

rosa de empresa, como ya lo ha hecho notar un autor; pero independientemente del carácter académico que pueda tener el tema, tiene una indudable utilidad práctica que no necesita resaltarse más: la solución al problema de la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato al tercero beneficiario que, si bien parece ser que no se ha presentado, en un caso concreto, no es imposible que pudiera ocurrir y, por otra parte, de todo lo que se ha escrito al respecto, puede surgir alguna idea aprovechable para un futuro legislador, ya que algunas de las ideas expuestas por los diversos autores, son dignas de meditarse para incorporarlas expresamente a la legislación sobre la materia, pues además provienen de personas que trabajan o han trabajado en instituciones de fianzas, por lo que al estudio del tema unen la experiencia que da la práctica diaria.

Por esto, son dignas de encomio, las monografías, tesis y demás opiniones que se han publicado y la mayoría de las cuales se han citado constantemente en esta tercera parte de mi ensayo; pero no está por demás repetirlos como reconocimiento a su labor en pro de un mejor conocimiento de este tema, aunque haya discrepancia en las opiniones sustentadas, pues tanto las *Notas* del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, como las tesis profesionales de Efrén Cervantes Altamirano, Hilda Martínez González y Ramón Concha Malo y las monografías de Luis Ruiz Rueda, han contribuido a dar luces sobre el tema, por lo que no puedo estar de acuerdo con la afirmación de Díaz Bravo, quien dice que gran parte de la tinta empleada en este tema "debió emplearse en discusiones más provechosas".<sup>57</sup>

Además de la utilidad práctica antes apuntada, respecto a la especulación con fines académicos, es pertinente citar estas palabras del gran jurista italiano Carnelutti: "Cuando Pacchioni, que es entre nosotros un benémerito de los estudios sobre las obligaciones, al dar cuenta a los lectores italianos hace ya unos años del intenso movimiento de análisis jurídico que tuvo inicio en Alemania el año de 1852 (había aparecido justamente entonces el primer volumen de las *Obligaciones* de Sanigny), reafirmaba contra las dudas de Windscheid y las ironías de Perozzi 'la gran verdad de que la investigación científica, aún aberrante, no es nunca infecunda en resultados'; su optimismo tenía razón aun acaso fuera de los límites que él mismo quiso señalarle".<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, 1983, p. 182.

<sup>58</sup> Carnelutti, Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, en Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padua, 1927, p. 225 y también en sus *Estudios de derecho procesal*, tomo I, Buenos Aires, 1952, p. 372.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS ACTOS ILÍCITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

El Código civil de 1928 establece en dos preceptos la responsabilidad civil extracontractual por los actos ilícitos que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

Dentro de un principio general y absoluto en este precepto:

"Art. 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

También de una manera indirecta se confirma la aplicación concreta de dicho principio a los funcionarios públicos en este otro precepto:

"Art. 1928. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

Para la correcta interpretación de ambos artículos, hay que añadir a los antecedentes de ellos y, además, relacionarlos con otras disposiciones del sistema jurídico mexicano.

Nadie más autorizado para descubrir el origen y el alcance del citado art. 1910 que don Manuel Borja Soriano que tuvo una importantísima intervención en la elaboración del mencionado Código civil, como lo reconoció don Ignacio García Téllez, que fuera el más conocido de los tres miembros de la comisión redactora de dicho Código, en la cita siguiente:

"Sería injusto no tributar, en estas líneas, mi reconocimiento... al maestro de maestros —tanto por su amplísima cultura en legislación civil, como por su inagotable bondad— el jurisconsulto don Manuel Borja soriano, quien me abrió de par en par las puertas de su magnífica biblioteca y robando tiempo a sus horas de ejercicio profesional, no escatimó su consejo y su cooperación" (Prólogo de Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil, México, 1932, pág. 14).

Según Borja Soriano (Teoría General de las Obligaciones, tomo I, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1953, núm. 690, pág. 409), la primera parte del referido artículo 1910 está tomado del artículo 41 del Código Suizo de las Obligaciones de 1911 y la segunda parte del mismo precepto se inspiró en el artículo 403 del Código Civil ruso, preceptos redactados en los términos siguientes:

"Art. 41. (Código Suizo de las Obligaciones.) El que causa de una manera ilícita o un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que cause intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las costumbres, está igualmente obligado a repararlo."

"Art. 403 (Código civil ruso.) El que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma."

Ahora bien, conforme al tratadista suizo Virgile Rossel (Manuel du Droit Federal des Obligations, Tome I, Librairie Payot & Cie, Lausanne, Geneve, 1920, págs. 81 a 84), debe entenderse como acto ilícito para los efectos del citado artículo 41 y, por tanto, para efecto de nuestro artículo 1910, todo acto nocivo (de comisión o de omisión) causado sin derecho, que implique una culpa, e imputable a su autor y siempre que exista una cierta relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño cuya reparación se reclama. Este precepto concuerda substancialmente con estos dos artículos del Código civil francés que, según el mismo autor extranjero, inspiraron al respecto al Código Suizo de las Obligaciones:

"Art. 1328. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido."

"Art. 1383. Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo de intento, sino también por su negligencia o por su imprudencia."

Toda vez que la primera parte del artículo 1910 de nuestro Código civil está inspirada directamente en el artículo 41 del Código Suizo de las Obligaciones e indirectamente en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, cuyos textos ya se transcribieron, resulta de gran utilidad traer a colación las citas muy ilustrativas de dos eminentes autores franceses de Derecho Civil.

G. Marty ofrece sobre el particular una síntesis de las opiniones más importantes acerca de la culpa, haciendo notar que para Savatier y para

Planiol "la culpa se define como la violación de un deber, sea un deber legal preciso, sea un deber moral caracterizado, sea el deber general de no dañar a tercero", y agrega que conforme a la "teoría de la confianza legítima engañada" sustentada por Emmanuel Lévy, para que la vida social sea posible es necesario que los hombres puedan tener cierta confianza unos en otros. Por ejemplo, para poder actuar y circular en paz en una ciudad, nos es necesario contar con que los vehículos no nos atropellarán, y que no se nos arrojará desde los balcones la basura. Cuando alguien obra en forma tal que engaña esa confianza que los semejantes deben legítimamente tener en él, es responsable. La medida de la responsabilidad es la confianza legítima engañada."

Concluye finalmente que "la culpa ha de apreciarse *in abstracto*, es decir, según el modelo abstracto que representa la conducta de un hombre normalmente prudente y diligente.

"La culpa cuasidelictuosa es, pues, el acto que no hubiera cometido un hombre normalmente prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias exteriores que el autor del daño.

"Así, en todo juicio de responsabilidad, el juez se preguntará cómo habría obrado un hombre normalmente prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias de hecho que el autor del daño; el hombre prudente y diligente en quien pensará es él mismo, y en la práctica, el juez, para determinar si ha habido culpa se preguntará si colocado en la misma situación del autor del daño, hubiera obrado como él.

"Esa apreciación presenta el peligro de ser sumamente subjetiva y el de depender del temperamento del juez. Pero lo mismo acontece con toda apreciación judicial. El remedio contra los peligros de apreciación reside en la existencia de un doble grado de jurisdicción, y, en último análisis, en el control de la Corte de Casación" (en México a través del juicio de amparo). (Teoría General de las Obligaciones, vol. I, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., 1952, págs. 301 a 304.)

A su vez los dos renombrados tratadistas contemporáneos de Derecho civil en Francia Henri Mazeaud y León Mazeaud nos dicen acerca de este mismo tema:

"Cuando cometemos una culpa, no obramos como debiéramos: incurrimos en lo que pudiera llamarse un *error de conducta*"...

"La culpa consiste forzosamente en un *error de conducta*. El autor del perjuicio no ha obrado como hubiera debido obrar, y por eso su responsabilidad se encuentra comprometida... en ciertas circunstancias, el problema de la existencia queda inmediatamente resuelto: en todos aquellos en que una obligación determinada pesaba sobre el demandado.

Cuando un texto ordena ejecutar tal o cual acto, el que no obedece incurre evidentemente en culpa; no conformarse a la ley es cometer un error de conducta evidente.

"Pero casi nunca está señalada de antemano la conducta que debe observar el demandado; ningún texto la precisa; la obligación cuya violación se le reprocha es *la general de prudencia y diligencia* que establecen los artículos 1382 y 1383 del Código civil Francés"...

"Colin y Capitant escriben: 'Cuando decimos que un hombre ha cometido una culpa, significa que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Nos preguntamos cómo hubiera debido manejarse ese hombre y comparamos su conducta con la que hubiera observado en su lugar un hombre prudente, diligente. Tal es ciertamente la noción tradicional de la culpa'. Las negligencias o imprudencias se caracterizan, para Gardenat y Salmon-Ricci, 'por el hecho de que un hombre de inteligencia y de prudencia normales no debiera cometerlas'..."

"La culpa cuasidelictuosa es un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio.

"Definición que conviene no sólo a los casos en que el autor de la culpa está sujeto a la *obligación general de prudencia y diligencia*, sino también a aquellos en que la ley hace pesar sobre él una obligación determinada, porque una persona advertida cumple evidentemente las obligaciones precisas que la ley le imponga..."

"Merced a esta definición, los jueces conservarán una gran libertad de apreciación, puesto que les corresponde decidir soberanamente cómo se hubiera conducido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el demandado. Pero, ¿puede ser de otro modo?, no; porque si miramos la realidad de las cosas veremos que la persona advertida, el tipo de comparación escogido es el juez mismo; el juez se pregunta lo que él hubiera hecho de encontrarse en las condiciones externas en que se encontró el autor del perjuicio.

"Afortunadamente no puede ser de otro modo porque no existe otro medio de dar, en cada caso, una solución equitativa al problema de la responsabilidad. El criterio de la culpa debe ser lo suficientemente preciso para que sirva de guía al juez, pero también lo suficientemente amplio para permitirle pronunciar en cada negocio una solución conforme a la justicia. 'Es preciso evitar en cuanto sea posible, escribía con razón Van Biervliet, atar al juez con reglas fijas, cuya aplicación forzada pueda llevarlo en un caso particular, a una solución contraria a la equidad'. Contentémonos, pues, con indicar al juez cómo debe proceder

para saber si hay culpa, y digámosle: 'No se entregue usted a un examen meramente subjetivo de la conciencia del agente; no averigüe si el agente ha cometido o no una culpa moral; proceda por comparación; aprecie la culpa en abstracto; pregúntese lo que hubiera hecho una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio'. Pero no vayamos más lejos. No tratemos de imponerle al juez la respuesta. Dejémosle la libre decisión. No faltará él a la misión que se le ha confiado.

"Conviene, por lo demás, observar que el campo que se deja a la arbitrariedad del juez no es tan vasto como pudiera creerse. Ante todo, la Corte de Casación se atribuye un poder de vigilancia" (también las dos instancias de todo litigio y en México, además, el juicio de amparo). (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, Tomo I, Editorial Colmex, México, 1945, págs. 192 a 208).

Acerca de la segunda parte del mismo artículo 1910 de nuestro Código Civil, que se inspiró en el Código Civil ruso, resulta también de importancia la consulta de la doctrina soviética al respecto, que no contradice sino reafirma las ideas anteriores sustentadas por los tratadistas franceses.

Al efecto, es muy oportuno el comentario del jurista P. Romashkin que reproduzco enseguida:

"Los fundamentos de la responsabilidad civil por la producción de un daño son: 1) La existencia del daño causado a la persona o a los bienes; 2) la antijuridicidad del acto lesivo; 3) la existencia del nexo causal entre la acción antijurídica y sus consecuencias nocivas; 4) *la existencia de culpa del causante del daño*.

"Por daño causado a la persona, en este caso, la ley entiende el quebrantamiento de la salud de una persona o su muerte, acompañados de la pérdida o disminución del salario de la propia víctima o del menoscabo material irrogado a las personas que viviesen a cargo del fallecido.

"El daño causado en los bienes, valorado en dinero, se llama comúnmente pérdida. La pérdida puede consistir tanto en la disminución de los bienes de la víctima (por ejemplo, el deterioro de cosa ajena) como en el beneficio omitido, es decir, en la pérdida de la suma que la víctima pudo recibir si no hubiese acaecido el acto lesivo. Está sujeto a resarcimiento sólo el daño producido en bienes. El extrapatrimonial (inmaterial) no está sujeto al resarcimiento en dinero, si por el acto antijurídico no se hubiese inferido a la vez un daño a los bienes (por ejemplo, en el caso de que se hubiese originado una mutilación en su capacidad para el trabajo o una reducción del salario que recibía).

"Acto antijurídico es la acción que viola la ley y el derecho protegido por ella, perteneciente a la persona en cuestión. El daño puede ser causado no sólo por acción, sino *también por omisión* (inacción). Si alguien causare daño a otra persona, actuando dentro de los límites de los derechos que se le hubiesen otorgado, no será responsabilidad del daño ocasionado.

"Para que nazca la responsabilidad por el daño causado se requiere la existencia del nexo causal entre la acción antijurídica y sus consecuencias nocivas; debe establecerse que el daño fue la consecuencia precisamente de dicha acción antijurídica (u omisión).

"Para que se cree la responsabilidad por el daño causado ha de concurrir además la existencia de la culpa del autor del perjuicio. Este último responde *tanto de los actos por intención como por negligencia que originaron el daño*. Por el menoscabo causado sin premeditación y no por negligencia, es decir, por el daño causado sin culpa, el causante del mismo, como regla general, no asume responsabilidad. *La ley parte de la presunción de la culpa del causante del daño. Este último queda exento de la responsabilidad si prueba que no fue por su culpa que se produjo el daño.*

"El resarcimiento de perjuicios ha de estar enderezado en primer término a la restauración de la situación anterior: la cosa deteriorada debe ser reparada, la destruida, sustituida por otra, etcétera. Pero si fuese imposible restaurar la situación anterior, el causante del daño estará obligado a indemnizar los perjuicios causados por él a los bienes, o sea, a pagar cierta suma de dinero.

"Las personas que hubiesen causado conjuntamente un daño, responderán de él *solidariamente* ante la víctima.

"De la regla general sobre la responsabilidad por el menoscabo causado por culpa, la ley excluye los casos en que el daño fuese producido por organizaciones y ciudadanos, cuyas actividades implican un considerable peligro para los demás, por ejemplo, las organizaciones de transporte y las empresas industriales. Las circunstancias que en tales casos eximen de responsabilidad al autor de los perjuicios pueden ser sólo: 1) la fuerza mayor y 2) la intención de la propia víctima. Por el daño causado por la fuente de considerable peligro responderá el poseedor de ésta, y no el causante concreto del daño (por ejemplo, no el chofer de un coche, sino su dueño)." (Fundamentos del Derecho Soviético, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, Ediciones de Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962, págs. 261 y ss.)

De acuerdo con las citas de doctrina y derecho comparado hasta aquí transcritas, el acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 de nuestro Código civil y que genera a cargo de su autor, cualquiera que éste sea y, por ende, inclusive los funcionarios públicos, requiere que haya habido de por medio una *culpa*, o sea que la actuación de que se trate no haya sido la de *un hombre prudente y diligente considerado en abstracto* por el juez o tribunal ante el que se demande el pago de los daños causados por semejante conducta.

Por otra parte, a esta misma conclusión se llega en la exégesis del mencionado artículo 1928, cuyo texto (Ignacio García Téllez, obra citada, pág. 144) se inspiró igualmente en el Código Federal de las Obligaciones de Suiza en este precepto:

"Art. 61. La legislación federal o cantonal puede derogar las disposiciones del presente capítulo ("de las obligaciones que resultan de los actos ilícitos") en lo concerniente a la responsabilidad incurrida por funcionarios y empleados públicos por el daño o *el tort moral* que causen ellos en el ejercicio de su cargo.

"Las leyes cantonales no pueden derogar las disposiciones de este capítulo si se trata de actos cometidos por funcionarios y empleados públicos y que se relacionan con el ejercicio de una industria."

El primer párrafo de este precepto se relaciona con el art. 928 del mismo Código helvético del tenor siguiente:

"Art. 928. Los encargados del registro de comercio y las autoridades de vigilancia inmediata son personalmente responsables del daño causado por *su falta* o la de sus empleados nombrados por ellos.

"La responsabilidad de las autoridades de vigilancia está regulada de la misma manera que la de las autoridades de tutela.

"*Los cantones están obligados subsidiariamente por el perjuicio no reparado por los funcionarios responsables*".

El reenvío a las autoridades de vigilancia de la tutela hace necesario recurrir a lo que al respecto establece el art. 426 del Código civil suizo de 1907 en estos términos:

"Art. 426. El tutor y los miembros de las autoridades de tutela están obligados a observar, en el ejercicio de sus funciones, *la diligencia de un buen administrador*; son responsables del daño que causen a propósito o por negligencia."

A su vez, el segundo párrafo del citado art. 61 está relacionado con el art. 55 del mismo Código Federal de las Obligaciones que dispone:

"Art. 55. El empleador es responsable por el daño que causen sus dependientes, sus empleados de oficina y obreros en el cumplimiento

de su trabajo, a menos que pruebe que ha tomado todos los cuidados exigidos por las circunstancias para evitar un daño de este género o que su diligencia no hubiese impedido que se produjera el daño.

"El empleador puede repetir contra la persona que ha causado el perjuicio, en la medida en que es ella responsable del daño."

El mencionado tratadista suizo Virgile Rossel dedica importantes comentarios al artículo 61 en cuestión.

"Los artículos 41 y siguientes —dice este autor— son de una aplicación general y abrogante de todas las disposiciones del derecho cantonal sobre la responsabilidad que deriva de actos ilícitos. Bajo la salvedad, sin embargo, de que el art. 61, que da al Código Federal de las Obligaciones el valor de un derecho subsidiario. . . Cuando los empleados y funcionarios "públicos" del art. 61 forman parte de la administración federal, cantonal o comunal, su responsabilidad *personal*, en razón de los actos ilícitos que cometen en el ejercicio de sus funciones, será determinada (salvo el art. 61, *in fine*) por leyes especiales, si ellas existen o si las hay pero incompletas, el art. 41 y siguientes se aplican *plenamente o sirven* para colmar las lagunas de las leyes especiales. Con relación a la responsabilidad del *Estado* y de las *Comunas*, por los actos ilícitos de sus empleados y funcionarios, no puede ser admitida, más allá de los casos previstos por el art. 61, *in fine*, y 55, porque es ahí donde está expresamente establecida" (obra citada, pág. 117).

Ahora bien, cuando un determinado funcionario público ejerce sus funciones y se trata de exigirle responsabilidad personal por la comisión de un acto ilícito, no es posible confundir las meras *equivocaciones* en su actuación o el "*simple error de opinión*", como le llama el Cód. penal en los arts. 225 y 226, con la *culpa* en esa actuación, ya que en aquel primer caso no puede afirmarse que se cometió un acto ilícito por el simple hecho de que, a juicio de los órganos de control de sus actos (jerárquico o constitucional), no se apejó dicha actuación a la Constitución o a la ley, sin que a pesar de ello pueda atribuírsele que obró con *culpa*, es decir, con "negligencia o ignorancia inexcusables", a que lude el art. 728 del Código de Procedimientos Cíviles.

Tampoco puede confundirse para el mismo efecto de exigirle responsabilidad por un acto ilícito, por una parte, el deber ineludible que tiene todo funcionario público de cumplir con los actos propios de su función, y, por otra parte, el atributo imaginario de obrar siempre con *infalibilidad*, ya que ni siquiera la Suprema Corte de Justicia de la Nación goza de tal infalibilidad en sus decisiones, por el solo hecho de que corresponde a ella *decir la última palabra* en las cuestiones específicas del caso concreto sometido a su decisión.

Como la existencia de *la culpa* en la actuación de un funcionario público se requiere para la comisión de un acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 del Código civil, no puede afirmarse que todo acto de autoridad que a la postre es revocado o anulado por la intervención del respectivo órgano de control, sea jerárquico por el superior o sea constitucional por un juez o tribunal federal, genera automáticamente una responsabilidad a cargo del funcionario público que emitió ese acto de autoridad.

Por esta razón hay que distinguir, por una parte, el "*mero error de opinión*", a que aluden los artículos 225 y 226 del Código Penal, que excluyen toda culpa y eximen de responsabilidad por no haber *culpa* de por medio, y por otra parte, la "*negligencia o ignorancia inexcusables*", a que se refieren los artículos 728 a 737 del Código de Procedimientos en el caso de responsabilidad exigible a jueces y magistrados, porque sólo en estos casos puede afirmarse que ha habido culpa y que el funcionario ha obrado ilícitamente y queda sujeto a la responsabilidad de los artículos 1910 y 1928 del Código civil, siendo de advertir que la referencia al lenguaje empleado por el Código penal y por el Código de Procedimientos Cíviles no es para pretender que tengan aplicación en el presente problema estos dos ordenamientos, sino sólo para utilizar los términos acertados de que se sirven ambas leyes para situaciones similares.

No es obstáculo a lo anterior la disposición contenida en el art. 1830 del Código civil que establece que el objeto-hecho de un determinado contrato es ilícito cuando es contrario a leyes de orden público o a las buenas costumbres, ya que el artículo 1910 se refiere a actos ilícitos ya realizados y en los que su autor obró con culpa, en tanto que el art. 1830 contempla un hecho por realizar y que es objeto de un determinado contrato. Se trata, por tanto, de dos disposiciones legales diferentes cada una con sanción propia y específica para dos puestos distintos. La  *nulidad* del contrato es la sanción del contrato con un objeto que sea un *hecho ilícito*. La obligación de *indemnizar* al particular afectado es la sanción al funcionario público que realiza un *acto ilícito*, entendido éste en la forma antes mencionada.

Recientemente, con ocasión del amparo 7078/82 de Quimzoo de México, S. A., se enfrentaron dos posiciones extremas en torno a la responsabilidad civil que puede exigirse en lo personal a los funcionarios públicos por la comisión de actos ilícitos en el desempeño de sus funciones. De un lado, la autoridad responsable sostuvo que para que exista un acto ilícito que genere responsabilidad civil a cargo de un funcionario público, y aunque contra ese acto la justicia federal haya concedido

la protección constitucional, es menester que haya habido y se pruebe que dicho funcionario público obró con la intención de dañar al particular afectado. De otro lado, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió en ejecutoria de fecha 17 de noviembre de 1983, que por supuesta aplicación del citado art. 1830 del Código civil, que a propósito del *objeto de los contratos* define como *ilícito* el hecho que es contrario a las leyes de orden público y, por ende, a la Constitución Política del país, basta que la justicia federal haya concedido amparo contra un determinado acto de autoridad por ser violatorio de garantías, para que automáticamente deba calificarse de ilícito tal acto y quede el titular de la autoridad responsable como autor de un acto ilícito que lo obligue a la reparación del daño causado al quejoso con ese mismo acto, a fojas 27, Tesis núm. 22 (actos ilícitos, se incurrir en ellos si un funcionario viola la Constitución al ejercer sus facultades), y a fojas 105, Tesis núm. 126 (responsabilidad de funcionarios provenientes de actos ilícitos, la falta de intención de causar daños no demuestra la ausencia de responsabilidad por los daños causados), del informe de 1984 de la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (se publican sumarios de esta peligrosa e infundada ejecutoria).

Por ser muy ilustrativo el caso planteado en dicho amparo, considero de interés presentar una síntesis del mismo.

Dentro de una colonia residencial, sin recabar permiso administrativo alguno, instaló una sociedad, un alojamiento para 1 200 conejos, a fin de aprovecharlos como materia prima, incluyendo el estiércol y los orines de dichos animales, haciendo que dicho negocio despidiera olores nauseabundos en perjuicio del vecindario de varias escuelas próximas, que se quejaron del funcionamiento del mismo y lo denunciaron ante la Delegación Política correspondiente, cuyo Delegado y el Jefe de la Oficina de Licencias requirieron a dicha sociedad para que acreditara haber obtenido el permiso necesario para la instalación y funcionamiento del referido negocio y para el cambio del uso del suelo, cosa que no hizo, por lo que tres días después ambos funcionarios públicos clausuraron el negocio de referencia, dejando dentro a los animales de que se trata.

La sociedad en cuestión se quejó de que la clausura no le había respetado la garantía individual de audiencia, ni estaba debidamente fundada y motivada, violándose por ello los arts. 14 y 16 constitucionales, y con base en ello obtuvo sentencia de amparo a su favor, de un Juez de Distrito, que después confirmó en revisión el Tribunal Colegiado de Circuito.

Así las cosas, la sociedad de referencia demandó el pago de cuantiosos daños y perjuicios a los dos funcionarios públicos antes nombrados,

imputándoles que habían cometido un acto ilícito de acuerdo a la mencionada sentencia de amparo, y que a consecuencia de la clausura se le habían muerto por falta de alimento 500 conejos y además, distintos laboratorios le habían cancelado importantes pedidos de substancias que debieron obtenerse de la explotación del citado negocio.

El juez de primera instancia absolvió en su sentencia a dichos funcionarios y su resolución fue confirmada en apelación, aduciendo que los funcionarios públicos no habían obrado ilícitamente al clausurar la negociación en virtud de no haberse demostrado que dichos funcionarios hubieran procedido con intención de causar los daños reclamados.

Inconforme con la sentencia absolutoria de apelación, la sociedad interpuso amparo ante la Suprema Corte, la cual resolvió que para la existencia de la responsabilidad civil prevista en el art. 1910 del Código civil por actos ilícitos cometidos por los funcionarios públicos no era necesario demostrar la intención de esos funcionarios de causar daño, sino que por aplicación del art. 1830 del Código civil, que califica de hecho ilícito el que es contrario a las leyes de orden público, y toda vez que la sentencia del Juez de Distrito confirmada por el Tribunal Colegiado había resuelto que la clausura había sido violatoria de las garantías contenidas en los arts. 14 y 16 constitucionales, debía concluirse sin más que la clausura en cuestión había sido un acto ilícito que obligaba a los funcionarios públicos a reparar los daños causados a la sociedad afectada, si bien concedió el amparo para efectos y abrió la posibilidad de que se demostrara la culpa inexcusable de la sociedad frente a la clausura para eximir de esa manera a los funcionarios en cuestión del pago de la responsabilidad demandada.

A la luz de los antecedentes doctrinales y de derecho comparado expuestos anteriormente, resulta tan inadmisibles la tesis extrema y benévola de que para fincar la responsabilidad civil de un funcionario público por un acto que el respectivo órgano de control (jerárquico o constitucional) estimó no conforme a la ley y a la Constitución, es indispensable la difícil prueba de que dicho funcionario actuó con la intención de causar daño al particular afectado; como inaceptable también es la tesis extrema y rigorista de que basta que cualquier acto realizado por un funcionario público en el ejercicio de su cargo sea revocado o anulado por el respectivo órgano de control y declarado, por tanto, contrario a la ley o a la Constitución, para que automáticamente deba considerarse como un acto ilícito y obligue a dicho funcionario en lo personal a la reparación del daño causado con semejante acto al particular afectado.

La tesis correcta ha de apartarse por igual de ambas posiciones ex-

tremas a manera de Caribdis y Scila, para acoger el principio intermedio de que un funcionario público es civilmente responsable en lo personal de un determinado acto realizado en el ejercicio de su cargo, sólo cuando, independientemente de que tal acto haya sido revocado o anulado por el correspondiente órgano de control, aparezca que tal acto no únicamente es contrario a la ley o a la Constitución, sino que además, aparezca que dicho funcionario actuó con *culpa*, o sea no por "simple error de opinión", sino por "negligencia o ignorancia inexcusables", o lo que es lo mismo en contra de lo que un funcionario prudente y diligente hubiera actuado en condiciones semejantes.

Es menester, por consiguiente, que el juez de primera instancia haga uso del "*prudente arbitrio*" para decidir si hubo o no culpa de parte del funcionario público en cuestión, *arbitrio judicial* que se le reconoce para múltiples controversias de naturaleza civil, como por ejemplo, la valoración de la prueba pericial y testimonial (art. 419 del Código de Procedimientos Civiles), la apreciación de los vicios ocultos en las enajenaciones onerosas (art. 2142, *in fine*, del Código civil), la ponderación de la gravedad del incumplimiento en un contrato bilateral para decretar su rescisión (art. 1949 del Código civil), etcétera.

Una autorizada confirmación de que no basta la mera equivocación del funcionario público en un determinado acto realizado en ejercicio de sus funciones, para que automáticamente sea calificado de ilícito ese acto y genere responsabilidad civil a cargo del mismo funcionario, sino que se requiere, además, la prueba o la evidencia de que con su actuación incurrió en culpa dicho funcionario, lo constituye la cita siguiente:

"Así, pues, se puede asentar que el principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que sólo excepcionalmente y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado.

"Entre los casos de excepción se pueden citar el de expropiación por causa de utilidad pública, que sólo puede hacerse mediante compensación; el de los daños causados por la Revolución en los términos de las leyes relativas, y el de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso previsto por el artículo 1928 del Código Civil.

"Según este precepto "el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

"Este caso de excepción al principio de la irresponsabilidad del Estado

viene a demostrar que, de acuerdo con las bases de nuestra legislación, el Estado no asume una obligación directa de indemnizar los daños causados por sus funcionarios, sino que debe, previamente, exigirse a éstos en lo personal, la reparación procedente. Es decir, se trata de un caso de responsabilidad subsidiaria del Estado.

"Además, esa responsabilidad subsidiaria parece no estar establecida más que para el caso de que exista culpa de parte del funcionario, puesto que el precepto de que venimos hablando se encuentra dentro del Capítulo del Código Civil relativo "a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos."

"Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que ha inspirado al Código civil, la ilicitud de los actos consiste en que ellos se produzcan "sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia" y sólo quedan exceptuados por disposición expresa los casos de 'abuso de derecho' a que se refiere el artículo 1912 y los de riesgo consignados en los artículos 1913 y 1914'. (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1952, págs. 574 y 575.)

Es cierto que en un *Estado de derecho* es indispensable que la actuación de cualquier funcionario público se apegue a las distintas leyes que rigen el ejercicio de su cargo; como también es cierto que cada una de esas diferentes leyes tiene su propia y específica sanción que asegura su cumplimiento para que la norma en cuestión no resulte una mera recomendación o consejo que se da al funcionario público para el ejercicio de sus funciones. Por ello, a la violación por el funcionario público de cada una de esas diferentes leyes corresponderá una específica sanción adecuada e idónea.

De acuerdo con este criterio general, cuando un funcionario público ha violado una determinada garantía individual a un particular quejoso, la específica sanción adecuada e idónea es "restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será el obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija", según lo establece el art. 80 de la Ley de Amparo. Solamente en el caso especial de que no sea ya posible dar cumplimiento a la sentencia de amparo, restituyendo al quejoso en el pleno goce de la garantía violada, impone subsidiariamente la Ley de Amparo en su actual art. 105, antes 106, la responsabilidad a cargo de dicho funcionario público de efectuar, a petición del quejoso, "el pago de los daños y perjuicios que haya sufrido" este último, ya

que es ésta la única interpretación lógica y jurídica que puede darse al citado precepto y no la inadmisibile pretensión de otorgar al quejoso que obtuvo sentencia favorable en un juicio de amparo un supuesto derecho alternativo: o de pedir la ejecución de tal sentencia para que se le restituya en el pleno goce de la garantía individual violada, o bien, si así lo prefiere, de intentar la acción de daños y perjuicios en contra del funcionario que hubiera actuado como autoridad responsable. Esta interpretación al art. 105 de la Ley de Amparo confirma la tesis de que la responsabilidad personal del funcionario público contra el que como autoridad responsable se hubiera concedido un amparo, no procede sino sólo en el caso de que no pueda ya darse cumplimiento a la sentencia de amparo, y, además, siempre y cuando tal funcionario haya incurrido en la responsabilidad personal de haber realizado un acto ilícito, entendido éste en la correcta acepción antes indicada.

Asimismo, cuando un funcionario público infringe una ley de carácter administrativo que obliga al inferior a acatar las decisiones de su superior jerárquico, la sanción adecuada será la suspensión o el cese de ese inferior subordinado. A la vez, cuando el funcionario público ha violado el Código Penal, en cuanto que éste le obliga a no dañar intencionalmente y sin facultades legales a un particular, la sanción eficaz será la cárcel o la multa o la destitución del cargo. Finalmente, cuando el funcionario público ha faltado al deber que el Código civil le impone de obrar de manera prudente y diligente en el ejercicio de sus funciones y ha causado daño a un particular con esa falta, la sanción proporcional será la indemnización a su cargo en favor de la víctima.

Sostener que siempre la violación de garantías individuales por un funcionario público acarrea ineludiblemente a rajatabla la responsabilidad civil extracontractual a cargo de dicho funcionario, además de que cohibiría o dificultaría enormemente la actuación de todo funcionario público por el legítimo temor de caer en semejante responsabilidad, equivale a confundir la razonable aspiración hacia un *Estado de derecho*, con el utópico ideal de un *Estado de justicia original*, en el que los funcionarios públicos serían inmunes al error como en el Paraíso Terrenal de la Biblia.

Al capítulo denominado "de las Obligaciones que nacen de los Actos Ilícitos", en los art. 1910 a 1934 del Código civil pueden aplicarse las certeras observaciones que hizo el tratadista de la materia Eduardo Bonasi Benucci, profesor de la Universidad de Roma, en estas palabras:

"A la luz de un examen más profundo, no puede desconocerse que el principio de la *culpa* no ha sido abandonado, sino solamente, por

así decirlo, integrado y completado por otros principios que se han venido formulando precisamente para evitar las iniquidades que una aplicación rigurosa del principio de culpabilidad habría podido determinar. La exigencia del requisito de *culpa* en el causante del daño puede, en determinadas situaciones, hacer excesivamente gravosa la posición del perjudicado, que se hallaría constreñido a probar aquel requisito, mientras, por otra parte, la multiplicación de las ocasiones de daño como consecuencia del desenvolvimiento de la industria, del incremento de la circulación y del tráfico, impone una cada vez mayor y más eficaz tutela del derecho de los ciudadanos a la integridad de la persona y de los bienes, más amenazados cada día. El tradicional principio de la *culpa* no podía hacer frente a la exigencia de restablecer con prontitud y eficacia las cada vez más numerosas situaciones de desequilibrio económico por daños cometidos en el desenvolvimiento de actividades humanas peligrosas o determinadas por el hecho o la acción de una de tantas máquinas o instrumentos creados por la técnica moderna. Para todos estos supuestos, el criterio de la culpa se manifestaba siempre insuficiente. No se asiste, pues, a una involución del derecho, sino más bien a una adecuación de los principios tradicionales a las exigencias de una situación nueva; *la culpa no ha perdido su posición de preeminencia*, pero ha visto surgir a su lado supuestos y situaciones en las cuales la responsabilidad debe alcanzar su fundamento y su justificación en otras bases." (*La Responsabilità Civile*, Milán., Giuffrè-Editore, traducción, págs. 31 y 32.)

Como quiera que la actuación del funcionario público en el ejercicio de su cargo no puede considerarse como un riesgo introducido a la sociedad, ni puede calificarse de una actividad peligrosa, para generar una responsabilidad civil objetiva, hay que sujetar esa actuación en cuanto a la responsabilidad civil en que pueda incurrir un funcionario público al principio general de la *culpa* y por una evidente exigencia de igualdad, cuando el acto de un funcionario público en el ejercicio de su cargo ha causado daño a un particular y se trata de exigir la responsabilidad civil extracontractual por ese acto, el Derecho Civil prescribe que el comportamiento del funcionario público en cuestión, al igual que el del particular afectado, haya sido la actuación de un *hombre prudente y diligente*, porque si el funcionario público ha realizado dicho acto con "*culpa inexcusable*" es responsable del daño causado y a la vez si el particular perjudicado ha actuado con "*culpa inexcusable*", no tiene derecho a reclamar responsabilidad, aplicándose así la sabia sentencia romana *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*.

El más egregio civilista italiano de nuestros días, Alberto Trabucchi,



que fuera el discípulo predilecto de Carnelutti y de cuyas famosas "Instituciones de Derecho Civil" hiciera este mismo el elogio de que si hubiera una obra perfecta de derecho civil sería ésa precisamente, resume así con claridad meridiana las mismas ideas expuestas anteriormente acerca de los actos ilícitos que generan, a cargo de cualquier persona y por tanto también a cargo de un funcionario público la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con esos actos se hubieran causado a otra persona:

"Actualmente se acostumbra distinguir en el análisis del acto ilícito, el *hecho material*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* . . .

"1) El *hecho*. En la noción del acto se comprende el comportamiento de la persona, que puede consistir en un hacer o en un no hacer, esto es, en comportamientos comisivos u omisivos (estos últimos solamente si hay una obligación jurídica de actuar) y el evento dañoso, esto es, la destrucción de una situación favorable para el sujeto.

"Entre el acto y el evento debe existir un nexo de causalidad jurídicamente importante . . .

"2) La *antijuridicidad*. No todo hecho que causa daño genera la obligación de resarcimiento. Debe estar en contraste con un deber jurídico, y esta relación de disconformidad se expresa justamente con el término de *antijuridicidad* . . ."

"A propósito del deber jurídico violado, se habrá de distinguir . . . el ilícito *extracontractual* (equivalente a la culpa aquiliana) respecto del cual se considera violada la norma que impone respetar los derechos protegidos *erga omnes*, del ilícito *contractual*, que presume la violación de la norma que impone al deudor ejecutar la prestación a favor del acreedor . . .

"3) La *culpabilidad*. Además de antijurídico, el acto para ser calificado de ilícito debe ser culpable, esto es, fruto de un proceso volitivo reprobado por el orden jurídico . . .

"Distinguimos en la culpabilidad el dolo y la culpa en sentido estricto. Se tiene dolo (acto ilícito doloso), cuando la lesión jurídica se realiza con conciencia y voluntad del acto lesivo; se tiene culpa en sentido estricto (acto culposo) cuando el acto se realiza por negligencia, imprudencia, impericia (Ticio atropeya a Cayo o porque no ha puesto la necesaria diligencia que se requiere para evitar peligros en la circulación de vehículos o por una genérica impericia en su conducción).

"La diligencia que el Código, por regla general, requiere, para que no exista culpa, es la diligencia media, la que se puede pretender normalmente de un hombre medio, que está representado en la figura tra-

dicional del buen padre de familia: diligencia media, según un criterio abstracto de valoración" . . . "por otro lado, se hace notar que en el Derecho civil, a diferencia del Derecho penal, se mantiene generalmente aplicable un criterio objetivo en la valoración de la culpa, no teniendo en cuenta las características psico-físicas del sujeto" (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 21a. edizione, Padova, Cedam, 1975, núm. 88, págs. 208 a 211).

Por último, en cuanto a la teórica responsabilidad que impone el referido art. 1928 del Código civil a cargo del Estado en forma subsidiaria por la responsabilidad civil en que pueda incurrir un determinado funcionario público por la comisión de actos ilícitos en ejercicio de sus funciones, resultará a la postre prácticamente ilusoria, ya que aquella responsabilidad es exactamente la de un fiador que goza de los beneficios de orden y de excusión, puesto que para poder intentar hacerla efectiva el particular afectado necesitará previamente haber logrado sentencia condenatoria en contra del citado funcionario y después haber tratado en vano de obtener a través de la ejecución de esa sentencia, la satisfacción completa de dicha condena, lo cual hace necesario que transcurra mucho tiempo antes de poder enderezar la respectiva acción subsidiaria en contra del Estado.

En consecuencia, son muy atinadas las observaciones que se han hecho al respecto:

"La responsabilidad extracontractual del Estado, aunque ha sido reconocida en nuestro derecho positivo, muestra deficiencias tan grandes que la hacen nugatoria . . .

"El artículo 1928, más que una regulación de la responsabilidad del Estado, lo es de la personal de sus funcionarios, y que, como un acto gracioso, el legislador 'impuso' la responsabilidad al Estado de manera subsidiaria por los actos de aquéllos en el supuesto de que resultaran insolventes. Consideramos que el artículo 1928 se refiere a la responsabilidad del funcionario por actos propios, aunque públicos en sí por ser desempeñados en el ejercicio de funciones, igualmente públicas, responsabilidad que por ser concebida como individual presupone la ilicitud y el elemento subjetivo de culpa, de acuerdo con el pensamiento tradicional." (Jorge Alejandro Barrero Stahl, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, tesis profesional laureada en la Escuela Libre de Derecho, 1977, págs. 92 y 104.)