

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS, EN PERSPECTIVA DE JUSTICIA CORRECTIVA

STATE HERITAGE RESPONSIBILITY AND THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITIES REGIME, IN CORRECTIVE JUSTICE PERSPECTIVE

José Roldán Xopa*

Resumen

A más de una década de haber sido aprobada su inclusión en la Constitución, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene ya aplicación en los tribunales mexicanos. La experiencia acumulada permite apreciar los avances, pero también las limitaciones. Entre estas últimas se encuentra la promesa incumplida de que contribuirá al mejoramiento de la función pública. Lo anterior no significa que la responsabilidad extracontractual del Estado no pueda tener tal finalidad, sino que es necesario revisar las

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor Investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2019.

causas de tal déficit. Asimismo, las recientes reformas en materia anticorrupción destacan la relevancia de la actuación de los servidores públicos en el mal funcionamiento de la gestión pública. El artículo pretende, a partir de la idea de corrección funcional, comunicar ambas instituciones en la perspectiva de mejorar el desempeño institucional.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, Estado, responsabilidad administrativa, justicia correctiva.

Abstract

More than a decade after its inclusion in the Constitution has been approved, the institution of the non-contractual responsibility of the State has already applied in the Mexican courts. The accumulated experience allows us to appreciate the progress, but also the limitations. Among the latter is the unfulfilled promise that it will contribute to the improvement of the public function. The foregoing does not mean that the non-contractual liability of the State cannot have such purpose, but that it is necessary to review the causes of such deficit. On the other hand, the recent reforms in the area of anti-corruption, highlight the relevance of the performance of public servants in the malfunction of public management. The article aims to communicate both institutions based on the idea of functional correction in order to improve institutional performance.

Keywords: *Patrimonial responsibility, State, administrative responsibility, corrective justice.*

I. Presentación

El sistema mexicano de responsabilidad patrimonial del Estado supone, como condición necesaria, una relación causal entre el daño y una actividad administrativa irregular atribuible a aquél. En tal contexto, es posible que la irregularidad causante del daño provenga de conductas atribuibles a servidores públicos que, a la vez, puedan configurar responsabilidades administrativas. Así, la irregularidad es el motivo que puede desencadenar dos tipos de imputación: una institucional (objetiva y directa) cuya función inmediata es reparadora (justicia conmutativa) y, otra, subjetiva de carácter disciplinario y cuya finalidad es la autoprotección de la organización a efecto de que ésta pueda realizar sus funciones de interés general. No obstante, la función reparadora de la responsabilidad patrimonial no es ajena, ni antagónica al buen funcionamiento de las organizaciones públicas, en sus fines la prevención, la corrección y el control de la función pública también forma parte de su conceptualización. De ahí la relevancia de examinar, a partir de la vinculación entre las actividades irregulares imputables a la organización y las infracciones disciplinarias atribuibles a los servidores públicos, la relación funcional entre las instituciones de la responsabilidad patrimonial y las responsabilidades administrativas.

En esta colaboración se analizará el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado desde una perspectiva de corrección de la función pública.¹ Lo anterior debe considerar, además de la reparación de los daños que se causen con la actividad administrativa irregular, las funciones de prevención, corrección y control que la responsabilidad tiene respecto del funcionamiento de las organizaciones públicas. Para tal efecto, se partirá de la consideración de que la responsabilidad patrimonial enfrenta situaciones de riesgos y daños; consecuentemente, apreciados estos como problemas públicos, la posibilidad de minimizar la probabilidad de riesgos y daños requiere examinar las causas de los mismos y, en su caso, el mejoramiento de la función administrativa. Un mejor desempeño institucional supone menores irregularidades.

Si se toma en cuenta que las irregularidades pueden provenir de causas atribuibles a la organización y causas de tipo personal (atribuibles al agente público) o una combinación de ambas, el análisis de la responsabilidad patrimonial, vinculado a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos es pertinente. Lo anterior resulta pertinente si se considera que, a pesar de tal vinculación, la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad disciplinaria corresponden a normativas diversas, con ámbitos materiales diferenciados y principios propios. El tratamiento por separado tiene el riesgo de fragmentar un mismo objeto (la administración, incluidos sus agentes, y su funcionamiento) e incluso de posibles contradicciones de sentido. La existencia de diversas subdisciplinas administrativas no implica objetos de estudio inconexos, sino apreciación especializada de diversas facetas concernientes a instituciones y funciones públicas cuya finalidad es la garantía del interés general. En la racionalidad subyacente a la responsabilidad patrimonial del Estado está el control del funcionamiento de la administración;² en el caso del derecho disciplinario entendido como la garantía de autoprotección del funcionamiento de la organización, se está ante un referente común: la calidad del desempeño institucional.³ De esta suerte, la coincidencia y, consecuentemente, el tratamiento de la responsabilidad patrimonial y el régimen disciplinario requieren una relación de concordancia o —dicho coloquialmente— de alineación a la funcionalidad de la organización pública del Estado democrático que tiene en el bienestar de la población, el horizonte común.

Así pues, el enfoque correctivo que aquí se adopta tiene como una primera faceta la corrección de los daños causados ilegítimamente (irregularidad de la actuación) y, en una segunda faceta, que el régimen de responsabilidad del Estado debe considerar las

¹ Las apreciaciones de la responsabilidad extracontractual desde perspectivas correctivas no son extrañas a la teoría; para Coleman, por ejemplo, lo correctivo reside en “la protección de la distribución de los bienes de las distorsiones que pudieran surgir a partir de pérdidas y de enriquecimientos injustos”. Las pérdidas injustas, dice Coleman, se padecen debido a una falta o a una conducta injusta llevada a cabo por otra persona; las ganancias injustas, provienen de acciones incorrectas; véase Coleman, Jules, “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, en Rosenkrantz, Carlos, (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Gedisa, 2005, pp. 58-59. En consecuencia, la responsabilidad extracontractual corrige los daños, atribuyéndoselos al responsable y, por otra parte, “demarca” los ámbitos de la conducta injusta, señalando, por ejemplo, los alcances de los deberes de cuidado y el estándar de diligencia.

² Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Montevideo, B de F, 2012, p. 207.

³ Véase prólogo de García de Enterría, Eduardo en Bacigalupo, Enrique, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Madrid, Colex, 1991, p. 5.

condiciones que harían posible el cumplimiento de las funciones de garantizar los bienes públicos y los derechos de las personas.

Esta colaboración tiene el propósito de desarrollar como vertiente de análisis los puntos de confluencia de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y de responsabilidad de los servidores públicos, considerando para tal efecto, principalmente, cuestiones en las que sea relevante la acción u omisión atribuible a los servidores públicos que sea susceptible de considerarse como irregular. En particular, se hará énfasis en los casos de negligencia y omisión.

II. Entre la irregularidad de la actividad y la antijuridicidad del daño

El sistema mexicano de responsabilidad patrimonial del Estado exige que haya actividad administrativa irregular, como condición necesaria, para que el Estado responda “directa y objetivamente” indemnizando los daños que se causen.⁴ El énfasis que, para el objeto de este análisis se hace en la relevancia de la irregularidad de la actividad como condición necesaria es central no solamente para identificar el basamento del régimen constitucional, sino para identificar los posibles sesgos que pueden presentarse —y de hecho se presentan— en la implementación del sistema.

Tales sesgos se presentan cuando al valorar la irregularidad se considera la antijuridicidad del daño. Lo anterior obedece, en buena medida, al fraseo que tienen la ley federal y diversas leyes locales, en el sentido siguiente: “se entenderá por actividad administrativa irregular aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.⁵ Así pues, la significación que el daño antijurídico tiene para la calificación de la irregularidad de la actividad proviene de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad.⁶

La razón de lo anterior obedece al contexto en el que se dio la reforma constitucional. En síntesis, a que siendo propuesto originalmente un modelo como el español de responsabilidad amplia (por actividad normal y anormal), en el proceso de discusión se decidió solamente considerar la responsabilidad indemnizatoria por actividad irregular, descartando la responsabilidad por actividad “normal”.

Abundo en la explicación: un régimen de responsabilidad amplio como el español, en el cual el Estado (las administraciones) responde por la actividad normal y anormal,

⁴ El último párrafo del artículo 109 de la Constitución establece: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa” (texto ubicado anteriormente en el artículo 113, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 27 de mayo de 2015).

⁵ Segundo párrafo del artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

⁶ Esta cuestión se trata con mayor amplitud en Roldán Xopa, José, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa”, en Marín, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Porrúa, 2004, pp. 172 – 183.

tiene su fundamento en la existencia de un daño o perjuicio antijurídico. Esto es, que independientemente de que la actividad sea normal o anormal, regular o irregular, el deber de indemnizar se surte si quien sufre el daño tiene o no el deber jurídico de soportarlo. Lo anterior se basa en la explicación que García de Enterría —a quien se debe la idea seminal y la redacción de Ley de Expropiación española en la que se basó el actual régimen aplicable en ese país— formuló en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*: “...si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar esta? La misma Ley nos da un criterio: la lesión”.⁷

En otros términos, ante la irrelevancia que la calificación de la actividad tiene en España como criterio para establecer la imputación obligacional al Estado, lo relevante es la lesión en el marco de los deberes/derechos del particular. Se trata, dice García de Enterría, de una lesión antijurídica, no de una lesión causada antijurídicamente. “La nota [que] la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente... al dato objetivo del patrimonio dañado”.⁸

A diferencia del régimen de responsabilidad español, el mexicano se finca sobre la irregularidad de la actividad administrativa, por lo que la antijuridicidad proviene de la causa del daño. En tal sentido, el particular no tiene el deber jurídico de soportar el daño, en tanto éste sea causado por una actividad administrativa irregular. La interpretación alternativa, es decir aquella que prescinda de atender a la irregularidad de la actividad administrativa, terminaría por incluir, como en el caso español, tanto a la actividad irregular y regular (normal y anormal); ignorando con ello la decisión expresa del constituyente. Así, en el dictamen que los diputados emitieron a propósito de la reforma constitucional, se expresa:

Por otra parte, los miembros de estas comisiones, después de haber deliberado sobre la pertinencia de establecer un régimen amplio y general de responsabilidad patrimonial del Estado, es decir de incluir como susceptible de responsabilidad del Estado, y por ende de las indemnizaciones respectivas, a toda actividad lesiva de la administración pública que fuese consecuencia del funcionamiento ya sea regular o irregular de la actividad administrativa del Estado, se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias a aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irriega a los particulares en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de sus actividad administrativa regular o normal.⁹

⁷ García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1989, p. 175.

⁸ *Ibidem*, p. 177.

⁹ Cámara de Diputados, Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, 28 de abril de 2000, publicada en la *Gaceta*, año II, núm. 17, 29 de abril de 2000, p. 237.

Así, que la previsión legal establezca que por actividad administrativa irregular se entenderá que es aquella que cause daño sin que el particular tenga la obligación de soportarlo, no releva el análisis de la irregularidad de la actividad. Dicho de manera clara, nuestro orden constitucional no asume como aplicable la teoría del daño o lesión antijurídica.¹⁰

La jurisprudencia de la Suprema Corte precisa tal sentido:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EXCLUYE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGULAR O LÍCITA DE LOS ENTES ESTATALES. De la razón legislativa que dio lugar a la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, se advierte que la intención expresa del Poder Revisor de la Constitución fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su “actividad administrativa irregular”; ahora, si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional. *De ahí que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado excluye los casos donde el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública.*¹¹

Tampoco resulta un argumento fundado considerar que tal definición de lo que se entiende por actividad administrativa irregular se introdujo en la ley con el fin de “conciliar” los conceptos de “irregularidad” con “responsabilidad objetiva”. La razón anterior es injustificada ya que es posible considerar que la responsabilidad objetiva no es incompatible con la presencia de irregularidades o ilicitudes en la actividad del causante del daño, incluyendo las hipótesis de daño en las que esté presente la culpa. En el derecho comparado el régimen francés de responsabilidad por “falta en el servicio” supone irregularidades pero la imputación se desliga de la culpa “subjetiva” y se finca la responsabilidad objetiva de la administración.¹² El concepto tradicional de culpa en el derecho

¹⁰ En sentido contrario véase Castro Estrada, Álvaro, “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorpora la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 8, Ciudad de México, 1999, pp. 15 y 16.

¹¹ Segunda Sala, tesis 2a./J. 99/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, t. 1, 27 de agosto de 2014, p. 297, registro 2008114, amparo directo en revisión 1338/2014. Javier Mendoza Pérez. Cinco votos de los ministros Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Amparo directo en revisión 1195/2014. Roberto Castillo Madrigal. 27 de agosto de 2014. Cinco votos. Tesis de jurisprudencia 99/2014 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 3 de septiembre de 2014.

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 242/2016 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 4 de julio de 2016. Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 8 de diciembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

¹² En la “Introducción” al libro citado de Oriol Mir, García de Enterría refiere que, entre las consideraciones hechas en la

civil o penal se encuentra vinculada a las condiciones del ser humano al que se imputa la responsabilidad; en tal sentido se subjetiviza al tener como referente la concreta determinación de los deberes de cuidado exigibles y, por tanto, las condiciones de la reprochabilidad (considerando si podría haber actuado de otro modo).¹³ La culpa objetiva, en cambio, tiene como referente la infracción de la norma objetiva de cuidado, desplazándola así de las condiciones de la persona. La norma, el derecho objetivo, establece modelos de conducta exigibles a partir de los cuales se establece la reprochabilidad. La falta de servicio francesa se basa en la culpa objetiva. La culpa administrativa “no debe predicarse del concreto agente sino de la Administración como aparato, vinculándola a los principios de imparcialidad, corrección y buena Administración”.¹⁴ La imputación, por eso se da a la persona pública responsable más que a los agentes públicos.¹⁵

Que sea el Estado el que responda por los daños causados por sus agentes, tampoco excluye que la causa sea una actividad o una omisión en la que se configure negligencia o incumplimiento de los deberes de cuidado por los servidores públicos. La omisión o la negligencia en sus agentes constituirían la irregularidad que da origen a la imputación al Estado.

La insistencia en precisar que el régimen constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se funda en la actividad administrativa irregular y no en el daño ilícito permite determinar sus implicaciones. En primer término, la anatomía de la actividad administrativa (considerando sus elementos orgánicos y funcionales); en segundo, la relevancia de la irregularidad (lo que conduce a su configuración normativa, la falla); tercero, la racionalidad de la relación de imputación de indemnización del daño atendiendo a los fines de interés general, de corrección y buena administración.

III. La anatomía de la actividad administrativa, sus elementos orgánicos y funcionales

La especificidad de la responsabilidad patrimonial del Estado requiere considerar no solamente a las peculiaridades de la actividad (acción u omisión), sino al sujeto, es decir, a la organización a la que se le atribuye tal actividad y, consecuentemente, se le imputa la responsabilidad.

Así pues, es el “Estado” el que en último término es el responsable, pero como una organización compleja, se estructura de órganos o unidades normativas dotadas de competencia que son las que en una relación de inmediatez realizan las actividades dañosas.

idea originaria de la institución, solamente podría hablarse de imputación de una responsabilidad objetiva en el caso de riesgo creado por la administración; pero también serían imputables responsabilidades derivadas de actuaciones ilícitas atribuibles al agente, pero asumidas por la administración, en las que está presente la culpa, véase Mir Puigpelat, Oriol, *op. cit.*, p. XXV.

¹³ *Ibidem*, p. 226.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Cassazione núm. 500/1999, citada por Mir, p. 225.

¹⁵ Véase Rivero, J., *Derecho administrativo*, trad. de Allan Brewer *et al.*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

Siendo esto así, son relevantes para precisar analíticamente los siguientes aspectos de la organización: *i)* los elementos competencial y personal del órgano, *ii)* los recursos materiales y económicos asignados; y *iii)* la actividad que origina el daño.

Los tres aspectos anteriores son relevantes para explicar de mejor manera la responsabilidad patrimonial y la consideración de sus efectos preventivos, correctivos o de buena gestión pública o distributiva. Los fines de calidad en los servicios está presente en diversas decisiones de los tribunales: al establecerse en la ley límites máximos a la indemnización, la Primera Sala de la Corte determinó que dicha regla propicia el traslado a los particulares de cargas que debería soportar el Estado, creando con esto un incentivo contrario a la adecuada calidad de los servicios públicos:

El establecimiento de un tope máximo a las indemnizaciones a que puede ser condenado el Estado por daño moral, establecido en la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, no es en sí mismo una garantía contra los reclamos injustificados y las indemnizaciones excesivas —abusos contra los cuales deben actuar suficientemente otras reglas del régimen de responsabilidad— y puede entrar incluso en tensión *con los objetivos destacados por la exposición de motivos de dicha ley: cumplir con un imperativo de justicia, fortalecer el Estado de Derecho, elevar la calidad de los servicios públicos, profundizar o restablecer la confianza que el Estado merece a los gobernados y aumentar la respetabilidad del derecho como instrumento de solución de conflictos*. La exposición de motivos reconduce todos estos fines a dos, derivados del segundo párrafo del artículo 113 constitucional: *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*. Estos fines se logran si la indemnización obedece al principio de reparación integral del daño, en los términos del artículo 12 de la Ley, pues el particular obtiene una compensación *que se corresponde con el daño resentido y el Estado interioriza los costos de su actuación irregular*. Ambos resultados favorecen los objetivos generales relacionados con la justicia y el mejoramiento de los servicios públicos. Sin embargo, si el cálculo del monto está disciplinado no sólo por la entidad del daño y el grado de responsabilidad del sujeto que lo causa (en los términos del artículo 1916 del Código Civil Federal), sino también por el tope monetario máximo establecido en la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *habrá daños desiguales que serán tratados de la misma manera*. En esta categoría de casos, los particulares deberán asumir el costo que supere el tope máximo, lo cual no sólo impedirá la reparación integral de la violación sufrida en sus derechos, sino que le permitirá al Estado no asumir parte de las consecuencias de los daños que causa, dejándolo sin los incentivos necesarios para adoptar medidas que eliminen o aminoren la mala calidad de los servicios públicos.¹⁶

¹⁶ “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA FIJACIÓN DE UN TOPE MÁXIMO PARA LOS MONTOS INDEMNIZATORIOS POR DAÑO MORAL, AL OCASIONAR QUE EN CIERTOS CASOS SEAN LOS PARTICULARES QUIENES ASUMAN LOS COSTOS Y RIESGOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD ESTATAL, CONTRAVIENE LOS OBJETIVOS GENERALES DE LA LEY FEDERAL RELATIVA Y CREA INCENTIVOS

Así la responsabilidad patrimonial del Estado se constituye a partir de que incorpora en su objetivo y fines la calidad en la prestación de los servicios públicos. Compensar, prevenir, mejorar los servicios y demarcar los linderos de la regularidad/irregularidad de las actividades son las funciones. Una clara expresión de lo anterior se encuentra en el siguiente criterio del Cuarto Tribunal Colegiado:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la responsabilidad del Estado por los daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular; esto es, aquella que por acción u omisión incumpla con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio, por lo que en este supuesto el particular podrá demandar la indemnización directamente al Estado (responsabilidad directa), pues lo que determina la obligación y responsabilidad derivada es la realización objetiva del hecho dañoso, imputable al Estado, y no la motivación subjetiva del agente de la administración. Así, la razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que *la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente administración pública*, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la administración pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service* —funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia—. *Bajo estas premisas, la responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse sistemáticamente dentro del orden jurídico, siendo que sus funciones y fines son principalmente cuatro, a saber: i) compensación de daños; ii) crear incentivos tendentes a la prevención de daños y accidentes; iii) control del buen funcionamiento de la acción administrativa; y, iv) demarcación de las conductas administrativas libres de la responsabilidad civil.*¹⁷

CONTRARIOS AL MANTENIMIENTO DE LA ADECUADA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS”, Tesis aislada 1a. CLVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xxx, septiembre de 2009, p. 456. Registro 166300, Primera Sala, Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

¹⁷ Tesis I.4o.A.35 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro xviii, t. 3, marzo de 2013, p. 2077. Registro 2003143, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguete Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

Nota: Por ejecutoria del 24 de septiembre de 2014, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 71/2014 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que uno de los criterios en contradicción no ha causado ejecutoria.

Asumiendo lo anterior, se requiere examinar las bases sobre las que se finca la función pública y su buen funcionamiento.

En primer término, los órganos públicos se constituyen jurídicamente a partir de las competencias y los deberes que la norma establece. Es decir, les corresponde actuar en el marco de los apoderamientos, facultamientos, capacidades jurídicas, deberes u obligaciones, sea como autoridad, como prestador de servicios públicos prestacionales o como empresario público. Tal ámbito de actuación atribuida al órgano como abstracción formal, pero al cual se le imputa jurídicamente la obligación de indemnizar, tiene en sus elementos humanos o materiales la concreción de actuaciones o hechos que configuran las causas que activan la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, una mala práctica de un médico de una clínica de salud de alguna institución de seguridad social es la actividad humana motivo de la responsabilidad patrimonial de tal Instituto; las lesiones a una persona por tortura de la policía son la causa de responsabilidad de la corporación correspondiente a la seguridad pública. Los servidores son los autores del daño el cual se imputa a los entes públicos que deben responder indemnizándolos; la responsabilidad se objetiviza, pero se origina subjetivamente (la culpa puede estar presente).

Se está, por tanto, ante una situación en la que existe una correspondencia directa entre las actividades atribuibles al órgano y la forma en que sus componentes humanos actúan (acciones u omisiones). No se trata de un tipo de relación jurídica por la cual el Estado responda por actos de un tercero, sino por actos de sus agentes (servidores públicos), por lo que existe entre el agente y el Estado una identidad orgánica en tanto aquel ocupa un cargo o rol. También es posible que la responsabilidad pueda derivarse de actos de terceros sin vinculación orgánica, por ejemplo, de concesionarios o de particulares respecto de los cuales se tienen deberes de vigilancia o de verificación; sin embargo, aun en tales supuestos es posible ubicar funciones públicas vinculadas directa o indirectamente a agentes públicos.

El servidor público puede ocupar diversas posiciones en la organización pública, por ejemplo, ser titular de un órgano público dotado de competencias (subsecretario, director general) o de unidades administrativas de apoyo (jefe de unidad departamental, o de apoyo, asesor, trabajador de base). En cualquier caso, los servidores públicos desempeñan un rol o función que activa un tipo de responsabilidad específica: la responsabilidad por el cargo o el rol. Esta es una diferencia específica de las responsabilidades personales en estricto sentido con las responsabilidades de los servidores públicos. En el derecho disciplinario, las responsabilidades de los servidores públicos son responsabilidades que atienden al rol o el cargo.¹⁸

Al respecto, Hart señala:

...siempre que una persona ocupa una plaza específica o un oficio específico en una organización social, a la que se le asocian deberes específicos para resolver sobre el bienestar, o para hacer progresar, en determinada manera específica, los objetivos y

¹⁸ Este concepto es desarrollado por Pablo Larrañaga a partir de la idea de Hart, véase Larrañaga, Pablo, "Responsabilidad de rol y directrices", *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 559-577.

propósitos de la organización, resulta adecuado decir que es responsable del cumplimiento de esas funciones y de hacer lo que sea necesario para llevarlas a cabo.¹⁹

El lugar o puesto que ocupa la persona corresponde, en el caso de los titulares de un órgano, al cargo (sea unitario o colegiado); o bien a su calidad de servidor público. En el primer caso, el rol se determina por la competencia que la norma correspondiente asigna al órgano, así como los deberes u obligaciones del servidor público; en el segundo, la calidad de servidor público configura el rol al considerar las tareas posibles o los deberes u obligaciones genéricas del agente público.

La función de los órganos públicos y la responsabilidad por el rol están relacionados con la consecución de objetivos.²⁰ Tales objetivos están determinados por el propio concepto de responsabilidad en su sentido prospectivo que, en palabras de Isabel Lifante, son funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado definidas por su conexión con fines o estados de cosas considerados valiosos que justifican comportamientos de cuidado y atención: “Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda de bienestar, las metas o propósitos de la institución”.²¹

El buen funcionamiento institucional asociado al concepto de responsabilidad prospectiva, tiene también fundamento en el derecho positivo. Los principios constitucionales aplicables a los servidores públicos (honestidad, eficiencia, legalidad),²² los correspondientes a la buena administración de los recursos públicos.²³ Entendidos como directrices o principios, se está ante mandatos de optimización. La responsabilidad por rol tiene que optimizar el desempeño del servidor en el servicio público. Desde la perspectiva de los derechos, también se localizan referentes al desempeño y calidad, sea en las condiciones de cada derecho (educación de calidad, agua accesible asequible, saludable, suficiente, aceptable; vivienda digna y decorosa, etcétera), así como en sus condiciones generales (progresividad/no regresividad).

A la definición del mandato o función asignada al órgano público y el rol del servidor público se acompaña, por una parte, de la definición de las características y funciones del servidor público en la estructura de la organización pública, y, por la otra, de las relaciones que —atendiendo a la posición— se da entre los órganos y sus titulares en la relación de jerarquía.

¹⁹ Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 212. La traducción corresponde a Jacobo Barja y León García en la versión española *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 201.

²⁰ Larrañaga, P., *op. cit.*, p. 560.

²¹ Lifante Vidal, Isabel, “Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017, p. 122.

²² El Artículo 109, fracción III, señala: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honestidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

²³ Artículo 134: “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honestidad para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”.

Respecto al primer aspecto, el mandato al órgano implica un perfil del servidor público, sea explícito (perfil del cargo) o implícito (la aceptación por quien lo ocupa implica su conformidad y compromiso de que cuenta con las capacidades para desempeñarlo en las condiciones de la normativa); y quien lo nombra asume una responsabilidad en el nombramiento. El perfil del cargo y el servicio profesional de carrera se conciben como medios para procurar que, en la selección de los servidores públicos, la capacidad y el mérito sean decisivos. En los casos de libre selección, la adecuación de la persona que ocupa el cargo se confía a quien tiene la competencia para designarlo y, por lo mismo, se le responsabiliza. La responsabilidad en la designación (culpa *in eligendo*) y en la vigilancia (culpa *in vigilando*) son las consecuencias naturales de la organización pública estructurada jerárquicamente y a la que, como unidad, se le confía la buena gestión de los bienes públicos.

La estructura normativa, orgánica y de la función pública descritas, muestra la “alienación” existente entre el mandato de la organización y el rol o posición del servidor público. La estructura jerarquizada, y apreciada funcionalmente, “en engranaje” ubica al servidor público en la lógica de la eficacia y efectividad del servicio público. La función administrativa se realiza mediante procedimientos de formación de la decisión o de prestación de servicios a los que concurren diversas unidades administrativas (y servidores públicos) cada una de las cuales tiene el control de un tramo del proceso. Recurriendo a la afortunada metáfora empleada por Gargarella,²⁴ en la “Sala de máquinas” del Estado, los servidores públicos y las unidades administrativas a las que corresponden como elementos humanos son componentes de un engranaje que, en conjunto, debe garantizar buenos derechos, buenos servicios públicos, esto es, una buena administración.

Ahora bien, si la responsabilidad patrimonial de la Administración se actualiza cuando la irregularidad en su actividad causa daños en los particulares, es probable que tenga relación directa o indirecta con acciones u omisiones de servidores públicos. Las acciones u omisiones de los servidores públicos pueden, a la vez, ser causa de responsabilidad administrativa. Tanto la responsabilidad patrimonial del Estado, como la responsabilidad de los servidores públicos son tipos de responsabilidad retrospectiva, la cual en palabras de Isabel Lifante se emplea para: “...identificar o individualizar al sujeto al que se le van a atribuir ciertas consecuencias normativas que el sistema de referencia establece como reacción a la producción de cierto estado de cosas”.²⁵

Es en la responsabilidad retrospectiva en la que se distinguen los distintos planos en los que el sujeto de imputación es la organización (el Estado como responsable) y, en uno distinto, lo es el servidor público (el derecho disciplinario). Tal diversidad de regímenes de responsabilidad presenta puntos de conexión; por ejemplo, la posibilidad de repetir contra el servidor público cuando la obligación del Estado para indemnizar tenga

²⁴ Para Roberto Gargarella, el constitucionalismo latinoamericano ha puesto mayor atención a los derechos que a la organización del poder; al tener cerrada la “sala de máquinas”, una parte de la Constitución “comienza a trabajar contra el éxito de la segunda”, véase Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz editores, 2014, p. 7.

²⁵ Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 108.

como causa una falta grave de aquel, o bien, que la sanción en caso de responsabilidad de servidor público considere los daños que haya causado al Estado.

No obstante, la disociación de regímenes requiere distinguir cuestiones tales como que la actuación irregular del Estado no implica necesariamente la configuración de faltas del servidor público; o bien, que la responsabilidad patrimonial del Estado es “directa y objetiva” y la responsabilidad del servidor público es subjetiva. La diversidad de regímenes de responsabilidad trae consigo también diferentes principios procesales (asociados al derecho civil en responsabilidad patrimonial, o bien al derecho penal en responsabilidad de servidores), diferencias de regulación en presunción de culpa y presunción de inocencia, en carga de la prueba y en estándares probatorios, para señalar algunos.

Atendiendo a la perspectiva de esta colaboración (las funciones preventiva y correctiva para la buena gestión pública) se examinarán algunos aspectos que se consideren relevantes para tales propósitos.

IV. Responsabilidad patrimonial y función pública

Para ilustrar la cuestión me apoyaré en el siguiente caso:

El ciudadano francés Paul Henri Giménez demandó al Estado mexicano (Secretaría de Gobernación y Secretaría de Comunicaciones y Transportes) por los daños causados por el impacto en tierra del avión, propiedad de la Secretaría de Gobernación, que transportaba a su titular, Juan Camilo Mouriño. El entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa determinó la responsabilidad considerando, entre otras cuestiones, que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes omitió “cumplir con las atribuciones a su cargo, relativas a la supervisión de los adiestramientos y capacitación recibidos por los pilotos de la aeronave”,²⁶ pues se encontraron deficiencias e irregularidades en los expedientes de la tripulación relacionados con los entrenamientos obligatorios para la obtención de sus certificados de capacidad para operar aviones como el tripulado. La finalidad de la supervisión a cargo de la Administración es “garantizar el transporte seguro y eficiente de personas y bienes en el espacio aéreo mexicano”, lo que en el caso no se realizó. La carencia del entrenamiento adecuado se estimó como una de las causas que contribuyeron a la desaceleración de la aeronave al realizar la maniobra del aterrizaje y a la falta de familiaridad con los sistemas de navegación.²⁷

²⁶ Véase al respecto expediente juicio: 7002/11-17-01-1/1154/13-PL-08-04, p. 297-298, disponible en: http://sentencias.tfjfa.gob.mx:8080/SICSEJLDOC/faces/content/public/consultasentencia.xhtml;jsessionid=DyfShSdhoBzXASEt9tzAK97O-HBFuu6G6GcFHJF3Qd3x_DCPKdh4!11270312885.

²⁷ La sentencia libera a la Secretaría de Gobernación con argumento débil. Esto debido a que, por una parte, valora como causa de responsabilidad las deficiencias halladas en la capacitación de los pilotos y considera que la SCT es responsable por omisiones en la vigilancia (culpa *in vigilando*); pero, por otra, libera a Gobernación que los contrató directamente y la cual tenía el deber de verificar que cumplían los requisitos de capacitación (culpa *in eligendo*).

La sentencia aprecia entre las causas de la responsabilidad a irregularidades que afectaron la capacidad de los pilotos para desempeñar adecuadamente su función. Lo anterior, teniendo como referentes las condiciones de capacitación y experiencia en la operación de aeronaves similares. Tal cuestión, apreciada en perspectiva, conduce a la posibilidad de valorar la relevancia de la adecuación del servidor público al perfil o rol del cargo.²⁸

El perfil o rol del cargo tiene relación directa con la competencia y fines de la organización, así como los deberes y el desempeño esperado. En tal medida, determina el estándar de la responsabilidad y de la culpa objetivada en tanto liga al ser humano que acepta ocupar un cargo y, por tanto, asume los deberes y las responsabilidades del rol. Al ser humano le son exigibles los deberes y estándares de diligencia por razón del cargo. De esta suerte sí, por ejemplo, para ocupar el cargo “x” se requiere contar con título profesional de “y” y “z” años de experiencia, y la persona que ocupa tal cargo no los reúne, o bien, tiene alguna dispensa para ser designado sin reunirlos, en principio, no tiene el efecto de relevarlo del estándar de desempeño y de diligencia exigibles al cargo. Es la persona la que debe adaptarse al cargo y no el cargo a la persona.

La aceptación/designación en el cargo de quien carece de las características requeridas para ocuparlo tiene relevancia jurídica en la determinación de responsabilidades por actividad irregular, pues, como en el caso descrito al inicio de este apartado, las deficiencias en la preparación, experiencia, méritos, pueden ser la causa de daños sea directa o aumentando el riesgo. Así mismo, tratándose de responsabilidad de servidores públicos, ésta igualmente es exigible considerando los estándares propios del cargo, independientemente de las circunstancias personales.

Lo anterior, es consecuencia natural de la función de garante exigible al Estado. La procuración de bienes públicos, la garantía de los derechos es exigible a la organización pública sólo bajo el supuesto de que sus órganos funcionan adecuadamente y de que hace el mejor uso de sus recursos disponibles. De esta suerte, la exigibilidad de comportamientos a los servidores públicos que correspondan a su rol supone que estos cuentan con las capacidades requeridas para ocupar el cargo. Al Estado le es exigible, por conducto de sus agentes, el cumplimiento de sus deberes de cuidado y diligencia, en tanto estándares de desempeño derivados de los derechos y principios que configuran su actuación (mandatos de optimización).²⁹

El entendimiento descrito explica la relación jurídica que se establece entre los servidores públicos, el Estado y los gobernados en el Estado democrático. La interpretación más usual considera que la relación jurídica que vincula al servidor público con el Estado es de “derecho público” que, por su generalidad, tiene una capacidad explicativa limitada. Tratándose de servidores públicos de elección, el mandato —afirma Atria— es

²⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en diversas sentencias la relevancia que para garantizar los derechos de las personas (investigación penal), el personal del Estado sea “idóneo y capacitado” (Fernández Ortega vs. México, 2010, párrafo 194; Rosendo Cantú vs. México, 2010, párrafo 178.

²⁹ Al respecto existe una amplia literatura que conceptualiza a los derechos humanos y a las normas de fin con mandatos de optimización. Por todos Alexy, Robert, 2008, pp. 63-146.

el concepto que explica de mejor manera la posición que se deriva de la elección ciudadana que encomienda la fiducia. Se encarga temporalmente la gestión de bienes públicos para los fines del interés general. Es un mandato de fin propicio para razonamientos e interpretaciones consecuencialistas. En los servidores públicos no electos pero designados por aquellos, se verifica una relación comisarial en la que, de igual manera, se encarga la gestión de bienes públicos.³⁰

La responsabilidad del servidor público y, en general del político, está vertebrada sobre una racionalidad que corresponde al término acuñado por Weber: la ética de la responsabilidad, esto es, el deber de tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción.³¹ El rol asignado al servidor público está predeterminado por una función pública asociada a estados de cosas como fines. El entorno institucional tiene también tal finalidad: las normas de fin, los derechos humanos de las personas; el presupuesto por resultados; la función de los indicadores para la evaluación de los programas, principalmente.

La estructura de la organización pública, en particular de aquella que atiende funciones administrativas, es jerarquizada, compuesta por unidades con funciones especializadas derivadas de la división de un trabajo que tienen a su cargo procesos. Así pues, las Administraciones tienen por sus propios cometidos constitucionales y legales de conducción y gestión un funcionariado que en sus rangos superiores es designado libremente y en los rangos inferiores los perfiles son técnicos y, es posible, que el reclutamiento y desarrollo esté sujeto al servicio profesional de carrera.

La organización jerárquica hace posible la cadena de mando y control. La instrucción puede transmitirse desde los mandos superiores hasta el extremo de su ejecución. Lo anterior, posibilita la exigibilidad de la responsabilidad política y de rendición de cuentas de los titulares de las dependencias y entidades ante los órganos congresionales; tal relación se despliega además en los poderes de nombramiento de ciertos cargos y de la vigilancia y control de la estructura. De lo anterior se desprenden diversas relaciones jurídicas orgánicas y subjetivas.

Por una parte, las relaciones funcionales propias de la estructura pública integrada por órganos controlando tramos en procesos administrativos de complejidad variable e integradas por elementos personales y materiales; por otra, los elementos personales tienen una posición subordinada a la funcionalidad de la organización conocida como relación de sujeción especial, esto es, su situación de derechos se adecua a las condiciones de efectividad requeridas por los propósitos de interés general de aquella.³² En

³⁰ Véase al respecto de Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 196: "...la principal dimensión que está siempre presente en la idea de que el presidente de la República recibe del pueblo un mandato es negativa, no positiva. Implica que, al gobernar, el presidente no está gestionando sus asuntos, sino asuntos ajenos (del pueblo). Por consiguiente, el estándar al que se somete es el estándar fiduciario del que actúa a nombre y por cuenta de otro".

³¹ Véase Weber, Max, *La política como vocación*, Múnich, 1919, disponible en: <http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/poll.pdf>. La ética de la responsabilidad se distingue de la ética de la convicción en la cual quien realiza las conductas "no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o a la voluntad de Dios que los hizo así", p. 23.

³² El concepto de relación de sujeción especial ha sido recogido en la interpretación jurisprudencial siguiente: tesis I.4o.A.165 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 67, t. VI, junio de 2019, p. 5351, "RES-

tal posición se activan los deberes que tienen los servidores públicos atendiendo a su jerarquía y función.

Una primera responsabilidad se encuentra en la designación o nombramiento de los servidores públicos en el cargo. La obligación a cargo de quien designa, vigila y es nombrado o designado consiste en satisfacer los requerimientos y condiciones del perfil del cargo. La correspondencia entre el perfil del cargo y el cumplimiento personal de tales requerimientos y condiciones, satisfacen las condiciones de regularidad y de aptitud para el desempeño y garantía del interés general. El incumplimiento de tales condiciones lleva a una situación en la que quien es designado acepta el nombramiento a sabiendas de que carece de los requisitos y condiciones y, por tanto, se beneficia indebidamente. Por otra parte, quien designa o debe vigilar la designación otorga un beneficio indebido en perjuicio del interés general. La consecuencia de lo anterior puede ser, una probable responsabilidad de los servidores públicos, así como una condición deficiente en el servicio público relevante para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el caso de que haya una relación de causalidad con posibles daños. La deficiencia en el cumplimiento del perfil aumenta la probabilidad de actuaciones irregulares y aumenta el riesgo en la función pública.

Es posible, que en los ordenamientos que regulan la organización pública se prevean casos de dispensa de requisitos para que personas que no cumplan el perfil ocupen

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. SE ACTUALIZA POR CONDUCTAS QUE, SIN AFECTAR LA DEBIDA PRESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, VIOLAN LOS PRINCIPIOS Y DISCIPLINA APLICABLES A AQUELLOS Y SE TRADUZCAN EN UN ABUSO O EJERCICIO INDEBIDO DEL CARGO PARA OBTENER BENEFICIOS QUE SÓLO CON ESE CARÁCTER SE LOGRARÍAN. El artículo 109, fracción III, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten los valores esenciales en sus relaciones orgánicas con la administración, determinando la aplicación de principios como los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones; dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados. Así, tanto el servicio público, que incluye satisfacer intereses públicos fundamentales a través de la función pública encomendada, como las relaciones de organización entre la administración y sus servidores públicos, deben regirse por los aludidos principios. Tomando como base lo anterior, no sólo aquellas conductas inherentes o directamente vinculadas con las atribuciones u obligaciones ejercidas en virtud del cargo o empleo desempeñado y que afecten de manera directa e inmediata el funcionamiento del servicio público son reprochables, sino también las inherentes a la buena marcha de la administración, que no son la esencia del servicio respectivo, pero que guardan un vínculo sistémico e instrumental, directo o inmediato, con las funciones ejercidas, en el entendido de que la disciplina es un principio organizativo de carácter esencial y de naturaleza estructural, que se manifiesta o expresa como un conjunto de relaciones de sujeción especial que se dan entre la administración y sus servidores, lo cual implica una vertiente institucional, pero también un conjunto de reglas que definen pautas de conducta interna de sus miembros, siendo su objetivo consolidar una organización jerárquica y eficaz que la Constitución Federal encomienda a la administración a través de la eficiente función pública que satisfaga el interés general. En este contexto, el derecho disciplinario y el régimen de responsabilidades se extienden a una serie de relaciones de sujeción especial, incluso de carácter instrumental, para facilitar la consecución de objetivos, incluyendo todo lo conducente y correlacionado a la obtención de fines institucionales, que, si bien no afectan directamente la función pública encomendada, si derivan en responsabilidad disciplinaria. Por tanto, no únicamente las conductas que en el ejercicio de las funciones encomendadas afectan la debida prestación de la actividad administrativa actualizan una responsabilidad administrativa de los servidores públicos, sino también aquellas que, sin estar directamente vinculadas con el servicio público, afecten a la organización, al violar los principios y disciplina aplicables a aquéllos y se traduzcan en un abuso o ejercicio indebido del cargo para obtener beneficios que sólo con ese carácter se lograrían". Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Revisión administrativa (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo) 81/2019. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, encargado de la defensa jurídica del titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en la Secretaría de Cultura. 2 de mayo de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tren Petit. Secretario: Marco Antonio Pérez Meza. Esta tesis se publicó el viernes 7 de junio de 2019 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

cargos públicos. Reglas de este tipo, caen en la excepcionalidad y deben tratarse como tales, esto es, la excepción implica un mayor grado de exigencia para quienes se involucran en la situación. La excepcionalidad requiere, por ejemplo, de una especial justificación y de motivación reforzada, condiciones de temporalidad, incrementa la exigencia de vigilancia y vincula en mayor medida a quien designa que a la vez se responsabiliza del desempeño del designado (*in eligendo e in vigilando*). No debe perderse de vista que la excepcionalidad es corrosiva para el interés general. Hay un costo de oportunidad público: la comunidad pierde la posibilidad de tener un administrador público capacitado.

La especial consideración del riesgo atendiendo al déficit de profesionalidad del agente público, lleva a considerar su valoración en la causalidad. Ésta es una relación entre el daño provocado y el hecho por el cual se responde.³³ Lo relevante para el estudio radica en la imputación normativa exigible al Estado por las consecuencias dañosas relacionadas con el riesgo del déficit de la profesionalidad. Que haya una relación necesaria y directa es un punto de partida para determinar la causalidad. El razonamiento central que subyace a la relevancia de tener o no servidores públicos que satisfagan el perfil: ¿existiría el evento dañoso si el servidor público fuere profesionalizado?³⁴ En supuestos en los que haya una pluralidad de causas, la presencia del déficit en el agente público, aumenta la probabilidad de que el daño sea atribuible al Estado al incrementar el riesgo. Se justifica aceptar la causalidad atendiendo a la probabilidad de manera que quien provoca el riesgo tenga incentivos proporcionales para evitarlos.³⁵

La consideración del escenario de riesgos tratándose de responsabilidad patrimonial del Estado puede conducir a escenarios de tragedia de los comunes si se descuida la arquitectura de incentivos. La posible condena al Estado, sin que haya implicaciones a los servidores públicos puede llevar a estos a desentenderse de los efectos de los riesgos creados por ellos al no resentir sus consecuencias. Una alternativa para evitarlo es el ejercicio de la repetición del Estado contra ellos, siempre que se considere que el déficit de profesionalización implica la creación de un riesgo significativo atribuible al propio funcionario que acepta el nombramiento como a quien lo nombra (culpa *in eligendo*) y a quien lo vigila (culpa *in vigilando*). El riesgo no solamente lo crea quien ejerce el cargo sino también quien lo nombra y quien lo vigila deficientemente. La discrecionalidad en el nombramiento aumenta el riesgo mientras que lo disminuye el nombramiento realizado bajo un servicio profesional.

El énfasis colocado en el riesgo que se crea en la situación descrita, conduce a profundizar en relación de causalidad, sin que ello implique desplazar otros criterios útiles para su determinación, tales como los de la causa adecuada, eficiente o próxima; o bien,

³³ Cfr: Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 373.

³⁴ Esta idea es desarrollada extensamente en la literatura especializada al tratar la “doctrina de la equivalencia de las condiciones”. Dice Barros Bourie al respecto: “Un buen método para determinar si un hecho es condición necesaria del daño consiste en intentar su supresión hipotética: si eliminado mentalmente el hecho, el daño no se habría producido, tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida”, *ibidem*, p. 377. En el caso citado de Paul Henri Giménez la formulación puede ser: ¿el jet se habría estrellado si los pilotos hubiesen tenido las capacidades adecuadas para tripularlo?

³⁵ Barros Bourie, Enrique, *op. cit.*, p. 38.

la imputación del daño atendiendo al fin de la norma.³⁶ Tratándose del fin de la norma, la regla de conducta debe prever deberes de cuidado que sean transgredidos, la imputación de responsabilidad garantiza los fines preventivos; la regla de cuidado está prevista *ex ante*. En el derecho administrativo, los fines preventivos y de cuidado tienen un amplio campo en la regulación de funciones o deberes públicos. En la prestación de servicios públicos de educación, salud, personas en situación de vulnerabilidad, los deberes y obligaciones de los servidores públicos, las funciones de verificación y vigilancia, es posible que los entes públicos se encuentren en posición de garantes. La presencia de culpa infraccional no basta para imputar el deber de indemnizar, se requiere la relación de causalidad con el daño.³⁷ La culpa infraccional sola podría ser motivo de una responsabilidad administrativa del servidor público. El criterio de imputación atendiendo al fin de la norma requiere pues de una “conexión de ilicitud” entre una regla de conducta y el daño que la regla persigue prevenir.³⁸

El riesgo negligente también puede estar presente en el funcionamiento deficiente de los servicios públicos. Barros Bourie expone como un ejemplo de esto el caso de un tren que no ha parado en la estación en que debía bajarse un pasajero: al bajarse en la siguiente estación y luego atravesar un camino despoblado en el que es asaltado, la consecuencia pertenece al riesgo creado por la negligencia.³⁹ En el ejemplo, la explicación de la causalidad atendiendo al riesgo es compatible con el de la causa adecuada, dice Barros, pero también es posible que otros criterios pudieran ser pertinentes atendiendo a la especificidad del caso. Los tribunales federales han empleado el criterio de causa adecuada, eficiente y próxima en diversas ocasiones.⁴⁰

³⁶ El criterio de causa próxima atiende a que entre el daño y el hecho culpable haya una “razonable proximidad” y no remota; el criterio de la causa adecuada: “la adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos para producir las consecuencias dañosas”.

³⁷ Barros Bourie, Enrique, *op. cit.*, p. 389.

³⁸ *Ibidem*, p. 384. Una apreciación crítica del concepto de culpa infraccional puede apreciarse en Bassi Díaz, Francisco, “Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno”, Revista de estudios sobre la justicia, Santiago de Chile, núm. 27, 2017, pp. 37-59, disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47960/50533>.

³⁹ Barros Bourie, Enrique, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁰ Tesis I.4o.A.37 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2075, “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, NOCIÓN DE NEXO CAUSAL PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL PAGO INDEMNIZATORIO CORRESPONDIENTE. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, uno de los elementos para la procedencia del pago indemnizatorio correspondiente lo es la demostración del nexo causal entre la lesión producida y la actividad administrativa irregular desplegada, pues tanto a nivel doctrinario como legal —específicamente en el artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado— se exige la demostración de tal aspecto. En este contexto, el nexo causal 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. Es así que el concepto de relación causal resulta relevante e indispensable para verificar si se configura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, 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; en otras palabras, poder anticipar o prever si a partir de ciertos actos u omisiones se da la concurrencia del daño era de esperarse en la esfera normal del curso de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de forma que sólo en el primer caso, si el resultado corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta y se encuentra en relación causal con ella, sirve de fundamento al deber de indemnizar, aunado a que debe existir una adecuación entre acto y evento, a lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así, alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, lo cual excluye tanto a los actos indiferentes como a los

V. Los deberes de cuidado y de diligencia

Sin perjuicio de considerar que la responsabilidad patrimonial puede provenir de actos ilegales o arbitrarios, esta colaboración se detendrá en los deberes de cuidado y de diligencia como posibles causas de responsabilidad patrimonial. La posición de garante que constitucionalmente se asigna al Estado se expresa en el terreno de la política pública como un mandato de optimización (debe llegarse a un estado de cosas estimado como valioso): educación de excelencia, salud de las personas, medio ambiente sano y equilibrado, mercados eficientes, etcétera. Por otra parte, en la afectación de los derechos de las personas y en la asignación de cargas, existen deberes específicos tales como los de no regresividad de los derechos, trato no discriminatorio y prohibición de afectación de la dignidad de las personas,⁴¹ proporcionalidad y equidad en las contribuciones públicas. Conforme a los anteriores referentes atribuibles al Estado y a su actividad, los servidores públicos están sujetos a deberes, obligaciones, directrices, principios, que construyen la forma de actuación como expresión de la acción humana que realiza los cometidos del Estado. En cuanto al estándar de diligencia o cuidado que el servidor público debe procurar en el ejercicio de su rol y le es exigible, a diferencia del comportamiento esperable de cualquier persona, las condiciones de las actividades asociadas al cargo. La presencia y alcances de los deberes de cuidado o el estándar de diligencia dependen del tipo de actividad administrativa y su contexto.

La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad irregular tiene, como se ha afirmado, una función demarcatoria de las actividades (y, por ende, conductas de los servidores públicos) que, al causar un daño, debe ser indemnizado. Por el contrario, una actividad regular, aun cuando cause daño, no es indemnizable, al menos no por esta razón. Entre otras condiciones, la diferencia entre una actividad irregular de otra regular puede depender de la actuación en el marco de los deberes actuación, de cuidado y de diligencia de los servidores públicos.

Tal regularidad puede tener, dependiendo del ámbito de la actuación pública de que se trate (salud, medio ambiente, educación) sus propios referentes en los protocolos, normas técnicas, estándares de la profesión, etcétera. En el derecho administrativo las anteriores son formas para relacionar el riesgo con las conductas requeridas para mitigarlo, gestionarlo, o incluso, evitarlo, lo cual regula el estándar de diligencia y los deberes de cuidado requeridos. Sin embargo, ante la inevitabilidad del riesgo y la impo-

inadecuados o no idóneos, así como a los absolutamente extraordinarios”. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguete Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

⁴¹ En la sentencia Talía González vs. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera como uno de los elementos para condenar al Estado el siguiente: “Otro aspecto de calidad en la asistencia sanitaria es reflejado en declaraciones consistentes de Talía, su madre y su hermano en el sentido que en el marco del sistema público de salud, específicamente en el hospital de Cuenca, la presunta víctima fue estigmatizada y tratada inapropiadamente en varias oportunidades por parte del personal de dicho hospital. En las declaraciones se alude a diversos problemas de confianza, calidad y calidez. Talía declaró que la atención la recibe en la provincia de Cañar y no en la provincia de Azuay, que es donde reside con su familia, porque ha sido maltratada por parte del responsable del programa de VIH de Cuenca. El médico que atiende en Cuenca, según la declaración de Talía “no sabe dar un trato de confianza, calidad y calidez, propio de un servidor público” (párrafo 204).

sibilidad de predeterminar referentes objetivos de la conducta debida, la calificación de diligencia y cuidado se da en un contexto de mayor incertidumbre.

Al respecto el criterio que el juez Hand en *United vs. Caroll Towing Corp* (1947) caracterizó la noción de culpa: “debe entenderse que quien contribuye al accidente es negligente sólo si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir el accidente hubiera sido menor que el costo del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia”.⁴² En el caso de responsabilidad patrimonial del Estado, la posible aplicación del criterio de Hand tendría que considerar las peculiaridades de la función pública (interés general, disposición presupuestal, recursos técnicos y humanos). La posibilidad de aplicar tal criterio sería relevante para demarcar los alcances de la diligencia debida.

La responsabilidad puede también activarse en aquellos casos en los que el tratamiento a las personas sea desigual. Lo anterior abre la posibilidad de considerar la responsabilidad por inequidad en las cargas públicas o bien por tratamiento discriminatorio. La idea de que quienes reciben un beneficio, deben soportar sus costos dispersando las pérdidas, tiene un efecto distributivo.⁴³ El Estado democrático se legitima en tanto sus beneficios sean generales sin causar, en contrapartida, inequidad. La equidad de trato evita la inequidad en las cargas públicas o bien efectos discriminatorios hacia las personas. Dados los anteriores referentes, el trato inequitativo o discriminatorio, se configuraría como una actividad irregular.

La responsabilidad patrimonial al fondearse con recursos públicos, dispersa las pérdidas de los dañados entre los contribuyentes, o, dicho de otra forma, dispersa las cargas públicas. Por tanto, justifica responsabilizar al Estado por actuaciones de quienes administran y gestionan lo público. Tal responsabilidad puede generarse también cuando los concesionarios de servicios o bienes públicos actúen imperativamente por regulaciones que establezcan cargas desiguales o tratos discriminatorios.

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, la irregularidad y el deber de indemnizar tiene que considerar en su determinación, por una parte, los derechos de las personas a ser indemnizadas y, por la otra, la racionalidad de la institución atendiendo al interés general. Los linderos entre ambos extremos no siempre son definidos claramente y su alcance puede derivarse de una mutua tensión.

La persona es titular de sus derechos de propiedad, a la vida, al acceso a la salud, al plan de vida, a la dignidad; por otra parte, el Estado en sus deberes de garantizar derechos tiene la obligación de actuar regularmente, lo cual comprende que sus agentes actúen diligentemente y con el cuidado debido, así como que se provea de recursos en condiciones de eficiencia y oportunidad, con el máximo uso de los recursos presupuestales, en condiciones de progresividad y de prohibición de regresión.⁴⁴ De acuerdo con

⁴² Rosenkrantz, Carlos F., “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del derecho y la economía se encuentran”, *Introducción a La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, 2005, p. 31.

⁴³ Keren-Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 124.

⁴⁴ Las obligaciones que la Constitución establece al Estado (artículo 1º) en materia de derechos humanos comprenden el principio de progresividad y, en contrapartida, la prohibición de no regresividad. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas establecen como parámetro de deberes del Estado el

tales estándares, la reducción de recursos presupuestales destinados a la provisión de derechos, tiene que ser justificada por el Estado. Tiene, por tanto, la carga de acreditar la justificación, racionalizando de tal manera la discrecionalidad presupuestaria, proscribiendo la arbitrariedad.

La irregularidad de la actividad administrativa, como condición necesaria, para imputar la obligación de indemnizar al Estado, requiere también de la delimitación de cuestiones tales como el estándar de diligencia y de los deberes de cuidado a cargo de sus elementos o bien de las condiciones de equidad que en las cargas públicas deban tener las personas. Así pues, el derecho a ser indemnizado se reconstruye a partir de la definición de estándares que deben considerar cuestiones de interés general. El Estado tiene a su cargo, en la democracia constitucional, la gestión de bienes públicos que requieren protección al ser condiciones que posibilitan el bienestar de la sociedad; ante esto, se deben evitar efectos no deseados ante posibles riesgos de situaciones de tragedia de los comunes.⁴⁵ En este aspecto, la responsabilidad extracontractual del derecho civil se distingue de la exigible al Estado; los sujetos privados y públicos se relacionan con distinto tipo de interés: el sujeto de derecho privado concierne principalmente a la acción auto interesada; el sujeto público corresponde a los intereses generales, a la acción colectiva.

El estándar de diligencia, los deberes de cuidado y de trato equitativo, son exigibles al Estado y a sus agentes. Tales deberes, derivados de la función del Estado de garantizar derechos (propiedad, salud, integridad personal) como de lograr cierto estado de cosas (aquellas establecidas en normas de fin: eficiencia en los mercados, medio ambiente equilibrado, redistribución de la riqueza), etcétera, son reconducibles, a su vez, en acciones de implementación a cargo de los funcionarios públicos o sus agentes, cuyo rol debe, en principio, alinearse a los fines de la organización. Así pues, el modo de función exigible a la organización pública, lo es a la vez exigible a los servidores públicos.

De lo anterior, las normas de deberes y las condiciones de su realización son determinantes para calificar de “regular” la acción del Estado. Las condiciones de desempeño de la función pública se traducen, según sea el contexto de actuación de los servidores públicos, no solamente en una calificación de su actuación que derive del contraste for-

hacer el máximo uso de los recursos disponibles. Véase Observación general 3: “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”, disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3.

⁴⁵ La tragedia de los comunes es descrita por Hardin de la siguiente manera: “Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia”. Es decir, el interés privado requiere ser limitado para hacer posible la subsistencia del recurso común.

Aplicada, en tanto metáfora, a la responsabilidad patrimonial del Estado, supondremos que el pastizal es propiedad del Estado, en consecuencia, para evitar tal tragedia, se requieren establecer límites a los intereses particulares, sea regulándolos o bien señalando deberes de cuidado correspondientes al Estado y ejecutables por sus agentes, véase Hardin, Garret, “La tragedia de los comunes”, *Política*, núm. 10, 2005, disponible en: <http://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/361>.

mal con la norma (apego o desapego a la regla), sino en la valoración de la calidad aun si se trata de una actividad discrecional.

Así pues, el servidor público está obligado a actuar según acuerdo a estándares de diligencia, deberes de cuidado y de trato equitativo. Tal configuración de roles reconstruye al servidor público, atendiendo a sus deberes posicionales: debe hacerse responsable de las consecuencias de sus actos, a la manera de una ética de la responsabilidad.⁴⁶ El matiz que en el tema que nos ocupa en la definición de la responsabilidad es que la ética que le es correspondiente, no deriva solamente de la asunción voluntaria de una “vocación”, sino la ocupación de un cargo al que se asocia un rol que tiene que ser desempeñado.

La implicación de “hacerse responsable” como construcción ética/jurídica, no solamente concierne a las consecuencias *ex post* a la actuación, sino a las consideraciones que *ex ante* debe tomar en cuenta en las acciones u omisiones. De esta suerte, la responsabilidad patrimonial exigible al Estado y las responsabilidades de los servidores públicos son modalidades de establecer las responsabilidades por las consecuencias o daños a las personas o a los intereses públicos, según sea la actuación y sus efectos; pero, también se surte una responsabilidad *ex ante* que se expresaría en realizar acciones o no realizar omisiones contrarias a deberes de cuidado, diligencia, trato equitativo en la gestión pública orientada hacia las finalidades del interés público, o el bienestar de las personas y, consecuentemente, no causar daños o que los mismos no sean desproporcionados.

En los deberes de cuidado y de diligencia supone cierto grado de conocimiento de la materia en la que se actúa y de las consecuencias previsibles de la actuación. La presunción de conocimiento y de información para actuar tiene como base el conocimiento que requiere y asume tener el servidor público atendiendo al perfil del puesto. A los saberes individuales se agregan las condiciones institucionales de recursos materiales, económicos y de capital humano; las actuaciones públicas son el resultado de procesos internos en el que participan diversos órganos o unidades administrativas que aportan valor a la decisión.

El estado del conocimiento es también un referente de los alcances de tales deberes. Se exceptúa de la obligación de indemnizar cuando los daños se deriven de hechos no circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al ocurrir. En contrapartida, lo anterior supone que la actuación de afectación debe basarse en evidencia al grado de considerar el estado del conocimiento disponible. Hay una presunción de conocimiento del riesgo, la previsibilidad o su evitación.

Así pues, la estructura de deberes, obligaciones y, por tanto, de responsabilidades, son atribuibles a la organización pública y a los servidores públicos como los elementos personales de aquella. Si bien es posible diferenciarlos como centros de imputación con

⁴⁶ La clásica formulación weberiana invoca hacer política “con la cabeza” de forma que se tengan en cuenta las consecuencias y, por tanto, se haga responsable. “... hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) ‘el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios’, o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción”, véase Weber, Max, *op. cit.*, p. 23.

responsabilidades diferenciadas, tienen o deberían tener una misma lógica funcional. Los servidores públicos como sus elementos personales realizan las funciones estatales encomendadas por la Constitución y la normativa; sea en sus fines, para los cuales la conducción se realiza mediante políticas públicas, la planeación, o bien, en sus límites y deberes frente a los derechos de las personas (restricciones frente a los derechos negativos o prestaciones ante los positivos).

VI. La responsabilidad por omisión

La inactividad puede ser materia de responsabilidad si hay un nexo causal con el daño. No obstante, la inactividad debe ser calificada de irregular, lo cual sucede si existe un deber jurídico de actuar, sin que haya una excluyente de responsabilidad que justifique la no actuación. Así pues, se requiere calificar la inactividad como una omisión a un deber jurídico: una obligación de hacer o una omisión del deber de vigilancia. Se distingue entonces la omisión de la simple inactividad.⁴⁷ El deber jurídico puede ser explícito y de cumplimiento imperativo. La doctrina establece como elementos de la responsabilidad por omisión: *i*) la existencia de un deber de actuar, *ii*) la omisión del deber de actuar por el Estado, y *iii*) que la actividad debida sea materialmente posible.⁴⁸

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no siempre configura el deber de actuar mediante normas regulatorias cuyo contenido obligacional sea propio de un ejercicio de subsunción. Los deberes de actuar pueden ser establecidos mediante principios o deberes de cuidado o de diligencia, lo que conduce a la apreciación de estándares.

En el caso de omisión, la determinación de estándares de debida diligencia, es fundamental para determinar cuándo se surten deberes de un actuar que no se realizó. En el derecho francés, la distinción de supuestos de la falta en el servicio ocurre en los supuestos de *i*) mal funcionamiento del servicio, *ii*) ausencia o no funcionamiento del servicio y *iii*) servicio tardío. Tales referentes posibilitan, dice García de Enterría, un estándar de realización de los servicios.

En el terreno de las omisiones, las condiciones personales e institucionales pueden resultar relevantes para valorar las condiciones de posibilidad de la actuación y, por tanto, de su irregularidad. La omisión puede ser atribuible al servidor público y, por tanto, además generarle responsabilidad administrativa, o bien, puede deberse a las condiciones institucionales independientemente de las condiciones del servidor público. Si sucede esto último, la responsabilidad puede ser atribuible solamente al Estado (si debiendo proveer equipamiento no lo hace, si hay condiciones de regresividad de los derechos, etcétera).

⁴⁷ Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 237.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 238.

VII. La equidad ante las cargas públicas

La responsabilidad patrimonial por trato desigual como una de las causas posibles por actividad administrativa irregular, necesariamente conduce a identificar las razones de la irregularidad. La desigualdad en sentido amplio puede comprender tratos inequitativos o discriminatorios. La significación jurídica de tales implicaciones puede traducirse en violación a deberes de trato (sean prohibiciones o normas de fin). En tanto los deberes de trato que el Estado y, por tanto, los servidores públicos deben dar a las personas, requieren examinar los referentes normativos y de hecho de la desigualdad o inequidad. Al requerirse también el contraste con la situación o trato dado a otras personas, la posible indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial adquiere una función correctiva: eliminar o compensar la desigualdad/inequidad.

Los efectos correctivos de la institución requieren ser racionalizados mediante la conceptualización de criterios de corrección. Al respecto, resulta sugerente el análisis de Keren-Paz, desde una perspectiva igualitaria, señala que se requiere considerar, cuestiones tales como la necesidad, la igualdad y el merecimiento.⁴⁹

Los anteriores referentes son útiles no solamente para concretar el *quantum* que puede corresponder a la corrección o compensación de la desigualdad o inequidad, sino para considerar criterios de política pública propicios para definiciones constitucionales distributivas. Así, ante situaciones de afectación a personas que se encuentren en diversas condiciones de desigualdad, la necesidad, la igualdad y el merecimiento, podrán ser criterios valiosos para distribuir las cargas.

La necesidad tiene como referente la capacidad de las personas para soportar la desutilidad (una persona pobre tendrá una menor capacidad de soportar la desutilidad que otra rica): “Según esta postura, debería asegurarse a los individuos una cantidad mínima de condiciones materiales para poder satisfacer esas necesidades”.⁵⁰ La igualdad supone, en principio, que las cargas y beneficios deben distribuirse igualmente entre los miembros de la sociedad;⁵¹ sin embargo, el impacto es desigual entre quienes las soportan (utilidad marginal decreciente). El criterio, si bien es desarrollado por Keren-Paz teniendo como foco de atención a la diligencia exigible a personas en distinta situación para evitar daños o minimizarlos, puede ser trasladable a los casos en los cuales las cargas públicas requieren deberes de cuidado o de diligencia exigibles a personas en distinta posición:

El sentido moral que subyace a este equilibrio es que el sujeto debe abstenerse de generar riesgos a otros sólo en cierta medida: hay un punto a partir del cual la exigencia de proteger los intereses de otros resulta en un coste que se considera demasiado elevado para la libertad del sujeto. Cuando se cruza esta línea, no se exige al sujeto evitar el riesgo hacia otra persona, simplemente porque la carga de hacerlo se considera excesiva.⁵²

⁴⁹ Keren-Paz, Tsachi, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 133.

⁵¹ *Ibidem*, p. 135.

⁵² *Ibidem*, p. 136.

El merecimiento se refiere a la cualidad que puede tener la actividad realizada por el sujeto que causa el daño: quien causa el daño o puso en riesgo debe soportar la carga (indemnizar si se trata del obligado por los daños). Así pues, para valorar cargas públicas que implican deberes de diligencia debe considerarse el propósito de la actividad, los beneficios que produce y la forma en que se distribuyen sus beneficios y cargas.

La negligencia como la cara opuesta de la diligencia (y del cuidado) es un concepto que al ser mensurable como estándar y no como regla, es su flexibilidad y capacidad para atender circunstancias cambiantes, dice Keren-Paz, las reglas “adolecen de sobre inclusión o sub inclusión, mientras que los estándares permiten un resultado que se adapta a la lógica subyacente a la norma jurídica”.⁵³

Un caso que, para efectos de lo tratado en esta colaboración, resulta emblemático es el caso ya referido de Talía González vs. Ecuador conocido por la Corte Interamericana. Como consecuencia de la transfusión de sangre con VIH, la estigmatización, discriminación, las dificultades de salud, economía y vivienda, afectación del derecho a la educación, condenó al Estado a la reparación integral de los daños consistente en, además de la atención médica, a obtener beca para solventar estudios, incluyendo posgrado, vivienda, desagravio público, indemnización económica, así como diversas medidas de no repetición. Para ello, una de las principales razones es la de “cambio en las condiciones de vida”.⁵⁴ Así pues, la reparación integral tiene un efecto distributivo.

VIII. Sus efectos en la carga de la prueba

El ejercicio adecuado de la función pública implica, además, los cuidados y la diligencia para ordenar y documentar las actuaciones que permitan solventar los posibles requerimientos procesales ante los eventuales procedimientos de responsabilidad patrimonial. El principio procesal “quien afirma debe de probar” que, originalmente, asigna la carga de la prueba al demandante, tiene en el caso de la responsabilidad patrimonial una serie de salvedades.

Así, la prueba de actuación diligente recae en la institución pública, la cual para tal efecto debe contar con la documentación correspondiente a su actividad. Tratándose de servicios de salud, un área con mayor recurrencia en precedentes, la información consta en los expedientes clínicos a los que está obligada por la normatividad técnica, sanitaria, de información gubernamental y de datos personales. Tales deberes institucionales se reconducen hacia el servidor público quien además de tener la diligencia debida en su función médica debe registrar la información en condiciones de calidad, accesibilidad y veracidad.⁵⁵ En tal sentido, la primera Sala de la Suprema Corte, ha relacionado dichas condiciones reguladas en el sector salud con la proximidad y facilidad probatoria:

⁵³ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁴ Párrafo 416.

⁵⁵ Para el caso, las previstas en la NOM-004-SSA3-2012.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DEFICIENTE DEL SERVICIO DE SALUD PÚBLICO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE DEBIDA DILIGENCIA RECAE EN EL PERSONAL MÉDICO. A pesar de que se ha determinado que, en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, es necesario probar el actuar irregular del Estado, es posible señalar al tiempo, que en los casos en que esta responsabilidad emana de la prestación de un servicio de salud deficiente, la prueba de la debida diligencia recae en las instituciones médicas del Estado, en atención al derecho de indemnización de la víctima. En efecto, debido a la dificultad que representa para la víctima probar el actuar irregular de los centros de salud, se posibilita un desplazamiento de la carga de la prueba para que sea la institución del Estado la que demuestre que el procedimiento médico se realizó de acuerdo a los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión médica. Lo anterior se justifica de acuerdo con los principios de facilidad y proximidad probatoria, con base en los cuales debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez.⁵⁶

Además del criterio anterior, en el derecho comparado la aplicación, en ciertos casos, de la regla probatoria *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), posibilita crear una presunción de negligencia aún sin contar con pruebas directas de la misma, ésta se infiere. En la doctrina anglosajona la aplicación de esta regla requiere que *i)* el daño no pudo ocurrir si no hubiera mediado la negligencia de alguien, *ii)* no deben concurrir en la producción del daño otras causas distintas de la negligencia del demandado, *iii)* el hecho debe estar dentro de la esfera de control del demandado, *iv)* el demandante no debe haber concurrido en la producción del daño, *v)* el demandado es el que tiene mayor información respecto de las causas del accidente. En España la aplicación de la regla requiere *i)* que el hecho probado o evidente debe encontrarse entre los que normalmente no ocurren sin negligencia, *ii)* que la negligencia debe aparecer como la causa más probable o mejor aún como la única posible, *iii)* el imputado debe tener el control sobre quien sufre el daño y de los objetos que lo causan; si no hay control no hay causalidad, *iv)* no debe haber contribución causal o culposa de quien sufre el daño.⁵⁷

La posibilidad de que la carga probatoria a la que se refiere el precedente citado (que por sí no constituye una presunción) evolucione a una presunción de negligencia, tiene como implicaciones: *a)* en sede administrativa, consigna los deberes de cuidado dada la posición de garante que tiene sobre las personas que se encuentran bajo su control (marcadamente, los pacientes en instituciones de salud); *b)* tratándose de la documentación de los procedimientos, se asignan consecuencias para el caso de que haya omisión en su debida integración. En consecuencia, hay deberes institucionales y personales para que

⁵⁶ Tesis 1a. CXXXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XI, t. 1, agosto de 2012, p. 498. Amparo directo en revisión 10/2012. Giovanni David Chávez Miranda, 11 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

⁵⁷ Cfr. García Cremades, Gabriel, *La problemática de la prueba de responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso administrativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 84-93.

el desempeño satisfaga los estándares de diligencia que posibiliten tanto hacer frente a la carga de la prueba como a la presunción de negligencia.

Un asomo de la regla *res ipsa loquitur* en el derecho mexicano se aprecia en la prueba del daño moral. La Segunda Sala de la Suprema Corte resolvió en el caso de Osbelia Cirigo, que se configura una excepción de la carga probatoria, “en los casos en que, acorde a la naturaleza trascendental de la lesividad causada en la libertad o integridad física o psíquica de la persona, sea evidente el menoscabo a sus bienes extra-patrimoniales o espirituales y, por ende, no se requiera que aporte pruebas para acreditar el daño moral, al resultar redundantes o innecesarias”.⁵⁸ El precedente es relevante al considerar que el daño moral y, por tanto, la responsabilidad, es una consecuencia natural de una lesividad “trascendental” tratándose de bienes como la libertad, integridad física o psíquica. No obstante, a diferencia de la regla probatoria, no presupone negligencia necesariamente.

IX. Conclusiones

Constitucionalmente se establecen los deberes, obligaciones y responsabilidades del Estado y de los servidores públicos en sus relaciones con los gobernados: el deber de garantizar los derechos humanos en condiciones de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad. Los derechos de los que son titulares las personas, deberán ser gozados en los términos que establece la Constitución, prohibiéndose la discriminación, la afectación de la dignidad y la anulación o menoscabo de los derechos. Los derechos, considerados como principios, contienen mandatos de optimización, requieren de capacidades institucionales y del mejor uso de los recursos disponibles, así como las condiciones de trato digno importan y de prohibición de la discriminación, configuran también deberes de cuidado y diligencia, así como de trato equitativo y no discriminatorio.

Al apresurado enunciado de la función garante del Estado y de algunas de las condiciones básicas de sus deberes son a su vez, modalizadas dependiendo del sector de referencia de que se trate (salud, educación, seguridad pública, etcétera) en los cuales las intervenciones públicas y los deberes de cuidado y diligencia tienen sus propias condiciones de regularidad. Consecuentemente, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado y de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos tienen tal horizonte constitucional.

La institución de la responsabilidad patrimonial, en perspectiva constitucional, debe apreciarse no solamente en su función de justicia conmutativa, sino correctiva ha-

⁵⁸ Tesis 2a. LI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 19, t. I, junio de 2015, p. 1078, “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL DAÑO MORAL CAUSADO POR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR”. Amparo directo 70/2014. Osbelia Cirigo Ramírez. 6 de mayo de 2015. Mayoría de tres votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Esta tesis se publicó el viernes 26 de junio de 2015 en el *Semanario Judicial de la Federación*.

cia la evitación del daño y el mejoramiento de la función pública. Así pues, atendiendo a su función demarcatoria, la delimitación de los deberes de cuidado y los estándares de diligencia, son elementos que contribuyen a la certidumbre jurídica de las actuaciones indebidas y de aquellas en las que la actuación es debida.

Por otra parte, la discriminación, así como los tratos desiguales o inequitativos conduce a valorar las actuaciones públicas que, por ejemplo, pueden establecer cargas públicas, atendiendo a las condiciones de los sujetos sobre los cuales recaen. Tratándose de la inequidad en las cargas públicas, la institución de la responsabilidad extracontractual puede tener, además, funciones distributivas de las cargas y evitar situaciones discriminatorias o inequitativas. Lo anterior en el horizonte del Estado social.

El compromiso constitucional y el inevitable horizonte del interés general lleva a considerar a la responsabilidad (en el sentido de hacerse responsable de las consecuencias) en el bienestar presente y de las generaciones futuras, lo cual lleva a considerar incentivos no necesariamente compatibles, en particular entre el incentivo del político que ocupa una posición pública que busca votos en el corto plazo y el bienestar de la población que requiere consideraciones de política pública en el largo plazo. Respecto de lo anterior, la responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades de los servidores públicos puede contribuir a disminuir los riesgos de captura en el que los cargos públicos son apreciados como un botín, desplazando al conocimiento y al mérito como las condiciones para ocupar un cargo público. Que la designación en los cargos se realice en condiciones de discrecionalidad y sin observar los perfiles incrementa el riesgo y la responsabilidad en el nombramiento y en la vigilancia, por ejemplo.

El comportamiento, atendiendo a los deberes de cuidado, diligencia, trato equitativo, como condición de regularidad y la amenaza de responsabilidad en caso contrario, constituye a las instituciones de responsabilidad como propiciadoras de efectos disuasivos o preventivos.

Los sistemas de responsabilidad tienen también una función preventiva. Así, reducir la suma de los costos por los daños y de los costos por evitarlos. El análisis económico del derecho ha sido particularmente rico en este tipo de enfoques. Por tanto, debe entenderse, no solamente en la reducción de las causas que producen los daños y, por tanto, su coste, sino que tal reducción de costes para evitar daños e indemnizarlos, no debe ser a cualquier costo, sino aquellos que valga la pena evitar.⁵⁹

Los criterios o teorías (justicia correctiva, justicia distributiva, análisis económicos del derecho, responsabilidad objetiva por riesgo especial), pueden dar diversas respuestas al mismo problema y ser apreciadas desde diversas racionalidades. El efecto correctivo de la institución no solamente se lograría reparando los daños causados, de manera que disminuye los efectos negativos de la actividad administrativa irregular, sino también un efecto de corrección institucional: reducir la probabilidad de actividades administrativas irregulares, mejorando el desempeño institucional.

⁵⁹ Mir Puigpelat, Oriol, *op. cit.*, pp. 194-198.

En perspectiva del Estado social, la institución de la responsabilidad patrimonial puede tener una función distributiva y de equidad y el desarrollo de criterios como los expuestos por Keren-Paz proporcionan elementos valiosos al respecto, sin embargo, los costos de litigio para que sectores de población desfavorecidos puedan hacerlos efectivos. Al respecto, Oriol Mir da cuenta de ello:

...los menos necesitados resultan ser quienes más aprovechan el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no aparecerá ya sólo como una institución no apta para canalizar la solidaridad (como una institución de algún modo neutral), sino que deberá ser vista como una herramienta de sutil ensanchamiento de las diferencias sociales.⁶⁰

Lo anterior implica para el Estado, y para el diseño del instituto de la responsabilidad, propiciar un mejor acceso a la justicia; pero, por otra parte, el desarrollo de políticas y de criterios de actuación en tal sentido. Esto último lleva a la necesidad de internalizar que la actuación pública, además de no ser arbitraria, debe atender a los principios de justicia correctiva, que, en palabras de Coleman, “indican qué debe hacerse con los resultados de los riesgos que nos imponemos unos a otros”.⁶¹

X. Bibliografía

- AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BACIGALUPO, Enrique, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, prologado por García de Enterría, Eduardo, Madrid, Colex, 1991.
- BASSI DÍAZ, Francisco, “Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno”, *Revista de estudios sobre la justicia*, Santiago de Chile, núm. 27, 2017, disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47960/50533>.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorpora la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 8, Ciudad de México, 1999.
- COLEMAN, JULES, “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, en ROSENKRANTZ, Carlos, (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Gedisa, 2005.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 216.

⁶¹ Coleman, Jules, *op. cit.*, p. 469.

- GARCÍA CREMADES, Gabriel, *La problemática de la prueba de responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso administrativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1989 (Reimpresión de la edición de 1956 publicada por el Instituto de Estudios Políticos).
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz editores, 2014.
- HARDIN, Garret, “La tragedia de los comunes”, *Política*, núm. 10, 2005, disponible en: <http://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/361>.
- HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988. Versión española *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del Derecho*, trad. Jacobo Barja y León García, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- KEREN-PAZ, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- LARRAÑAGA, Pablo, “Responsabilidad de rol y directrices”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, “Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Montevideo, B de F, 2012.
- RIVERO, J., *Derecho administrativo*, trad. de Allan Brewer *et al.*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- ROLDÁN XOPA, José, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa”, en Marín, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Porrúa, 2004.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del derecho y la economía se encuentran”, *Introducción a La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, 2005.
- SCHAUER, F. S. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- WEBER, Max, *La política como vocación*, Múnich, 1919, disponible en: <http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf>.