

José Ignacio Núñez Leiva

Director

Romina Urzúa Arce

Coordinadora

*Derecho público y responsabilidad  
del Estado*

Luiz Fernando Calil de Freitas

María del Carmen Contreras

Carlos Fernando Gómez García

Monia Hennig Leal

Germán López Daza

Sandra Ponce de León

Katherin Torres P.

Martín Riso Ferrand

Luis María Romero Flor

Facultad de Derecho

## Presentación

El texto que el lector tiene hoy en sus manos es el resultado de una iniciativa gestada en el año 2014 en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae: el propósito de contribuir a la Ciencia Jurídica del Derecho Público mediante la investigación, la formación de redes de trabajo y la difusión de tales alianzas. El vehículo para ello sería una colección denominada “Cuadernos de Derecho Público”.

Fue así que en 2015 presentamos el primer volumen de la colección, en aquella oportunidad dedicada a los Derechos Fundamentales en perspectiva nacional e internacional. Empero para que un primer capítulo sea tal –y no único– debe ser el comienzo de una secuencia, ojalá, imperecedera. Y este segundo fascículo viene a aportar en dicha senda, además de constituir un intento de contribuir en su consolidación.

El número dos de los Cuadernos de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, contempla varias innovaciones.

En primer lugar, abre sus horizontes al incorporar textos en idiomas distintos al castellano. Además, combina la presencia de una temática principal con una sección miscelánea de trabajos que aborda tópicos tradicionalmente preteridos por el Derecho Público Clásico, producto de esa segmentación insostenible bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Finalmente, esta edición inaugura la sana costumbre de ser supervisada por un contundente Comité Científico, integrado por juristas

cuyas credenciales resultaría superfluo detallar: María Angélica Benavides, Jesús María Casal, Lidia Castillo Amaya, Ignacio Colombo, Uwe Kischel, Fabiola Lathrop y Ximena Puentes de la Mora, doctores y doctoras cuyas influyentes investigaciones son sus más certeras cartas de presentación. Cuerpo colegiado que, además, demuestra que el género no es un factor relevante al momento de ponderar el justo prestigio académico.

Los trabajos que se presentan en esta obra proceden de la pluma de Luis Fernando Calil de Freitas, profesor de la Escuela Superior Ministerio Público, con sede en Porto Alegre, Brasil; María del Carmen Contreras, académica de la Universidad Autónoma de Durango, México; Monia Hennig Leal, investigadora de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil; Germán López, Katherin Torres y Carlos Gómez, docentes de la Universidad Surcolombiana; Sandra Ponce de León, quien imparte clases en distintas universidades chilenas; Martín Risso Ferrand, constitucionalista y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, y Luis María Romero Flor, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha, España.

El eje de la sección monográfica de este número corresponde a las nuevas perspectivas en materia de Responsabilidad del Estado, mientras que el apartado misceláneo aborda temáticas tales como: la custodia compartida de los hijos y la protección de sus derechos, y el abuso del derecho en materia tributaria.

Para concluir, junto con agradecer a los autores que divulgan sus investigaciones en las páginas que siguen, y al Comité Científico por confiar y avalar esta Colección, manifestamos nuestra gratitud a las autoridades superiores de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae por apoyar este proyecto y al equipo de la Dirección de Investigaciones de esta Universidad, encarnado en Santiago Aránguiz Pinto, Francisca Monreal y Eduardo Guerrero, personas sin las cuales no prosperarían ninguna de las ideas innovadoras

que surgen en estos pasillos. Gratitud que no resta el irremplazable estímulo de Emilia Rojas Henríquez, Guadalupe Núñez Henríquez y Nicanor Urzúa Moncada, quienes estimulan en los organizadores de este trabajo el gusto por el diálogo, el debate y el encuentro con ideas divergentes.

Romina Urzúa Arce  
José Ignacio Núñez Leiva

**Sección monográfica:**

**DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN MATERIA DE  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

# Nuevo análisis de la responsabilidad del Estado en la Constitución uruguaya

Martín Risso Ferrand<sup>1</sup>

## Comentario preliminar

Las normas constitucionales uruguayas referidas a la responsabilidad del Estado tienen ya casi sesenta años, mientras que la mayoría de las normas legales en la materia rondan el cuarto de siglo. Esto, sumado a innumerables trabajos doctrinales y centenares de sentencias, hace pensar que poco es lo que se puede agregar en un tema tan estudiado pero, al mismo tiempo, hace imprescindible la revisión del tema.

Por lo anterior, procuraré, más que el análisis tradicional del tema -analizando las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales-, encarar el mismo desde la óptica de los derechos humanos y con una lógica moderna derivada del Estado de Derecho.

A los efectos de lo anterior sintetizaré, en primer término, el panorama doctrinal y jurisprudencial, destacando ciertas peculiaridades que aparecen en el mismo. Luego estableceré el marco constitucional y de derechos humanos, aplicable en la especie, señalando las pautas

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Católica del Uruguay.

metodológicas e interpretativas aplicables, para luego analizar cuál es la solución constitucional en la materia.

## Entorno doctrinal y jurisprudencial

Desde el año 1934, el Derecho Constitucional uruguayo cuenta con normas expresas que refieren a la responsabilidad del Estado y, desde 1952, se encuentran vigentes las normas centrales en la materia: artículos 23, 24, 25, 32 y 35.

En la década del cincuenta, recién aprobada la actual regulación constitucional, nuestra doctrina perfiló dos grandes corrientes interpretativas. Desde el Derecho Administrativo, los profesores Daniel Hugo Martins<sup>2</sup> y Enrique Sayagués Laso<sup>3</sup>, entendieron que de la norma constitucional (artículo 24) no surgía cuando debía responder el Estado por lo que era oportuno recurrir a criterios de imputación de la responsabilidad de tipo subjetivo (se analiza básicamente cómo fue la actuación estatal en tanto causante de un daño), especialmente a los conceptos desarrollados por el Consejo de Estado francés, tales como la falta de servicio. Por su parte, desde el Derecho Constitucional, Justino Jiménez de Aréchaga<sup>4</sup>, señaló que del artículo 24 de la Constitución podía concluirse la responsabilidad objetiva del Estado (esto es, para que haya responsabilidad basta con que exista acto, hecho u omisión del Estado, un daño y entre ambos nexo causal). En el primer enfoque, el centro de la cuestión es la actuación del Estado (el problema es cuándo responde el Estado) mientras que en el segundo se atiende

---

<sup>2</sup> Martins, Daniel Hugo (2007), “Responsabilidad de la Administración Pública y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo 30, pp. 195 y ss.

<sup>3</sup> Sayagués Laso, Enrique (1950), “Responsabilidad por acto o hecho de la Administración”, *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, tomo 48, pp. 25 y ss. Y también en *Tratado de Derecho Administrativo*, Quinta edición, FCU, 1987.

<sup>4</sup> Jiménez de Aréchaga, Justino (1966), *La constitución uruguaya de 1952*, tomo I, p. 314.

principalmente a la situación de víctima y, ocasionado el daño, la cuestión es cuándo el damnificado tiene derecho a la indemnización o cuándo debe soportar el daño padecido.

Esta variante responde a dos corrientes muy nítidas. Los criterios subjetivos de imputación de la responsabilidad fueron desarrollados, fundamentalmente, por el Consejo de Estado francés, distinguiendo la falta de servicio (el servicio no funcionó, funcionó defectuosamente o funcionó tardíamente) y la falta de personal. Todo sin perjuicio de la utilización subsidiaria, en casos excepcionales, de la teoría objetiva del riesgo. Por su parte, los criterios objetivos, desarrollados fundamentalmente, por ejemplo, en España, postulan que basta con que el Estado cause un daño por su acción u omisión para que exista responsabilidad. El límite estará establecido por la noción de “obligación de soportar el daño” con base en la cual se determina cuándo el damnificado debe soportar las consecuencias desfavorables del daño padecido.

Si bien en un principio, la situación doctrinal nacional era coincidente con la del derecho comparado, esto fue cambiando con el paso del tiempo y se ha llegado a una situación sin duda peculiar. Si analizamos la doctrina contemporánea nos encontramos con que con la excepción de la opinión del Prof. Martins<sup>5</sup>, Simón<sup>6</sup>, Korzaniak<sup>7</sup> y del Prof. De Cores<sup>8</sup>, prácticamente todos los autores especializados en Derecho Público consideran que del artículo 24 de la Carta surge la responsabilidad objetiva del Estado<sup>9</sup>. Por el contrario, la casi unanimidad

<sup>5</sup> Martins (2007), pp. 195 y ss.

<sup>6</sup> Simón, Luis (1993), “Problemática de la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional”, en *Primer Coloquio de Derecho Público* (Montevideo, Edit. Universidad).

<sup>7</sup> Korzaniak, José (1986), *Derecho Constitucional 2º* (Montevideo, FCU), pp. 103 y ss.

<sup>8</sup> Que desde el Derecho Civil postula la aplicación de la normativa civilista. De Cores, Carlos, “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII.

<sup>9</sup> Jiménez de Aréchaga, Justino (1966), *La Constitución uruguaya de 1952*, tomo I, p. 314. Deus, Sergio (1980), “Responsabilidad civil del Estado”, *Revista La Justicia Uruguaya*, tomo

de pronunciamientos judiciales entienden que deben aplicarse criterios subjetivos de imputación de la responsabilidad, aunque podemos distinguir al menos tres posiciones: (i) quienes siguen a Sayagués y consideran que del artículo 24 no surge cuando responde el Estado, y prefieren usar los criterios subjetivos; (ii) quienes entienden que del artículo 24 es válido concluir en las dos posiciones, y prefieren, por considerarla más justa, la alternativa subjetiva; y (iii) quienes sostienen sin mayores desarrollos que del artículo 24 surge la pertinencia del uso de criterios subjetivos<sup>10</sup>.

Esta situación es absolutamente atípica. Muchas veces ocurre que dos opiniones mayoritarias difieren en la interpretación de una norma, pero lo habitual es que la división también exista a nivel de doctrina y jurisprudencia. Pero en este caso parece ser una lucha de doctrina vs jurisprudencia, lo que da al caso características peculiares, que no logro comprender.

Puede advertirse, además, otra consecuencia un tanto insólita. Cuando el Derecho Civil consagra casos de responsabilidad objetiva, como ocurre con los artículos 1329 y 1330 del Código Civil, ninguna dificultad presenta ni a la doctrina ni a la jurisprudencia. Por el contrario, acepta la solución legislativa y verificando que se trata de hipótesis de

---

XCV, pp. 31 y ss. Moretti, Raúl, “Responsabilidad civil de las administraciones públicas”, *Revista La Justicia Uruguaya*, tomo XXVII, pp. 65 y ss. Risso Ferrand, Martín (1998), *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, FCU (segunda edición actualizada). Berro, Graciela (1992), “Responsabilidad objetiva del Estado”, *Revista de Derecho Público*, N° 2, pp. 89 y ss.; Vázquez, Cristina (1995), “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista”, en *Revista de Derecho Público*, N° 7. Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina (1997), *La reforma constitucional de 1997*, Montevideo, FCU; Durán Martínez, Augusto (1999): “Responsabilidad por hecho ilícito de la Administración”, en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, pp. 187 y ss. Prat, Julio (1978), *Derecho Administrativo* (Acali, tomo IV, vol. II), pp. 198 y ss. Brito, Mariano (1996), “Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional”, *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, pp. 134 y ss. Cassinelli Miño, Horacio (1992), “Informe”, *Revista Justicia Uruguaya*, tomo 105, pp. 320 y ss. Peirano Facio, Jorge (1992), “Responsabilidad del Estado”, *Revista Anales del Foro*, N° 111 a 112.

<sup>10</sup> Risso (1998), pp. 20 y ss.

responsabilidad objetiva a nadie se le ocurre integrar la norma con criterios subjetivos que el texto no contiene. Pero por alguna razón que no alcanzo a ver con claridad, cuando se establece la responsabilidad objetiva del Estado, aparece una suerte de necesidad de encontrar elementos subjetivos que relativicen y limiten la responsabilidad del Estado. No advierto ninguna justificación para tan diferentes interpretaciones de normas que son sustancialmente similares.

Incluso, parecería que las posiciones llegan a un radicalismo insostenible. Si se repara en la ley 15.859, se apreciará que esta norma, entre otros aspectos, regula la responsabilidad por los daños de los sujetos que sufrieron una pena preventiva privativa de su libertad no seguida de condena al menos similar a la preventiva sufrida. Del texto de la ley, de la historia fidedigna de la norma y de la doctrina en la materia, surge que la intención legislativa, claramente plasmada en el texto, fue el establecimiento, para este caso, de una responsabilidad objetiva del Estado (solución que es por otra parte la habitual en el derecho comparado)<sup>11</sup>. Pero pese a la claridad de esto, hay muchos jueces que interpretan la ley (en realidad escriben una norma nueva) como consagrando criterios subjetivos en materia de responsabilidad.

Si bien debe reconocerse a esta altura que la interpretación del artículo 24 de la Constitución ha justificado dos interpretaciones históricas, la interpretación de la ley 15.859 con la incorporación de criterios subjetivos es francamente inaceptable, pues no existe un solo elemento de juicio que pueda fundamentar dicha posición.

En definitiva, con la base de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, parecen existir algunos problemas que no se logran comprender con claridad y que, sin duda, complican el análisis del tema.

---

<sup>11</sup> Risso Ferrand, Martín (1998), *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, FCU (segunda edición actualizada), pp. 91 y ss. Risso Ferrand, Martín (1994-1995), "Constitucionalidad del artículo 4 de la ley 15.859", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, N° 63-66, p. 431.

## Marco conceptual

Para abordar el tema con el enfoque mencionado es importante determinar en qué marco cultural (cultura jurídica) nos movemos y, en este sentido, podemos establecer algunas bases seguras:

1. Los derechos humanos se han transformado en el centro del ordenamiento jurídico, en su médula. Hoy los derechos humanos son: (a) el puerto de partida de todo razonamiento jurídico (ninguna interpretación es válida si no se determina previamente cuáles son los principios constitucionales y valores fundamentales en juego y se les pondera adecuadamente antes de pasar a la hermenéutica infraconstitucional); (b) compañero de ruta para el intérprete, pues durante su labor siempre se encontrará iluminado e identificado con dichos valores y derechos superiores; y (c) puerto de destino, ya que no es admisible una interpretación del orden jurídico infraconstitucional si las consecuencias de dicha hermenéutica no condicen con dichos valores y derechos fundamentales.
2. Los derechos humanos (o fundamentales o esenciales o como prefiera denominárseles) se encuentran establecidos en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta doble regulación conforma un “bloque de derechos”<sup>12</sup>, de similar jerarquía jurídica, aunque diversa fuente normativa (unos son de fuente interna –constitucional– y los otros de fuente internacional), se rige internamente por la “directriz de preferencia de normas” que postula que en caso de diversa regulación de un derecho, garantía o principio, por dos o más

<sup>12</sup> Risso Ferrand, Martín (2010), *¿Qué es la Constitución?* (Montevideo, Editorial. Universidad Católica del Uruguay). Risso Ferrand, Martín (2011), “¿Qué es la Constitución?”, en *Algunas garantías básicas de los derechos humanos* (Montevideo, Editorial Universidad Católica del Uruguay, segunda edición), p. 110.

normas del bloque, la discordancia no se resuelve privilegiando las normas de cierta fuente normativa, sino aplicando la norma que mejor y con mayor amplitud y eficacia protege el derecho en juego, independientemente de su fuente normativa. La Suprema Corte de Justicia, por sentencia N° 365, de octubre de 2009, adhirió a esta posición<sup>13</sup>.

3. El concepto de Constitución también ha sido objeto de cambios importantes. Desde la noción de Constitución como “código político”, acaso la primera noción relevante que se manejó, pasando por el reconocimiento de la Carta como norma jurídica (la de superior jerarquía) y llegando a la Constitución como “código de valores”, se advierte:
  - a) Una profunda revisión del rol de la Constitución como “límite”<sup>14</sup> frente a los actos de los poderes constituidos (en especial a los poderes políticos), ya que no solo se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por ejemplo, si encuentra una prohibición expresa en la Carta, sino que el análisis de la constitucionalidad del ordenamiento inferior se amplía: (i) a los efectos de comprobar, entre otras cosas, que el legislador cumpla con los fines y valores constitucionales desarrollando y permitiendo su desarrollo; (ii) para analizar la proporcionalidad de la legislación que limita derechos humanos (esto es, verificando la idoneidad y necesidad de la restricción y realizando un juicio de ponderación a los efectos de determinar la pertinencia constitucional de la restricción); y (iii) determinando que el juez avance en los derechos y valores implícitos en el ordenamiento

<sup>13</sup> Risso Ferrand, Martín (2010), “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, *Revista Estudios Jurídicos*, N° 8, Ediciones Universidad Católica del Uruguay, pp. 301-323.

<sup>14</sup> El indispensable rol contra mayoritario que debe presentar toda Constitución para ser tal. Chemerinsky, Erwin (2006), *Constitutional Law, Principles and policies* (New York, third edition, Aspen Publishers), pp. 6 y ss.

controlando la compatibilidad de los actos inferiores conforme estos parámetros. O sea, un cambio importante en el rol tradicional de la jurisdicción constitucional en América Latina.

- b) También se aprecia un avance en el proceso de aceptación de la noción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento inferior. Pese a que los fundamentos de la inconstitucionalidad de los actos inferiores (infracción directa o positiva a la Carta) son similares a los que corresponde utilizar para determinar la inconstitucionalidad de las omisiones del ordenamiento inferior, la aceptación de esta variante fue mucho más lenta<sup>15</sup>. Recién en el último cuarto del siglo XX aparecen normas constitucionales en Europa que refieren a este tema y en Latinoamérica, sin perjuicio de que el actual artículo 332 de la Constitución uruguaya proviene con similar texto de la reforma de 1942, el tema debe ser considerado en cierta forma como reciente. Han sido justamente los derechos humanos los que han dado decidido impulso a esta forma de defender la Constitución y han impulsado a los jueces, constitucionales y ordinarios, a recurrir a medidas novedosas para la protección de los derechos humanos ante la omisión o lentitud del gobierno. Sectores conservadores han visto este proceso con temor, como un avance del Poder Judicial sobre los poderes políticos (con invocaciones al mítico “gobierno de los jueces” y a un supuesto activismo judicial), sin advertir todavía que, cuando se defienden y tornan efectivos derechos humanos olvidados por el Ejecutivo y el Legislativo, lejos de ingresar en la arena política los jueces cumplen su tradicional función de defensa de los derechos vulnerados en estos casos por la omisión de los otros poderes.

---

<sup>15</sup> Risso Ferrand, Martín (2006), *Derecho Constitucional* (Montevideo, Editorial FCU, Tomo I), pp. 237-264.