puedan desplegarse la totalidad de los efectos de la norma constitucional, y por ende, habrá derechos, prerrogativas e hipótesis previstos en la constitución de los cuales no podrán beneficiarse los individuos.²⁶³

Israel Santos Flores hace un desglose de los elementos de su definición de omisión legislativa a fin de establecer sus requisitos, los cuales en términos generales coinciden con los señalados por Carlos Báez Silva y Laura Rangel Hernández, pero agrega que en caso de una omisión relativa o parcial, es indispensable la existencia de una lesión al principio de igualdad, por un tratamiento distinto sin justificación de cierto grupos generando discriminación.²⁶⁴

Del análisis de los elementos señalados por los autores mencionados se puede concluir que aún y cuando en muchas ocasiones se quiere responsabilizar al legislador por su falta de actuación, este hecho por sí sólo no genera una omisión legislativa, pues se tendrá que analizar a detalle cada caso para efecto de determinar si se puede hablar de esta figura y por ende obligar al legislador a que emita la norma respectiva, partiendo para ello del análisis de la norma constitucional de que se trate, ya que no en todos los casos existe la necesidad de intervención del legislador.

Juan Pablo Sarmiento Erazo haciendo referencia a ello, establece que las normas constitucionales pueden ser pragmáticas y por ello necesitan de otras disposiciones para que puedan ser efectivas, u operativas, la cuales por su naturaleza no requieren de un desarrollo posterior al ser autoaplicables, caso en el cual no entraría la omisión legislativa.²⁶⁵

A pesar de todo lo analizado y que muchos autores coinciden en que sí puede existir una omisión por parte del legislador, son los propios legisladores quienes consideran que en el desempeño de su trabajo gozan de una libertad para

²⁶³ Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, pp.40-67.

²⁶⁴ Santos Flores, Israel, *ob. cit.*, pp. 27-29.

²⁶⁵ Sarmiento Erazo, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*, primera edición, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 24.

determinar el momento en que debe emitirse una norma, derivado de ello es que no se creen los mecanismos que permitan reconocer una omisión legislativa; en el caso de México, son pocas las entidades federativas que contemplan esta figura como un mecanismo de control constitucional, y a nivel federal, se empieza a reconocer la posibilidad de hacer valer la violación de un derecho por una omisión legislativa, teniendo como mecanismo para ello el juicio de amparo, tal como se analizará en los apartados siguientes.

IV.3.3.2. La omisión legislativa en las entidades federativas

Los medios de control de la constitucionalidad de los actos no es un tema ajeno en los ámbitos internos de los estados en México, pues recuérdese que si bien es cierto que la Constitución federal es la máxima norma del país, también lo es que a nivel local la Constitución de cada Estado es la que establece el parámetro de validez de las normas que regirán dentro de su ámbito de circunscripción territorial; por tal motivo, los constituyentes permanentes de las entidades se han encargado de establecer mecanismos locales de control de constitucionalidad, entre ellos, los relativos a la omisión legislativa.

En este apartado de una manera muy breve, por no ser los fines de la presente investigación, se analizará la forma en que se encuentra contemplada la figura de la omisión legislativa a nivel local dentro de la república mexicana.

IV.3.3.2.1. Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

El Estado de Veracruz fue el primero que incorporó en el orden interno mecanismos de control de constitucionalidad, estableciendo en su Constitución en el año 2000, tres figuras concretas para ello: la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa. El artículo 65 de la Constitución Política es el precepto que regula esas figuras, y en concreto la fracción III establece que el pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá de

[...] III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.²⁶⁶

Conforme a dicho precepto, la acción de omisión legislativa procede en caso de que la falta de aprobación de ley o decreto por parte del Congreso afecte a la Constitución; sin embargo, es una acción que sólo puede interponer el gobernador del Estado y la tercera parte de los ayuntamientos, lo que la convierte en un mecanismo con un alto grado de interés político, dejando fuera la posibilidad de que cualquier individuo que se considere afectado en sus derechos, pueda reclamar; por ello y para los intereses de la presente investigación, los efectos de la acción al no encontrarse legitimados los particulares para hacerla valer, nunca consistirán en un resarcimiento de los daños causados por la falta de actuación del Congreso y como tal, sólo podría determinar una actuación irregular del poder legislativo, pero tendría que ser a través de otro mecanismo como se podría obtener el resarcimiento de los daños causados.

IV.3.3.2.2. Estado de Tlaxcala

El Estado de Tlaxcala realizó modificaciones a su Constitución en el año 2001, incorporando en el artículo 81 fracción VI la figura de la omisión legislativa, y estableciendo que será el Pleno del Tribunal Superior de Justicia actuando como Tribunal de Control Constitucional quien deberá conocer de ella y la cual es imputable

²⁶⁶ Consultado en <http://www.veracruz.gob.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

[...] al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad.²⁶⁷

La figura de la omisión legislativa aquí contemplada es mucho más amplia que la regulada en la Constitución del Estado de Veracruz, ya que se contempla la posibilidad de una omisión no sólo por parte del Congreso, sino también de aquellos órganos de carácter administrativo que tienen a su cargo la emisión de normas de carácter general; además en cuanto a la legitimación, aquí se contempla la posibilidad de que la acción se ejercite por personas físicas residentes en el Estado o personas morales con domicilio en el mismo, pero al igual que en el caso de Veracruz, los efectos en caso de ser procedente la acción no consistirán en un resarcimiento de los daños causados ante la inactividad de las autoridades, generándose sólo el reconocimiento de una actuación irregular.

IV.3.3.2.3. Estado de Chiapas

El Estado de Chiapas también contempla la figura de la acción por omisión legislativa en el artículo 79 de su Constitución Política y de la cual debe conocer un Tribunal de Justicia Constitucional, en aquellos casos en que se

[...] considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado. b) Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del

²⁶⁷ Consultado en <http://www.capitaltlaxcala.gob.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

Estado. c) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. d) Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. La resolución que emita el Tribunal de Justicia Constitucional que decreta la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciera en el plazo fijado, el Tribunal de Justicia Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.²⁶⁸

La Constitución del Estado de Chiapas contempla una figura de omisión legislativa que al igual que el Estado de Veracruz se limita a actos del Congreso del Estado; en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción, ésta se encuentra también limitada a las autoridades lo que genera que se haga valer por cuestiones políticas, ya que se faculta al gobernador, una tercera parte de los miembros del Congreso o de los ayuntamientos y aún y cuando se establece la posibilidad de ejercicio de los ciudadanos, éste no puede ser en lo individual, sino que se requiere del 5% de los inscritos en el padrón electoral, lo que en la práctica se vuelve muy complicado.

Finalmente y en cuanto a sus efectos, se corrobora que el interés de la acción no es que se resarzan los daños causados por la falta de actuación del Congreso, sino que se genere la norma respectiva, facultando inclusive al Tribunal Constitucional para la emisión de manera provisional de la norma, misma que será plenamente obligatoria hasta que el Congreso emita la correspondiente, la cual la sustituya.²⁶⁹

²⁶⁸ Consultado en <http://www.congresochiapas.gob.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

²⁶⁹ Esta disposición puede ser cuestionable como transgresora del principio de división de poderes, pues se faculta a que un órgano distinto al Poder Legislativo emita una norma que le corresponde a éste; además se podría dar el caso de que la norma provisional creada por el Tribunal Constitucional sea distinta a la creada de manera definitiva por el Poder Legislativo, pues recuérdese que éste tiene la libertad de emitir las normas en base a criterios de oportunidad, lo que en muchas ocasiones generan cambios de un momento a otro.

IV.3.3.2.4. Estado de Quintana Roo

La Constitución Política del Estado de Quintana Roo también contempla como medio de control constitucional la figura de la omisión legislativa, la cual se encuentra regulada en la fracción III del apartado A, del artículo 105, mismo que faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia para conocer de ella en aquellos casos en que

[...] se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: a) El Gobernador del Estado, o b) Un Ayuntamiento del Estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.²⁷⁰

La figura de la omisión legislativa aquí contemplada también es limitada al reconocerse sólo en contra de la Legislatura del Estado y no en contra de omisiones de otros órganos que también tienen facultades para emitir normas de carácter general; además se legitima sólo al Gobernador o alguno de los Ayuntamientos para ejercitarla, convirtiéndose en un control que se ejerce sólo por intereses políticos al excluir de su ejercicio a los ciudadanos e inclusive se contempla que la resolución determinará el plazo para expedición de la norma, dejando abierta la posibilidad de ajustarlo a criterios de oportunidad .

Finalmente en cuanto a sus efectos se corrobora que su finalidad sólo estará enfocada a la emisión de la norma reconociendo que el poder legislativo incumplió con su deber de protección de la Constitución, por lo que nunca se obtendría un resarcimiento de los daños a través de ella, sino sólo la declaración de un Tribunal de la conducta indebida.

²⁷⁰ Consultado en <http://www.congresoqroo.gob.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

IV.3.3.2.5. Estado de Nayarit

La fracción III del artículo 91 de la Constitución Política del Estado de Nayarit contempla la figura de la acción por omisión legislativa de la cual debe conocer la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, y la cual se puede hacer valer

[...] en contra de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una ley ordena expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a esta Constitución. El ejercicio de esta acción corresponderá a cualquier autoridad o vecino del Estado. La resolución que declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser aprobada cuando menos por tres votos y fijará el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año.²⁷¹

La figura de la omisión legislativa contemplada en la Constitución de Nayarit es la más amplia en cuanto a la legitimación y supuestos de procedencia, ya que la puede hacer valer cualquier autoridad del Estado o vecino del mismo, y procede en contra de la falta de actuación de cualquier autoridad que tenga la obligación de emitir una norma de carácter general; sin embargo en cuanto a sus efectos se corrobora lo ya manifestado con relación a la regulación de los demás Estados, su finalidad nunca es el resarcimiento de los daños que se causen sino que se emita la norma que en su momento no fue creada.

IV.3.3.2.6. Estado de Coahuila de Zaragoza

A diferencia de los demás Estados analizados, el Estado de Coahuila de Zaragoza contempla en su Constitución la omisión legislativa no como una acción independiente, sino como un supuesto para poder llevar a cabo el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; lo anterior genera que su ejercicio se limite mucho más, pues al no tratarse de una acción independiente se sujeta a las reglas de este medio de control constitucional: a) se establece un plazo de sesenta días

²⁷¹ Consultado en <http://www.congresonayarit.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

naturales para su ejercicio a partir de que se tenga conocimiento de la omisión; b) para su ejercicio sólo se encuentran legitimados órganos del estado.²⁷²

Lo anterior impide que los particulares afectados por la falta de actuación del poder legislativo estatal puedan hacer valer algún derecho, pues en dado caso sólo podrían buscar que sus representantes populares sean quienes ejerzan el derecho pero en beneficio de la colectividad, no reconociéndose la afectación que en lo particular puede llegar a existir.

IV.3.3.2.7. Limitación de la omisión legislativa en las entidades federativas.

Aún y cuando se contempla en la Constitución Política de algunas de las entidades federativas la omisión legislativa como un mecanismo de control constitucional contra la falta de actuación de sus órganos legislativos, el mismo sigue estando muy limitado pues en la mayoría de los casos ni siquiera pueden acceder de manera directa los gobernados, con lo cual se desnaturaliza su finalidad de ser un control jurídico que se base no tanto en la conducta omisiva del legislador, sino en los efectos que desde el punto de vista normativo genera esa omisión.

En cuando a la cuestión de una responsabilidad patrimonial por omisión legislativa, la manera en que se encuentra regulada sólo permite tener el reconocimiento de una actuación indebida que serviría de fundamento para la reclamación posterior de los daños que se demuestren se causaron con la falta de actuación del legislador, pues la declaratoria solo contempla una obligación de hacer a cargo de la autoridad omisa, consistente en la emisión de la norma en el plazo que para tal efecto se establezca.

²⁷² Conforme al artículo 158 Constitucional sólo la pueden hacer valer: a) El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente; b) El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo; c) El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales; d) El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente; e) El Fiscal General del Estado, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones; f) Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el Congreso del Estado. Consultado en <http://congresocoahuila.gob.mx> [Consulta 16 de diciembre de 2017].

IV.3.3.3. La omisión legislativa en el ámbito federal

La figura de la omisión legislativa no se encuentra contemplada de manera expresa en el texto de la Constitución federal; sin embargo en la práctica ha sido argumentada como fundamento al ejercitar tres mecanismos de control constitucional: las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo.

Para los fines de esta investigación el tratamiento que nos interesa es el que se le ha dado a la omisión legislativa a través del juicio de amparo, ya que es éste el mecanismo constitucional que permite de manera directa a los gobernados defender la violación de cualquiera de sus derechos.

El primer aspecto es determinar que entienden los Tribunales Federales por omisión legislativa; el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito determinó que la Constitución es la base para la actuación de los órganos estatales, ya que establece las acciones positivas que deber realizarse por el legislador para hacer efectivos los derechos previstos en ella; en base a ello, la omisión legislativa puede definirse como una falta de creación de normas de desarrollo en que incurre el Poder Legislativo por un tiempo excesivo, que genera la falta de aplicación y efectividad del texto constitucional.²⁷³

En base al concepto señalado se dejó claro que para la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa era indispensable la acreditación de tres elementos: 1) un mandato normativo expreso para hacer operativo un derecho fundamental reconocido; 2) la existencia de la omisión de cumplimiento de ese mandato; 3) que la omisión genere una afectación de un derecho garantía.²⁷⁴

Sin embargo los primeros Juicios de Amparo en contra de las omisiones legislativas no tuvieron el éxito esperado ya que se fundamentaban en lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley de Amparo que fue abrogada el dos de abril del dos mil trece, mediante el cual se contemplaba entre los efectos de la

²⁷³ Tesis aislada I.4o.A.21 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1200.

²⁷⁴ Tesis Aislada I.4o.A.24 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1133.

sentencia que concedía el amparo, obligar a la autoridad a respetar la garantía y cumplir lo necesario para ello en el caso que no se hubiese hecho.²⁷⁵

Esto generó que de manera inmediata se establecieran criterios mediante los cuales se decretaba la improcedencia del Juicio de Amparo en contra de una omisión legislativa, ya que en caso de que se concediera el amparo, el efecto que tendría la sentencia no podría ser particular, sino que sería general al obligar al órgano legislativo al emitir la norma ausente, violando con ello el principio de relatividad de la sentencias tan característico del juicio de amparo.

Así la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó claro que la improcedencia del Juicio de Amparo en materia de omisión legislativa radica en el hecho de que en caso de que se concediera la protección constitucional al quejoso, se tendría que obligar al órgano legislativo a reparar la omisión y por ende, la ejecutoria tendría efectos generales que vincularían no sólo al quejoso y a la autoridad responsable, sino a todas las autoridades y gobernados cuya actuación se ubicara en los extremos de la norma; agregó además que si bien es cierto que ya se contempla la posibilidad de una declaratoria de inconstitucionalidad, ésta sólo opera con relación a norma emitida y en base al procedimiento específico.²⁷⁶

Sin embargo, el criterio ha ido cambiando en base a la aplicación de la reforma constitucional llevada a cabo en el año 2011 y con ello la emisión de la nueva Ley de Amparo mediante decreto del 2 de abril del 2013, dejando de lado el criterio tajante de declarar improcedente en automático todo juicio de amparo promovido por una omisión legislativa; como primer aspecto se determinó que no era posible con la simple presentación de la demanda determinar si ésta era improcedente, pues es necesario que se analice a detalle el caso por parte del Juzgador en base

²⁷⁵ Artículo 80.- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 4 de enero de 2018].

²⁷⁶ Tesis Aislada 2a. VIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XVII, febrero de 2013, p. 1164.

no sólo a lo argumentado en el escrito de demanda, sino considerando también las pruebas aportadas así como todas las actuaciones del juicio.²⁷⁷

Con posterioridad se fue tratando el tema de la relatividad de la sentencia de amparo hasta llegar a determinar que el juicio de amparo sí es un mecanismo de impugnación de una omisión legislativa, dejando de lado el criterio que con anterioridad había emitido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de la improcedencia del amparo por considerar que los efectos del mismo sería generales y vincularía a todos los gobernados y autoridades.²⁷⁸

En sesión del 15 de noviembre del 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del amparo en revisión 1359/2015 promovido por Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil, concedió el amparo y protección en contra de la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, reconociendo al Juicio de Amparo como mecanismo de protección contra la no emisión de normas que logren la eficacia de los derechos de los particulares.

La revisión versaba sobre el sobreseimiento de la demanda de amparo indirecto que promovió la Asociación Civil Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, por la omisión legislativa de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, al no expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, dentro del plazo señalado por el Constituyente Permanente en el artículo tercero transitorio al momento de realizar la reforma constitucional.²⁷⁹

El Juez de Distrito consideró improcedente la demanda de amparo indirecto en base a dos causales de improcedencia: 1) la naturaleza electoral de la norma cuya omisión se alegaba, improcedencia prevista en la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo, en relación con el primer párrafo del artículo 107 de la Constitución, y el que se argumentara una omisión legislativa, la cual no puede ser sujeta de juicio de amparo en términos de la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo, en relación con la fracción II del artículo 107 de la Constitución, pues

²⁷⁷ Tesis Aislada XI.1o.A.T.33 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, libro 9, agosto de 2014, p. 1861.

²⁷⁸ Tesis Aislada I.18o.A.11 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, libro 35, octubre de 2016, p. 2995.

²⁷⁹ Consultada en <http://www2.scjn.gob.mx> [Consulta 12 de enero del 2018]

en su caso, la resolución que se dictara concediendo el amparo iría en contra del principio de relatividad de las sentencias.

La resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó la dictada por el Juez de Distrito al considerar que no se daban los supuestos de improcedencia señalados; estableció que la norma cuya emisión no había sido realizada por el Congreso de la Unión, no tenía el carácter de electoral pues su objeto es desarrollar normativamente los principios que debe regir la comunicación social de las autoridades de todos los órdenes de gobierno.

Así mismo con relación al segundo de los argumentos de improcedencia determinó que el juicio de amparo sí es un mecanismo de control de las omisiones legislativas; para cambiar el criterio sostenido de la improcedencia del amparo contra omisiones legislativas por afectación del principio de relatividad de las sentencias en caso de concederse el amparo, estableció tres argumentos fundamentales:

Primero. El texto constitucional en su artículo 103 fracción I establece la procedencia del juicio de amparo contra omisiones de autoridad, y en su artículo *107 fracción VII, la procedencia en contra normas generales*; además la fracción II del artículo 107 de la Ley de Amparo *señala que procede el amparo indirecto contra omisiones de autoridades distintas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, por lo que al no haber causa alguna de exclusión, la omisión legislativa se ubica dentro de los supuestos señalados.*

Segundo. La reforma constitucional del 11 de junio de 2011 amplió el espectro de protección del juicio de amparo pudiendo protegerse ahora no solo derechos individuales y exclusivos, sino también derechos con una naturaleza más compleja en base a su naturaleza colectiva y difusa, lo que permite que los efectos de una sentencia de amparo puedan repercutir con relación a terceros.

Tercero. Los Tribunales de Amparo al velar por el cumplimiento del orden constitucional tienen facultad para obligar al poder legislativo a legislar, ya que cuando la Constitución establece un deber en tal sentido, el ejercicio de esa facultad deja de ser discrecional y se convierte en una competencia de ejercicio obligatorio.

Aunado a lo anterior la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció de manera reciente a través de un Juicio de Amparo, que los Congresos de las entidades federativas pueden incurrir en omisión legislativa en aquellos casos en que no adecuan su orden interno a la Constitución Federal, lo que se traduce en una violación a los principios constitucionales.²⁸⁰

Con estos nuevos criterios se abre el panorama de protección contra actos irregulares legislativos pues como fue señalado en el apartado respectivo, aún y cuando la Constitución de algunas entidades federativas contempla la figura de la omisión legislativa, la manera en que se encuentra regulada sólo permite generar la realización del acto (emisión de la norma) por parte del órgano legislativo, pero de ninguna manera se contempla la posibilidad de que se cubra una indemnización por los daños causados, respetando el precepto constitucional que regula la responsabilidad patrimonial del Estado en el sentido de que la misma no procede con relación a actos materialmente legislativos.

IV.4. PERSPECTIVA DE DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS EN MÉXICO

A lo largo de la investigación realizada ha quedado demostrado que la falta de regulación de la responsabilidad por actos legislativos en México no deriva de una falta de creencia de su existencia, sino de otros factores que se han considerado trascendentes para no reconocerla.²⁸¹

Sin embargo la evolución que se ha venido dando en la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico en aras de la protección de derechos humanos va abriendo cada vez más el camino para el reconocimiento de una responsabilidad

²⁸⁰ Tesis Aislada 1a. I/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 19 de enero del 2018, p. 283.

²⁸¹ En el apartado 1.1 de este capítulo IV, al analizar las razones que generaron excluir la responsabilidad patrimonial por actos legislativos, se estableció que fueron dos los factores establecidos en el dictamen para excluir la responsabilidad del Estado por estos actos: 1) el considerar que a través de la acción de inconstitucionalidad se podría privar de efectos generales a un acto legislativo, por lo que no era necesaria otra acción; 2) se generarían demandas masivas que no sería soportables con el presupuesto existente.

legislativa y la necesidad de resarcir el daño que se cause por tratarse de una conducta indebida.

Aún y cuando a través de la aplicación de los mecanismos internacionales se podría obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado mexicano por actos legislativos u omisiones legislativas, e inclusive el pago de la indemnización respectiva, el procedimiento para llegar a ello es demasiado largo ya que primero se tendrán que agotar todos los mecanismos internos, implicando en la mayoría de los casos un costo que no todas las personas pueden llegar a solventar.

En el orden interno se empieza a reconocer la responsabilidad por actos legislativos en casos como la omisión legislativa, e inclusive se permite a través del juicio de amparo que los particulares afectados logren la emisión de la norma no desarrollada para evitar más daños; aún con ello es necesario que en el orden interno se regule de una manera adecuada la responsabilidad patrimonial por actos legislativos a efecto de no encontrarse a expensas de los criterios que los Tribunales Federales van estableciendo sobre el tema, además de que aún y cuando se reconoce la responsabilidad legislativa, aún no se ha establecido la posibilidad de obtener una indemnización por los daños causado.

IV.4.1. Presupuestos para una responsabilidad legislativa en México

Para poder regular de manera adecuada una responsabilidad por actos legislativos en México, es indispensable que se consideren los aspectos que en su comento justificaron su omisión del texto constitucional, los principios rectores de la responsabilidad patrimonial contemplados en el actual artículo 109 constitucional, así como los supuestos que en la práctica han generado en el derecho comparado la imposibilidad de obtención de una indemnización por actos legislativos; a fin de lograrlo, en este apartado plantearé los que a mi manera de ver son presupuestos indispensables para que la regulación de una responsabilidad patrimonial por actos legislativos en México tuviera el éxito esperado logrando el resarcimiento de los daños causados.

IV.4.1.1. Cuestión presupuestal. No limitación del importe de la indemnización

El primer aspecto a analizar y que de hecho fue uno de los argumentos que se establecieron para no considerar la responsabilidad por actos legislativos en la exposición de motivos de la reforma constitucional que incluyó la responsabilidad patrimonial del Estado en México, lo fue el problema presupuestal, pues se pensó que al reconocer la responsabilidad a cargo de los tres poderes se disminuiría de manera considerable el presupuesto de los entes de gobierno, ya que se reconoció que el incumplimiento de las normas por parte de los órganos estatales se da todos los días y en materia de actos legislativos más.

La responsabilidad patrimonial del Estado en México se rige por un principio de previsión presupuestal que obliga a que se tengan partidas específicas en el presupuesto de egresos para poder solventar las indemnizaciones, cumpliendo con ello con el principio de legalidad presupuestal contemplado en el artículo 126 Constitucional que obliga a que todo pago que se realice debe estar contenido en presupuesto o ley.²⁸²

Por ello la cuestión presupuestal no debe de ser un impedimento para el pago de una indemnización por daños legislativos, pues en todo caso lo que se debe realizar cuando se lleve a cabo el proceso de emisión de normas generales, es un trabajo más profesional que impida el llegar a incurrir en responsabilidad; para ello se tendrá que realizar un estudio previo del ordenamiento jurídico existente en el orden interno como internacional, a efecto de verificar que la emisión de la norma no implica una actuación indebida de la autoridad; de esta manera se tendrá más conciencia en que la actuación no debe realizarse a la ligera, y se buscará capacitar de manera adecuada a los encargados de la emisión de las normas, ya que en dado caso se podría llegar a causar un detrimento patrimonial en cuanto a

²⁸² Pérez López, Miguel, "La rectificación adjetiva den materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Notas sobre la reforma a las leyes Federal de responsabilidad patrimonial del Estado y Federal de procedimiento contencioso administrativo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, número 126, septiembre-diciembre 2009, pp. 1551-1565, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/159> [Consulta 17 de febrero de 2018]

su presupuesto al órgano emisor de la norma, lo que trascendería en la cuestión operativa del propio órgano.²⁸³

Una solución sería la reducción de las partidas de gasto corriente de los funcionarios en cuanto a los privilegios de que gozan, pues si bien es cierto que tratándose de actos administrativos se contempla la posibilidad de que el estado repita en contra del funcionario que de manera directa realizó la conducta indebida,²⁸⁴ tratándose de actos legislativos cuando éstos sean realizados por órganos colegiados, se complica esta situación pues el órgano como tal es quien lleva a cabo la conducta considerándose como un solo ente, además de que en la mayoría de los casos de emisión de una norma, ésta se hace con un voto que no es unánime.

Otro aspecto a considerar lo es el relativo a la forma de pago de la indemnización en caso de que se demostrara una responsabilidad por actos legislativos. De conformidad con el último párrafo del artículo 109 constitucional, la indemnización a que tienen derecho los particulares por una responsabilidad patrimonial será conforme a lo que establezcan las leyes reglamentarias; sin embargo en la práctica la problemática que se ha presentado lo es el hecho de que se ha establecido un tope presupuestal para el pago de las mismas, condicionando la efectividad del derecho a ser indemnizado a la existencia de los recursos necesarios para tal efecto dentro del presupuesto.

²⁸³ En el año 2017 la cámara de Diputados recibió como presupuesto de operación la cantidad de \$7,629,432,185, mismo que fue distribuido de la siguiente manera: 1) servicios personales \$4,712,402,026; 2) materiales y suministros \$142,828,841; 3) transferencias, asignaciones, subsidios y otras ayudas \$975,597,282; 4) bienes muebles, inmuebles e intangibles \$16,125,173; 5) inversión pública \$121,000,000. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx> [Consulta 15 de febrero del 2018]

²⁸⁴ La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece en su artículo 31 que "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. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique. La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Además, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: Los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso."

Lo anterior no tiene justificación alguna y atenta en contra del derecho de los gobernados a una reparación integral, pues en dado caso de falta de presupuesto la afectación no sería resarcida de manera efectiva por no ser inmediata.

De manera clara la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado consagra un derecho sustantivo a ser indemnizado, por lo que el mismo debe de ser respetado por las autoridades si poder restringirlo, y el establecer topes máximos genera una limitación irracional al derecho a ser indemnizado que inclusive contraviene a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado mexicano.²⁸⁵

Además ha dejado claro que los fines de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado son dos: 1) el principio de que quien ocasione un daño que no hay obligación de soportar, debe repararlo, y 2) el principio de solidaridad social, que insta a repartir las cargas de la convivencia social entre los integrantes de la sociedad; por ello si se limita el importe de una indemnización y el particular debe soportar el excedente de ese límite, no se obtendrá una reparación integral y al no asumir el Estado parte de las consecuencias de los daños que causa, no se estarán generando medidas adecuadas que logren la disminución de la mala calidad en la actuación de sus órganos.²⁸⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que el concepto de reparación de daño como era conocido tradicionalmente ha evolucionado para convertirse ahora en lo que se ha denominado reparación integral; esta nueva figura se basa en el restablecimiento a la situación anterior eliminando los efectos causados, el pago de una compensación por los daños producidos, y finalmente, en la transformación de la situación creada generando además del efecto restitutivo, uno correctivo.²⁸⁷

²⁸⁵ Tesis 1a. CLIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, p. 454.

²⁸⁶ Tesis 1a. CLVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, p. 456.

²⁸⁷ Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 164.

A nivel interno la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la indemnización justa o reparación integral es un derecho *fundamental* que debe buscar anular todas las consecuencias del acto ilícito, restableciendo a la situación anterior en base a la *probabilidad de que como* debió haberse dado, y en caso de ser imposible, pagar una indemnización que ayude a un resarcimiento adecuado sin que implique un negocio para la víctima.²⁸⁸

Por ello se deben buscar mecanismos que permitan un presupuesto adecuado para solventar las indemnizaciones por daños causados a través de actuaciones u omisión legislativas indebidas, evitando violentar el derecho a una indemnización sin restricciones, pues independientemente de que el último párrafo del artículo 109 constitucional establece que será las leyes las que determinen la forma de cubrir las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, se debe tener presente que la Jurisprudencia de la Corte Internacional es obligatoria y el Estado obligado no puede basarse en sus normas internas para modificar o incumplir sus obligaciones de reparación de los daños.²⁸⁹

IV.4.1.2. Responsabilidad por actos legislativos y no responsabilidad del órgano legislativo

La figura de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos debe ser considerada de una manera amplia, contemplando que aún y cuando desde el punto de vista formal dicha actividad corresponde al poder legislativo, en el cumplimiento de sus atribuciones los tres poderes, los municipios e inclusive los organismos autónomos tienen facultad para emitir normas de carácter general.

El poder ejecutivo de conformidad con el artículo 89, fracción I de la Constitución mexicana, cuenta con una facultad reglamentaria que le permite emitir normas generales, abstractas, impersonales y de observancia obligatoria, las cuales se encuentran subordinadas a las disposiciones legales que reglamenta

²⁸⁸ Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, abril 2017, p. 752.

²⁸⁹ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 259.

creadas por el poder legislativo; así esta facultad debe cumplir dos principios: 1) reserva de ley, que se traduce en el hecho de que el reglamento que se cree no debe abordar materias reservadas a las leyes que debe emitir el Congreso de la Unión; 2) subordinación jerárquica, que implica que el reglamento esté precedido de una ley que sea la que desarrolle, complemento o detalle.²⁹⁰

En el caso del poder judicial es el artículo 94 constitucional el que establece la facultad para la emisión de Jurisprudencia con relación a las normas creadas por el poder legislativo, judicial u organismos autónomos, así como la posibilidad de emisión de acuerdos generales que se encuentran relacionados con su operación, para establecer los Tribunales y competencia de cada uno de ellos; tanto la jurisprudencia como los acuerdos que se emiten por el poder judicial, constituyen normas que pueden llegar a afectar los derechos de los individuos.

Los municipios en base a la fracción II del artículo 115 constitucional, cuentan con facultades para expedir bandos de policía y gobierno, así como reglamentos, circulares y otras disposiciones administrativas de observancia general, por lo que materialmente realizan actos de carácter legislativo.

En el caso de los órganos constitucionales autónomos, éstos también tienen facultades para crear normas de carácter general ya que como lo señala Susana Thalía Pedroza de la Llave, entre sus características se encuentran la autonomía político-jurídica, que les permite gozar de cierta capacidad normativa sin necesidad de intervención de otro órgano estatal, el derecho de iniciativa legislativa para proponer reformas o actualizaciones a las leyes de su competencia, y reglamentar dichas leyes para hacerlas operativas.²⁹¹

De lo anterior se desprende que las normas que pueden ser objeto de una responsabilidad legislativa pueden ser elaboradas por cualquiera de los órganos del Estado, por lo que es indispensable que la figura sea contemplada en un sentido amplio y no solo vinculada al poder legislativo; pensar solo en una

²⁹⁰ Tesis: P./J. 79/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1067.

²⁹¹ Pedroza de la Llave, Susana Thalía, "Los órganos constitucionales autónomos en México", en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (comp.), *Estado de Derecho y transición jurídica*, primera edición, México, 2002. pp. 178-181, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/306-estado-de-derecho-y-transicion-juridica> [Consulta 19 de febrero de 2018].

responsabilidad por actos del poder legislativo limitaría el derecho de los particulares a una indemnización, pues en muchas ocasiones aún y cuando sus derechos ya se encuentran reconocidos en una ley creada por el legislativo, son los órganos encargados de establecer los lineamientos para su ejercicio a través de la facultad reglamentaria, los que pueden llegar a afectar ese derecho.

IV.4.1.3. Determinación de los casos en que procede la responsabilidad por actos legislativos

Si bien es cierto que la responsabilidad por actos legislativos debe regularse de manera amplia contemplando la actividad realizada por cualquier órgano en el ámbito competencial que lo lleva a la emisión de normas de carácter general, o la falta de realización de los actos tendientes a su emisión cuando tiene un deber constitucional para ello, también es importante delimitar los casos en los cuales los afectados podrían obtener una indemnización por los daños causados.

Del estudio realizado en el derecho comparado, así como de la doctrina existente en la materia, se puede concluir que son cuatro los casos en que una autoridad puede llegar a incurrir en una responsabilidad legislativa, mismos que se analizan en las siguientes líneas.

IV.4.1.3.1. Norma declarada inconstitucional

El primer caso lo es la inconstitucionalidad de una norma, declaración que se traduce en un funcionamiento anormal por parte del órgano que la emite, ya que su actuación implica la emisión de normas en base a un análisis previo en el sentido de que las mismas sean acordes a la normativa existente tanto en el orden interno como internacional.

Si bien es cierto que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el control de constitucionalidad y convencionalidad se

debe realizar exoficio por todas las autoridades judiciales,²⁹² la declaratoria de inconstitucionalidad sólo puede darse a través de los procedimientos establecidos de manera clara por la normativa existente, lo que genera que no toda interpretación de inconstitucionalidad de una norma que se haga, tendría efectos para una responsabilidad patrimonial por actos legislativos.

Por tal motivo son tres las formas mediante las cuales se podría demostrar la inconstitucionalidad de una norma general: 1) mediante la resolución con efectos particulares que se emita en un juicio de amparo promovido por el afectado; 2) por la modificación o derogación de la norma general que realice el órgano emisor, en virtud de ser informado de la creación de una jurisprudencia que determina su inconstitucionalidad; 3) en caso de falta de modificación o derogación del órgano emisor, mediante la declaratoria general de inconstitucionalidad que realice la Suprema Corte de Justicia de la nación y se publique en el Diario Oficial de la Federación.²⁹³

La declaratoria que se realice de la inconstitucionalidad de la norma sería fundamento para que con ella se buscara el resarcimiento de los daños causados por la conducta indebida de la autoridad, pues hay que tener presente que la sola declaratoria no generará en automático la reparación del daño, ya que ella sólo demuestra el actuar indebido de la autoridad y corresponderá al afectado en otro procedimiento demostrar en qué consistió la afectación que sufrió con dicho actuar ejercitando la acción respectiva contra la autoridad, y aportando los medios de prueba que vinculen su actuar con el daño causado.

²⁹² Tesis: 1a/J. 4/2016 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, febrero 2016, p. 430.

²⁹³ Ley de Amparo. Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos. Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.

IV.4.1.3.2. Norma que viole derechos consagrados en instrumentos internacionales

El segundo caso en que sería procedente una responsabilidad patrimonial por actos legislativos lo es la violación de los deberes internacionales que tiene el Estado mexicano a través de los diversos instrumentos que ha firmado; en el caso de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos la figura se encuentra una íntima relación con la violación de los derechos humanos, ya que no es posible hablar de un Estado de Derecho sin que se incluya en él el respecto de éstos, siendo de vital importancia el derecho a una indemnización por cualquier daño causado.

Para ello es necesario que existan mecanismos de control que permitan lograr la efectividad de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales; estos mecanismos pueden ser internos, pero en muchas ocasiones no existen o aún y cuando existen, no permiten la efectividad del derecho; para evitar esta circunstancia, se han creado controles a nivel internacional que buscan lograr lo que ha sido denominado el Estado de Derecho Internacional.

Para la existencia de este Estado de Derecho Internacional se ha generado un Sistema Universal de protección de derechos humanos a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas,²⁹⁴ y sistemas regionales, perteneciendo el Estado mexicano al Sistema Interamericano que aparece a partir de Organización de Estados Americanos y se consolida mediante una Convención que fue firmada en San José de Costa Rica en 1969.

²⁹⁴ Según Soledad Villagra de Biederman, en el sistema universal de derechos humanos existen seis pactos y convenciones que tienen sus propios comités para la protección de derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y Convención sobre los Derechos del Niño. "El sistema universal de derechos humanos: los mecanismos convencionales y los mecanismos basados en la carta", en González Feldmann, Cynthia (comp.), *El Paraguay frente al sistema nacional de los derechos humanos*, primera edición, Uruguay, 2004, pp. 141-157, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/13.pdf> [consulta 2 de marzo de 2018].

Este Sistema Interamericano funciona a través de dos órganos fundamentales: 1) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene con función principal el promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos a través de peticiones individuales que se le realizan, realizando la investigación correspondiente y emitiendo sus recomendaciones de las acciones que deben seguir los Estados involucrados, y 2) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ejerce funciones consultivas sobre interpretación de la Convención o tratados Internacionales en materia de derechos Humanos, y una función contenciosa, realizando una actividad jurisdiccional que concluye con una sentencia vinculante.

En el caso del Estado mexicano su adición a la Convención se dio el 24 de marzo de 1981 y el 16 de diciembre de 1998 se reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, generando que las sentencia que emita en los casos en que México sea parte en el juicio, tiene el carácter de obligatorias y los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales deben de acatar los criterios interpretativos que en ellas se establecen;²⁹⁵ así mismo con relación a las resoluciones emitidas en juicio en que el Estado mexicano no sea parte, los criterios ahí establecidos deben ser orientadores en sus resoluciones a efecto de que se busque la norma más favorable a las personas en el caso concreto.²⁹⁶

La declaración de una violación de normas de carácter internacional se podría obtener mediante mecanismos internos o internacionales; dentro de los mecanismos internos estaría el juicio de amparo o el juicio para la protección de los derechos políticos electorales; como mecanismos internacionales se podrían considerar las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana u otros de los Comités, que tienen naturaleza administrativa, o a través de las sentencias que emite la Corte Interamericana como mecanismo jurisdiccional.

²⁹⁵ Tesis: 1a. XIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, febrero 2012, p. 650.

²⁹⁶ Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, diciembre 2011, p. 550.

IV.4.1.3.3. No creación de una norma, violando un deber de emisión.

Un tercer supuesto para una responsabilidad por actos legislativos se presenta cuando la autoridad aún y cuando tiene un deber concreto para la creación de una norma, sin justificación alguna no la emite y con ello causa un daño a los particulares.

Si bien es cierto que como figura jurídica la omisión legislativa empieza a trascender en el orden jurídico mexicano a través de su regulación como una forma de control constitucional, pues varios estados ya la contemplan como un mecanismo de control de constitucionalidad local, e inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el juicio de amparo si es un mecanismo de protección de un derecho violentado por ella, aún no permite el resarcimiento de los daños causados sino que sus efectos se contemplan hacia el futuro generando sólo que el órgano responsable cree la norma.

Este supuesto de responsabilidad legislativa tiene su fundamento en la falta de desarrollo de normas que son necesarias para hacer efectivos derechos consagrados en la Constitución, y con su falta de actuación provoca un menoscabo en el patrimonio de las personas; mucho se cuestiona que sólo se puede dar una omisión legislativa cuando existe un deber constitucional o podrá ser con relación a deberes contenidos en leyes; considero que debe contemplarse una figura de omisión legislativa en un sentido amplio, cuyo sujeto responsable no sea sólo el poder legislativo, sino todas las autoridades que tengan el deber de emitir una norma general, pues en muchas ocasiones la afectación se produce en virtud de que una autoridad administrativa no emite el reglamento para hacer *efectivo un derecho* contenido en una Ley.

Otro aspecto que se *cuestiona en torno a la figura* lo es el supuesto en que el deber de emisión de la norma no establezca un *plazo para ello*, pues se dice que en estos casos se dejó la libertad para que sea la autoridad la que *determine en* base a los criterios de oportunidad, cual es el momento adecuado para su emisión; no comparto el criterio establecido pues el hecho de que se reconozca un derecho a favor de las personas obliga a la autoridad a emitir las normas necesarias para

hacerlo efectivo, pues como en su momento fue señalado, ya no se trata del ejercicio de una facultad competencial del órgano estatal, sino de un deber constitucional que debe cumplir, por lo que se deberá determinar cuál es el tiempo prudente para la emisión de la norma.

Por ello se requerirá obtener una declaratoria de existencia de omisión legislativa a través del mecanismo local cuando se trate de una norma de ése carácter y se contemple en la constitución del Estado que corresponda, o mediante el juicio de amparo haciendo valer la afectación del derecho cuyo desarrollo requiere de la emisión de una norma que no ha sido creada, ya que sólo mediante un análisis de cada caso concreto es como se puede determinar si existe o no esta figura, por ser varios los factores que inciden para la determinación de su existencia.

IV.4.1.3.1. Norma constitucional que viole la igualdad de las cargas públicas

Hablar de una responsabilidad por actos legislativos basada en una norma que es acorde al orden constitucional, a primera vista parecería una locura ya que la responsabilidad siempre ha tendido como base un actuar de manera irregular e indebido, ya sea con intención o por un descuido, pero teniendo como parámetro para su determinación la normativa existente en el orden jurídico.

El último caso que debe contemplarse en una responsabilidad por actos legislativos se presenta cuando una norma general es acorde al orden constitucional, pero a pesar de ello, causa un desequilibrio con relación a algún o algunos gobernados, lo que implica la necesidad de otorgar una justa retribución; esta actividad legítima del Estado también es objeto de responsabilidad teniendo como fundamento el hecho de que todos los ciudadanos en base al interés público y el bien común, deben soportar ciertos sacrificios patrimoniales, pero si sólo uno es quien soporta el sacrificio, se le debe reparar a éste por parte de la comunidad (Estado).²⁹⁷

²⁹⁷ Abrevaya, Alejandra Débora, *op. cit.*, p. 81.

José Luis Benavides establece cuatro características que presenta este tipo de responsabilidad: 1) debe basarse en una actuación lícita, por lo que quedan excluidas las conductas erróneas de los funcionarios, y aquellas mediante las cuales se vaya en contra de una normativa existente (actos ilícitos); 2) el daño que se cause no debe ser algo accidental, sino consecuencia directa e inmediata de la actuación del órgano estatal; 3) el daño debe tener dos características: ser anormal en el sentido de que cause una afectación extraordinaria con relación a los demás, y especial, considerando que es excesivo y por ende debe ser compensado; 4) esta responsabilidad debe darse sólo de manera excepcional, al ser subsidiaria de los otros regímenes de responsabilidad patrimonial.²⁹⁸

Este caso de responsabilidad legislativa puede llegar a ser muy cuestionado si se analiza en base en la conducta de la autoridad, pues no actuó de una manera indebida, sino que acató el orden constitucional, y en México al estar casada la figura de la responsabilidad patrimonial con la necesidad de un actuar irregular, se consideraría fuera de toda lógica; por ello no se debe analizar el supuesto en base a la conducta realizada por la autoridad, sino en base al resultado que produce en los particulares, tomando en cuenta que si sólo afecta a un grupo, rompe con el principio de igualdad que debe normar cualquier actuación.

Por ello encuentra su fundamento en el hecho de que una sola persona o grupo de personas no deben de soportar una carga para beneficio de la colectividad; así es un caso que sólo debe de ser considerado de manera excepcional en aquellos supuestos en que no es posible fundamentar la responsabilidad en cualquiera de los demás casos ya analizados.

IV.4.1.4. Órgano especializado en materia de responsabilidad patrimonial

La responsabilidad patrimonial en México fue creada contemplando sólo los actos administrativos que se realicen de manera irregular, lo que ha generado que se le

²⁹⁸ Benavidez, José Luis, "Responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial", en Rodríguez-Arana Muñoz Jaime (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, primera edición, México, Universidad Panamericana, XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Espress, 2014. t. I, pp. 51-91.

considere con una figura perteneciente al derecho administrativo; sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha dejado claro que la responsabilidad no puede encontrarse limitada sólo a una función realizada por el Estado, sino que debe abarcar a todos sus órganos y funciones.

Es necesario el cambio de concepción de la responsabilidad patrimonial como figura de derecho administrativo, a considerarla una figura constitucional de control de la actuación de todos los órganos estatales, en todas y cada una de sus funciones, pues la responsabilidad corresponde al Estado en su conjunto independientemente de la estructura que adopte para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines.²⁹⁹

A la par de esta nueva concepción de la responsabilidad del Estado se deberá generar un órgano jurisdiccional especializado en la materia, que abarque la responsabilidad de cualquier órgano estatal, ya sea dotando de facultades a los Tribunales Federales encargados del control constitucional, o creando uno nuevo y exclusivo para ello.

A través de este órgano especializado se lograrán tres beneficios concretos: 1) tener una unidad jurisdiccional con relación a los criterios que se apliquen en materia de responsabilidad patrimonial del estado, evitando criterios contradictorios; 2) evitar la pérdida de tiempo en que se traduce la necesidad actual de inicio de trámite ante el órgano que realizó la conducta y solo en caso de negativa en cuanto a la procedencia de una indemnización, acudir ante un órgano de carácter jurisdiccional, pues es obvio que el reconocer la responsabilidad implicará la necesidad de pago de la indemnización, lo que se traduce en una reducción de su presupuesto no sólo para ese momento, sino que inclusive puede ser para ejercicios posteriores; 3) generar una verdadera imparcialidad al no

²⁹⁹ Según María Susana Villota Benavides, en el artículo "El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho", *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Colombia, volumen 117, julio-diciembre de 2012, p. 455-479, <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a06.pdf> [Consulta 16 de marzo de 2018], señala que la constitución no solo da inicio a un Estado, sino que constituye el principio y fin de las normas que se aplican al mismo, por lo que además de que representa una unidad política, logra una unidad jurídica que permite la estructuración e interrelación de los demás sistemas (político, económico, cultural, religioso, social, etc.); por ello si no se acata la norma suprema se da un doble conflicto: la ilegalidad de las actuaciones de los servidores públicos, y la ilegitimidad en el ejercicio del poder.

formar parte de ninguno de los poderes del Estado, lo que permitirá emitir resoluciones que no sólo logren el resarcimiento de los daños causados, sino que impacten en los órganos del Estado para generar una consciencia sobre la necesidad de realización de sus funciones apegados a los principios que rigen el orden constitucional.³⁰⁰

IV.4.1.5. Necesidad de un procedimiento que garantice el derecho de acceso efectivo a la justicia.

Los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado nos remontan a la figura de la responsabilidad civil, que tenía su sustento en una cuestión subjetiva en donde se obtenía la indemnización por parte del funcionario que de manera directa realizaba la conducta, y en un futuro, del Estado de manera subsidiaria cuando éste no contaba con los recursos para ello y su actuación se había realizado con dolo o con una culpa grave.

Su evolución al campo del derecho administrativo y su inclusión dentro del texto constitucional no generó un cambio en cuanto al fondo, pues si bien las características de la responsabilidad cambiaron para ser de carácter objetiva y directa, la manera en que se puede hacer valer el derecho a una indemnización sigue siendo a través de la acreditación de los elementos que constituyen la figura, por lo que es necesario que se lleve a cabo un procedimiento en que se demande al órgano estatal a efecto de que se le dé oportunidad de defenderse, no sólo en cuanto a la existencia de la responsabilidad, sino también a los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar el importe de la indemnización.

En base a esta concepción administrativa de la responsabilidad patrimonial, el procedimiento actual para obtener una indemnización contemplado en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado obliga a la presentación de una reclamación directa ante el órgano que realizó la conducta, y en caso de que

³⁰⁰ Recuérdese que la figura de la responsabilidad del Estado no busca resarcir los daños causados, sino generar que las autoridades realicen sus funciones de manera eficiente sujetándose a la normativa constitucional, siendo que el pago de una indemnización solo se da como compensación por su falta de cumplimiento.

no sea procedente, se tendrá derecho a interponer un recurso de revisión en la vía administrativa ante el propio órgano, o en su caso, el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; sin embargo en la práctica el procedimiento es demasiado lento y sin resultados favorables al ser el propio órgano al que se imputa la responsabilidad el que atiende la reclamación, pero además, en la mayoría de los casos las propias dependencias gubernamentales no cuentan con capacitación en materia jurisdiccional, ni mucho menos, con los recursos materiales y personales para ello.

A nivel local algunos estados permiten que el procedimiento se lleve en la vía administrativa mediante la presentación de la reclamación ante el órgano que se considera responsable, o en la vía contenciosa, iniciando el trámite de la reclamación ante el un órgano contencioso en materia administrativa; la elección de la vía queda al arbitrio del reclamante.³⁰¹

Por ello se debe establecer un procedimiento de manera directa ante un órgano jurisdiccional que como ya fue señalado, deberá ser el especializado en la materia de la responsabilidad estatal, procedimiento que debe contemplar las tres etapas que de conformidad con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son indispensables para lograr el acceso efectivo a la justicia:

[...] (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.³⁰²

El procedimiento planteado a través de estas tres etapas y ante un órgano especializado en la materia, permitirá un trámite rápido y sencillo seguido en forma de juicio, en donde en un inicio se determinará si es viable la admisión de la

³⁰¹ Entre los estados que permiten elección de trámite de reclamación en la vía contenciosa o en la administrativa se encuentran Aguascalientes, Baja California Sur, Colima, Durango, Nayarit y San Luis Potosí.

³⁰² Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, noviembre 2017, p. 151.

demanda por tener el demandante el derecho de acción; en la etapa de juicio se buscará generar convicción en el Tribunal para que resuelva de manera favorable a sus intereses, el gobernado deberá demostrar los elementos que configuran la acción de responsabilidad legislativa, y el órgano a quien se atribuye la responsabilidad buscará desvirtuarlos o demostrar la existencia de una causa de justificación; y finalmente, en caso de ser procedente la resolución, se deberá hacer efectiva ésta en un plazo prudente, retomando aquí el aspecto de la necesidad de pago de indemnizaciones sin límite presupuestal, pues ello sólo traería como consecuencia una falta de acceso efectivo a la justicia.

IV.4.2. Elementos de la acción de responsabilidad legislativa en México

El ejercicio del derecho a una indemnización por los daños causados a través de una actuación indebida o falta de actuación de un órgano en sus facultades legislativas, debe basarse en los elementos que integran la figura de la responsabilidad patrimonial, pues será a través de la demostración de cada uno de ellos como el Tribunal respectivo dictará o no una sentencia favorable al gobernado; en base a la investigación realizada, el mínimo de elementos que se deben considerar para tener por acreditada una responsabilidad por actos legislativos son los siguientes.

IV.4.2.1. Declaración previa de la existencia de una norma inconstitucional, de una norma violatoria del derecho internacional, una omisión legislativa o una norma constitucional que viole la igualdad de las cargas públicas

La procedencia de la acción de responsabilidad por actos legislativos no puede quedar al arbitrio de los Tribunales, sino que debe ser reducida a casos concretos previamente definidos, que permitan la certeza jurídica tanto para los órganos del Estado de que si se ubican en el supuesto podrán llegar a ser sujetos de responsabilidad, como para los gobernados de que en esos casos si se les llega a causar un daño sin justificación, tendrán derecho al resarcimiento del mismo.

Como se señaló en el apartado anterior, el procedimiento que se llevará a cabo para obtener la indemnización por parte del órgano estatal iniciará con el análisis que realice el Tribunal del derecho de acción con que cuenta el gobernado, el cual tendrá como requisito necesario la declaración previa de la existencia de una de las cuatro causas ya mencionadas.

Al no dejarse duda sobre los casos en que procede la responsabilidad y hacer necesaria la declaración previa de la existencia de éstos, se evita el despliegue de la actividad jurisdiccional en aquellos casos en que no existe motivo alguno para el reclamo de una indemnización.

IV.4.2.2. Existencia de un daño vinculado a la actividad legislativa

La finalidad de una demanda por responsabilidad patrimonial lo es el obtener el resarcimiento de los daños que se causaron con la actuación indebida del Estado, daños que no se presumen, sino que deben de ser demostrados de manera fehaciente a efecto de que se tenga la posibilidad de determinar económicamente el valor de los mismos. Para ello el daño debe ser entendido en base a su construcción civilista pues no debe olvidarse que constituye el presupuesto básico de cualquier tipo de responsabilidad.

Esta concepción identifica tradicionalmente al daño como la pérdida o menoscabo que se sufre en el patrimonio, pero considerando un concepto amplio de patrimonio que contemple tanto el aspecto material como el moral, y en donde la lesión patrimonial tiene dos vertientes: el daño emergente entendido como las pérdidas sufridas y los gastos realizados, y el lucro cesante, que comprende las ganancias dejadas de percibir con motivo de ese daño.³⁰³

El daño deberá ser acreditado a través de la demostración de un detrimento en bienes materiales o en la integridad física, o mediante el perjuicio causado a aspectos espirituales que generan el pleno goce de la vida de la persona; pero además deberá reunir como características mínimas las siguientes: a) ser actual ya que existe en el momento en que se reclama la indemnización; b) ser cierto, en

³⁰³ Lucero Espinoza, Manuel, *op. cit.*, p. 67.

el sentido de ser real y efectivo; c) en caso de contemplar un daño futuro, deberá ser necesario en el sentido de que forzosamente deba causarse; e) ser directo, en virtud de que fue causado por el Estado a través de las actuaciones de sus funcionarios; y finalmente, f) indemnizable, en virtud de poder ser valorado económicamente.³⁰⁴

Acreditada la existencia del daño será necesario que se demuestre que el mismo es consecuencia de la actuación u omisión indebida de la autoridad; uno de los problemas que más se presentan al momento de hacer valer una acción de responsabilidad lo es la no vinculación del daño con la conducta que es atribuible a la persona a quien se demanda la indemnización; teóricamente se ha denominado a este elemento el nexo causal.

El Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito de manera clara explica que debe entenderse por nexo causal al señalar que se concibe

[...] como un conector capaz de asociar dos o más eventos en una relación causa-efecto de correspondencia, basado en el principio de razón suficiente; esto es, supone que se constate o verifique la interrelación de determinados eventos -antecedente y consecuente- a partir de un análisis fáctico para determinar si los sucesos ocurridos concurren y determinan la producción del daño... lo cual implica el análisis, en su caso, de un conjunto complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, reduciéndose el problema en fijar qué hecho o condición puede ser relevante en sí mismo para obtener el resultado final [...].³⁰⁵

En el caso de la responsabilidad por actos legislativos, la causa se encontrará plenamente identificada pues será la acción u omisión indebida por parte del funcionario demostrada de manera previa al ejercicio de la acción, pues como fue señalado, será un requisito de procedencia la declaratoria de existencia de cualquiera de los cuatro casos en que procede la responsabilidad; por ello

³⁰⁴ Indalecio Barraza, Javier, *op. cit.*, pp. 89-96.

³⁰⁵ Tesis: I.4o.A.37 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo 2013, p. 2075.

corresponderá sólo a quien ejercite la acción probar fehacientemente la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la actuación de la autoridad.

Esta relación se demostrará al vincular que la norma emitida y posteriormente declarada inconstitucional, violatoria de normas internacionales o generadora de un sacrificio especial, mientras estuvo vigente y le fue aplicada, le generó el daño; este daño se puede traducir entre otros casos, en el pago de una cantidad de dinero como contribución que no se debía de pagar, el hecho de que no se le haya otorgado algún permiso o licencia para desempeñar una actividad privándolo de un ingreso, que se le aplique en un juicio una norma que le haga obtener un resultado no favorable que le repercuta económicamente; para el supuesto de una omisión legislativa, demostrando que la falta de emisión de la norma no le permitió hacer válido un derecho que ya tenía reconocido y que en virtud de dicha circunstancia sufrió una afectación patrimonial.

IV.4.2.3. No existencia de excluyentes de responsabilidad en el actuar del Estado

En todos los casos en que se habla de una responsabilidad ya sea en el ámbito civil, penal o administrativo, se contemplan supuestos en los cuales la responsabilidad no existirá ya que la conducta productora del daño fue realizada o no realizada en virtud de una cuestión ajena a la persona a quien se reclama el pago de la indemnización; tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado la actual Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado contempla en su artículo tercero los supuestos que excluyen la responsabilidad de indemnizar, los cuales podría servir de base para el caso de la responsabilidad legislativa, pero no podrían ser los mismos debido a la naturaleza de la actividad estatal que se contempla en este tipo de responsabilidad.³⁰⁶

³⁰⁶ Artículo 3.- Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, además de los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

Para establecer que supuestos de irresponsabilidad por actos legislativos pueden darse es importante diferenciar que la conducta legislativa indebida puede derivar una acción u omisión, lo que hace que las excluyentes sean distintas.

De los supuestos contemplados por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, es lógico que se dé como supuesto de exclusión de responsabilidad por actos legislativos, independientemente que deriven de una acción u omisión de la autoridad, el hecho de que el daño no sea consecuencia de su actuar o sea quien reclama la indemnización el directamente causante del mismo, pues como ya fue señalado es indispensable vincular el daño a la conducta de la autoridad mediante una relación de causa efecto.

Tratándose de conductas de acción que se traducen en la emisión de una norma que con posterioridad fue declarada inconstitucional, violatoria de normas internacionales o generadora de un sacrificio especial, bajo ninguna circunstancia podría considerarse que existió un caso fortuito o fuerza mayor que llevó a la emisión de la norma, pues se trata de supuestos de imprevisibilidad e inevitabilidad que impiden realizar una conducta; sin embargo, sí es posible considerar como excluyente de responsabilidad legislativa el hecho de emitir una norma que contemple un hecho que en su momento según los avances científicos o tecnológicos fuera jurídicamente válido, sin poder prever que en un futuro pudiera llegar a generar algún tipo de daño.

Además de los supuestos contemplados por la Ley Federal, un supuesto de exclusión de responsabilidad en caso de emisión de normas declaradas inválidas con posterioridad sería el carácter jurídico del criterio que generó la norma y su posterior invalidez; lo anterior se traduce en considerar el momento en que se llevó a cabo la emisión de la norma y el criterio existente en ese tiempo, pues en cuestión de interpretación jurídica, y hoy en día integración, a lo largo de la historia han existido una infinidad de casos en los cuales una norma fue considerada constitucional y al pasar del tiempo el criterio cambió siendo considerada inconstitucional.

Por ello si una norma se emitió y aplicó en base a un criterio jurídicamente válido y con posterioridad cambio el criterio para ser considerado jurídicamente

inválido, no existe responsabilidad alguna por parte del legislador por el tiempo que el criterio fue válido, y sólo a partir de la declaratoria de cambio de criterio es que tendrá la responsabilidad de realizar los actos legislativos necesarios para que la norma ya no se aplique.³⁰⁷

En el caso de la omisión legislativa, sí podría darse como supuesto de exclusión de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor; piénsese en un término que fue establecido para la emisión de una ley reglamentaria en una reforma constitucional, que se excede en virtud de un fenómeno de la naturaleza o acto del hombre; en esos casos deberá de considerarse que la característica de imprevisible e inevitable justifica el retraso, más se deberá de emitir la norma a la brevedad posible considerando el tiempo transcurrido del término otorgado, una vez concluido el fenómeno natural o hecho del hombre que lo impedía, a efecto de no caer en el supuesto de responsabilidad.

Otro supuesto de exclusión de responsabilidad por omisión legislativa se presentará en aquellos casos en que no exista el deber de legislar; cuando se analizó la figura en el capítulo tercero se establecieron los elementos que se deben presentar para que exista la figura, siendo uno de ellos la existencia de un mandato para legislar, el cual podía ser de manera implícita o explícita, por lo que la falta de existencia del mismo es causa suficiente para que no se pueda responsabilizar al legislador por no emitir una norma, pues en estos casos quedará a su libre albedrío la determinación de su emisión, el contenido que pretenda darle, y el momento en que se realice.

Para ello es importante que se delimite que se debe entender por mandato para legislar, pues existen autores como Javier Indalecio Barraza que establecen que lo que se debe de considerar para la existencia de una omisión legislativa es el carácter de la falta de accionar del Estado, existiendo omisión si ésta es antijurídica; así mismo agrega que se da una falta de accionar antijurídica incluso

³⁰⁷ No se debe confundir este aspecto con considerar que las normas serán válidas hasta en tanto no se declare por la autoridad su invalidez, pues ello generaría la imposibilidad de reclamar los daños causados con su aplicación al tener la resolución efectos a partir de ese momento, para el futuro (*ex nunc*); lo que se establece aquí es la posibilidad de cambio de criterio por parte de los órganos encargados de declarar la inconstitucionalidad de la norma, su violación a normas internacionales o la generación de un sacrificio especial.

en aquellos casos en que no exista el deber concreto o determinado de obrar, pues el Estado tiene la obligación jurídica genérica de velar por los bienes e integridad física y espiritual de las personas, misma que surge no solo de una norma, sino también de la costumbre y los principios generales del derecho.³⁰⁸

Como puede verse la cuestión de las excluyentes de responsabilidad deberán ser analizadas en cada caso concreto a efecto de determinar si aplican, y en caso de ser procedentes, la consecuencia será que el Estado no deberá indemnizar al reclamante, por lo que corresponderá a éste el deber de justificar la existencia de la excluyente.

³⁰⁸ Indalecio Barraza, Javier, *op. cit.*, p. 123.

CONCLUSIONES

A través de la investigación realizada que se plasma en los capítulos anteriores, es posible demostrar las hipótesis planteadas al inicio de la investigación pues se corrobora que a través de la actividad legislativa del Estado sí es posible causar daños, los cuales en el caso de México aún y cuando los particulares no tengan la obligación de soportarlos, no pueden obtener un resarcimiento al no existir un mecanismo directo que legitime su reclamo, generando una falta de protección y garantía de los derechos humanos; por ello es necesaria la inclusión de un mecanismo de protección contra actos legislativos.

Fue posible cumplir los objetivos propuestos pues se analizaron las causas que generaron el reconocimiento del Estado como sujeto de responsabilidad, así como los principios que rigen con relación a ella en otros sistemas jurídicos, determinado cuales son los supuestos que se han considerado para declararla procedente; en base a ello fue posible establecer una propuesta para la regulación de un mecanismo directo de protección en México, a fin de que no quede desprotegido el derecho humano de propiedad de los particulares con relación a estos actos.

De todo el trabajo de investigación realizado se pueden obtener las siguientes conclusiones:

Primera. La causa que generó el surgimiento de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado fue el reconocimiento de los derechos de los individuos y el correlativo deber de respetarlos por parte de las autoridades, reconocimiento que fue impulsado por las ideas surgidas a través de las revoluciones liberales; en la actualidad mediante el reconocimiento que se ha realizado de los derechos humanos en instrumentos internacionales, no puede concebirse un Estado carente de mecanismos que permitan el resarcimiento de los daños que éste pueda llegar a causar a través de sus funcionarios, pues dicha circunstancia implica una responsabilidad internacional al violar el deber de proteger los derechos humanos mediante la inclusión en el orden interno, de las medidas legislativas que sean necesarias para ello.

Segunda. En México la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado surgió y se mantiene hasta el día de hoy, como una garantía de protección patrimonial de los gobernados, y un deber de resarcimiento de las autoridades por los daños que causen a través de los actos que realicen, teniendo las siguientes características: a) el acto que cause el daño debe ser de carácter administrativo; b) se debió de realizar de manera irregular, es decir contrario a una norma; c) la responsabilidad es objetiva en cuanto a que no se requiere demostrar la existencia de culpa del funcionario, y directa, ya que el Estado asume el deber de resarcir desde el inicio y no sólo en caso de que el funcionario no lo pueda hacer; d) el pago de la indemnización está condicionado a agotar el procedimiento respectivo en el que se declare el derechos a él, y a la capacidad presupuestaria del órgano respectivo.

Tercera. El derecho humano a una indemnización por afectaciones a la propiedad privada no puede encontrarse limitado en atención a la naturaleza del acto llevado a cabo por el Estado, pues ésta solo se basa en la estructura que se adopta para repartir las funciones y como un medio de control que evite el abuso del poder y permita el cumplimiento de sus atribuciones de una manera más eficiente y eficaz; por ello no existe justificación alguna para que la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado que se contempla en México, sólo sea procedente por afectaciones llevadas a cabo a través de actos de carácter administrativo realizados por cualquiera de los órganos del Estado.

Cuarta. Los actos legislativos realizados de manera irregular por cualquiera de los órganos de un Estado causan daños en el patrimonio de los gobernados, generándose el deber a cargo de éste de resarcirlos; la irregularidad de un acto legislativo se presenta cuando afecta un derecho de los particulares consagrado en la Constitución o en los Tratados Internacionales, o cuando generara una carga desigual con relación a los demás gobernados, violando el principio de igualdad de las cargas públicas.

Quinta. En el Derecho Comparado la responsabilidad patrimonial por actos legislativos surgió a través de las resoluciones de los Tribunales y en base a diversas teorías que daba fundamento a la responsabilidad; a pesar de lo anterior, son cuatro los supuestos que se han reconocido para generar un resarcimiento por daños causados a través de la actividad legislativa del Estado: 1) la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma; 2) la determinación de una norma violatoria del derecho internacional; 3) la omisión legislativa; 4) la existencia de una norma constitucional que viole la igualdad de las cargas públicas.

Sexta. La figura de la responsabilidad patrimonial en México tiene como fundamento la protección del derecho humano de propiedad, contemplándose en el artículo 109 Constitucional la que ha sido denominada garantía de integridad patrimonial; sin embargo, es erróneo considerar que con la figura sólo puede protegerse ese derecho humano, pues al ser la responsabilidad del Estado en su totalidad, y no sólo de algunos de sus órganos, se pueden llegar a afectar otros derechos como la vida, integridad personal, libertad o igualdad en cualquiera de sus modalidades.

Séptima. Los argumentos tomados en cuenta para no incluir los actos legislativos en la responsabilidad patrimonial regulada en México, carecen de una justificación jurídica; en primer lugar, ya que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma sólo es una forma de demostrar el actuar irregular del Estado, pero no la única; además, aún y cuando se llegue a declarar la inconstitucionalidad de una norma, los efectos que se han aplicado al declararla son para el futuro (ex nunc), lo que impide el resarcimiento de los daños causados durante su aplicación; finalmente, la falta de presupuesto nunca podrá ser una justificación para afectar el derecho de propiedad de los gobernados, teniendo el Estado el deber de generar los mecanismos necesarios para poder cubrir con los daños que llegue a causar.

Octava. Aun y cuando algunas entidades federativas han generado mecanismos locales de control constitucional de actos legislativos como lo es la figura omisión legislativa, e inclusive a nivel federal de manera reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación a determinado que el Juicio de Amparo si es un mecanismo de protección contra omisiones legislativas, es necesaria la creación de un mecanismo directo que permita no sólo lograr sin efecto los actos legislativos u obligar a la autoridad a generarlos, sino también obtener el resarcimiento de los daños causados con la aplicación o carencia de la norma.

Novena. El mecanismo que se cree para obtener el resarcimiento de daños causados por alguna norma o la falta de creación de la misma, no debe limitar el momento de pago de la indemnización a una cuestión presupuestal, ni fijar límites en cuanto a su importe; debe considerar el carácter del acto y no la naturaleza del órgano, por lo que contemplará los actos legislativos independientemente del órgano que los realice; deberá establecer los casos concretos en que sea procedente una responsabilidad por actos legislativos; creará un órgano especializado en materia de responsabilidad patrimonial independiente de cualquier órgano que pueda ser sujeto a ella, a fin de lograr un órgano especializado que impida el retraso en el trámite; y finalmente, el procedimiento para obtener el pago de la indemnización deberá ser rápido y efectivo, garantizando un acceso efectivo a la justicia

Décima. Los elementos que a partir de este nuevo mecanismo se deberán acreditar para la procedencia de la acción de pago de indemnización por daños causados a través de actos legislativos serán tres: 1) la declaración previa de la existencia de alguno se los casos concretos en que sea procedente la responsabilidad; 2) la existencia de un daño y que el mismo se encuentra vinculado en una relación causa efecto a la caso concreto d responsabilidad; 3) la ausencia de una excluyente de responsabilidad a favor del Estado.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliográficas

- ABREVAYA, Alejandra Débora, *Responsabilidad civil del Estado. Requisitos. Procedimiento. Ejecución. Casuística*, primera edición, Argentina, Abeledo Perrot, 2003, 427 p.
- ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, primera edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, 194 p.
- ACOSTA GARCIA, Cristian Miguel, *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Teoría y casos prácticos*, primera edición, México, Novum, 2012, 305 p.
- AGUIRRE ANGUIANO, Sergio Salvador, "La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional", en Natarén Nandayapa, Carlos Faustino y Castañeda Ponce, Diana (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, primera edición, México, 2007, pp. 3-11, [en línea], <https://biblio.juridicas.unam.mx>
- ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, primera edición, Argentina, Advocatus, 2005, 484 p.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, 257p.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, primera edición, México, Porrúa, 2009, 161 p.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, 172 p.
- BENITEZ TREVIÑO, Humberto, "El principio de supremacía constitucional y los derechos humanos a la luz del pensamiento de Jorge Carpizo", en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en*

- homenaje a Jorge Carpizo*, t. V, Derechos Humanos, volumen 1, primera edición, México, Porrúa, 2015. p. 99-116.
- BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Parlamentario*, sexta reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, 438 p.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y responsabilidad del Estado*, primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BURREL HUERTA, Leopoldo, *La responsabilidad del Estado y sus agentes*, primera edición, México, Porrúa, 2009, 285 p.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge F., *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, primera edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013, 103 p.
- CARBONELL, Miguel y Caballero González, Edgar, *Convención Americana de Derechos Humanos con jurisprudencia*, primera edición, México, Tirant lo Blanch, 2016, 226 p.
- La Constitución interpretada. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con jurisprudencia*, primera edición, México, Tirant lo Blanch, 2014, 1086 p.
- CARPIO MARCOS, Edgar y Eto Cruz Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*, primera edición, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2004, 150p.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, primera edición, México, Porrúa 2005, 434 p.
- Responsabilidad Patrimonial del Estado*, tercera edición, México, Porrúa, 2006, 547 p.
- CHACÓN RODRIGUEZ, José Luis, *La última instancia en la protección de defensa de los derechos humanos en México*, segunda edición, México, Flores Editor y Distribuidor, 2016, 195 p.
- CID CABALLERO, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial del Estado en México*, primera edición, México, Tirant lo Blanch, 2014, 118 p.

- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, octava reimpresión, México, Oxford, 2014, 353 p.
- DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano", en López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Estudios en homenaje a Don Alfonso Nava Negrete en sus 45 años de docencia*, primera edición, México, 2006, pp. 63-74, [en línea], <https://biblio.juridicas.unam.mx>
- ENRÍQUEZ FUENTES, Gastón Julián, *La revaloración del control parlamentario en México*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, 497p.
- ERAÑA SÁNCHEZ, Miguel (coord.). *Los principios parlamentarios*, primera edición, México, Porrúa, 2010, 215 p.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos*, primera edición, México, 2008, pp. 893-896, [en línea], <https://biblio.juridicas.unam.mx>
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, *Responsabilidad del Estado en México e Iberoamérica*, primera edición, México, Porrúa, 2010, 233p.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 17-69, [en línea], <https://juridicas.unam.mx>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; *et. al.*, *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. I, primera edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Autónoma de México, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013, 1153 p.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, séptima edición, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, 263p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, primera edición, México, Porrúa 2005, 434p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, primera edición, México, Porrúa, 2012, 1262p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho español*, segunda edición, España, Aranzadi, 2007, 276p.
- GARCÍA RAMÍREZ, Julián, *Entre derechos y deberes: el deber de solidaridad en el Estado constitucional*, primera edición, Colombia, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012, 192 p.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia Interamericana*, primera edición, México, Porrúa, 2014, 306 p.
- GARCÍA RICCI, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, primera edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 47 p.
- GARCÍA SARUBBI, David, *Los efectos de invalidez erga omnes en México. Un foro de principios*, primera edición, México, Tiran lo Blanch, 2014, 134 p.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. II, La defensa del usuario y el administrado, primera edición, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, [en línea], <http://www.gordillo.com/tomo2.php>
- Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. VIII, Teoría General del Derecho Administrativo, primera edición, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, [en línea], <http://www.gordillo.com/tomo8.php>
- GUTIÉRREZ GÓMEZ, Giovanni Yair, *Estado Social de Derecho o Estado Garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos*, primera edición, Colombia, 2014.

- HELMKE, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (coord.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, primera edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, 562 p.
- HUERTA OCHOA, CARLA, *El control del gobierno: función del poder legislativo*, primera edición, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1996, 265p.
- Mecanismos Constitucionales para el control del poder político*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, 179p.
- HURTADO CISNEROS, Alfredo. *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 196 p.
- INDALECIO BARRAZA, Javier, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, primera edición, Argentina, La Ley, 2003, 213 p.
- JUÁREZ MEJÍA, Godolfino Humberto, *Elementos para una teoría de la responsabilidad pública*, primera edición, México, Porrúa, 2008, 181 p.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*, primera edición, México, Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., 2005, 163 p.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, colección sepan cuantos, 2005.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la administración pública*, primera edición, México, Novum, 2014. 196 p.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando y Ron Latas, Ricardo Pedro, *La independencia Judicial*, primera edición, España, 2015, pp. 33-35, [en línea], consultado a través de Vlex <https://vlex.com.mx>
- LUCERO ESPINOZA, Manuel, *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal*, primera edición, México, Espress, 2015, 198p.
- MADERO ESTRADA, José Miguel, "La separación de poderes en el presidencialismo iberoamericano y el rol del Tribunal Constitucional", en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al Derecho Constitucional*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto

- de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, pp. 473-480, [en línea] <https://archivos.juridicas.unam.mx>
- MARANIELLO, Patricio, "Responsabilidad del Estado Legislador", en Alonso Regueira Enrique M. (coord.), *Estudios de Derecho Público*, Argentina, 2013, pp. 1045-1071, [en línea], <http://www.derecho.uba.ar>
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, quinta edición, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992, [en línea], <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-AdministrativoMiguel-Marienhoff-Tomo-IV.pdf>
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, primera edición, España, Ariel, 1998, 160 p.
- MEDINA GARCÍA, Aldo Rafael, Medina García, Aldo Rafael, "El impulso parlamentario del control de constitucionalidad de los tratados", en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (comps.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, volumen 2, primera edición, México, Porrúa, 2015, 828 p.
- MONGUEL CABALLERO, Manuel, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, primera edición, México, Porrúa, 2006, 217 p.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator en materia Tributaria y Vías para reclamarla*, primera edición, España, Aranzadi, 2009, 272 p.
- MORENO MOLINA, José Antonio, "El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el derecho español", en Rodríguez-Arana Muñoz Jaime (comp.), *Estado Derecho y Responsabilidad Administrativa. Unión Europea, España, México, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, primera edición, México, Universidad Panamericana, Ubijus, 2013, pp. 83-237.
- MURILLO MORALES, Jaime, *La responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, primera edición, México, UBIJUS, 2014, 290 p.

MURO RUÍZ, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, primera edición, México, Universidad Autónoma de México, 2006, 496 p.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El Congreso de la Unión. Integración y regulación*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, 263 p.

-----"Los órganos constitucionales autónomos en México", en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (comp.), *Estado de Derecho y transición jurídica*, primera edición, México, 2002. pp. 173-194. [en línea]. <https://biblio.juridicas.unam.mx>

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Francisco, *Apuntes de Derechos Fundamentales*, primera edición, México, Epiqueia, 2014, 256 p.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura Maribel, "El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, Procesos Constitucionales Orgánicos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 625-668, [en línea], <https://juridicas.unam.mx>

-----*Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, primera edición, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, 429 p.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *et. al.*, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, t. I, primera edición, México, Universidad Panamericana, XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Espress, 2014, 815 p.

-----*La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, t. II, primera edición, México, Universidad Panamericana, XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Espress, 2014, 660 p.

RODRIGUEZ MANZO, Gabriela, *et al.*, *Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos*, primera edición, México, Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, 2007, 204 p., [en línea].

http://132.247.1.49/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/29.pdf

ROMERO CORDERO, Cristian, "Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado en Chile: 150 años de doctrina", en Pantoja Bauzá Rolando (coord.), *Derecho Administrativo 150 años de doctrina*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 429-455, [en línea], a través de Vlex <https://app.vlex.com>

RÚIZ DE PALACIOS VILLAVERDE, José Ignacio, *Memento práctico de responsabilidad patrimonial de la Administración*, primera edición, España, Ediciones Francis y Taylor, S.A., 2013, pp. 13-14, [en línea], <https://www.efl.es/content/download/53857/469979/version/1/file/mementoresponsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-2018-2019-10.pdf>

SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria, el caso México*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2011, 262 p.

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*, primera edición, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, 134 p.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, tercera reimpresión, México, Fondo de cultura económica, 2008, 247 p.

SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, primera edición, España, 1990, 118p.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos Humanos Parte General*, cuarta reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, 210 p.

VARGAS GIL, Luis Rodrigo, *Responsabilidad patrimonial del Estado. Instrumento eficaz de justicia*, primera edición, México, Porrúa, 2016, 270 p.

VERGARA LÓPEZ, Carmen y González Santos, Gabino, *Cumplimiento y ejecución de las sentencias. Nueva Ley de Amparo*, primera edición, México, Tirant Lo Blanch, 2014, 111 p.

VILLANUEVA GÓMEZ, Luis Enrique, "La división de poderes: teoría y realidad", en Vázquez Ramos, Homero (comp.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge*

Carpizo, *Reflexiones Constitucionales*, primera edición, México, 2014, pp. 149-152, [en línea], <https://archivos.juridicas.unam.mx>

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, décima edición, España, Trotta, 2011, 156 p.

Hemerográficas

AHUMADA RUÍZ, María Ángeles, *Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)*, revista española de Derecho Constitucional, España, número, 62, año 21, mayo-agosto 2001, pp. 301-350, [en línea], <http://www.cepc.gob.es>

ALONSO GARCÍA, Ma. del Consuelo, *Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado* Legislador, ponencia presentada en las Jornadas de letrados de las Comunidades Autónomas, España, 2015, [en línea], <http://www.castillalamancha.es>

ARANCIBIA MATTAR, Jaime, *Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en el Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552- 1798)*, revista Chilena de Historia del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, número 18, pp. 53-83, [en línea], <http://www.historiadelderecho.uchile.cl>

ARMENTA ARIZA, Angélica María, *El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación*, revista *Vía Iuris*, Colombia, número 6, enero-junio 2009, pp. 90-114, [en línea], <http://www.redalyc.org>

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramón, *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay, 2009, pp. 775-793, [en línea], <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>

BACA OLAMENDI, Jaime Gerardo, *Reflexiones sobre el derecho de propiedad*, Alegatos, revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, número 83, enero-abril 2013, pp. 55-74, [en línea], <https://www.azc.uam.mx>

- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El principio de responsabilidad jurídica en el Estado de Derecho y su concreta aplicación en el ámbito patrimonial. Especial referencia al derecho mexicano*, Aída ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, número 6, julio-diciembre 2009, pp. 81-116 [en línea], <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/issue/view/95>.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Parlamento, principio democrático y justicia constitucional*, Revista de Derecho, Chile, volumen XII, agosto de 2001, pp. 179-190, [en línea], <http://www.revistaderechovaldivia.cl>
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *México y el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, número 31, 2001, pp. 119-138, [en línea], <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, volumen IX, 2009, pp. 775-790, [en línea], <https://juridicas.unam.mx>
- CASTILLA, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*, Revista Cuestiones Constitucionales, México, número 20, enero-junio 2009, pp. 65-84, [en línea], <https://revistas.juridicas.unam.mx>
- CIFUENTES GONZÁLEZ, Rafael Julián, *La responsabilidad del Estado-legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación*, revista Universitas, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, Colombia, número 14, julio-diciembre 2016, pp. 75-90, [en línea], <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co>
- COSSIO DÍAZ, Juan Ramón, *Estado de derecho: concepto, funciones y límites*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2007, número 11, pp. 51-72, [en línea], <http://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/44784/26320>
- ECHEVERRÍA ACUÑA, Mario Armando, *Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho del legislador*, revista Saber, Ciencia y Libertad,

Colombia, volumen 7, número 1, enero-junio 2012, pp. 19-34, [en línea], <http://www.sabercienciaylibertad.org>

ENTICHE ROSALES, Nicolás, *El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)*, Actualidad Jurídica, revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Chile, número 23, año 2011, pp. 109-138, [en línea], <http://derecho-scl.udd.cl>

ESTEBAN PERRINO, Pablo, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita*, revista Documentación Administrativa, España, número 269-279, mayo-diciembre 2004, pp. 277-295, [en línea], <https://revistasonline.inap.es>

-----*La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano*, revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, número 8, año 2001, pp. 91-155, [en línea], <https://www.ijf.cjf.gob.mx>

GAMBA LADINO, Julio Cesar, *Responsabilidad del Estado Legislador*, revista de la Facultad de Derecho de México, México, número 238, julio-diciembre 2002, pp. 284-285, [en línea], <https://archivos.juridicas.unam.mx>

GARCÍA LUENGO, Eduardo, *Instituciones Sustantivas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: los principios de la potestad sancionador, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos*, revista El cronista del Estado social y democrático del derecho, España, número 63, octubre de 2016, pp. 14-27, [en línea], <http://laadministraciondía.inap.es>

GARRIDO FALLA, Fernando, *La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*, revista de Administración Pública, España, número 119, mayo-agosto 1989, pp. 7-48, [en línea], <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/1764>

GIL RENDÓN, Raymundo, *El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales*, Quid Iuris, revista del Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, México, año 6, volumen 12, marzo 2011, pp. 43-62, [en línea], <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>

- GÓMEZ ORTIZ, María Ivany, *Responsabilidad Extracontractual del Estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional*, repositorio Institucional de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, 2010, [en línea], <http://hdl.handle.net/10654/3549>
- GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, *La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado*, revista Verba Iuris, Universidad Libre de Colombia, Colombia, número 35, enero-junio 2016, pp. 41-63, [en línea], <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris>
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *La división de poderes como principio de ordenamiento*, Anuario de Derecho Constitucional Comparado 2007, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Uruguay, 2007, pp. 211-225, [en línea], <http://www.kas.de/wf/doc/5586-1442-4-30.pdf>
- JIMENEZ, William Guillermo, *Origen y evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal*, Revista Diálogos de saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales, número 38, enero-junio de 2013, pp.63-78, [en línea], <http://www.unilibre.edu.co>
- JINETA LOBO, Ernesto, *La responsabilidad del Estado Legislador*, revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, Costa Rica, número 1, julio 2005, pp. 1-39, [en línea], <http://www.ernestojineta.com>
- LANCHEROS GÁMEZ, Juan Carlos, *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*, Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica, Colombia, año 23, número 18, pp. 247-267, [en línea], <http://dikaion.unisabana.edu.co>
- LEIVA RAMÍREZ, Eric y ALONSO GARCÍA, María del Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del legislador*, revista Administración y Desarrollo, Facultad de Investigaciones, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Colombia, volumen 40, número 55, enero-junio 2012, pp. 33-48, [en línea], <http://www.esap.edu.co>
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado*, Actualidad Jurídica, revista de

Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile, número 23, año 2002, pp. 343-375, [en línea], <http://www.rdpucv.cl>

LUCAS GARÍN, Andrea, *Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado*, Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, número 2, año 2009, pp. 241-253, [en línea], <http://www.estudiosconstitucionales.cl>

MANSILLA, Natalia Paola, *La responsabilidad del Estado. Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Código Civil y Comercial*, nuestra joven revista Jurídica, Argentina, volumen III, número 1, serie 1, Argentina, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, [en línea], <http://www.derecho.unc.edu.ar>

MARTÍN REBOLLO, Luis, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, revista de Administración Pública, España, número 150, septiembre-diciembre 1999, pp. 344-346, [en línea], <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/1795>

NAVIA ARROYO, Felipe, *La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución política*, revista de Derecho Privado, Colombia, número 6, julio-diciembre 2000, pp. 217-219, [en línea], <http://revistas.uexternado.edu.co>

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno*, revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, número 3, año 2008, pp. 135-154, [en línea], <https://revistas.ucu.edu.uy>

PÉREZ LÓPEZ, Miguel, *La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, número 28, año 2009, pp. 63-100, [en línea], <http://www.ijf.cjf.gob.mx>

-----*La rectificación adjetiva en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Notas sobre la reforma a las leyes Federal de responsabilidad patrimonial del Estado y Federal de procedimiento contencioso administrativo*, Boletín

- Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, número 126, año 2009, pp. 1551-1565, [en línea]. <https://revistas.juridicas.unam.mx>
- La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, México número 2, año 2010, pp. 1-36, [en línea], <http://www.tfja.mx>
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana, *La noción de carga pública y su función en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*, revista chilena de derecho, volumen 42, número 3, diciembre 2015, Chile, pp. 843-871, [en línea], <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art05.pdf>
- PULIDO GONZÁLEZ, Andrés, *El Paradigma de la responsabilidad del Estado legislador, Erga Omnes*, revista jurídica de la Sindicatura Municipal de Chacao, Venezuela, número 4, enero-junio 2008, pp. 234-255, [en línea], <http://www.ulpiano.org.ve>
- QUIROGA, Florencia, et al., *El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado*, Prudentia Iuris, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, número 79, junio 2015, pp. 229-248, [en línea], <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia79.pdf>
- REYES PINZÓN, Oscar Javier, *Precisiones acerca de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia*, revista Jurídica Piélagos, Colombia, número 5, diciembre 2006, pp. 7-22, [en línea], <http://www.revistapielagos.com>
- TEJERA HERNÁNDEZ, Evangelina Verónica de la y Herrera Molina Pedro Manuel, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, boletín mexicano de Derecho Comparado, México, año XLVII, número 141, septiembre-diciembre de 2014, pp. 1137-1164, [en línea], <https://revistas.juridicas.unam.mx>
- URIBE GARCÍA, Saúl, *La responsabilidad por riesgo*, Ratio Iuris, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, volumen 1, número 1, julio-diciembre 2004, Colombia, pp. 29-50, [en línea], <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/297/512>

- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Teoría del órgano y responsabilidad pública en la ley de bases de la administración del Estado*, revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, volumen XIX, número 2, diciembre 2006, Chile, pp. 133-159, [en línea], <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art07.pdf>
- VELASCO SUÁREZ, Diego, *Fundamentos de la Responsabilidad del Estado y del Funcionario*, revista de derecho de la Universidad de Montevideo, 2014, número 25, pp. 95-123, [en línea], <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/XIII-2014-N-25.pdf>
- ZUBIAUR, Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina", en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, primera edición, México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2000, pp. 177-182. [en línea]. <https://archivos.juridicas.unam.mx>
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias)*, boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, número 26, año 2005, pp. 113-152, [en línea], <http://portal.uned.es>

Medios electrónicos

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España, <https://www.boe.es>
- Ayuntamiento de Tlaxcala, <http://www.capitaltlaxcala.gob.mx>
- Cámara de Diputados de México, <http://www.diputados.gob.mx>
- Congreso del Estado de Chiapas, <http://www.congresochiapas.gob.mx>
- Congreso del Estado de Coahuila, <http://congresocoahuila.gob.mx>
- Congreso del Estado de Nayarit, <http://www.congresonayarit.mx>
- Congreso del Estado de Quintana Roo, <http://www.congresoqroo.gob.mx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr>

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de México,
<http://gaceta.diputados.gob.mx>

Gobierno del Estado de Veracruz, <http://www.veracruz.gob.mx>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de Argentina,
<http://www.saij.gob.ar>

Organización de los Estados Americanos, <https://www.oas.org>

Secretaría General del Senado de Colombia, <http://www.secretariasenado.gov.co>

Senado de la república de Chile, <http://www.senado.cl>

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, <https://www.scjn.gob.mx>