

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

CONSTITUTIONAL REGIME OF STATE RESPONSIBILITY

REGIME CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

GONZALO CORREA BLAS (*)

RESUMEN. El presente artículo pretende analizar el régimen constitucional de responsabilidad estatal consagrado por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la República. El escrito se justifica en la necesaria crítica que debe realizarse a la reciente sentencia de casación N.º 1318/2023 de la Suprema Corte de Justicia, por la que se entiende que el funcionario público puede responder directamente por actos relacionados con la ejecución de su función. Se reseña la evolución histórica que ha tenido la responsabilidad estatal, así como también se resalta la importancia de la teoría del órgano para determinar esta responsabilidad. Se sostiene que el Estado es responsable directo por los daños causados por los funcionarios públicos en ejercicio de su función y se analiza en qué términos puede ejercitar la acción de repetición, al delimitar los conceptos de culpa grave y dolo.

PALABRAS CLAVE. Responsabilidad estatal. Funcionario público. Acción de repetición. Teoría del órgano. Función pública.

ABSTRACT. This paper aims to analyze the constitutional regime of state responsibility enshrined in articles 24 and 25 of the Constitution. This paper is justified in the necessary critic that must be made of recent cassation judgment No. 1318/2023 of the Supreme Court of Justice, whereby it is understood that a public official may respond directly for acts related to the performance of their duties. The historical evolution of state responsibility is reviewed, as well as the importance of the theory of State bodies to determine such responsibility. It is argued that the State is directly responsible for damages caused by public officials in the performance of their duties and the terms under which action for recovery may be exercised are analyzed, by delimiting the concepts of gross negligence and malice.

(*) Estudiante de 4.º año de la carrera Abogacía en la Universidad CLAEH. Correo electrónico: gonzaloblas2003@gmail.com.

KEYWORDS. State responsibility. public official. action for recovery. theory of State bodies; public office.

RESUMO. O presente artigo tem como objetivo analisar o regime constitucional da responsabilidade do Estado consagrado nos artigos 24.º e 25.º da Constituição da República. O artigo se justifica na necessária crítica que deve realizar-se à recente sentença de cassação N.º 1318/2023 da Suprema Corte de Justiça, pela que se entende que o funcionário público pode responder diretamente por atos relacionados com a execução da sua função. É revista a evolução histórica da responsabilidade do Estado, bem como a importância da teoria do órgão para determinar essa responsabilidade. Sustenta-se que o Estado é diretamente responsável pelos danos causados pelos agentes públicos no exercício da sua função e analisam-se os termos em que pode exercer a ação de repetição, delimitando os conceitos de culpa grave e dolo.

PALAVRAS – CHAVE. Responsabilidade do Estado. Funcionário público. Ação de repetição; teoria do órgão. Função pública.

Fecha de recepción: 15 de julio 2024.

Fecha de aceptación: 15 agosto 2024.

I. La jurisprudencia reciente como justificación de este aporte

La responsabilidad estatal es una temática que ha cautivado a juristas a lo largo de las décadas, no en vano. En términos históricos, hasta hace relativamente poco, por ejemplo, en Inglaterra, «partiendo del principio del *common law: the King can do no wrong*, se admitía que la Corona no incurría en responsabilidad por los delitos o cuasidelitos (*tort*) que hubieran cometido sus funcionarios» (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 622).

Hoy día, por el contrario, existe consenso en que, tal como señala DELPIAZZO (2020), «no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad, de modo que el Estado debe responder siempre» (p. 552).

No fue fácil escapar a ese principio de irresponsabilidad del Estado que, con las particularidades propias de cada nación, durante siglos fue constante en las diversas comunidades. Una gran proporción del mérito de haber revertido estas ideas se debe a la jurisprudencia.

Lamentablemente, es la nueva tendencia jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia la que ha venido a servir de fundamento de este escrito. Más precisamente, la sentencia N.º 1318/2023 de 21 de diciembre de 2023, que sentó un antecedente peligroso por medio del cual se eliminan décadas de evolución en el concepto de responsabilidad estatal.

Habiendo sido llamada, mediante la interposición de un recurso de casación, a «definir si el funcionario público puede ser demandado directa-

mente por daños causados en la ejecución de servicios públicos» (SCJ, 2023, p. 3), optó por alejarse del régimen constitucional de responsabilidad estatal y hacer caso omiso a las disposiciones contenidas en los artículos 24 y 25 de nuestra Constitución de la República, así como también a la interpretación legislativa que de ella se ha hecho.

De esta manera y como ya se dijo, consideramos que ha sentado un antecedente peligroso y que es de orden plantear las correspondientes objeciones a la postura a la que la mayoría de la Corte ha adherido, frente a la única discordia de la Dra. Elena MARTÍNEZ, quien sostiene la posición con la que comulgamos.

II. Generalidades

Corresponde inmiscuirse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y, sobre el punto, señala GAMARRA (2012a) que «la materia específica de la responsabilidad aquiliana radica en individualizar los criterios que permiten imputar un daño a un sujeto, en el sentido de imponerle a la persona que resulte señalada, la obligación indemnizatoria» (pp. 26-27).

En cuanto a la responsabilidad aquiliana estatal, ORDOQUI (2014) sintetizó las dos posturas con relación a qué criterio de atribución de la responsabilidad debe adoptarse. Por una parte, la *tesis jusprivatista* (a la que adhirió la mayoría de la Corte), «parte de la premisa de que existe un único derecho de daños del que surgen principios comunes que orientan la responsabilidad tanto privada como pública» (p. 1193).

En cambio, la *tesis separatista* o *administrativista* «entiende que la normativa aplicable es exclusivamente la administrativista, que existe prevista en forma expresa sobre la materia sin perjuicio de que puedan aplicarse subsidiariamente ciertos principios del derecho de daños en general» (ORDOQUI, 2014, p. 1194).

Es, precisamente, sobre este punto que radica el *quid de la cuestión*.

Para comprender cuál es el sistema al que adhiere el ordenamiento uruguayo en el presente, señala SAYAGUÉS LASO (2010) que es preciso distinguir «tres períodos fundamentales: hasta 1934, desde esa fecha hasta 1952 y el régimen actual» (p. 628).

Antes de 1934, no existía previsión constitucional o legal expresa respecto a la responsabilidad estatal. Así, la jurisprudencia se encargó de fijar estándares en la materia, acudiendo al artículo 21 del Código Civil.

Fue la Constitución de 1934 la que trajo consigo un paquete de disposiciones, entre las que se destacan: la responsabilidad personal de los funcio-

narios (art. 24), la teoría general de las irregularidades de los actos administrativos (art. 271) y la ampliación sustancial de los derechos y garantías personales regulados (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 628). El artículo 24 de la Constitución de 1934 disponía lo siguiente:

Artículo 24.- Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a tercero.

Responderán subsidiariamente, el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación.

Esta redacción mereció diversas críticas, entre las que se destacan la necesidad de entablar un juicio contra un funcionario que pueda no ser solvente para, eventualmente, cobrarle en forma subsidiaria a la Administración; y que «el art. 24 permitía a los particulares atemorizar a los funcionarios con la amenaza de un pleito», siendo que, «en esas condiciones la Administración se perjudicaba» (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 628).

Cabe señalar que es natural que el Estado debiera ser parte necesaria en dichos juicios, pues sería eventualmente perjudicado si el patrimonio del funcionario condenado no fuera suficiente para satisfacer el monto de la reparación.

La Constitución de 1952, por su parte, invirtió el principio que inspiraba el artículo 24 hasta entonces vigente (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 644), luciendo una redacción que a la fecha se mantiene incambiada, junto con un artículo 25 con el que se completó el sistema de responsabilidad estatal que rige en la República. Ambos artículos se transcriben a continuación:

Artículo 24: El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25: Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

En cuanto al artículo 23, que refiere a la responsabilidad de los jueces, requiere un análisis particular que excede al objeto de este trabajo.

Como aproximación al tema, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995) enseña que, respecto a la reparación de los daños causados por la Adminis-

tración existen tres sistemas, a saber, uno por el que se reconoce la responsabilidad directa del funcionario y la subsidiaria de la Administración; otro, que consagra la responsabilidad solidaria del funcionario y de la Administración; y un tercero, que establece la responsabilidad directa de la Administración sin perjuicio de que en ciertos casos, ella pueda repetir contra el funcionario (p. 185).

También puede concebirse la existencia de sistemas donde sea exclusivamente responsable la Administración o bien el funcionario (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 612).

Habiendo obtenido un panorama general sobre la responsabilidad aquiliana estatal, puede pasarse al examen particularizado de los puntos que se entienden esenciales para el abordaje del tema a estudio.

III. La teoría del órgano como eje cardinal

GAMARRA (2012b) nos enseña que «es dependiente el sujeto a quien se confiere un encargo o un empleo; se le da un destino, ocupación u oficio» (p. 231). Agrega el autor que, en la responsabilidad por el hecho del dependiente, consagrada por el artículo 1324 del Código Civil, lo que hay es un refuerzo del crédito; se coloca al empleador en la situación de un responsable sin deuda. Esta responsabilidad, también llamada vicaria o indirecta, se genera independientemente del comportamiento subjetivo del empleador y basta probar la culpa del responsable directo y la relación de dependencia para imputar la responsabilidad al empleador. (GAMARRA, 2012b, pp. 201-202).

Este régimen también es aplicable, por ejemplo, a los padres respecto de sus hijos de al menos diez años, sometidos a patria potestad, pero es un extremo que excede la razón de este escrito.

No es este régimen de responsabilidad vicaria el que debe aplicarse a la responsabilidad estatal. Y es que se habla de *responsabilidad estatal* y no de *responsabilidad del funcionario público* porque, como acertadamente destaca Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995), el artículo 24 de la Constitución, a partir de la reforma de 1952, «ya no supone la regulación del principio de la responsabilidad de los funcionarios, sino otra cosa distinta: la regulación del principio de la responsabilidad de las personas públicas, y sólo subsidiariamente la de los funcionarios que actúen en la Administración» (p. 188).

Para entender la relación existente entre la Administración y el funcionario público, ha de conocerse la noción de «órgano» y es MÉNDEZ (1971) quien lo define en función de sus elementos constitutivos (formal, específico y sustantivo) como la «porción técnica nominada del Estado a la que se atribuyen funciones definidas y los correspondientes cargos» (p. 56).

El elemento específico del órgano, el cargo, «es la vía por la que el sujeto natural penetra al órgano» (MÉNDEZ, 1971, p. 79). Como puede observarse, ya no se trata de un sujeto (empleado, por ejemplo) dependiente de otro, sino de la traducción de la energía humana en la voluntad orgánica (p. 185).

En la Administración, el humano que sirve como soporte material del órgano simplemente «exterioriza su voluntad sin desconocer la unidad del conjunto» (p. 244). En el mismo sentido, señala CORREA FREITAS (1999) que las acciones u omisiones del funcionario público, «en el ejercicio de la función pública o en ocasión de ese ejercicio, salvo las de carácter personalísimo o estrictamente privadas, se imputan directamente al órgano estatal correspondiente» (p. 41). Y es que allí radica uno de los puntos caracterizantes de la responsabilidad estatal, las particularidades que tiene la imputación del daño.

Tal como señala FLORES DAPKEVICIUS (2019), «los principios generales aplicables a la responsabilidad del Estado, no surgen directamente de los artículos 1319, 1324 y 1326 del Código Civil, sino, especialmente y en el tema que nos convoca, de los artículos 24 y 25 de la Constitución y de los principios del Derecho Público» (p. 207).

En el mismo sentido, CORREA FREITAS (1999) comenta que «los artículos 24 y 25 de la Constitución consagran un sistema especial y autónomo en materia de responsabilidad civil del Estado» y no debe aplicarse el régimen general del Código Civil en virtud del «principio de supremacía de la Constitución» (p. 45).

El régimen constitucional surge a partir de un acto complejo. En primer lugar, «el Estado pone a su servicio al individuo mediante el acto jurídico-administrativo de nombramiento o designación» (MÉNDEZ, 1971, p. 170), con el que «se inviste de función pública» (p. 171), «pero el ingreso al servicio tiene el carácter jurídico de toma de posesión del individuo por la autoridad» (pp. 171-172).

De esta forma, se crea una relación jurídica que sirve de base para la imputación, pues operará siempre que estén «cumplidos los requisitos o exigencias jurídicas y técnicas establecidos para que el querer y obrar del hombre se repute voluntad y acción del órgano» (MÉNDEZ, 1971, p. 183), respetando así la personalidad individual del funcionario, quien se limita a poner su querer y obrar al servicio del órgano, una condición indispensable para el cumplimiento de la misión de este último (pp. 183-184).

Paulatinamente es posible observar mayores diferencias en la relación existente entre empleador y empleado, y entre Administración y funcionario. En este último caso, «no se entregan, pues, al individuo, los derechos y

obligaciones: se le incorpora a un régimen estatutario preexistente en el que aquellos figuran con carácter general» (MÉNDEZ, 1971, p. 174).

Y es que, si solo se tratara de una postura aislada, podría desatenderse en la vida práctica, pero no es la realidad del constitucionalismo uruguayo, pues «lo realmente importante es comprobar cómo la teoría se va incorporando a nuestro derecho para quedar formalmente admitida por la Constitución» (MÉNDEZ, 1971, p. 246). Basta con observar artículos como el 313, en el que se habla del «procedimiento de formación de la voluntad del órgano».

Nos permitimos agregar que, tampoco es menor que este artículo 313 en el que se utiliza la acepción «órgano» en su sentido técnico está presente desde la Constitución de 1952, la misma que consagró el régimen de responsabilidad estatal hoy vigente.

IV. El Estado es responsable directo, no un mero garante

Como ya se mencionó anteriormente, la redacción de 1952 invirtió el principio de responsabilidad vigente (SÁNCHEZ CARNELLI, 2006, p. 180), pues, «la responsabilidad del funcionario, en el mecanismo constitucional del 42 y del 34, era directa» (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1995, p. 184). Hasta ese entonces, solo se preveía la «responsabilidad subsidiaria del órgano público del cual el funcionario dependía» y la posibilidad de repetir lo pagado contra el funcionario, para el caso de que llegara a mejor fortuna (p. 184).

Uno de los argumentos que más pesó en la discusión parlamentaria de la ley constitucional fue el hecho de que «el artículo 24 había sido utilizado para atemorizar y paralizar a los funcionarios públicos, especialmente a los gestores de grandes servicios públicos, con la amenaza de juicios en los cuales quedaría comprometido su patrimonio personal» (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1995, p. 187).

Sobre este extremo, SAYAGUÉS LASO (2010) agrega que «en esas condiciones la Administración se perjudicaba» (p. 644).

Es que no puede oponerse objeción alguna a ese razonamiento. El funcionario público debe hallarse en una posición en que no pueda influenciárselo. La Constitución, entonces, no busca proteger el interés del funcionario, sino el de la Administración y, en consecuencia, procura el interés general.

Resulta trascendental atender a este punto, pues «fue la razón determinante de la reforma» (SAYAGUÉS LASO, 1995, p. 647), lo que surge en reiteradas ocasiones de los antecedentes parlamentarios.

Es que, ni siquiera es necesario acudir a la discusión parlamentaria. Basta meramente con leer la Constitución de 1952. El Constituyente, buscó evitar lo que la mayoría de la Suprema Corte de Justicia ha entendido en la criticada sentencia de casación 1318/2023. Así, la Disposición Transitoria «T» mandató que:

Los juicios en trámite iniciados contra los funcionarios y el órgano del Estado de que dependen, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución vigente, proseguirán en adelante exclusivamente contra el órgano del Estado demandado sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Constitución (Uruguay, 1952).

De esta manera, fue el mismo Constituyente el que, expresamente, dispuso la ausencia de legitimación pasiva del funcionario público en casos de responsabilidad estatal, incluso retroactivamente.

Debe recordarse, tal como señalara KORZENIAK (2006), que este tipo de normas suele agruparse en el apartado final de Disposiciones Transitorias y Especiales en función de su sustancia, pero no por eso dejan de ser parte del texto constitucional (p. 123).

En palabras de CORREA FREITAS (1999), las que suscribimos en su totalidad, esta disposición constitucional resulta en «una demostración palmaria de la voluntad del Constituyente de que, a partir de la vigencia de la Constitución de 1952, debe ser demandado el Estado en los juicios de responsabilidad civil por acto o por hecho administrativo» (p. 36).

Como se señaló anteriormente (capítulo III), el eje de la discusión radica en determinar el criterio de imputación del daño. En forma preliminar, debe señalarse que «la responsabilidad por acto o hecho administrativo es la que primero aparece en Derecho Público con caracteres propios y definidos» (SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 611).

Cabe preguntarse qué actos o hechos quedarán comprendidos bajo el régimen constitucional. De acuerdo con FLORES DAPKEVICIUS (2019), no solo quedan comprendidos aquellos daños causados en la ejecución de los servicios públicos, sino también en ocasión de su ejecución, lo que no ocurre con los actos personalísimos, ajenos a la función (p. 205).

Resulta útil detenerse en la sutil diferencia entre actuar en ejecución del servicio público y en ocasión de tal. La ejecución del servicio, desde la óptica del funcionario, es el aporte directo de su energía física y/o moral para el desempeño del cargo que le es confiado y en el marco de sus competencias. Una hipótesis de surgimiento de esta responsabilidad se plantea ante el funcionario médico que se encuentra operando a un paciente y, por una negligencia, le provoca la muerte.

Por otra parte, la actuación en ocasión de la ejecución del servicio es el aporte de la energía física y/o moral del funcionario para una actividad, si bien ajena a la que le corresponde realizar en función del cargo que le es confiado y en el marco de sus competencias, posible precisamente a partir de la posición en la que el cargo lo ha colocado. Un claro ejemplo es el funcionario de un banco público que se apropia de las joyas u otros valores que un cliente previamente había depositado en un cofre fort, pues solo pudo acceder al contenido de cofre en ocasión del ejercicio de su función.

Otro tanto, extraño al régimen constitucional de responsabilidad, es el caso de responsabilidad directa del funcionario, por ser un hecho o acto personalísimo. Un supuesto sería el de quien, en la oficina donde desempeña sus funciones y en su horario de trabajo, toma a puñetazos a un tercero. En esta situación, la responsabilidad aquiliana es directa y sigue los principios generales del derecho civil (art. 1319 del Código Civil) en tanto se trata de actos ajenos a la función y, en consecuencia, no constituyen actos o hechos de ejecución del servicio (CORREA FREITAS, 1999, p. 40; SAYAGUÉS LASO, 2010, p. 647).

En otro orden de ideas, corresponde analizar en qué supuestos surge la responsabilidad. ORDOQUI (2014) entiende el artículo 24 de la Constitución no «condiciona la responsabilidad a una conducta ilícita. Solo en el art. 25 se alude a la culpa cuando refiere a la responsabilidad posible de los funcionarios» (p. 1205).

CORREA FREITAS (1999) pareciera coincidir, al indicar que el artículo 24 responsabiliza al Estado por los daños causados por la actividad administrativa «con absoluta independencia de si el obrar fue ilícito, fue doloso o culposo» (p. 41).

Sin perjuicio de que no compartimos contraponer las ideas de ilicitud y dolo o culpa (por ser distintos elementos de la responsabilidad), no dejamos de lado la valiosa esencia de lo que sostienen los autores, en síntesis, que solo en el caso de la repetición contra el funcionario es que considera el factor de atribución de la responsabilidad civil.

La idea de la responsabilidad objetiva, según FLORES DAPKEVICIUS (2019), robustece la imagen de un Estado responsable directo al señalar que «ningún funcionario puede ser demandado por la realización o ejecución de un acto lícito, circunstancia que sí puede ocurrir si del Estado se trata» (p. 207) (en el mismo sentido: CORREA FREITAS, 1999, p. 46).

De esta forma, se refuerza la explicación de que el Estado no es garante, sino un responsable directo, pues el garante no puede tener un ámbito de responsabilidad mayor que el del responsable directo. Como ya hemos

mencionado, simplemente se trata del criterio de atribución de responsabilidad por el que optó el Constituyente.

Por los fundamentos de texto constitucional invocados, así como los razonamientos doctrinarios reseñados, es que adherimos a las palabras de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995) cuando concluye que el artículo 24 de la Constitución «establece, pues, el principio de la responsabilidad principal directa de la persona pública» (p. 199) (en forma coincidente, CORREA FREITAS, 1999, p. 35).

V. Acción de repetición

Como ya se dijo, en toda reclamación por daños causados por funcionarios, el Estado es responsable directo y no un mero garante. Esto se traduce en una garantía del libre desempeño de la función administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo ordenamiento prevé la acción de repetición contra el funcionario siempre que haya actuado con culpa grave o dolo.

Así, no logra entenderse que uno de los fundamentos de la criticada sentencia de casación N.º 1318/2023 sea que no deba «prohijarse la impunidad de los funcionarios porque ese criterio atenta contra la garantía esencial de todo Estado de Derecho» (SCJ, 2023, p. 3).

Es notorio que existe una inmunidad civil del funcionario para los casos en que el daño no sea causado por un comportamiento doloso o con culpa grave, pero de ninguna manera eso genera impunidad, pues el Estado responderá civilmente.

El funcionario es un servidor público y, como tal, debe actuar en forma diligente, imparcial, transparente y, principalmente, libre. No puede estar sujeto a coerción alguna distinta a la de las leyes. Es por ese motivo que se requiere, para repetir contra el funcionario, el factor de atribución de la responsabilidad culpa grave o dolo.

Reseña Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995) que, en ocasión de la discusión de la reforma constitucional, los legisladores hallaron «injusto que el patrimonio personal del funcionario pudiera verse afectado en el caso de daño derivado simplemente de una negligencia explicable, justificable o de muy pequeña entidad» (p. 192).

También cabe preguntarse si el tercero puede demandar directamente al funcionario por un acto propio de su función, procurando probar la culpa grave o el dolo. Debemos inclinarnos por la solución negativa.

Como ya se sostuvo en reiteradas ocasiones, la responsabilización directa del Estado es una garantía para la función administrativa. Podría en-

contrarse un símil con la prerrogativa procesal del desafuero de los legisladores. Sobre este último instituto, enseña PESCE (2003) que:

La justificación de la excepción al principio de igualdad se encuentra en intereses considerados de mayor relevancia, que tienen que ver con las funciones que deben cumplir esas personas en un Estado Democrático de Derecho, se trata de proteger al órgano, no a su soporte, y en ese sentido es clara su vinculación con el Derecho Constitucional (p. 200).

Es por ello por lo que, tal como señala CORREA FREITAS (1999), «los particulares no pueden demandar directamente a los funcionarios públicos, por la responsabilidad civil del Estado o de las entidades estatales, generada en la ejecución de los servicios públicos, aún (sic) cuando éstos (sic) hayan obrado con dolo o culpa grave» (p. 42).

Ya se apuntó que uno de los ejes del sistema constitucional de responsabilidad estatal es la atribución del daño causado por el funcionario a la entidad estatal de la que él forma parte.

Cabe preguntarse, entonces, quién está legitimado a atribuir la responsabilidad al funcionario por el daño causado en caso de culpa grave o dolo. La respuesta evidente es que «es solo el Estado quien puede imputar a los funcionarios la responsabilidad civil» (CORREA FREITAS, 1999, p. 45).

Más allá va Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995), al afirmar que la calificación «de si ha habido dolo o culpa grave no debe contenerse en la sentencia dictada contra la persona pública» (p. 200). Así, «es el propio deudor quien debe determinar la responsabilidad de sus propios funcionarios conforme a art. 25 de la Constitución» (QUINTEROS, 2014, p. 69).

En ese sentido, señala FLORES DAPKEVICIUS (2019) que «la responsabilidad del funcionario es a posteriori porque el demandado principal siempre lo será el Estado» (p. 211).

Agrega CORREA FREITAS (1999) que «la legitimación activa para promover demandas contra los funcionarios es de la Administración, quien deberá valorar si hubo dolo o culpa grave» (pp. 42-43).

Habiendo valorado la existencia de este requisito subjetivo (culpa grave o dolo), la Administración dictará un acto administrativo que declare tal existencia y solo a partir de ese momento podrá deducir acción judicial contra el funcionario inculpado. Debe tenerse presente que todo acto administrativo es susceptible de la interposición de los correspondientes recursos y que el proceso previo a su dictado debe haber contado con las garantías del debido proceso en favor del funcionario. La omisión de lo antedicho determinará la nulidad insanable del acto. Esta posición se ve refrendada por el Decreto N.º 395/006, que reglamenta el procedimiento previo a la acción de

repetición contra el funcionario, así como por el artículo 400.7 del Código General del Proceso.

VI. Alcance de los términos “culpa grave” y “dolo”. El quantum de la repetición

Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser *grave* o *leve*» reza el artículo 1344 del Código Civil, sin definir cómo se determina el nivel de gravedad.

Por imperio del artículo 25 de la Constitución de la República, solo podrá repetirse lo pagado contra el funcionario en caso de que haya actuado con culpa grave o dolo, por lo que es esencial determinar a partir de qué comportamiento la culpa puede ser considerada grave.

Sin dejar de lado que se trata de un régimen constitucional de responsabilidad, este es de naturaleza civil por lo que, en lo no previsto y siempre que no se contraríen los principios propios del sistema, puede acudir al Derecho Civil.

En cuanto a la culpa grave, señala GAMARRA (2012a) que es «aquella que es grosera o inexcusable» (p. 129). Si bien el autor sostiene que es indiferente determinar de qué tipo de culpa se trata, al entender que el Código Civil le da un tratamiento uniforme; como ya vimos, en la materia de la responsabilidad estatal, el grado de la culpa reviste vital interés.

Por su parte, entiende MARIÑO LÓPEZ (2021) que «la culpa es la no realización de la conducta debida de acuerdo con un estándar de comportamiento» (p. 628), la diligencia debida del *buen padre de familia*. Agrega que la culpa grave es «la falta de la diligencia mínima, es decir, no advertir lo que toda persona advierte» (p. 630). Considera que, un ejemplo reconocido a texto expreso por el Código Civil puede observarse en la causal de rescisión del arrendamiento de cosas «en el caso de un grave y culpable descuido» (art. 1813).

También cabría preguntarse si la culpa debe apreciarse en concreto o abstractamente.

Como argumento en favor de la primera tesis, podría sostenerse que la determinación del grado de culpabilidad, en principio, se logrará por acto administrativo, precedido de un proceso disciplinario con sus garantías propias (art. 8.º del Decreto N.º 395/006) y que, en puridad, la repetición se da por un alejamiento grosero de la conducta media que debe mostrarse como funcionario público. Por ello, nos encontraríamos en el ámbito del Derecho Público y, en su mérito, serían de aplicación los principios del De-

recho Penal (derecho sancionatorio por excelencia) y la culpa, en consecuencia, debería apreciarse en concreto.

No participamos de esa posición. Sin perjuicio de que la repetición se decide en sede administrativa, la naturaleza de la responsabilidad es civil y, a la postre, la decidirá un juez extraño a todo proceso administrativo. La culpa debe apreciarse abstractamente, en función de la debida diligencia que debe seguir el buen padre de familia; en el caso, el funcionario público medio. Al punto debe precisársele que, en puridad, se trata de la diligencia media propia de cada función. No es equivalente la diligencia media de un funcionario del escalafón técnico profesional que la de otro que pertenece al escalafón administrativo. Igual razonamiento cabe con relación a la jerarquía, en tanto, en principio, no corresponde juzgar en forma semejante al jerarca de la unidad y a su subordinado. En síntesis, la diligencia media del funcionario público se valora en función del perfil requerido para el cargo.

Volviendo a la necesidad de apreciar la culpa de manera abstracta, es menester señalar que, a pesar de encontrarnos ante un régimen constitucional de responsabilidad, gobernado por otros principios en lo que respecta al factor de atribución de la responsabilidad, esta mantiene su naturaleza civil. De esta forma, para imputar la culpa grave al funcionario, al tenor de lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución de la República, el «juicio de reprobación» (GAMARRA, 2012a, p. 105) deberá ser de obscena entidad, «con lo cual quedan eliminados todos los casos de daño causado por negligencia excusable o por error excusable» (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1995, p. 202).

Sugiere JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995) que quizá sea necesario construir «una teoría acerca de lo que constituye el riesgo normal de la actividad estatal» y aquello que lo excede, «poniendo en juego la responsabilidad patrimonial de los funcionarios» (p. 200).

No obstante, el comportamiento también puede ser doloso. En ese caso, cabe preguntarse, como lo hace SÁNCHEZ CARNELLI (2006), si la Constitución utiliza la terminología penal y «se requiere voluntad genérica (intención de realizar el acto) o específica (que ejecute el acto procurando que sea dañoso, caso por ejemplo, de la desviación de poder» (p. 181).

El artículo 1319 nos da una definición del dolo civil, y esto es realizar el hecho ilícito «con intención de dañar». Por esta razón, entendemos que no basta con querer el hecho, sino que, para imputar al funcionario, debe probarse que este quería lograr el resultado dañoso. Por tratarse de un extremo de complejidad probatoria, la prueba indiciaria tomará un rol fundamental. Ciertamente que, tal como señala GAMARRA (2012a), «en el plano del Derecho Civil muy escaso interés reviste el dolo» (p. 138).

No cabe reproche alguno a tal razonamiento pues, al tratarse de una justicia indemnizatoria, la procura de la reparación tendrá un tratamiento uniforme. El dolo tiene relevancia solamente en algunas materias como en la zona del abuso de derecho o en cláusulas de irresponsabilidad, así como en la solidaridad (art. 1331 del Código Civil).

Sin perjuicio de lo anterior y más allá de que excede propiamente a la repetición del perjuicio, cabe señalar que la determinación de si el actuar fue doloso o culposo tendrá otra trascendencia en sede administrativa, a los efectos de determinar una eventual sanción a aplicar.

Finalmente, debemos detenernos en el quantum que la Administración podrá repetir contra el funcionario. De principio, es «claro que en todo caso la cantidad pagada por la persona pública sería el límite máximo» (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1995, p. 200). Esto se fundamenta literalmente, pues el artículo 25 de la Constitución autoriza a repetir «lo que hubiere pagado en reparación». Pero puede suceder que el quantum exigido sea menor (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1995, p. 200). Una de las posibilidades es que se dé la llamada «culpa en escala», entendida como «la situación en que se van sucediendo conductas culposas que causan daños sucesivos hasta que finalmente el daño final es la muerte, por ejemplo» (MENDIVE DUBOURDIEU, 2016, p. 67). En tal caso, debe determinarse si el daño final se encuentra o no en relación de causalidad con el acto o hecho cometido por el funcionario, que pasará a responder por la proporción que le corresponda.

Otra hipótesis en que el quantum de responsabilidad del funcionario sea inferior respecto al de la Administración es que existan concausas, lo que «implica un cúmulo de causas que van agravando el daño inicial» (MENDIVE DUBOURDIEU, 2016, p. 67).

Finalmente, debemos destacar que nunca debe perderse de vista «el principio general de la responsabilidad por el cual el ofensor debe reparar el daño que ha causado y no más allá» (GAMARRA, 2012a, p. 325).

VII. Objeción final a la nueva tendencia jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia

Como último punto a atender, no puede dejar de decirse que la Suprema Corte de Justicia incurrió en un grave error al erigirse intérprete de la Constitución más allá de las facultades que le ha conferido el ordenamiento jurídico oriental.

En la sentencia de casación 1318/2023 puede leerse que, para la mayoría de la Corte, «el artículo 24 y el artículo 25 de la Constitución regulan exclusivamente la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particula-

res, sin pronunciarse respecto a la responsabilidad personal del funcionario frente a terceros» (SCJ, 2023, p. 4).

No tenemos el honor de compartir con la Corporación el fondo ni la forma en la que ha arribado a tal conclusión.

Previo a ingresar a los argumentos del caso, corresponde recordar que el recurso de casación, de acuerdo con VÉSCOVI (1979), fue «creado para reprimir la invasión del Poder Judicial en la esfera del Legislativo. Dicho en el plano más concreto “impedir que el Juez subrogue a la ley por su propio arbitrio”», como un instituto de «defensa del Derecho» (p. 25).

Ya ROUSSEAU (2022) nos decía en *El Contrato Social* que «no es conveniente que quien hace las leyes las ejecute» (p. 120) y en el caso es lo que ha ocurrido. No habría problema en concebir que la Corte interpretara para el caso concreto los artículos 24 y 25 de la Constitución si no fuese porque el Legislador ya lo hizo con anterioridad, ejercitando el legítimo derecho que le confiere el numeral 20 del artículo 85 de la Constitución.

Un caso paradigmático es el del artículo 111 de la ley N.º 15750 (Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales), en la redacción dada por el artículo 11 de la ley N.º 19830. Tal como recuerda TEALDI (2019), de los antecedentes parlamentarios surge que, «a solicitud del senador BORDABERRY, se agrega la frase “conforme al numeral 20 del artículo 85 de la Constitución de la República, declárase con carácter interpretativo”» (p. 159). De todas formas, el artículo merece una lectura completa, pues revela la patente desatención de la Corte al punto:

Artículo 111: Tratándose de responsabilidad civil de los jueces por actos propios de su función, se aplicará el régimen establecido por la Constitución de la República.

Conforme al numeral 20) del artículo 85 de la Constitución de la República, declárase, con carácter interpretativo de los artículos 23, 24 y 25 de la Constitución de la República, que la acción tendiente a la indemnización de los daños y perjuicios causados por dichos actos, solo podrá dirigirse directamente contra la Administración de Justicia. Si los daños y perjuicios provienen de dolo o culpa grave, el Estado podrá repetir contra los magistrados para el reembolso respectivo.

El giro «se aplicará el régimen establecido por la Constitución de la República», seguido del planteamiento de que la acción «solo podrá dirigirse directamente contra la Administración de Justicia» evidencia en forma inequívoca la finalidad de la ley. Si bien es una ley pensada para los magistrados judiciales, no es menos cierto que, como se dijo, no hace más que declarar que «se aplicará el régimen establecido por la Constitución de la República», comprensivo de todos los funcionarios públicos. Aun en la tesis

contraria (de que es una ley cuya aplicación es exclusiva para los jueces), el Legislador halló la misma solución para los funcionarios del Banco Central del Uruguay que desempeñan tareas de regulación y control (artículo 13 de la ley N.º 18401) y para los miembros de los órganos de contralor interno que representen a los entes autónomos o servicios descentralizados del dominio industrial o comercial del Estado (artículo único de la ley N.º 18182). Incluso entendiendo que el cúmulo de legislación reseñado no es suficiente, no es posible obviar que el artículo 332 de la Constitución de la República dispone que los preceptos que «imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas».

Sobre este artículo, señala BLENGIO VALDÉS (2022) que «prevé la obligatoriedad de aplicar las normas constitucionales existentes» (p. 151).

Sobra decir que cualquiera de las leyes mencionadas reviste el carácter de *ley análoga*, por importar la misma *ratio legis*. La interpretación legislativa de la Constitución «es una interpretación que en principio *obliga como obligan todas las leyes*» (KORZENIAK, 2006, p. 475) y por eso la Corporación incurre en un grave error al apartarse de la interpretación legal de los artículos 24 y 25 de la Constitución.

Mayor gravedad que lo expresado anteriormente reviste el hecho de que fue el propio Constituyente quien expresó su voluntad de erigir como responsable directa únicamente a la Administración, tal como surge del tenor de la redacción de la disposición «T» de la Constitución de 1952.

Es por todo lo reseñado por lo que, desde el profundo respeto que merece el máximo órgano del Poder Judicial de nuestra República, criticamos la solución abordada por entenderla equivocada en cuanto al fondo y por arribar a tal conclusión desconociendo la voluntad legal y, especialmente, la del Constituyente.

VIII. Conclusiones

Tomando en consideración todo lo expresado en el presente escrito, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Los artículos 24 y 25 de la Constitución de la República consagran lo que verdaderamente puede llamarse un *régimen constitucional de responsabilidad estatal*.
2. Este régimen se consolida sobre la base de la teoría del órgano, reconocida por la Constitución en diversos artículos, entre los que se destaca el 313.

3. El Constituyente optó por imputar en forma de responsable directo al Estado, quien solo podrá repetir contra el funcionario en caso de culpa grave o dolo.
4. La culpa grave debe apreciarse por el órgano del que depende el funcionario que eventualmente habría causado el daño, en forma abstracta, según la diligencia media del buen funcionario público. El dolo se reduce a la intención de producir el resultado dañoso por parte del funcionario.
5. La sentencia N.º 1318/2023 de la Suprema Corte de Justicia desoye las disposiciones constitucionales reseñadas, así como el mandato del Constituyente en la disposición transitoria «T» de la Constitución de 1952 y la interpretación legislativa de los artículos 24 y 25 de la Constitución, reiterada en diversas leyes. Erra, además, al no aplicar el artículo 332 de la Constitución de la República.

Referencias bibliográficas

- BLENGIO VALDÉS, M. (2022). *Manual de Derechos Humanos* (5.ª ed.) FCU.
- CORREA FREITAS, R. (1999). La responsabilidad civil de los funcionarios públicos. *Revista de Administración Pública Uruguaya*, (27), pp. 17-46.
- DELPIAZZO, C. (2020). *Derecho Administrativo General* (Vol. 2). Amalio M. Fernández.
- FLORES DAPKEVICIUS, R. (2019). *La acción de nulidad y responsabilidad del Estado*. (2.ª ed.). Amalio M. Fernández.
- GAMARRA, J. (2012a). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIX. Responsabilidad extracontractual* (Vol. 1) (2.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- (2012b). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XX. Responsabilidad extracontractual* (Vol. 2) (2.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1995). *La Constitución de 1952*. Secretaría de la Cámara de Senadores.
- KORZENIAK, J. (2006). *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional* (3.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés. (2021). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, (5.ª ed.). La Ley Uruguay.
- MÉNDEZ, A. (1971). *La Teoría del Órgano*. Amalio M. Fernández.

- MENDIVE DUBOURDIEU, A. (2016). *Causalidad plurisubjetiva*. Fundación de Cultura Universitaria.
- ORDOQUI, G. (2014). *Derecho de Daños* (T. V). La Ley Uruguay.
- PESCE LAVAGGI, E. (2003). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Carlos Álvarez.
- ROUSSEAU, J. (2022). *El Contrato Social*. Editorial Alma.
- SÁNCHEZ CARNELLI, L. (2006). Responsabilidad de los funcionarios (Artículo 25 de la Constitución). En Centro de Estudios de Derecho Público, *X° Coloquio de Derecho Público* (pp. 177-185). Fundación de Cultura Universitaria.
- SAYAGUÉS LASO, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo I* (9.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria
- Suprema Corte de Justicia [SCJ]. (21 de diciembre de 2023). Sentencia de casación nro. 1318/2023. *Base de Jurisprudencia Nacional*. <https://shorturl.at/MeKlt>
- Uruguay. *Código Civil N.º 16603*. <https://shorturl.at/vKuxo>
- (1934). *Constitución de la República*. <https://shorturl.at/BnuNg>
- (1952). *Constitución de la República*. <https://shorturl.at/rJBY7>
- (1967). *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Comisión Administrativa del Poder Legislativo.
- (2006). *Decreto N° 395/006. Reglamentación del art. 52 de la ley 17.930 relativo al procedimiento de pago de sentencias contra el Estado*. <https://shorturl.at/7mdMz>
- *Ley N.º 15750. Ley orgánica de la judicatura y de organización de los tribunales (LOT)*. <https://shorturl.at/nXbav>
- QUINTEROS, F. (2014). *Tesis de la embargabilidad restringida de las personas públicas estatales*. Fundación de Cultura Universitaria.
- TEALDI, J. (2019). Interpretación legislativa sobre responsabilidad de los jueces por acto jurisdiccional: artículo 11 de la ley N 19.830. *Revista de Derecho Público*, 28(56), pp. 165-173.
- VÉSCOVI, E. (1979). *La casación Civil*. Idea.