



Responsabilidad civil de los Funcionarios Judiciales - Los jueces

Autor: Tulio Ricardo Canil

ABOGACÍA

2014

ÍNDICE

• Resumen	6
• Abstract	7
• Introducción	8
• Capítulo I: Nociones conceptuales	11
1. Introducción	11
2. Funcionario público	11
2.1. Concepto. Noción.....	11
3. Funcionario judicial	12
3.1. Concepto.....	12
4. Responsabilidad civil de los funcionarios	13
4.1. Breve reseña.....	13
4.2. Concepto.....	14
4.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del funcionario público.....	14
4.4. Condiciones.....	15
4.5. Responsabilidad civil de los funcionarios judiciales. Análisis.....	15
4.6. Fundamento de la responsabilidad civil.....	17
4.7. Regulación legal. El artículo 1112 del Código Civil.....	17
4.7.1. Funcionarios públicos.....	17
4.7.2. Funcionarios judiciales.....	19
4.8. Posiciones a favor y en contra de la responsabilidad.....	20
4.8.1. Tesis de la irresponsabilidad.....	20
4.8.2. Tesis de la responsabilidad.....	20
4.8.3. Tesis intermedia.....	21
5. Antecedentes históricos	22
5.1. En Roma.....	22
5.2. En España.....	23
5.3. En Francia.....	24

5.4. En Italia.....	25
• Capítulo II: Responsabilidad civil de los jueces. Presupuestos	27
1. Introducción.....	27
2. Presupuestos.....	27
2.1. Daño resarcible.....	27
2.2. Relación de causalidad.....	28
2.3. Antijuridicidad.....	29
2.4. Factor de atribución.....	30
2.4.1. Concepto.....	30
2.4.2. Factor subjetivo u objetivo en la responsabilidad civil.....	31
2.4.3. Factor subjetivo de los jueces. Distinta opiniones.....	31
2.4.4. La “culpa” en los funcionarios judiciales.....	32
3. Eximentes.....	34
• Capítulo III: Conductas antijurídicas: El error judicial	37
1. Introducción.....	37
2. El error judicial.....	37
2.1. Noción.....	37
2.2. Concepto.....	37
2.3. Caracterización.....	38
2.4. Derecho comparado. España.....	39
2.4.1. Concepto y caracterización.....	39
• Capítulo IV: Prisión preventiva. Responsabilidad civil de los jueces.....	43
1. Introducción.....	43
2. Prisión preventiva.....	43
2.1. Concepto. Nociones.....	43
2.2. Fundamento de la indemnización al damnificado.....	44
2.3. Responsabilidad civil en la prisión preventiva.....	44

2.4. Responsabilidad civil del juez en la prisión preventiva.....	46
2.4.1. Derecho comparado. España.....	46
2.5. Prisión preventiva en la actualidad.....	47
• Capítulo V: Obstáculos procesales.....	49
1. Introducción.....	49
2. Competencia.....	49
3. La cosa juzgada.....	49
3.1. Concepto.....	49
4. El desafuero ¿es necesario para la responsabilidad civil?.....	52
4.1. La inmunidad de los jueces.....	52
4.2. Fuente de la doctrina.....	53
4.3. Doctrina y jurisprudencia. Evolución.....	54
5. Desafuero a nivel provincial.....	57
5.1. Constituciones provinciales. Breve referencia.....	57
5.2. Provincia de Córdoba.....	60
6. Prescripción de la acción.....	61
7. Conclusión.....	62
• Capítulo VI: Derecho comparado y el Nuevo Proyecto del Código Civil.....	64
1. Actualidad en el derecho comparado.....	64
1.1. Breve referencia.....	64
1.2. España.....	64
1.3. Francia.....	65
1.4. Italia.....	66
2. El Nuevo Proyecto del Código Civil. Reflexión.....	67

2.1. Noción.....	67
2.2. Doctrina. Posturas.....	68
2.3. Nuestra opinión.....	69
• Conclusión final	71
• Referencias bibliográficas	73

- **RESÚMEN**

El presente trabajo comprende un análisis sobre la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales y su principal enfoque está dedicado a la problemática que presenta demandar a los jueces cuando incurrieren en una actuación irregular en su función, y que por ella resulten damnificados las partes interesadas o terceros. Dicha responsabilidad ha ido evolucionado en la doctrina y jurisprudencia, pero no sucede lo mismo con la legislación. A lo cual, a pesar de dicho avance, existen obstáculos que hacen casi imposible acudir a la vía civil para intentar una reparación por responsabilidad de los jueces y por ello, los damnificados prefieren accionar contra el Estado en lugar de los funcionarios. A lo que no está en discusión a quién pueden preferir demandar, pero sí es necesario identificar y dejar claro que si el verdadero responsable de causar el daño es el funcionario, él debe responder y no siempre sea el Estado el que responda por todas las irregularidades causadas por los mismos.

- **ABSTRACT**

This includes an analysis on the civil liability of judicial officers and their main focus is dedicated to the issues presented when judges sue, incur an uneven performance in his role, and that it affected the result or third parties . This responsibility has evolved in the doctrine and jurisprudence, but not so with the legislation. To which, despite this progress, there are obstacles that make it nearly impossible to go to the civil courts to try a remedy for accountability of judges and therefore prefer the victims sue the state instead of officials. To which it is not in discussion who may prefer to sue, but you need to identify and make clear that if the true responsible for causing the damage is the official, he should respond and not always state the answer for all irregularities caused by them.

• INTRODUCCION

La mayoría de la doctrina define al funcionario público, pero no sucede lo mismo con el funcionario judicial, aunque no es difícil llegar a un concepto. Como sabemos, el funcionario judicial es un funcionario público y si el concepto es estructurado con las reglamentaciones orgánicas del Poder Judicial, se pueden encontrar las características que lo definen como tal y así diferenciarlo de los demás funcionarios públicos.

Entre tantos conceptos generales de funcionario público, Bielsa expone una definición precisa y completa:

Funcionario público es aquél, que por una legislación especial y legal, ya sea por elección, concurso o decreto y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una limitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social (Altamira, 1971, p. 587).

Si extraemos este concepto y las analizamos en conjunto con las leyes orgánicas del Poder Judicial, se puede afirmar que funcionario judicial es aquella persona designada por concurso de acuerdo a la legislación especial y legal, para cumplir sus funciones de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas, con competencia jurisdiccional y cumpliendo con el fin público de administrar justicia.

El presente trabajo tratará la problemática de la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, en especial la de los Jueces por ser en muchos casos y así lo plantea la doctrina y jurisprudencia, responsables del mal funcionamiento de la justicia y en consecuencia generadores de causar daños y perjuicios a los interesados de la decisión o terceros.

Es importante tener en cuenta la función preventiva y reparadora que tiene la responsabilidad civil, y que no hay mejor remedio para quien sufre un daño saber que quién se lo ha causado se lo va reparar.

En cuanto a los Jueces, existe una situación especial y discutida por la doctrina, con respecto al cargo y la investidura que detentan, siendo a veces difícil identificar si tiene que

haber primero una destitución del cargo o si se puede demandar directamente por responsabilidad civil.

Para asumir el cargo de Juez, se debe concursar con otros profesionales de derecho y se supone que los nombrados son los más idóneos en la materia, pero a pesar de ello, no se debe olvidar que como personas son falibles y no están ajenos a cometer errores o fallas propias de los seres humanos, o peor aún que los errores y las fallas cometidas sean porque actuaron con malicia, dolo o culpa.

En el primer capítulo definirá a los funcionarios públicos y los judiciales, para así poder lograr un encuadre conceptual técnico del funcionario. Una vez identificados estos conceptos se analizará la responsabilidad civil en su parte general junto al régimen jurídico referido a los funcionarios y en el final se hará una breve mención de los antecedentes históricos que tuvieron implicancia en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez identificado conceptualmente los funcionarios y la responsabilidad civil, en el segundo capítulo se describirán cuáles son los presupuestos necesarios para que tenga lugar una correspondiente demanda. Toda responsabilidad civil necesita un daño, un nexo causal, una conducta antijurídica y un factor de atribución para así configurarse el tipo de responsabilidad. Como así también, los eximentes de responsabilidad aunque estén presentados todos los presupuestos.

En el tercer capítulo, se analizará una de las conductas antijurídicas que se manifiestan en el incumplimiento de la funciones. Ella es el error judicial, que en el momento que existe es importante investigar si se trata de un error por falla de la justicia como sistema, en el cuál será el Estado el que deba responder; o si es un error propio del funcionario que no fue diligente, actuando con culpa o con dolo en caso que exista malicia y teniendo en cuenta los aportes del derecho comparado.

El capítulo cuarto, estará dedicado al instituto de la prisión preventiva enfocado desde el punto de vista de la responsabilidad civil, ya que dicha medida cautelar si fue dictada de manera irregular, infundada y arbitraria puede generar importantes daños a los damnificados, a lo cual la doctrina nacional y el derecho comparado no han sido ajenos con sus aportes.

En el capítulo quinto, en su abordaje se analizará el proceso, pero referido más precisamente a las cuestiones procesales que pueden presentarse cuando un damnificado intente demandar a un juez. Dichos obstáculos o “escudos funcionales” como la mayoría de la doctrina lo llama, los representan el instituto de la cosa juzgada, la necesidad del desafuero y la suspensión de la prescripción.

El capítulo sexto tendrá una mirada por el derecho comparado y su evolución, tomando como referencia al sistema jurídico de España, Francia e Italia. Y por último, se expondrá una reflexión del nuevo Proyecto del Código Civil con sus diferentes posturas a favor y en contra expresando nuestra opinión.

Conforme a lo expuesto, realizando una exploración, descripción e indagación de los temas que se plantearán en los capítulos mencionados y relacionándolos con el tema principal objeto de estudio responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, será interesante ver cuáles son las diferentes posturas en doctrina y jurisprudencia de acuerdo a lo que la legislación predetermina, como así también las soluciones que exhiben al problema planteado.

- **Capítulo I: Nociones Conceptuales**

1. Introducción

Antes de analizar el concepto de funcionario público, se debe definir a la función pública. Este concepto se relaciona con cumplir, ejecutar o realizar una actividad, la cual cuando es desarrollada por los órganos del Estado dicha función se denomina pública o estatal. En este sentido, la doctrina ha definido a la función pública como toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un determinado fin (Diez, 1980). En un Estado de Derecho la función pública es desarrollada por los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y los sujetos que las realizan son los que se denominan funcionarios públicos. Estos últimos, son personas a quienes el Estado les confiere una serie de atribuciones para desempeñar el cargo en el que han sido designados.

Toda función pública implica atribuciones concedidas y delimitadas por el derecho, y son esos límites los que definen la “competencia” del funcionario público. Estos últimos expresan la voluntad de la persona física que representan, imputándose así las consecuencias de sus actos a esos mismos organismos. Cuando el funcionario excede los límites de su función es la persona física, es decir el mismo funcionario, quien debe responder personalmente por las consecuencias de sus actos.

2. Funcionarios públicos

2.1. Concepto. Noción

Siguiendo la doctrina, Gordillo hace una distinción de lo que es “funcionario público” y “empleado público”, ésta era una distinción tradicional y se utilizaban criterios como la remuneración o la jerarquía administrativa del puesto. La diferencia radica que cuando el funcionario *decide* representa la voluntad del Estado, por el contrario cuando el empleado *ejecuta*, realiza comportamientos materiales para cumplir las decisiones de los funcionarios. (1999).

La crítica a esta aproximación conceptual radica en que existe muy poco sustento jurídico y real en cuanto a la distinción en la función de decidir o ejecutar, como por ejemplo el

Presidente de la República, el cual tiene funciones de decidir dando órdenes o ejecutando actos materiales como sería asistir algún acto, exponer un discurso, inaugurar obras, etc. De igual manera sucede con un agente de policía, que actúa como “funcionario” cuando por ejemplo: ordena la detención de un sospechoso, cuando ordena el tránsito, etc.; pero actuaría como “empleado” cuando debe trasladar presos a tribunales, o en las actividades administrativas de oficina, etc.

Con respecto a la distinción de la doctrina y como se analizará en la legislación, no tiene sustento real, ya que no nos permite diferenciar en distintos tipos de agentes del Estado, sino, distintos tipos de actuaciones que dichos agentes tienen, que menos aún son jurídicamente interesantes de diferenciar. (Gordillo, 1999).

Un concepto más técnico y derivado de la normativa legal es el artículo 1112¹, el cual define al funcionario público como toda persona física que en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente ejerce una función o empleo estatal cualquiera sea su jerarquía (Pizarro, 2011; Bustamante Alsina, 1998).

Para Rafael Bielsa, funcionario público es el que en virtud de legislación especial y legal (elección, concurso, decreto) y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social. (Altamira, 1971, p. 587).

3. Funcionario Judicial

3.1. Concepto

En nuestro país al adoptar el sistema republicano de gobierno se ha organizado por medio de la división de los poderes del Estado. En cada uno de ellos los diferentes tipos de funcionarios públicos desempeñan sus atribuciones. Los funcionarios judiciales son una especie dentro del género que son los funcionarios públicos. Se puede señalar que ante la necesidad de justicia en una sociedad, la función judicial responde con el servicio de

¹ Artículo 1112 del Código Civil.

prestación de justicia. Según nuestra Constitución Nacional, la función judicial es ejercida por La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás Tribunales inferiores. En igual sentido se expresa en la provincia de Córdoba según el artículo 152², en la que se divide entre el Tribunal Superior de Justicia y los demás tribunales de la provincia.

A los fines de dar un concepto de funcionario judicial se puede decir, que es aquel que tiene a su cargo el ejercicio de la prestación del servicio de justicia por parte del Estado, derecho que es constitucionalmente previsto para los habitantes de la Nación y que se vuelve una obligación para el funcionario. Se puede señalar como característica que es el único poder profesionalizado, ya que para el nombramiento del funcionario judicial se requiere tener el título de abogado (art. 158 CP³ y art. 111 CN⁴). Además se puede señalar que el artículo 154 de la Constitución de Córdoba prevé que los magistrados y los demás funcionarios judiciales son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta.

4. Responsabilidad civil de los Funcionarios

4.1. Breve reseña.

Decía hace años Alfredo Orgáz que cuando lo que uno dice no concuerda con lo que uno hace, prevalece siempre esto último. Su reflexión, irrefutable por cierto, plenamente encuadra con el tema que abordamos en este trabajo.

La responsabilidad del funcionario público entre nosotros sólo ha merecido consagración efectiva, real y perceptible en el plano de las declamaciones de los inagotables debates doctrinarios que se han gestado en derredor suyo y al marco normativo aplicable. No es así en el terreno de sus aplicaciones concretas, ámbito en el cual se pone al desnudo nuestra cruda realidad, caracterizada por todo lo contrario a lo que se proclama.

La responsabilidad del funcionario público es en los hechos una quimera, fácilmente comprobable por la escasez de resoluciones judiciales al respecto. Hay algo aún más perverso: los pocos casos de responsabilidad de los funcionarios públicos que suelen alcanzar efectiva concreción, no involucran por lo general a los más encumbrados, muchas veces “aves de paso”

² Artículo 152 de la Constitución de Córdoba.

³ Artículo 158 de la Constitución de Córdoba.

⁴ Artículo 111 de Constitución Nacional.

en la administración pública, que suelen sentirse inmunes (o peor aún impunes) por las consecuencias de su accionar. Es un eslabón más dentro de un sistema ferozmente tergiversado, en el cual el ciudadano, el hombre común, es víctima cotidiana. Víctima de quienes en lugar de servirlo se aprovechan de él. Víctima de quienes, estando en la función pública, no muestran el menor interés en controlar lo que otros funcionarios hacen mal, pudiendo y debiendo hacerlo. Víctimas que sufren la condena de resignarse a soportar esta realidad como un mal endémico que nos afecta como sociedad. No se debe luchar contra molinos de viento. Y a quien pretenda hacerlo, le dirán, “en todo caso, vaya a la justicia”, recorra el purgatorio de años de litigio para llegar, en la mayoría de los casos, al punto de partida, más cercano del infierno que del cielo. (Pizarro, 2011, p. 1).

4.2. Concepto.

En lo que se refiere a la función pública, todo funcionario puede verse sometido a diferentes responsabilidades dependiendo de la índole del cargo que ejerce.

Una de ellas es la responsabilidad política, en la cual los funcionarios si ejercen sus funciones con mal desempeño o violando las leyes y la Constitución Nacional pueden ser sometidos a juicio político para su destitución (Bustamante Alsina, 1998).

En cuanto a otras responsabilidades, siguiendo a Bustamante Alsina, encontramos en el orden administrativo una responsabilidad regulada por el derecho público, referida a la violación de deberes impuestos específicamente a la función que desempeñan en su cargo.

Otra responsabilidad, es la penal, en cuanto si existiesen violaciones que configurasen delitos previstos en las leyes o el Código Penal, por supuestos específicos a los funcionarios públicos, como por ejemplo el cohecho, el prevaricato, el abuso de autoridad, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con la función pública, las exacciones ilegales, la denegación y retardo de justicia, etc.

Por último, la responsabilidad civil objeto de estudio del presente trabajo, es regulada para los casos en donde el accionar de los funcionarios ocasionen daños a los sujetos afectados directos o terceros (Bustamante Alsina, 1998).

4.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del funcionario público.

Siguiendo la mayoría de la doctrina y jurisprudencia es coincidente en que la responsabilidad de los funcionarios públicos por daños causados a terceros es de naturaleza extracontractual; por el contrario, cuando el damnificado es el Estado, la responsabilidad es contractual (Pizarro, 2011, Bueres, 2002).

4.4. Condiciones.

Para llegar a configurarse la responsabilidad civil de los funcionarios se deberá tener en cuenta si reúne todas las condiciones que el mismo Código Civil expresa en su artículo 1112.

A lo cual, la primera condición refiere que el agente responsable *sea funcionario público*. Se los considera tal, y ajustando el concepto a los funcionarios tratados en el presente trabajo, los que en forma permanente y remunerada ejercen la función judicial de Jueces.

Estar *en ejercicio de sus funciones* es otra de las condiciones necesarias. Esto significa que debe actuar como “órgano del Estado”. A su vez, existen dos criterios para identificar cuando actúa en ejercicio de sus funciones, uno es el subjetivo, donde se analiza la voluntad o intención para saber si actuó con motivo de la función o con finalidad de cumplir la función. Y por otro lado, el objetivo en el cual se analiza la apariencia externa del acto o hecho buscando conocer su naturaleza.

Otra condición ineludible, es la existencia de un *cumplimiento irregular de las obligaciones legales*. Tal condición se da cuando toda función está reglada o reglamentada, si no fuere de ese modo, no podría existir incumplimiento alguno.

Finalmente, para completar las condiciones, es necesaria la existencia de *culpa del funcionario*, de lo contrario, no habría cuasidelito y por consiguiente responsabilidad del funcionario (Bustamante Alsina, 1998).

4.5. Responsabilidad Civil de los funcionarios judiciales. Análisis.

Antes de entrar al análisis en profundidad de la responsabilidad de funcionarios judiciales, es necesario hacer referencia a lo que es antes que todo, la responsabilidad de los funcionarios públicos. Su importancia se refleja en que los funcionarios deben responder por los daños causados que puedan llegar a generar con su actuar negligente o arbitrario, y

que sirve para fijar límites concretos y por supuesto afirmando la función preventiva (Gordillo, 1999).

Como bien explica Hauriou, “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de la administración pública de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si desde un punto de vista administrativo puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor remedio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios” (Gordillo, 1998, p. XVIII-2).

En cuanto, a la responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales es importante tener en cuenta que no se debe confundir con la responsabilidad del Estado por error judicial. Como se analizará en este trabajo, tiene fuerte vinculación con el error judicial y con la responsabilidad profesional.

Se entiende responsabilidad profesional, porque el poder judicial es el único poder del Estado que está integrado casi en su totalidad por profesionales del Derecho, aunque es una responsabilidad que ante los damnificados se presenta como extracontractual y sólo es contractual cuando está frente al Estado, al cual como sabemos se encuentra ligado por una relación orgánica fundada en un empleo especial como es el caso de los magistrados.

Dicha responsabilidad jurisprudencialmente tiene muy pocos antecedentes, ya que como se mencionó párrafos anteriores, los damnificados prefieren accionar contra el Estado antes que el funcionario, y una de las razones es que la responsabilidad del Estado es objetiva mientras que la personal de un juez es subjetiva y con ello se invierte la carga de la prueba (Bueres, 2002). Como así también por las vallas y obstáculos, entre ellos la “cosa juzgada”, la “inmunidad” o “escudo funcional” y la “prescripción”, que de hecho se presentan y convierten en inalcanzable pero no imposible que los culpables respondan por su ejercicio irregular en sus funciones (Alfonso, 2006).

4.6. Fundamento de la responsabilidad civil.

En la responsabilidad civil de los funcionarios, debe haber un fundamento para imponerla como sucede con los distintos tipos de responsabilidad civil que nuestro ordenamiento jurídico expresa.

En cuanto a los funcionarios públicos, se encuentran diferentes criterios, uno es el del reconocido autor Bielsa, cuando expresa que la responsabilidad civil de todo funcionario “es una consecuencia lógica del principio representativo fundado en la soberanía del pueblo, del cual los gobernantes por él elegidos o designados son sus mandatarios, agentes o gestores” (Pizarro, 2011, p.5). Aunque su fundamento es firme, el presente expositor lo considera un criterio restrictivo, porque no todos los funcionarios públicos son elegidos por el pueblo, tal es el caso de los funcionarios judiciales de nuestro país que deben concursar para ser nombrados en los diferentes cargos judiciales.

Por otro lado, el criterio de la doctrina dominante, encuentra el fundamento mediato en los principios del Estado de Derecho que están comprendidos en nuestra Constitución Nacional y que son todos aquellos principios que permiten afianzar la seguridad jurídica y libertades públicas. Esto significa que el Estado es responsable por los daños que causa y es distinta la solución cuando son los funcionarios los causantes de daños (Pizarro, 2011).

Es el criterio que sigue este autor, ya que no parecería justo y equitativo que los funcionarios puedan cubrirse bajo el manto del Estado para que éste sea siempre al final el que termine resarcando los daños producidos por ellos.

4.7. Régimen legal. El artículo 1112 del Código Civil.

4.7.1. Funcionarios públicos.

Como en toda responsabilidad civil y tal como se expresó anteriormente en las condiciones, es necesaria la existencia de una regla para que se configure un incumplimiento. Por supuesto que los funcionarios públicos tienen la suya y está expresada en forma general en nuestro Código Civil.

Dicha regla es establecida por el régimen legal del artículo 1112⁵, el cuál expresa: *“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en la disposiciones de este título”*.

Este artículo, a pesar que Vélez Sarsfield es claro en lo que expresa, la doctrina ha hecho notar que tiene un problema en cuanto a su existencia con respecto al artículo 1109⁶; éste último referido *“al que por su culpa o negligencia cause un daño a otro”*. A lo cual, ha surgido el interrogante, de cuál sería la justificación de la existencia del artículo 1112 si ya el artículo 1109 expresa que todo aquél que causa una daño, debe repararlo?

Como expresa Machado, en el artículo 1112 están contemplados individuos no comprendidos en el artículo 1109, éste último en su naturaleza genérica contemplaría a todos los sujetos que cometan un daño por su culpa (Gordillo, 1999).

Importante destacar, que la fuente utilizada por nuestro codificador ha sido AUBRY et RAU, citados en el artículo 1112. Ellos explican que la responsabilidad del funcionario en el mencionado artículo está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por esa razón no se excluye a los funcionarios (Bustamante Alsina, 1998; Gordillo, 1999).

Si la responsabilidad de los funcionarios públicos se halla comprendida en la disposición del artículo 1112, ¿qué explicación puede darse a la circunstancia de que Vélez Sarsfield hubiera concluido en el artículo del código poco después de este ultimo articulo e inmediatamente antes del artículo 1113, que legisla sobre la responsabilidad indirecta por el hecho del otro? En Francia tendría una justificación suficiente en la circunstancia de que por el artículo 75 de la Constitución del año VIII los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; de allí AUBRY et RAU explicasen en aquellos términos que los funcionarios públicos se hallaban comprendidos en el artículo 1382, equivale a nuestro artículo 1109. Por el contrario, en nuestro país, quedaban sólo dos explicaciones posibles; o afirmar el mismo principio de responsabilidad del artículo 1109 referido también a los funcionarios públicos, o atribuirle un significado especial, convirtiéndolo en un nuevo artículo dotado de contenido y efectos propios (Bustamante Alsina, 1998, p. 487).

⁵ Artículo 1112 del Código Civil.

⁶ Artículo 1109 del Código Civil.

La posición de Bustamante Alsina, refiere a que la responsabilidad que prescribe el artículo 1112 tienen sentido y alcance propio, ya que son cuasidelitos que solamente los funcionarios pueden cometer por la función que ejercen y ese cuasidelito está precedido por un hecho dañoso cuando el funcionario actúa con culpa.

Las condiciones en que se puede dar la responsabilidad son diferentes, dependiendo de la función del autor del cuasidelito, ejemplo de ello, un médico, abogado, arquitecto, etc.; es decir, están sometidos a la responsabilidad general del artículo 1109. Pero en cuanto a sus diferentes profesiones se produce un cambio en la responsabilidad, la misma tiene deberes especiales, por eso encontramos diferencia en la valoración de la culpa.

Lo mismo ocurre con los funcionarios públicos, en cuanto personas de derecho tienen aptitud genérica para ser imputados por los daños que causen a otros, según lo prescribe el artículo 1109; pero como funcionarios tendrán una responsabilidad especial por los cuasidelitos que cometan en sus funciones y estarían comprendidos en lo previsto por el artículo 1112 del Código Civil (1998).

4.7.2. Funcionarios judiciales.

En cuanto a los funcionarios judiciales, no cabe duda que la disposición contemplada en nuestro Código Civil por el artículo 1112 le es aplicable, ya que en definitiva son funcionarios públicos. Siguiendo esta temática, es indispensable dedicarse al análisis de dicho artículo en los casos en donde los jueces son personalmente responsables por causar daños a las partes o terceros, en el ejercicio irregular de sus funciones de administrar justicia, actuando con culpa o dolo (Mosset Iturraspe, 1986; Bustamante Alsina, 1998).

Por el contrario, los funcionarios no son responsables si el daño causado es en ejercicio regular de sus funciones. Así también, hay que tener en cuenta que si su actuar negligente o culposo se da fuera del ejercicio de sus funciones deberán responder por el principio general de responsabilidad subjetiva contemplado en el artículo 1109 tal como se analizó en el punto anterior (Bustamante Alsina, 1998).

Otra cuestión, tiene que ver con el deber de reparar de los jueces y funcionarios judiciales, por tener una marcada vinculación con la responsabilidad profesional, ya que el Poder

Judicial es el único poder del Estado que está integrado casi en su totalidad exclusivamente por profesionales del derecho (abogados), a lo cual se supone que son los más idóneos en el ejercicio de la función (Bueres, 2002).

4.8. Posiciones a favor y en contra de la responsabilidad

Así como en la responsabilidad del Estado encontramos posturas encontradas sobre si debe ser responsable o no; también en el ámbito de la responsabilidad profesional sobre los jueces hay posiciones diferentes sobre si deben o no ser responsables por su actividad.

4.8.1. Tesis de la irresponsabilidad

Una postura, es la seguida por el *common law* y con tendencia expansiva, defiende la inmunidad de los funcionarios judiciales, argumentando que la independencia exigiría la irresponsabilidad, en cuanto ésta sería la garantía de la primera, con la justificación que el juez no debe temer ser demandado en un futuro por sus decisiones judiciales. La responsabilidad crearía una natural resistencia al desempeño del cargo de juez (Kemelmajer de Carlucci, 2000).

En la misma línea, la doctrina francesa clásica, con la “negación absoluta” de considerar antijurídicas las decisiones judiciales, argumenta diciendo que el juez es la “mera boca de la ley”, por lo tanto declaran el derecho con fuerza legal y la imposibilidad que las decisiones judiciales sean antijurídicas o puedan atribuir responsabilidad a los jueces. Dicha posición, considera al juez en un estadio mayor de la actividad de la ley y por lo tanto no podría producir daño alguno que sea injusto (Alfonso, 2006).

Como así también, no es posible admitir un nuevo proceso en el que se ponga en tela de juicio el fallo que ha quedado firme y es ejecutable (Bueres, 2002).

Y finalmente, otros de los argumento se refiere a la falibilidad humana y determina que los errores son inevitables, por lo que su régimen debería ser el del caso fortuito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 514 del Código Civil (Bueres, 2002).

4.8.2. Tesis de la responsabilidad

En esta segunda posición, opinan que se debe dar lugar a la responsabilidad. El argumento de la resistencia no es definitivo, cualquier actividad desempeñada con culpa o negligencia conlleva la responsabilidad; no hay razón por la cual los jueces estén exentos de ella.

El hecho de que existan en el sistema previsiones a los fines de evitar que se ocasionen daños, no significa que sea justo que si dicho sistema funciona mal y la prevención fracasa, una vez causados los daños deban ser soportados por la víctima.

En cuanto a la falibilidad humana, está presente en toda actividad, por lo que no se comprende cuál es la razón que justifica que los jueces no deben responder por los daños causados y sí respondan los funcionarios de otras funciones de la misma o mayor jerarquía (Bueres, 2002).

Esta teoría, también es expuesta como “posición moderna”, ya que es la imperante en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos al dejar de lado absolutamente la irresponsabilidad tanto del Estado como de los jueces por los daños que llegasen a causar por su actividad jurisdiccional. Así también dejando abierta la vía constitucional y legislativa en la responsabilidad del Estado por el accionar de sus órganos, magistrados o funcionarios, sin descartar la responsabilidad directa de éstos últimos (Alfonso, 2006).

4.8.3. Tesis intermedia

Finalmente, la postura intermedia, que ha exhibido un carácter expansivo, postula la responsabilidad del Estado frente al particular y la personal del Juez sólo frente al Estado. Estamos en presencia de una responsabilidad regresiva, ya que el Estado a partir de haber indemnizado a la víctima, puede dirigirse contra el juez para recuperar lo desembolsado como consecuencia del hecho de éste último, como sucede con el resto de las responsabilidades indirectas, pero vedando la posibilidad de que el particular demande al magistrado (Cappelletti, 1988).

Criterio seguido por la doctrina de la Corte Suprema, sostiene como “verdad legal” su presupuesto en las resoluciones judiciales; sin embargo deja la posibilidad pero de carácter excepcional la antijuridicidad en dichas resoluciones siempre y cuando sea declarada por

otra resolución judicial que será revisora y en la misma se declare la existencia de un error judicial (Alfonso, 2006).

En palabras muy acertadas, Kemelmajer de Carlucci explica que un juez es independiente, pero es responsable de sus actos dentro de sus funciones, y como tal debe explicar dando cuentas de los mismos. Este binomio (dar cuentas, o sea responsabilidad, y poder) viene dado, incluso, desde la mitología. Efectivamente, según Esquilo, la sentencia de Zeus que encadena a Prometeo al tormento perpetuo por dos hermanos, ambos hijos de la fuerza; ellos son el poder y la violencia.

Mientras la violencia está en silencio y solo mira el sufrimiento de su víctima, el poder explica, en términos nítidos y comprensibles, las razones de la condena. El poder, como manifestación de orden civil, da razones de sus decisiones exponiéndose así al disenso. Esta regla vale, con mucha razón, para el Poder Judicial, cuyo objetivo no es sólo punir al reo, o resolver la controversia individual, sino también, con la ayuda de los abogados, dirigir la actividad de los habitantes para reducir la necesidad de intervenciones coactivas (2000).

5. Antecedentes históricos

5.1. En Roma

Siguiendo a Díez Picazo, nos enseña que en el primigenio derecho romano el pretor concedía una acción pretoriana para la responsabilidad civil de los jueces privados, la cual en un principio solo era aplicada en los supuestos de dolo del Juez y luego fue evolucionando afirmando y ampliando su aplicación a los casos de dolo como así también a los de culpa; existiendo así una acción de reparación al perjudicado a título de sanción pecuniaria contra el Juez (Díez Picazo, 1990).

Luego al finalizar el período Republicano y surgiendo el Principado, la magistratura fue en manos de funcionarios imperiales, lo que significo la afirmación de la responsabilidad de los jueces.

En la época de Justiniano permaneció este instituto, al menos formalmente ya que no se ha podido establecer si tuvo efectiva aplicación práctica en dicho período, aunque en el

Corpus Iuris Civilis mencionaba algunos pasajes a la responsabilidad del juez doloso y también refiriéndose a la *imprudencia* como la culpa (Díez Picazo, 1990).

5.2. En España

En la Edad Media, aparece en el Fuero Juzgo la responsabilidad de los jueces por dolo o mal desempeño, lo cual significaba que el damnificado debía ser resarcido del perjuicio sufrido y previéndose, que si el daño causado no podía ser enmendado por el magistrado responsable, éste recibiría una pena corporal de cincuenta azotes.

Mismo temperamento se encuentra en las Leyes de Partidas, las cuáles preveían un resarcimiento para quién fueren damnificados por la actuación de un Juez; y distinguiendo en forma clara los casos donde existía dolo, de los casos de negligencia o ignorancia de derecho. Estableciéndose para los primeros una obligación de enjugar el perjuicio causado y también la pérdida del cargo y la inhabilitación perpetua para el magistrado, y en el segundo caso existía sólo la obligación de resarcir el menoscabo (Alfonso, 2006).

En el Ordenamiento de Alcalá, en la Nueva y Novísima Recopilación se encuentran previsiones sancionatorias para los supuestos de corrupción de los jueces, pero nada se encuentra expresamente respecto a lo que en la actualidad se llama responsabilidad civil, pese a que como vimos anteriormente ya existían en el Fuero Juzgo. Esta omisión, como bien lo expresan algunos autores, se debe a que existiendo la institucionalización del “juicio de residencia”, en el cual los jueces y funcionarios una vez terminada su función deben permanecer por un determinado período en el mismo lugar donde ejercieron dichas funciones (Alfonzo, 2006; Almagro Nosete, 1984).

En el derecho español es tradicional en reconocer formalmente la responsabilidad judicial, aunque con el advenimiento del Estado moderno y la centralización que ello implicaba, es de notar una acentuación de la responsabilidad disciplinaria en detrimento de la civil, por la necesidad estatal de mantener controlada a la judicatura ya que ella significa una manifestación de poder del Estado. Aunque se haya manifestado así y con el advenimiento del constitucionalismo del siglo XIX, tendencia del derecho francés, nunca se llegó a adoptar el sistema continental de inmunidad especial para los jueces como en dicho país (Alfonso, 2006).

Tanto así que las constituciones de 1812, 1837 y 1845 establecían como principio la responsabilidad de los jueces y tribunales; al igual que la constitución de 1869, con la diferencia de que tenía una expresa remisión en materia de responsabilidad judicial, a “lo que determine la ley de Responsabilidad Judicial”, quedando fuera de toda duda el carácter programático y no operativo de la cláusula (Alfonso, 2006).

Finalmente en 1870 se sanciona la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), esta norma establece la responsabilidad civil del juez por “negligencia o ignorancia inexcusable”, dejando fuera a la responsabilidad civil en los casos de culpa leve. Como así también se restringe el derecho de los damnificados a reclamar exclusivamente por los daños objetivos o materiales, siendo interpretada tal limitación como exclusión del daño moral (Alfonso, 2006).

5.3. En Francia

En Francia se registra en la Edad Media un recurso o acción de los jueces en caso de dolo, fraude, negligencia o error evidente. Aún así el principio histórico imperante ha sido la irresponsabilidad de los jueces como también la del Estado por el irregular ejercicio de la actividad judicial. Es recién en 1895 que hay una ruptura del principio con la sanción de una ley que modificó el Código de Instrucción Criminal, la cual preveía una reparación para quienes resultaren damnificados por una sentencia errónea en materia penal (Alfonso, 2006).

En materia civil, el Código de Procedimiento Civil de 1806 existía un instituto por el cual en los casos de actos con dolo de un magistrado se podía demandar formalmente. Aunque en la práctica existían recaudos y filtros que hacían complicado, restrictivo y nada de operativo poder demandar y lograr someter a juicio a un magistrado, por lo que no existen antecedentes de su aplicación.

Posteriormente en 1933 se modifica el Código de Procedimiento Civil, haciendo posible demandar a un juez en los casos de dolo o fraude como así también cuando exista culpa o negligencia profesional grave. El sistema seguía siendo tortuoso, largo y sucedía que en última instancia cuando el juez podía ser juzgado y condenado personalmente era finalmente el Estado quién se hacía cargo de la responsabilidad con derecho a repetir contra

el magistrado. Al igual que años más tarde este mecanismo no funcionó en la práctica dando como resultado que casi no existen casos registrados (Alfonso, 2006).

5.4. En Italia

En este país al igual que Francia imperó el principio general de la inmunidad de los jueces e irresponsabilidad de éstos y del Estado por los daños causados en el anormal funcionamiento de la actividad judicial. Al igual que dicho país existen antecedentes históricos de un inicio y luego una ruptura de este principio a través de la vía de reparación en sede penal. Como fue en el Código Penal de 1786 del Gran Duque Leopoldo de Toscana, en el cual se establecía la creación de una caja especial para los fondos de las condenas para hacer frente a las indemnizaciones de procesados y condenados injustamente (Alfonso, 2006).

Posteriormente en 1819 existe otro antecedente de la creación de una caja especial para indemnizar a los condenados injustamente, como así también hubo proyectos en este sentido a fines del XIX y comienzos del siglo XX; pero es recién en 1913 con la sanción del Código Procesal Penal Italiano que se concreta con un sistema reparatorio, aunque con recaudos restrictivos como es la existencia del error judicial declarado en juicio de revisión. Lo que se destaca de ésta reparación es que no era a título de “derecho”, sino a título de “socorro”, esto significa que de ninguna manera había concedido un derecho a ser indemnizado, sino solo que el Estado asumía el deber de asistencia al condenado por su situación de pobreza a causa de la condena sufrida (Alfonso, 2006).

Por otro lado, desde 1865 desde la sanción del Código de procedimiento Civil, existía formalmente la responsabilidad civil de los jueces aunque con restricciones sustantivas y formales que la hacían inaplicable. En lo sustancial, era que sólo el juez era responsable en caso de dolo, fraude o concusión, o cuando denegaba justicia luego de dos pedidos consecutivos de proveimiento y luego de haber pasado dos meses de cada uno de ellos y en los casos que eran previstos por ley.

En cuanto a lo formal, para la admisibilidad había una especie de antejuicio que se planteaba ante el Tribunal inmediato superior del juez demandado, éste emitía un dictamen

de admisibilidad y bajo liberación secreta. A pesar de lo analizado, por sus restricciones y filtros terminó siendo ineficaz e inaplicable (Alfonso, 2006).

En el siglo posterior, con la sanción de la Constitución Italiana de posguerra del año 1947, el principio general de irresponsabilidad se invirtió a la responsabilidad, pero las restricciones, condiciones y modos de reparación remitían a las leyes generales y así surgieron disposiciones legales que restringieron la amplitud con que estaba tratado el tema.

En breves palabras, el sistema italiano sólo reconocía el derecho indemnizatorio contra el Estado frente al error en materia condenatoria penal pero cuando sea declarado previamente en un juicio de revisión. Aún así es importante resaltar, que hubo un progreso ya que se reconoce un “derecho” al damnificado y no como se vio anteriormente un “deber” asistencial autoimpuesto por el Estado (Alfonso, 2006).

A modo de palabras finales, en el presente capítulo se analizó los conceptos técnicos de funcionario público como el de judicial, de los cuales éstos últimos son objeto de estudio en el tema tratado. Punto aparte se trató la responsabilidad civil, en un primer lugar con términos generales a todos los funcionarios públicos; así partiendo desde lo general a lo particular hasta llegar al análisis específico del funcionario judicial en cuanto a su responsabilidad civil, regulación legal y finalmente antecedentes históricos de los sistemas jurídicos de relevancia para nuestro país. Todo este paso previo de análisis fue necesario para que a continuación, en los capítulos siguientes se trabaje sobre los presupuestos y conductas antijurídicas que existen en la problemática planteada. De esta manera, poder llegar al final de este trabajo analizando y explicando sobre cuáles serán las conductas que se les puede reprimir a un juez y en consecuencia demandarlo, como así también en casos especiales como es la prisión preventiva en el cual los derechos vulnerados y el daño producido es mayor.

- **Capítulo II: Responsabilidad civil de los jueces. Presupuestos**

1. Introducción

En el presente capítulo centraremos el análisis de los presupuestos necesarios para la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, puntualmente los jueces; que en principio son aplicables los presupuestos generales de la responsabilidad civil, ellos son el daño, el nexo causal, la antijuridicidad y el factor de atribución.

Siguiendo a Bueres, es importante reflejar que la responsabilidad del juez es personal, ya que si se tratara de tribunales colegiados cada magistrado responderá por su hecho. En cambio si fuera un daño por una providencia del presidente de Cámara, solo él responderá, y si la decisión que causa el daño fue en disidencia, el miembro disidente no responde (2002).

2. Presupuestos

2.1. Daño resarcible

Para la configuración de la responsabilidad civil, es necesario que el damnificado sufra un daño efectivo, ya que de lo contrario no habría nada por reclamar.

En este sentido, bien lo define Bustamante Alsina, al expresar que “el daño significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)” (1998, p. 169).

En cuanto al daño resarcible, para que éste se configure como tal, deberá ser cierto, personal y tener como consecuencia una lesión a un interés legítimo (Pizarro-Vallespinos, 1999; Bustamante Alsina, 1998).

Los requisitos precedentemente señalados son ineludibles a la hora de configurarse un daño, el primero de ellos referente a la certeza del daño, en cuanto tal deberá tener existencia real siendo constatable su existencia aunque no pueda determinarse con exactitud la cuantía del daño y no habiendo posibilidad de que sea hipotético, posible o supuesto.

Esto no quiere decir, que el daño cierto deba ser únicamente actual, sino que también puede ser futuro pero por supuesto cuando sea verosímil que ocurra. Cabe aclarar que la verosimilitud del daño futuro será solamente de apreciación judicial dependiendo el caso concreto en estudio (Alfonso, 2006).

El segundo requisito, refiere a que el daño debe ser “personal” del accionante, quiere decir esto que sólo la persona que sufre el daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, es quién puede reclamar el resarcimiento correspondiente. A su vez, se debe aclarar que el daño personal puede ser directo o indirecto, el primero se da en los casos en que la víctima del ilícito es el titular del interés afectado; en cambio es indirecto cuando el perjuicio sufrido por el demandante es el resultado de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero (Pizarro-Vallespinos, 1999).

Por último, le requisito de “interés legítimo”, significa que no cualquier interés puede ser adjudicado como daño resarcible, sino que es necesario que dicho interés sea tutelado por la ley siendo un interés jurídico. Por supuesto, que tratándose de intereses lesionados que son contrarios a la ley o ilegítimos no tendrán la protección legal necesaria (Bustamante Alsina, 1998).

2.2. Relación de causalidad

Una vez identificada la existencia del daño, será momento de analizar si dicho daño tiene vínculo o nexo con la conducta desplegada por el sujeto indicado como responsable, siendo así, un presupuesto ineludible si se pretende una reparación del daño.

En una definición más técnica, se entiende a la *relación causal* o *nexo causal*; como “la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado producido” (Pizarro-Vallespinos, 1999, p.94).

A su vez, existe cierta complejidad para identificar los hechos por la existencia de diversas circunstancias que actúan al momento de pretender la reparación del daño y que se deben tener en cuenta, entendiendo por hecho a la modificación o alteración que se da en el mundo exterior en un momento determinado (elemento temporalidad) y en un cierto lugar

(elemento espacial); y como así también, los elementos actuantes que son las personas o cosas que intervienen en el respectivo hecho (Bustamante Alsina, 1998).

La relación causal como presupuesto siempre debe ser analizado en segundo término luego del daño, como bien nos explica Orgaz, “antes de resolver sobre si el daño se debió a la acción culpable de una persona, hay que establecer que fue realmente su acción la que lo produjo” (Pizarro-Vallespinos, 1999, p. 96).

En lo que respecta a la doble función de la relación de causalidad, en primer lugar nos permite determinar la *autoría* cuando la actividad productora del daño es materialmente atribuible al sujeto señalado, conocida como *imputatio facti*. Y en segundo término, se nos presenta la *adecuación*, a través de un predeterminado régimen de imputación, se tienen en cuenta objetivamente los parámetros necesarios para calificar la extensión del resarcimiento (Pizarro-Vallespinos, 1999).

Lo importante a identificar, es que hasta el momento sólo existe un daño cierto, personal y con un interés legítimo; y que hay una relación de causalidad que demuestra la conexión entre el actuar del agente con la consecuencia dañosa sufrida por quien demanda la reparación de dicho daño. Por consiguiente, nada tiene que ver que exista un daño y el resultado de éste sea por la relación causal derivada de la conducta antijurídica del sindicado como responsable.

2.3. Antijuridicidad

Luego de los dos puntos anteriores a modo de ejemplo, una persona damnificada y con los presupuestos del daño sufrido y el nexo causal identificados, ahora se necesitará para poder seguir con la responsabilidad civil analizar y confirmar si la conducta desplegada se manifestó con una acción reprochable por el derecho.

Una clara definición es la de Pizarro: “una acción es antijurídica (ilícita) cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado” (1999, p. 480).

En cuanto a la acción se la debe interpretar como el comportamiento humano, ya sea tanto comisivo como omisivo que en el mundo exterior provoca un resultado. En esta acción mencionada no es prescindible el elemento voluntad, solo se necesita que refleje su

personalidad quién causa el daño. Significa, que están comprendidos en la acción los actos habituales e instintivos, y a su vez aislados los actos reflejos, los actos del estado de inconsciencia y los que derivan de una fuerza irresistible (Pizarro-Vallespinos, 1999).

Otro punto de vista referido al acto antijurídico es el criterio clásico en el cual para que éste exista tiene que tener un elemento objetivo que sería el daño causado y otro elemento subjetivo configurado por el dolo, culpa o negligencia, todo ello con sustento en la norma legal del artículo 1067⁷.

Siguiendo este criterio, se interpreta que para poder hablar de ilicitud es requisito ineludible la violación a una norma jurídica, de acuerdo al artículo 1066⁸; y si así no fuere no habría transgresión a una norma objetiva y por consiguiente nos encontraríamos en el campo de lo permitido de acuerdo al principio liberal del artículo 19⁹ de nuestra Carta Magna (Alfonso, 2006).

En cambio la antijuridicidad en una visión moderna ha permitido traspasar lo conceptual referido a lo ilegal o ilícito, como bien lo explica Mosset Iturraspe, en el derecho civil se aceptan infinitos supuestos que generan responsabilidades los cuales sería imposible de prever en las normas existentes. Kemelmajer de Carlucci y Carlos Parellada como sostenedores de éste criterio moderno, entienden la conducta antijurídica a la que lesiona un derecho objetivo con un enfoque totalizador y superador en cuanto a la cantidad de normas positivas las cuales representan distintos principios, rango y valores manejadas por los representantes teniendo como fin último hacer prevalecer la justicia (Alfonso, 2006).

Siguiendo al autor citado Alfonso, “si lo *justo* que manda el derecho es indemnizar a la víctima por el daño causado, lo *injusto*, y por ende lo *antijurídico*, es la conducta que lo provocó y la ausencia de reparación” (2006, p. 57).

2.4. Factor de atribución

2.4.1. Concepto

⁷ Artículo 1067 del Código Civil.

⁸ Artículo 1066 del Código Civil.

⁹ Artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por último, para completar la responsabilidad civil, se encuentra el presupuesto factor de atribución y haciendo una apreciación más clara siguiendo con el ejemplo del punto anterior se puede afirmar que la persona que sufrió el daño está cerca de la reparación, ya que el sujeto que causó el daño infringió una norma del ordenamiento jurídico y solo resta analizar la cuantía para dicho reproche.

Siguiendo a Pizarro en este punto, conceptualiza al factor de atribución como “*el elemento axiológico o valorativo*, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona” (1999, p. 602).

A su vez, existe la clasificación según el factor de atribución sea subjetivo u objetivo; en el primero de ellos se encuentra el *dolo* y la *culpa*, en cambio en los factores objetivos se encuentran el *riesgo creado*, la *garantía*, el *deber de cuidado* y la *equidad* (Pizarro-Vallespinos, 1999).

2.4.2. Factor subjetivo u objetivo en la responsabilidad civil de los jueces

Existen divergencias doctrinarias en cuanto al factor de atribución que le corresponden a los jueces; por lo que es importante remarcar que a partir de la reforma del Código Civil del año 1968 y sobre el artículo 1113¹⁰, no hay discrepancia de criterios acerca de los dos sistemas de atribución de responsabilidad que le corresponden a nuestro ordenamiento jurídico, uno de ellos el clásico o subjetivo basado en el dolo y la culpa, y el otro moderno u objetivo, fundado en el riesgo o vicio de la cosa (Alfonso, 2006).

2.4.3. Factor subjetivo de los jueces.

En lo que respecta a los jueces, dándose el caso de ser responsables civilmente, lo serán por ser autores materiales de un ilícito extracontractual y los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa (Pizarro Vallespinos, 1999).

Una vez identificado el dolo y la culpa, se debe tener en cuenta que en principio hay una imputación de primer grado, la cual está estructurada con la voluntariedad del acto donde se determinará si el sindicado como responsable actuó con discernimiento, intención y

¹⁰ Artículo 1113 del Código Civil.

libertad. Luego con la imputación de segundo grado, se debe concentrar en lo reprochable del acto que corresponda a la conducta desplegada y es entonces donde se analizará la gravedad de dicha conducta para determinar si hay dolo o culpa (Pizarro-Vallespinos, 1999).

El *dolo* para que exista, “es suficiente con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido, lo quiera y actúe” (Pizarro-Vallespinos, 1999, p. 606).

En cuanto a la culpa hay que destacar que “es el factor de imputación subjetivo más importante dentro de nuestro derecho privado. A su vez el Código Civil la define implacablemente en su artículo 512, como...la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de la personas, del tiempo y del lugar” (Pizarro-Vallespinos, 1999, p.612).

Por supuesto que, aunque en dicho artículo se hace referencia a la culpa en el incumplimiento obligacional también incumbe cuando se trate de una responsabilidad extrancontractual como es la tratada en el presente trabajo (Pizarro-Vallespinos, 1999).

Luego de la precedente explicación, se puede afirmar que la responsabilidad civil de los jueces siempre tendrá un factor de atribución subjetivo basado en el dolo y la culpa (Alfonso, 2006).

Es importante recordar que los jueces y funcionarios del poder judicial son funcionarios públicos, por lo tanto, la responsabilidad civil está estipulada en el artículo 1112 del Código Civil (Pizarro, 2011).

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, queda claro que el factor de atribución en este tipo de responsabilidad es subjetivo, basado en el dolo o “malicia” y la culpa. Aunque, el artículo 1112 ha dado lugar a diferentes interpretaciones no se duda sobre la subjetividad; por el contrario, si ha habido discrepancias en cuanto a la carga de la prueba. En tanto, una de las posiciones deja asentado que sería la víctima la que tiene la carga de probar si existe culpa en la conducta del funcionario judicial; en contraposición, se sostiene que la prueba del

ejercicio irregular de la función tiene una presunción de culpabilidad, en el cual es el funcionario quién debería probar su falta de culpa (Bueres, 2002).

2.4.4. La “culpa” en los funcionarios judiciales

Merece punto aparte y un análisis “la culpa” de los funcionarios judiciales. Se parte haciendo esta reflexión por el simple hecho de que los funcionarios judiciales pertenecen al Poder Judicial; como ya se afirmó, único poder del Estado en el cuál casi la totalidad de sus integrantes son profesionales del derecho y por esa razón sus capacidades escaparían a las del hombre común medio, por lo tanto su responsabilidad sería también mayor a la hora de responder por sus actos. Cuestión que no deja de reflejarse en la doctrina a la hora de calificar la culpa de los funcionarios.

En la función judicial se afirma que es profesionalizado, ya que para poder ejercerla es necesario contar con el título de abogado, para así responder a la necesidad básica de la sociedad como es impartir justicia. Por lo cual, uno de los factores de atribución por lo que se puede responsabilizar al Estado es la “culpa grave” o dolo, cuando la notoria impericia y el propósito de beneficiar alguna de las partes es manifiesta por parte del juez (Mosset Iturraspe, 1999).

Como apuntó el citado autor marca la “culpa grave”, aunque en los casos en donde es el Estado el responsable por los daños causados; aun así esa imputación de culpa grave podría ser utilizada en la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que el factor de atribución para los funcionarios judiciales es subjetivo basado en el dolo y la culpa.

Kemelmajer de Carlucci, en otra interpretación explica que en el derecho comparado, la solución se asimila, a que los funcionarios de menor jerarquía cumplen funciones regladas teniendo un margen de error menor que los jueces y por lo tanto en éstos últimos por su responsabilidad profesionalizada se puede hablar de “culpa grave”. La apreciación de la culpa debe hacerse con la prudencia debida ya que en realidad la cuestión no sería tanto la gradación de la culpa sino lo inexcusable que es el error; concluye de esta forma porque una apreciación severa de la culpa puede traer como resultado una inmovilización del progreso en la jurisprudencia (2000).

Una vez hecho este breve análisis, y para dejar claro lo que es la culpa en cuanto a los funcionarios judiciales y más precisamente en los jueces, es importante no perder de vista lo que nos indica nuestro cuerpo normativo. Como bien lo desarrolla Bustamante Alsina, “no cabe distinguir la culpa entre grave o leve para asignarle efectos, pues este sistema es extraño a nuestro Código Civil” (Pizarro-Vallespinos, 1999, p. 619). Esto no quiere decir que en la práctica suceda que los jueces apliquen mayor o menor severidad a la hora de juzgar los hechos en donde se configure la culpa, esto por supuesto en el momento de valorar las personas, el tiempo y el lugar determinados en particular, siendo así una culpa grave o leve dependiendo de las diligencias exigidas para cada caso concreto (Pizarro-Vallespinos, 1999).

3. Eximentes

Cuestión que nos se puede obviar y dejar de analizar al momento de intentar demandar a un juez son los eximentes que pueden llegar a existir y que liberan su eventual responsabilidad.

Se lo puede definir como las circunstancias que sobrevienen y afectan algunos de los presupuestos, ya sea con las causas de justificación en la antijuridicidad o en la interrupción del nexo causal o los factores de atribución (Pizarro-Vallespinos, 1999).

En cuanto a los eximentes en la responsabilidad de los jueces, la doctrina es muy coincidente, pero más allá de las posturas el análisis deber ser hecho de acuerdo al caso particular para así tener un mejor resguardo de los derechos de las víctimas y no terminar por dañarlos.

Como ya se vio anteriormente, esta responsabilidad es extracontractual y generalmente es subjetiva. Por lo cual, los eximentes serán el caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima o culpa de un tercero; dichos eximentes están relacionados directamente con la interrupción del nexo causal (Alfonso, 2006).

En los primeros, el caso fortuito o fuerza mayor, como bien lo explica Tawil, habrá que utilizar un criterio restrictivo para interpretar cada caso particular, ya que las con características de imprevisible e inevitable habrá que tener atención y cuidado en no

terminar justificando casos previsibles (Gherzi, 2003). Así también aclarando que no son desplazadas por el carácter objetivo de la responsabilidad Estatal, pues lo dijo Reyes Montreal, “nadie, objetiva ni subjetivamente, debe responder de las consecuencias de un hecho que de ninguna manera le sea imputable” (Gherzi, 2003, p. 83).

Por otro lado, en cuanto a la culpa de la víctima o de un tercero, es sabido que en los procesos judiciales hay diferentes protagonistas que intervienen de manera activa, los cuales pueden obrar con dolo o culpa y podrán eventualmente concurrir con la responsabilidad del juez ya sea de forma total o parcial (Alfonso, 2006); pero en lo que respecta a la conducta de la víctima Tawil nos identifica tres supuestos que operarían como eximentes, el primero de ellos es cuando exista cooperación por parte de la víctima para que se configure el daño, el segundo cuando ésta omitió dar aviso a la contraparte sobre la producción del daño y por último cuando hubiese abstención de la víctima de recurrir a los medios que tenga a su alcance ya sea para evitar el daño o para aminorar su resultado, por supuesto siempre dependiendo de las circunstancias fácticas del caso en particular (Gherzi, 2006).

Otro eximente, que es controvertido en la doctrina, es el llamado por unos el consentimiento de la víctima y que para otros estaría dentro de la culpa de la víctima. Es la utilización de la vías recursivas del derecho procesal que son los remedios que éste le provee a los damnificados para reclamar una sentencia, resolución o acto definitivo que consideren injusto a sus derechos. Una parte de la doctrina entiende, que la no utilización de los remedios procesales impediría el derecho de reclamar posteriormente una indemnización por el daño sufrido; por otro lado y criterio que se comparte, nada tiene que ver la culpa del damnificado con que no utilice dichos remedios ya que podría suceder que sea por causas ajenas a él, como sería en el caso de una mala representación profesional de los abogados, y por esa razón no sería justo que pierda el derecho de reclamar un resarcimiento (Alfonso, 2006; Bueres, 2002).

En palabras finales, una vez identificado quiénes son los funcionarios judiciales, tarea realizada en primer capítulo, se inició el presente capítulo con el propósito de identificar cuáles eran los presupuestos necesarios en la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales; y haciendo un análisis de cada uno de ellos como es el caso del presupuesto del daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y el factor de atribución. Cuestión que en un capítulo posterior de Derecho Comparado se centrará en las diferentes posturas que existen con respecto a los presupuestos. Como así también, se analizó lo que significa que existan eximentes y las consecuencias que ello puede traer a un caso de responsabilidad civil.

- **Capítulo III: Conductas antijurídicas. El error judicial.**

1. Introducción

En el capítulo anterior se analizaron los presupuestos necesarios para poder responsabilizar a los funcionarios judiciales entre ellos los jueces, por lo cual, en el presente capítulo se tratará al “error judicial” como conducta antijurídica, ya que parece ser que las decisiones equivocadas de éstos es un hecho aceptado por los sistemas jurídicos modernos.

2. El error judicial.

2.1. Noción

Antes de entrar en el concepto de error judicial, es importante tener una noción de lo que es la función jurisdiccional, que es donde pueden generarse las conductas que determinen dichos errores.

La función jurisdiccional es la actividad llevada a cabo por los funcionarios judiciales y que tiene como tarea específica de juzgar y la realización del conjunto de actos que son necesarios para llegar a una sentencia. Esto significa, que la sentencia no es la única actividad jurisdiccional, sino también todos los actos realizados dentro de un proceso que tiene una causa y que pueden ser realizadas sus ejecuciones de manera irregular (Ghersi, 2003).

2.2. Concepto

Cuando en un proceso judicial con toda la actividad que ello implica, tal como se apuntó anteriormente, es realizada con una actuación irregular, puede suceder y es muy probable que se esté dando de esta manera por la existencia de un error judicial. Entendiendo al mismo no como lo trata en la mayoría de la doctrina, la cual interpreta que el error judicial es responsabilidad del Estado; sino como responsabilidad del funcionario judicial, más precisamente del juez que es el funcionario que interesa en el presente trabajo.

En una definición más técnica, se puede decir que el error judicial es “todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos

de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar” (Bustamante Alsina, 1996, LL. 1996-B-314), “sea por acción u omisión del magistrado y con prescindencia de su dolo o negligencia” (Gherzi, 2003, p. 77).

Como se puede apreciar la doctrina no ha sido ajena a la hora de conceptualizar al error judicial de los funcionarios judiciales; como tampoco lo han sido los Tratados Internacionales, al respecto el artículo 10 de la Convención Americana¹¹ establece que “toda persona tiene el derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Otro concepto interesante es que “el error radica en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación de la solución querida por el legislador” (Tawil, 1993, p. 52). Entendiendo por este concepto que el error configura una mala interpretación por parte de quienes son los encargados de juzgar y dar aplicación a las leyes que los legisladores crearon; y como cierre del concepto se puede afirmar, volviendo a la distinción del punto anterior, que error judicial está referido a la actividad de aplicación del derecho (Tawil, 1993; Gherzi, 2003).

2.3. Caracterización

Siguiendo a Gherzi en este punto, se entiende que hay una distinción entre las responsabilidades que pueden surgir en el proceso (*in procedendo*) o en la aplicación del derecho (*in iudicando*); en el cual la primera se relaciona con el funcionamiento irregular de justicia en cuanto administración; la segunda referida a la facultad de juzgar (2003).

El presente trabajo se centrará en la actividad de juzgar, a pesar que la mayoría de la doctrina lo entiende al error judicial como responsabilidad del Estado, se puede observar que también encuadraría en la responsabilidad de los jueces simplemente con no dejar de lado el factor de atribución subjetivo.

Como bien lo expresó Kemelmajer de Carlucci, el peligro del error judicial es como una gran nube que oscurece el cielo del derecho procesal. A los seres humanos nos gustan los cielos claros; por eso, la idea de que puedan proceder demandas contra los jueces (o el Estado) con fundamento en el error judicial perturba los espíritus más serenos (2000, p.124).

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 10.

Como así también no es justo que, por lo que los jueces no quieren ver a tiempo, o ven pero buscan la manera procesal para que finalmente la administración termine con el derecho del particular y que por esa razón a fin de cuentas es la sociedad la que tiene que cargar con los costos de las indemnizaciones (Gordillo, 2009).

2.4. Derecho comparado. España

2.4.1. Concepto y caracterización

La posibilidad de que los jueces erren en su actuar, está contemplado en diferentes ordenamientos jurídicos, convenios internacionales, constituciones nacionales o en textos legislativos. Tal es el caso del mencionado anteriormente artículo 10 del Pacto Internacional de San José de Costa Rica, la Constitución Española o la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicho país.

Siguiendo como bien lo analiza Malen Seña, “para que exista error judicial ha de haber, según el sistema judicial de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas” (“s.f.”, p. 2).

El error judicial no se trata del uso de la discrecionalidad, sino de la violación de sus límites que es la arbitrariedad, porque poco importa que la equivocación del juez sea por dolo, culpa o negligencia, como también de donde puede surgir la equivocación tomando en cuenta los diferentes niveles de jerarquía de la estructura judicial o si el error es evidente y manifiesto, o si ha causado daño a algunas de las partes del proceso y que el perjudicado no tenga recurso procesales para la solución. Estas sólo son condiciones necesarias para que el error sea indemnizable pero no tiene que ver con el concepto en sentido amplio del error judicial (Malen Seña, “s.f.”).

En esta línea, según el error judicial en “sentido restringido”, para que exista es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: en primer lugar el error debe surgir de una decisión jurisdiccional (no solo sentencias); los sujetos activos deben ser jueces y magistrados, los errores deben ser “crasos, patentes y manifiestos”; no es necesario que el juez o magistrado haya actuado con dolo o culpa; que la parte afectada no haya actuado

dolosa o culposamente; el daño deber ser acreditado, efectivo, individualizable y económicamente evaluable; debe haber una relación de causalidad entre el error y el daño causado; y que la declaración de error judicial sea declarada mediante el Tribunal Supremo cuando se hayan agotado los recursos existentes (Malen Seña, "s.f.").

Como se puede ver, en el derecho Español para la declaración del error judicial no alcanza con los presupuestos generales de la responsabilidad civil, sino que es necesario que se cumplan con los demás requisitos, circunstancia que no se debe pasar por alto, ya que para llegar a un enjuiciamiento judicial de un juez o magistrado su camino es bastante restrictivo y complicado para un particular damnificado. Este tema será ampliado en el capítulo de derecho comparado, aquí sólo se lo marca porque tiene relación con lo que se vino analizando en los capítulos anteriores sobre los presupuestos y condiciones en nuestro derecho nacional, el cual mantiene una postura proteccionista tanto en la doctrina como jurisprudencia hacia los jueces siguiendo el ejemplo de los ordenamientos europeos.

Retomando el análisis del autor español, acertadamente hace una clasificación de los errores judiciales en "sentido amplio" de las decisiones judiciales como se mencionó anteriormente, tomando como base la estructura de la sentencia, en la cual se observan partes diferenciadas, entre ellas los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo propiamente dicho.

En los fundamentos de hecho, puede darse que exista error en los enunciados fácticos que no correspondan con la realidad (enunciados falsos), los jueces están obligados a formular enunciados verdaderos y también a buscar la verdad en el proceso. Sucede que en la formulación de hipótesis puede darse que los enunciados facticos de la sentencia no coincidan con la realidad, así el juez se conduce a un error judicial cuando formula hipótesis absurdas, irrelevantes, contradictorias o cuando no formula hipótesis complementarias o necesarias para comprender y aclarar una cuestión.

Otro tipo de error en los fundamento de hechos, se presenta en la apreciación de la prueba, en donde el juez con el fin de corroborarla o refutarla debe analizar la admisión, comprensión y valoración. En la admisión su equivocación puede darse al admitir pruebas indebidas o puede inadmitir pruebas debidas. En la comprensión se refiere que una vez de

conocer el material probatorio, el juzgador puede errar en la percepción y en la observación, por ejemplo en las pruebas forenses, y que puede deberse a las alteraciones físicas o psíquicas, a sus prejuicios ideológicos, a la experiencia, conocimiento, cultura a o la naturaleza excepcional del objeto observado, etc. Por último, el juez también puede errar en la valoración, él debe analizar para corroborar o refutar las hipótesis que formuló y se equivoca si el razonamiento es inadecuado y si la prueba es materialmente arbitraria, irracional o absurda, cuando los hechos de los cuales se parte no están acreditados (Malen Seña, “s.f.”).

Otra de las clasificaciones, son los fundamentos de derecho, referido a la justificación normativa que puede afectar a la interpretación como también a la aplicación del derecho. Una es la sistematización de derecho, que sólo después de realizada se puede saber que está permitido, que prohibido o que es obligatorio, y como es un análisis lógico pueden sucederse errores en el procedimiento como en el resultado obtenido; por ejemplo cuando el juez encuentra una laguna o contradicción donde no las hay o que las hay y no las detecta respecto a los casos que se le presenten comete error judicial (Malen Seña, “s.f.”).

Y los errores en la aplicación del derecho, siguiendo las palabras de Ronald Dworkin, “cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa que deba seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error” (Malen Seña, “s.f.”, p. 11). Un ejemplo común, es cuando se resuelve una contienda aplicando una norma que ya está derogada.

Por lo expuesto, se puede decir que el error judicial puede ser o no atribuible a un juez dependiendo del caso tratado, ello puede deberse a la insuficiente preparación técnica del juzgador, o a la actuación dolosa o culposa de aquél, pero también puede suceder que una decisión equivocada sea causa del propio sistema jurisdiccional, como tampoco podría imputarse a un juez por realizar actos que debía si los datos que necesitaba no surgen del expediente o las partes no lo aducen, tal sería el caso de la admisión y valoración de una prueba ilícita o irregular.

Los errores que cometen los jueces como los descritos, se podrían evitar si hubiera una adecuada preparación técnica del juzgador, con una mejora en su actitud y principalmente con un mejor sistema procesal menos vulnerable a las equivocaciones judiciales.

La importancia del aporte de Malen Seña, radica en el análisis completo de las situaciones y circunstancias en las que pueden encontrarse equivocaciones de los jueces, ya sea tanto en el derecho aplicado como en cualquiera de las partes del procedimiento, que pueden ser diferentes dependiendo del sistema normativo pero que en general se puede entender que es posible que los jueces tengan errores y que son responsables de los mismos (“s.f.”).

- **Capítulo IV: Prisión preventiva. Responsabilidad civil de los jueces.**

1. Introducción

Luego de haber transitado por los capítulos anteriores, en los cuales se pudo identificar quiénes son los funcionarios judiciales, cuáles son las condiciones que deben reunir para considerarlos como tales, cuál es su régimen legal y los presupuestos necesarios para configurarse una responsabilidad civil, como así también el análisis en el ejercicio irregular de la función del juez existe un acto que es común denominado error judicial y que puede darse en un proceso por diferentes motivos. Ahora, es importante centrarse en una de las acciones considerada por la doctrina como la de mayor perjuicio para sujeto que la sufre. Se trata del instituto de la prisión preventiva, ya que nuestra carta magna contempla a la libertad como un derecho fundamental y no puede ser menoscabada sino bajo ciertas circunstancias excepcionales. A lo cual, cada caso particular debe tener un análisis restrictivo por parte del órgano judicial para no caer en arbitrariedades y condenas prematuras sin que tengan un fundamento jurídico correcto.

2. Prisión preventiva

2.1. Concepto. Noción

Uno de los menoscabos que sufre el derecho a la libertad, es con la privación de la libertad ambulatoria por medio de la prisión preventiva dictada por un órgano judicial en la primera etapa del proceso luego de haber sido tomada la declaración del imputado.

Para que tal medida prospere, es necesario que al imputado se le atribuya con cierto grado de probabilidad la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad y no proceda la condena condicional, o si procede, existan vehementes indicios que intentará eludir la justicia o entorpecer la investigación (Balcarce, “s.f.”).

El concepto expuesto, extraído de la doctrina penalista, es importante para tener en claro sus características y requisitos, ya que de esta manera se tiene como base o referencia para los casos en los que existe error judicial o irregular ejercicio de la función por parte de los encargados de dictar la medida, en este caso los jueces o fiscales (investigación

jurisdiccional o fiscal), de la cual pueden generarse daños a los justiciables y derivar en la responsabilidad civil.

Como bien lo explica Gallí Basualdo, la prisión preventiva es la situación que se manifiesta cuando por un acto judicial legítimo hay una persona detenida y que posteriormente se determinará si es culpable por el delito que se lo acusa (2006). A lo cual se entiende que una persona que todavía no ha sido juzgada, pero que de alguna manera ya está cumpliendo una pena anticipada como lo ven muchos autores de nuestro país (Zaffaroni, “s.f.”).

De lo expuesto se puede expresar, que al haber una persona detenida y sin un juicio previo, la medida cautelar deberá ser dictada cumpliendo de manera restrictiva los requisitos, los cuáles son el grado necesario de probabilidad, que sea por un delito de acción pública, sancionado con pena privativa de la libertad y que exista peligro para los fines del proceso (Balcarce, “s.f.”).

2.2. Fundamento de la indemnización al damnificado

En este punto, voces de la doctrina nacional como del derecho comparado, se han pronunciado diciendo que una adecuada protección de los derechos humanos no sólo implicaría que se pueda reclamar y luego indemnizar cuando un imputado es absuelto luego de haberse interpuesto un recurso de revisión, sino también debería darse lugar al reclamo e indemnización en los casos en que un imputado es absuelto o sobreseído después de haber estado en prisión preventiva (Zaffaroni, 1986). Dicha indemnización tiene lugar, porque no cabe duda que la persona sometida a esta medida cautelar y que después es absuelta sufre daños materiales, tales como la pérdida de los ingresos producto del trabajo dejados de percibir por estar detenido, como así también el daño moral resultado de los menoscabos físicos, psíquico y el rechazo social que genera tal situación procesal sin importar si el imputado es posteriormente sobreseído o absuelto (Muñoz, 1980).

2.3. Responsabilidad civil en la prisión preventiva

Es un acto judicial legítimo, que es considerado por una parte de la doctrina como injusto, su fundamento radica en que para llegar al estado de privación de la libertad, derecho

consagrado en nuestra constitución, tiene que haber una condena impuesta por una sentencia; situación que no se ve reflejada en la prisión preventiva por ser simplemente una medida cautelar utilizada en la primera parte del proceso penal denominada instrucción. Dicha medida, en la mayoría de los casos son inhumanas por las condiciones de su aplicación, como así también pasibles de ser declaradas inconstitucionales por la forma y fundamento de su imposición (Jaimovich, 2012).

“No puede ser una razón válida la pereza, la parsimonia, incuria o la indiferencia de los funcionarios a cargo de la investigación o de la acusación para coleccionar las pruebas lo que permita justificar la detención de quién es investigado. El exceso preventivo es inadmisibles en nuestra sociedad. En el conflicto entre el poder y la libertad debe vencer la libertad, y como Cicerón sentenció: que la injusticia es mayor cuando la comete quién está en una posición de supremacía” (Jaimovich, 2012, s.p.).

En cuanto a la responsabilidad judicial legítima analizada, es de notar que la doctrina reconoce esta responsabilidad (Gordillo, 1998; Botassi, 2000; Kemelmajer de Carlucci-Parellada, 1986; Mosset Iturraspe, 1986; Ibarlucia, Ed. 176-755), pero no sucede lo mismo con la jurisprudencia que ha sido reacia en reconocer su existencia. Tal es así, que asienta el criterio sobre, que en una sociedad para el desarrollo de una justa y equitativa justicia, es necesario aceptar el deber jurídico y sacrificio especial de soportar los daños producidos por las medidas cautelares que en este caso es la prisión preventiva. Siguiendo esta línea, se puede afirmar que en principio el Estado-Juez no pueden ser responsables por los daños causados en su actuación ya que la misma es legítima. Pero no significa que en los casos de haber sufrido una prisión preventiva injusta, arbitraria, infundada e irrazonable deba responder, por supuesto que antes haciendo un análisis restrictivo del caso particular, ya que se estaría en presencia de un error y perjuicio grave como lo analizamos en el punto anterior (Gallí Basualdo, 2006).

Bien lo explica Comadira, la razonabilidad debe ser el punto de partida fijado en cada caso particular por el daño sufrido en función de la proporcionalidad que se guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad (2003).

En buenas palabras, Galli Basualdo refuerza lo analizado, diciendo que en los casos en donde está comprometida la libertad ambulatoria el sacrificio sufrido por el detenido es mayor al que se les puede exigir a las demás personas en las mismas condiciones (2006).

2.4. Responsabilidad civil del juez en la prisión preventiva

2.4.1. Derecho comprado. España

En el derecho español, existe una caracterización dentro del Error judicial, el cual supone los casos de cuando una persona es sometida a prisión preventiva de manera indebida.

Los requisitos necesarios para que el damnificado tenga derecho a reclamar son que haya inexistencia del hecho, o que en la misma causa al ser concedida la libertad provisoria, se haya alegado que dicho damnificado sufrió perjuicios.

El reconocimiento de la responsabilidad civil por prisión preventiva llevó más tiempo que la responsabilidad civil del error judicial (Coitinho, 2010).

La prisión preventiva es, de forma superficial, un acto lícito provisional, emanado de un órgano jurisdiccional, bajo requerimiento o no del ministerio público, que podrá ocasionar enormes perjuicios para el ciudadano preso preventivamente. Claro está que estamos pensando en coyuntura de una prisión preventiva legalmente justificada, pero que fue considerada materialmente injusta, en la medida en que el preso preventivo acabó por ser liberado. Parece que más fácilmente se concebiría que la asunción por responsabilidad por daños derivase de la privación ilegítima con base en la ilegalidad de los requisitos formales. Claro está que el caso de prisión preventiva, así como sus presupuestos, son manifiestamente diferentes de los requisitos y fundamentos de una condena a pena de prisión. Esta indemnización con base en una prisión preventiva ilegal o injustificada, constituye un auténtico derecho subjetivo, ya que deriva de la infracción del derecho a la libertad personal (Coitinho, 2010. p. 584).

Una de las particularidades del derecho español, es que la indemnización se fija en función del tiempo en que la persona haya estado privada de la libertad y teniendo en cuenta las condiciones personales y familiares que se hayan generado. Como así también, que la interposición de un recurso no significa que sea viable la reclamación por daños ya sea alegando que hay error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia (Cotitinho, 2010).

Los operadores de derecho encontraron la forma de resarcir civilmente contra las actuaciones de juzgamiento para la reparación de las lesiones derivadas de dichas actuaciones. Es un genuino *derecho subjetivo* del lesionado dentro del derecho de crédito, con su base en la defensa de los intereses de la sociedad para así pronunciarse contra la criminalidad. Pero no se debe olvidar, que este instituto ataca directamente los derechos fundamentales que Constituciones de diversos países contemplan como son el derecho a la libertad y el principio de presunción de inocencia (Coitinho, 2010).

Otra particularidad en el derecho descripto, se encuentra en que el Estado responde por los daños producidos con dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho de repetir contra ellos, esto es atacando los fundamentos del proceso donde se declare la falla que causo el daño ante el tribunal competente (Coitinho, 2010).

2.5. Prisión preventiva en la actualidad

En países como el nuestro en donde el porcentaje de detenidos en prisión preventiva, según un informe de la CIDH¹² es superior al 60%, se genera un cúmulo de afectaciones derivadas del encierro previo al juicio e impactan de forma intensa en personas pertenecientes a grupos vulnerables, y lo más grave cuando dichas personas son pertenecientes a grupos económicamente en situación de riesgo, además de la exclusión social que sufren por la situación particular en la que viven y que es agravada por tal medida cautelar impuesta. Otros de los problemas que se presentan, son los costos financieros que se generan para el Estado y como a la sociedad en su conjunto por la aplicación de la prisión preventiva, además existe otro costo, que de manera indirecta se manifiesta por la adjudicación legal de la responsabilidad civil de los daños causados a los ciudadanos que se les dicto la prisión preventiva y que el Estado hace frente a tal responsabilidad causando un ataque a su propio patrimonio.

El análisis realizado de la prisión preventiva, y teniendo en cuenta estos costos tantos financieros como los humanos que a veces son irreparables, debería servir como referencia para los debates legislativos de manera seria y objetiva, en los cuales se tenga en cuenta hasta qué punto es necesaria y conveniente la aplicación de la prisión preventiva, y si con

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

otras medidas cautelares se pueden alcanzar los mismos objetivos procesales para así poder disminuir el sacrificio de los derechos constitucionales y que signifique un menor costo para los ciudadanos como también para el Estado.

Todo ello, y los demás análisis que puedan surgir, son en beneficio de encontrar las diferentes deficiencias, malas prácticas y anomalías en los servicios públicos como es la administración de justicia y los sistemas penitenciarios¹³.

¹³ Redacción Plan B. La CIDH reprocha el uso abusivo de la prisión preventiva: Argentina gasta \$435 millones. Planb/.

- **Capítulo V: Cuestiones procesales**

1. Introducción

Una vez haber analizado y transitado los anteriores capítulos en los cuales ya se hizo una aproximación de lo que es la responsabilidad civil de los funcionarios judiciales y específicamente del Juez, tanto sea su encuadramiento legal, como así también las posibles conductas antijurídicas y sus eximentes. Es importante ahora entrar en el campo procesal, para identificar en primer lugar donde se puede demandar a los jueces y cuáles son los posibles obstáculos que se les puede llegar a presentar a los supuestos damnificados en el momento de intentar dicha acción. Como así también se verá, que los criterios doctrinarios y jurisprudenciales no son coincidentes, y sucede lo mismo entre las constituciones provinciales con la constitución nacional.

2. Competencia

En la provincia de Córdoba, las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados o funcionarios del Poder Judicial con motivo del ejercicio de sus funciones y sin necesidad de remoción previa, intervendrá en pleno de manera originaria y exclusiva el Tribunal Superior de Justicia actuando como tribunal de sentencia¹⁴.

3. La Cosa Juzgada

3.1. Concepto

Una vez desarrollado un caso justiciable en el cuál se ha pronunciado una resolución o dictado una sentencia, puede que suceda una vulneración de derechos y por consiguiente existir un damnificado.

La importancia de este punto radica en el análisis del instituto de la cosa juzgada y que bien lo define Clariá Olmedo como “el atributo que la ley le asigna a la sentencia firme para que el caso concreto resuelto por ella se mantenga inmutable para el futuro como garantía de seguridad jurídica” (1983, p. 252).

¹⁴ Tribunal Superior de Justicia. <http://www.justiciacordoba.gob.ar/>

Como se puede ver, del concepto de este instituto se fundamenta en la seguridad jurídica con la finalidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico de modo general y también a las decisiones judiciales que son irrevocables. Este análisis refleja de manera clara el obstáculo que genera la cosa juzgada y lo difícil que es superarlo con respecto a la responsabilidad civil. Pero no debe entenderse como imposible, ejemplo de ello es la doctrina mayoritaria, la cual interpreta que no debe utilizarse este instituto para justificar la irresponsabilidad del Estado y menos aún la de los funcionarios judiciales.

En esa línea autores como Marienhof entiende que la posición de quienes niegan la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales jurisdiccionales no es sólida, en modo alguno; al contrario, la considero deleznable, tanto en lo atinente al argumento basado en los efectos de la cosa juzgada, como en lo relacionado a la exigencia de que una ley expresa admita o reconozca esa responsabilidad (1968, p. 768).

Por esta razón siguiendo este criterio, es imprescindible para el reconocimiento de la responsabilidad civil que la decisión injusta y causante del daño haya sido dejada sin efecto por una revisión (Marienhof, 1968).

En la misma línea, pero una doctrina más renovada, entiende que la responsabilidad civil en cuanto a la cosa juzgada no debería quedar a la suerte de que se declare sin efecto a la resolución causante del daño; lo contrario llevaría a que se admitan conductas antijurídicas dispensadas de reparar los daños causados por la simple razón de que fue imposible recurrir la resolución o sentencia de origen, tanto sea porque el error no fue advertido en su tiempo, o porque de acuerdo a la ley es una resolución irrecurrible, o también en los casos en que el damnificado no es parte del proceso en donde se cometió el error. Ante ello, esta postura considera, que para prosperar la indemnización sólo se necesita que se pruebe adecuadamente la existencia manifiesta por parte del damnificado de la equivocación (Tawil, 1993).

Por su parte la jurisprudencia desde el fallo Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina de 1988 la CSJN se pronunció un criterio firme sobre la cosa juzgada. En este caso la Corte afirmó que "...sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia

pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”¹⁵. En la misma línea se pronunció Balda, Miguel Ángel c/ Provincia de Buenos Aires sobre daños y perjuicios¹⁶.

Este criterio se extendió en fallos posteriores como Román SAC c/ Estado Nacional / Ministerio de Educación y Justicia, en el cuál se pronunció “...la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no ha logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento”¹⁷.

El fallo Egües, Alberto José c/ provincia de Buenos Aires se entendió que: “antes del dictado del fallo que declare la ilegitimidad sólo le asiste al demandante un derecho eventual susceptible de nacer en la medida en que se dicte una sentencia revisora, ya que ésta es el elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado, que de no existir obsta a la procedencia del reclamo”¹⁸.

Como así también, en López, Juan Cruz y otros c/ Provincia de Corrientes: ...la posibilidad de responsabilizar al Estado por error judicial, únicamente puede llegarse removiendo previamente la pseudo cosa juzgada que emana de la sentencia errónea, para lo cual ella debe ser dejada sin efecto. Tal exigencia es sustancial y procesalmente necesaria pues no pueden subsistir dos normas particulares, emanada cada una de una sentencia con el siguiente distinto sentido: una que conteniendo el presunto error judicial sea la que provoca el hecho dañoso, y otra que postule su antijuridicidad y, eventualmente declare la indemnizabilidad de las consecuencias provocadas por la primera.

¹⁵ C.S.J.N., “Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 311:1007 (sentencia fecha 14/06/1988), consid. 5.

¹⁶ C.S.J.N., “Balda, Miguel Ángel c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 318:1990 (sentencia fecha 19/10/1995). Consid. 6.

¹⁷ C.S.J.N., “Román SAC c/ Estado Nacional / Ministerio de Educación y Justicia s/ Cobro de pesos”, Fallos 317:1233 (sentencia fecha 13/10/1994), consid. 10.

¹⁸ C.S.J.N., “Egües, Alberto José c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios – Error judicial”, Fallos 319:2527 (sentencia fecha 29/10/1996), consid. 15.

La seguridad jurídica, la certeza de los pronunciamiento judiciales y la paz social, requieren que se obre del modo indicado¹⁹. En esta misma línea se han mantenido sucesivos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre ellos Asociación Mutual Latinoamericana²⁰, Rodríguez²¹, Larocca²², Robles²³, Lema²⁴, etc.

Es importante resaltar como se pudo ver, que el máximo tribunal considera como principal obstáculo a la cosa juzgada antes de poder llegar a la responsabilidad civil, pero esto no quiere decir que existan límites que tenga que reconocer, como son las garantías que todo justiciable tiene que tener, como así también es necesario el respaldo en el momento que le es vulnerado algún derecho ya sea por el mal funcionamiento de la justicia como servicio; o también cuando exista un irregular accionar por parte de los funcionarios judiciales y más aún los Jueces quiénes son los principales encargados de impartir justicia.

4. El desafuero ¿es necesario para la responsabilidad civil?

Otro de los temas a tener en cuenta y de importancia por la diversidad de criterios doctrinarios es la inmunidad de los Jueces y la necesidad de que sean desaforados antes de poder entablar una demanda civil.

4.1. La inmunidad de los jueces

La doctrina nacional se pronuncia firme sobre la inmunidad de los jueces en cuanto a las demandas civiles que llegaren a efectuarse como consecuencia de su actuación irregular en el ejercicio de sus funciones.

La inmunidad es una creación pretoriana como conclusión de la interpretación del artículo 45 de la Constitución Nacional que estaba vigente hasta la reforma del año 1994, junto a los artículos 52 y 96 de dicha Constitución; normas por las cuales la Corte Suprema ha constituido una doctrina basada en las prerrogativas de inamovilidad, intangibilidad salarial

¹⁹ López Juan Cruz y otros c/ provincia de Corrientes”, Fallos 321:1712 (sentencia fecha 11/06/1998), consid. 9.

²⁰ “Asociación Mutual Latinoamericana c/ Provincia de Misiones s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 319:2824 (sentencia fecha 03/12/1996).

²¹ “Rodríguez, Luis E. c/ Provincia de Corrientes s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 320:3973 (sentencia fecha 05/12/2000).

²² “Larocca, Salvador Roque c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, Fallos323:750 (sentencia fecha 11/04/2000).

²³ “Robles, Ramón C. c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 325:1855 (sentencia fecha 18/07/2002), consid. 7.

²⁴ “Lema, Jorge H. c/ provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 326:820 (sentencia fecha 20/03/2003).

e inmunidad que son inherentes a la función y garantizan la imparcialidad, la independencia y la serenidad de la delicada tarea que es impartir justicia.

Pero es de notar, que dicha doctrina no parece impresionada por los cambios de la reforma, ya que el nuevo artículo 115, reitera que sólo después de su destitución, por mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes el juez podrá ser sometido conforme a las leyes, a los tribunales ordinarios; como así también en el artículo 5 de la Ley del Consejo de la Magistratura²⁵, que establece la inmunidad de sus propios integrantes con expresa analogía de la inmunidad que gozan los jueces, con lo cual queda claramente sentado el criterio que el Tribunal Supremo tiene sobre la “inmunidad” de los jueces y que no presenta cambios hasta la actualidad (Alfonso, 2006).

Como bien lo expresa en su opinión Alfonso, es de considerar que a pesar de la labor pretoriana sobre la inmunidad judicial que la Corte ha hecho, no hay un texto constitucional que expresamente resuelva la cuestión, ya que las normas existentes exponen un “escudo funcional” referido a los hechos constitutivos de mal desempeño y delitos cometidos en el ejercicio de la función; pero no comprenden los innumerables supuestos de error que pueden sucederse por culpa o negligencia en la actividad judicial, aunque no siendo situaciones de máxima gravedad, sí son susceptible de causar un daño. Esto significa que tanto el texto de la Constitución anterior como el actual, se refieren solamente a los casos graves contemplados en el actual art. 53²⁶, el cual expresa que los jueces no podrán ser enjuiciados ante los tribunales ordinarios hasta ser primero sometidos al jurado de enjuiciamiento y removido de su cargo (2006).

En esta misma línea, se encuentra Highton, expresando que la única manera de que los damnificados puedan reclamar la indemnización es luego de que el culpable sea separado de su “elevado sitial” por medio del juicio político; de otra manera los jueces estarían expuestos a un jaque constante de litigantes despechados y de todos que hoy por un sí y mañana por un no se consideran víctimas de un daño (2000).

4.2. Fuentes de la doctrina

²⁵ Art. 5 de Ley 24.937.

²⁶ Art. 53 de Constitución Nacional:

El antecedente de la inmunidad judicial proviene del principio monárquico “The King can do wrong”, el cual significa que la facultad de juzgar era exclusiva del rey y él no se equivocaba porque expresaba la voluntad de Dios (Alfonso, 2006). Dicho principio proviene del *common law* y reiterado por la Suprema Corte de Estados Unidos como fue el caso “Bradley vs. Fisher”²⁷.

El citado fallo expone como primera de las razones, que el funcionario judicial debe actuar con libertad en sus convicciones y sin miedo de sufrir consecuencias personales. Pues sería incompatible con dicho principio que el funcionario deba responder por cada persona que se sienta agraviada por sus acciones.

Otra razón, es el interés público de que el juez actúe imparcialmente ajeno a la contienda y sin ningún interés de beneficiar a alguna de las partes.

También desaparecería completamente la protección esencial de la independencia judicial, si las demandas civiles en contra de los jueces resultaren procedentes, porque la parte vencida pudiera alegar la actuación parcial, maliciosa o corrupta del juez.

Por estas razones la doctrina extranjera entiende, que si los jueces fueren obligados a responder civilmente por su actuación judicial su misión sería inútil y peor aún, estarían sometido a su propia protección, teniendo la necesidad de preservar todas las evidencias de cada caso litigioso en el que tuvo participación y que en un futuro podrían llegar a complicarlo ante la demanda de una parte perdedora que se considera víctima de un daño, y sobre todo eso ser juzgado por un juez inferior (Alfonso, 2006).

4.3. Doctrina y jurisprudencia. Evolución

En nuestro país, el máximo Tribunal siguió en la misma línea de la Corte norteamericana. La doctrina a partir del caso “Bilbao”²⁸ del año 1864 fue uniforme en cuanto al criterio de que los jueces en el ejercicio de sus funciones los protegía de forma plena y amplía la garantía de “exención de proceso” (Alfonso, 2006).

²⁷ U.S. “Bradley v. Fisher”, 13 Wall. 335 (1872).

²⁸ C.S.J.N., Fallos 1:302 (sentencia 19/09/1864).

Siguiendo en la misma tendencia, en el fallo “Contreras”²⁹ la Corte pronunció que “no puede conocer en las acusaciones contra los jueces de sección, los cuáles son acusables por la Cámara de Diputados ante el Senado”; y unos años después en el caso “Carbó”³⁰ expreso que “...Aun cuando la Corte viera ofensa a una de las partes en una sentencia del juez seccional, debería abstenerse de todo pronunciamiento tendiente a repararla, pues por el art. 45 de la Constitución Nacional, sólo el senado puede conocer de las faltas que cometan los jueces en el ejercicio de funciones...”³¹. Entre esta doctrina que se la puede llamar clásica, la mayoría está de acuerdo, entre ellos autores como Borda (1998), LLambías (1977) entienden que los jueces no pueden ser demandados ni sometidos a proceso penal, administrativo o civil, sin el paso previo del desafuero por medio del juicio político.

Luego de muchos años el caso “Irurzum”, expresó en el considerando 5:

Que el objetivo de la doctrina reseñada no ha sido el de impedir a los tribunales el conocimiento de las causas en las que se encuentran involucrados magistrados judiciales pues, tal como lo señaló el señor Procurador General al dictaminar en Fallos: 113:317, no existe impedimento alguno, una vez cumplidas las formalidades del juicio político, en someter ante la justicia a los funcionarios comprendidos en el art. 45 de la Ley Fundamental, y tampoco la citada exención tiende a establecer un privilegio contrario al art. 16 de la Constitución Nacional en favor de los magistrados judiciales toda vez que aquélla se funda en razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno creado por la Ley Fundamental (Fallos: 113:317). Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la inmunidad contra proceso o arresto no es un privilegio que contemple a las personas sino a las instituciones y al libre ejercicio de los poderes (Fallos: 252:184, -considerando 1L y sus citas, entre otros)³².

La particularidad del citado caso, es que se produce en palabras de Alfonso (2006), una relatividad del concepto “inmunidad”, ya que la Corte manifestó que dicha inmunidad se puede perder por la destitución o también por cualquier otra causa. A lo que es interesante plantearse es si se la debe considerar como desconocimiento o negación absoluta del

²⁹ C.S.J.N., “Contreras, José Santos c/ Juez Nacional de Mendoza”, Fallos 1:302 (sentencia fecha 1864).

³⁰ C.S.J.N., “Carbó”, Fallos 8.466 (sentencia fecha 1869).

³¹ C.S.J.N., “Tortorelli, Mario Nicolas c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios”, (sentencia fecha 23/05/2006), Recuperado el 04/02/2014 de <http://www.diariojudicial.com>.

³² C.S.J.N., “Irurzun, Ricardo E. c/ Estado Nacional (Secretaria de Justicia) y otro s/ Daños y Perjuicios”, (sentencia fecha 12/04/1994), Recuperado el 14/02/2014 de <http://www.cedesyc.com.ar/fallos/irurzun.doc>.

derecho del justiciable; o como una causa temporaria de ejercicio de la acción que nace del derecho.

En término más claros, la inmunidad llamada “exención de proceso” no significa que una persona que resulte damnificada le sea negado o desconocido su derecho de reclamar los daños y perjuicios sufridos; sino que dicha persona estaría momentáneamente imposibilitada jurídicamente de entablar una acción hasta tanto el destinatario de la misma (en este caso el juez) deje de ejercer la judicatura que le otorga el “escudo funcional”. Se trataría entonces; de acuerdo a lo que la corte se pronunció, de un requisito previo la destitución del juez por las vías legales o cualquier otra causa de cese funcional como sucedió en el caso “Irurzun” (Alfonso, 2006).

Desde otra posición, aunque minoritaria, hay una doctrina que considera al desafuero como no correcto; entre ellos un jurista clásico entiende, que hay violación de la igualdad y es inconstitucional el desafuero previo de los funcionarios denominados responsables. Afirma lo siguiente por el hecho que la responsabilidad es una idea cimental del derecho la cual debe ser real, efectiva y no simplemente escrita en la ley. De lo contrario se estará ante un contrasentido jurídico que despoja a la víctima del pleno goce y ejercicio de uno de sus derechos patrimoniales como es reclamar y percibir una indemnización que le es debida por un eventual daño sufrido, más un beneficio para el que trasgredió el derecho (Aguiar, 1950).

¿Cómo sostener, sin agravio a la justicia, que se pueda privar asimismo, indefinidamente, al acreedor del goce de lo suyo, y sólo en virtud de la posición que en la administración ocupa el que lo dañó? (Aguiar, 1950, p. 462).

Por parte de la doctrina actual; la cual el presente expositor comparte, bien lo analiza Kemelmajer de Carlucci cuando no sigue el criterio de la Corte, con firmes fundamentos: a) hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción: b) la tesis lleva a que los juicios se tramiten sólo contra el Estado, sin oír a quién se le imputa el error, quien le será inoponible la Sentencia en un juicio de repetición posterior (2000, p. 124).

También por la misma vía transita la posición de Mosset Iturraspe, que sostiene que es “excesiva” la exigencia de remoción previa de un juez para hacerlo responsable civilmente de

un error cometido en ejercicio de la función, ya que hay una infinidad de supuestos en que el error judicial causa daño indemnizable, sin llegar a configurarse como un supuesto de mal desempeño o delito que dé lugar al jury o juicio político, o, en otras palabras, sin llegar a configurar una causal de remoción (1986,p. 206).

La responsabilidad es la consecuencia de un deber incumplido y a cuyo incumplimiento le sigue una sanción; pero no puede afirmarse que “la amenaza” a la sanción, cualquiera que sea, llegue a privar al obligado de su serenidad o independencia que le corresponde a su función (Mosset Iturraspe, 1986).

Por otro lado hay autores como Botassi, aunque no hace alusión expresa ha si debe haber desafuero o destitución previa del cargo, que implícitamente propugna el enjuiciamiento directo de los jueces. Entiende, que el derecho-deber irrenunciable que tienen los integrantes del Poder Judicial deben ser ejercidos de la forma debida y como ocurre con cualquier otro agente Estatal que es responsable personalmente frente a la víctima ante un mal desempeño de la función. Esta aceptación de la responsabilidad de jueces, marca el principio, según el cual el Poder Judicial debe aceptar su autolimitación, siendo necesario la limitación, control y sanción de su propia actividad. Terminando de este modo, con el examen y penalización de los magistrados a sí mismos (2000).

5. Desafuero a nivel provincial

5.1. Constituciones provinciales. Breve referencia

Es importante remarcar, que la discrepancia de doctrina y jurisprudencia a nivel nacional; como se analizó en el punto anterior, sucede lo mismo en las normas constitucionales de las provincias las cuales no todas siguen el mismo criterio.

Entre algunas de las que expresan el desafuero como requisito previo, se encuentran:

La provincia de Entre Ríos, dispone la enjuiciabilidad ante los tribunales ordinarios de los funcionarios no sujetos a juicio político ni sujetos al Jurado de Enjuiciamiento (Highton, 2000).

Artículo 23: “Las atribuciones de los funcionarios y empleados de la provincia y municipalidades están limitadas por la ley Suprema de la Nación, por esta Constitución y por

las leyes que en su virtud dicte la Legislatura. Los funcionarios y empleados son individualmente responsables de los daños causados a terceros o al Estado por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones. La provincia no es responsable de los actos que los funcionarios y empleados practiquen fuera de sus atribuciones, salvo los casos que la ley determine”³³.

La Provincia de la Rioja, en su artículo 48 dispone: “La provincia es solidariamente responsable con sus agentes cuando éstos causaren daños a terceros por mal desempeño de sus funciones, a menos que los actos que los motiven hubieren sido ejecutados fuera de sus atribuciones”³⁴; y el artículo 130 que reza: “Los magistrados y miembros del ministerio público gozarán de las mismas inmunidades que los diputados”³⁵.

En Misiones el artículo 140 expresa: “Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia y de los tribunales inferiores, así como los funcionarios judiciales que requieran acuerdo legislativo para su designación...No podrán ser acusado, interrogados judicialmente ni molestados por las opiniones que emitan en sus fallos, resoluciones o dictámenes, ni arrestados, excepto en el caso de ser sorprendidos in fraganti en la ejecución de un delito que merezca pena corporal”³⁶.

Al juicio político quedan sometidos los magistrados del Superior Tribunal de Justicia y el efecto del fallo no será otro que el de la destitución del cargo (Highton, 2000).

En la Provincia de Santa Fe, el artículo 9 párrafo sexto: “No se puede reabrir procesos fenecidos, sin perjuicio de la revisión favorable de sentencias penales en los casos previstos por la ley procesal. Cuando prospere el recurso de revisión por verificarse la inocencia del condenado, la provincia indemniza los daños que se le hubieren causado”³⁷.

Por otro lado, se encuentran provincias que en sus normas constitucionales no requieren el desafuero previo para concretar la responsabilidad en sus funciones. Entre ellas, por ejemplo, se encuentra la Provincia de Mendoza.

Dicha Constitución expresa:

³³ Art. 23 de Constitución de Entre Ríos (año 1933).

³⁴ Art. 48 de Constitución de La Rioja (año 1998).

³⁵ Art. 130 de Constitución de la Rioja (año 1998).

³⁶ Art. 140 de Constitución de Misiones (año 1958).

³⁷ Art. 9 párrafo 6° de Constitución de Santa Fe (año 1962).

Artículo 48: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Las personas que sufran sus efectos, además de la acción de nulidad, tendrán derecho a reclamar las indemnizaciones por los juicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que los haya autorizado o ejecutado”³⁸.

Artículo 166: “La absolución de un funcionario, por fallo de la legislatura, o del jury de enjuiciamiento, no impedirá las acusaciones o acciones que por delitos puedan instaurarse ante los tribunales ordinarios, ni será de modo alguno, requisito previo para ejercitarlas, antes o después de cesar en sus funciones”³⁹.

Esta Constitución, deja de manera clara, el criterio de lo innecesario de que haya un juicio previo para la remoción del culpable y así poder demandarlo.

Es importante destacar de esta Provincia, y como lo remarcó Kemelmajer de Carlucci, el artículo 2 del Código Procesal Civil de Mendoza, el que expresamente dispone “los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado” (2000, p. 124). Como así también, que de acuerdo a este Código Procesal, si el demandado es juez de primera instancia, la demanda se tramitará ante el tribunal de apelación inmediato superior que corresponda, y en caso de demandas contra un tribunal colegiado o cámara de apelación, se tramitan ante la Corte Suprema (Alfonso, 2006).

En igual sentido, en la Provincia de Santiago del Estero, en su artículo 11 establece: “La provincia y los municipios como personas de derecho carecen de todo privilegio especial. Pueden ser demandadas ante los tribunales ordinarios y, al efecto, será suficiente que los interesados acrediten haber agotado la vía administrativa...”⁴⁰.

Otros de los ejemplos, es la Provincia de Catamarca, la cual en su Constitución expresa:

Artículo 47: “Todos los funcionarios y empleados de la provincia son individualmente responsables de las faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, no pudiendo

³⁸ Art. 48 de Constitución de Mendoza (año 1965).

³⁹ Art. 166 de Constitución de Mendoza (año 1965).

⁴⁰ Art. 11 de Constitución de Santiago del Estero (año 1997).

excusar su responsabilidad civil, penal y/o administrativa en la obediencia debida ni en el estado de necesidad”⁴¹.

Como así también, el artículo 219: “Los jueces de tribunales serán responsables personalmente por los daños y perjuicios causados por los errores que cometan. La ley reglamentará los casos y el procedimiento a seguir para sustanciar esta responsabilidad”⁴².

5.2. Provincia de Córdoba

La Constitución de Córdoba, se suma al criterio de las demás Constituciones provinciales, que propugnan que no es imprescindible la remoción de los jueces para responsabilizarlos civilmente (Bueres, 2002).

Reformada la última vez en el año 2001, contiene principios ya establecidos en la anterior reforma; como en el artículo que expresa la garantía de independencia de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial:

Artículo 154: “Los magistrados y funcionarios judiciales son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta. Solo pueden ser removidos por mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión de delitos o inhabilidad física o psíquica. Gozan de la misma inmunidad que los legisladores”⁴³.

Como así también en el artículo 14⁴⁴ expresa que todos los funcionarios públicos prestan juramento de cumplir ésta Constitución y son responsables civil, penal, administrativa y políticamente; y concluye el artículo, haciendo referencia a la responsabilidad que asume el Estado ante los daños causados por sus funcionarios (Highton, 2000).

Y en un artículo más adelante, se refiere a la competencia del Tribunal Superior de Justicia; dicho artículo⁴⁵ establece que, “El tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia: 1°)...d) De las acciones por responsabilidad civil promovidas contra

⁴¹ Art. 47 de Constitución de Catamarca (año 1988).

⁴² Art. 219 de Constitución de Catamarca (año 1988).

⁴³ Art. 154 de la Constitución de Córdoba (año 2001).

⁴⁴ Art. 14 de la Constitución de Córdoba (año 1987).

⁴⁵ Art. 165 de la Constitución de Córdoba (año 1987).

magistrados y funcionarios del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de remoción previa...” (Highton, 2000, p. 686; Santiago, 2006, p. 95).

Pero es acertada la reflexión de Alfonso, al señalar que la realidad cordobesa demuestra que son muy pocos los procesos promovidos en contra de magistrados como estrechos los caminos para que avancen, ya que el máximo Tribunal de la Provincia ha ido poniendo obstáculos a través de determinar requisitos y recaudos previos, como también acotando conceptos de la naturaleza y magnitud de la culpa como el factor de atribución (2006).

6. Prescripción de la acción

Como en los puntos analizados anteriormente, la prescripción también ha tenido un tratamiento por la doctrina, aunque se puede notar que han seguido el mismo camino y coinciden en sus criterios.

La primera cuestión a tener en cuenta, es que la responsabilidad de los jueces frente a los damnificados afectados por su irregular accionar es de carácter extracontractual y estaría regulada en el artículo 4037⁴⁶ que establece dos años para presentar la demanda (Bueres, 2002).

Otro punto a analizar, es cuándo comienza a correr la prescripción, que por lo general en la responsabilidad extracontractual es a partir de acaecimiento del daño; pero en esta acción por su particularidad tiene excepciones por existir de por medio el proceso judicial (Bueres, 2002).

La excepción a que se refiere es la “inmunidad” o “escudo funcional” ya analizados en los puntos anteriores, y de los cuáles la doctrina de la Corte Suprema insiste en mantener.

Queda claro entonces, como bien explica Alfonso que mientras dicha doctrina siga por las mismas aguas, se estará frente a una causa obstativa de derecho, ya que la interposición de la acción resarcitoria se hace imposible temporariamente hasta que el magistrado sea removido de su cargo (2006).

⁴⁶ Art. 4037 del Código Civil.

Ante tal situación, en donde se restringe el instituto de la suspensión únicamente a los casos expresamente regulados en el artículo 3966⁴⁷ y no existiendo una norma específica que prevea tal situación; no cabe duda que debe buscarse la solución por medio de la analogía aplicando el artículo 16⁴⁸ del Código. Como por ejemplo hay suspensión de la prescripción de acuerdo al Código Civil, en las demandas patrimoniales entre cónyuges, en la querrela criminal respecto de la acción civil resarcitoria, o en el caso de las demandas que pueden entablarse entre los representados y tutores o curadores en la vigencia de la tutela o curatela. Por lo expuesto, y siguiendo la lógica jurídica, es dable afirmar que se mantendrá suspendido el plazo de prescripción para interponer la demanda por parte del damnificado mientras el destinatario o sujeto pasivo, en este caso el magistrado, se encuentre ejerciendo sus funciones (Alfonso, 2006).

En el mismo sentido y con acierto, lo expusieron en su voto los doctores Boggiano y López:

“Cuando lo que se impugna son resoluciones o actos procesales anteriores al dictado de la sentencia definitiva y ésta no es de condena sino que, por el contrario, concluye absolviendo al procesado, esta resolución constituye un presupuesto para la procedencia de la acción por reparación del daño por el supuesto error judicial, pues mientras no se haya dictado no se ha removido la apariencia de licitud del hecho dañoso, por lo tanto, la acción civil no ha nacido”⁴⁹.

Significa entonces, una vez producido el hecho que generó el daño y hasta que el juez responsable del mismo pierda su “inmunidad” o “escudo funcional” el plazo de la prescripción estará suspendido para el damnificado (Alfonso, 2006).

7. Conclusión

Como reflexión final del presente capítulo, es de notar que a pesar de los esfuerzos por impermeabilizar la responsabilidad de los jueces ante su ejercicio irregular de la función, o como algunos autores lo llamaron “escudo funcional” o “inmunidad funcional”, existen

⁴⁷ Art. 3966 del Código Civil.

⁴⁸ Art. 16 del Código Civil.

⁴⁹ C.S.J.N., “Mallmann, Arturo J. y otro c/ Ministerio del Interior s/ Proceso de conocimiento”, Fallos, 323:2529 (sentencia fecha 26/10/1999).

antecedentes y es la tendencia actual, tanto en doctrina como jurisprudencia demostrar que no es imposible aplicar a los jueces el claro artículo 1112 del Código Civil. Y como se expresó en capítulos anteriores, no es la intención del presente trabajo, que se omita la cuestión que el Estado es el principal responsable, sino simplemente que los funcionarios judiciales y sobre todo los Jueces también son responsables por lo que perfectamente dadas las condiciones pueden ser demandados, así de esa forma aliviar al Estado la pesada carga de ser siempre el que deba afrontar los costos por los daños y perjuicios causados por sus dependientes.

- **Capítulo VI: Derecho Comparado y el Nuevo Proyecto del Código Civil**

1. Actualidad en el Derecho Comparado.

1.1. Breve referencia

En el siguiente punto se analizará de manera breve la forma en que están regulados los distintos sistemas jurídicos de mayor preponderancia con respecto al nuestro o que en algún momento fueron influyentes como fuentes y principios. Entre ellos el de España, Francia, e Italia.

De tal manera que existiendo sociedades con hábitos y cultura jurídica semejantes a la de nuestro país, se indagará sobre si los jueces deben ser responsables por los actos de sus funciones y cuál ha sido su tratamiento, sus respuestas y las soluciones.

1.2. España

El artículo 117 de la Constitución española reza: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables, y sometidos únicamente al imperio de la ley” (Alfonso, 2006, p. 45). En este sentido se interpreta que los jueces tienen un poder derivado de la soberanía popular y no son en principio responsables, sólo en el caso que la ley lo imponga.

Desde otro punto, en cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado, hay artículos como el 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que tratan la responsabilidad de los jueces diciendo: “Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa” (Alfonso, 2006, p. 46).

Es a tener en cuenta en este país que el proyecto original del citado artículo se refería a dolo, culpa grave e ignorancia inexcusable que luego fuera modificado por el Senado con el fin de que se amplíe la responsabilidad de los jueces.

Tal artículo se relaciona con el art. 296 de la LOPJ, en cual el Estado responderá por daños y perjuicios producidos por dolo o culpa grave de los magistrados, sin perjuicio del derecho de repetir contra ellos.

Dicha modificación del art. 411 manifiesta una contradicción con el art. 296, ambos del mismo cuerpo normativo, ya que el primero extiende la responsabilidad de los jueces a cualquier grado de culpa; mientras que en el art. 296 el Estado sólo respondería en los casos en que el juez haya actuado con dolo o culpa grave. La contradicción se encuentra en que no es razonable que el juez sea responsable en cualquier caso de culpa y que el Estado solo lo sea cuando exista culpa grave o dolo (Alfonso, 2006).

Siguiendo a Diez Picazo, la contradicción de dichas normas no tuvo graves efectos en la práctica, ya que la postura jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad de los jueces ha sido restrictiva, de tal manera que no se registran condenas por “culpa leve”. Por lo que se puede concluir, diciendo que se han mantenido los principios clásicos del siglo XIX, en los que existe amplio margen de valoración y criterio para interpretar las normas como así también lo hechos.

Por lo expuesto sólo habría responsabilidad por actuación dolosa o culposa cuando haya una infracción a las leyes procesales calificándolas con negligencia o ignorancia inexcusable (1990).

1.3. Francia

En este país, como se pudo ver en los antecedentes, hay un cambio en la responsabilidad civil a partir de la sanción de la Ley que modificó en el año 1972 el Código de Procedimiento Civil.

Dicha modificación consagró el principio de la responsabilidad del Estado en cuanto es responsable en los daños causados por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia, pero esta responsabilidad sólo existirá ante las faltas graves o una denegación de justicia (Alfonso, 2006).

Posteriormente en el año 1979 y ya con el principio general asentado, se modifica el Estatuto de la Magistratura en cual el artículo 11 expresaba que los magistrados del cuerpo

judicial no eran responsables más que de sus propias faltas personales y la responsabilidad de los magistrados que hayan cometido una falta personal relacionada con el servicio de justicia no puede ser comprometida más que la acción del Estado; por lo que esta acción se ejercerá ante una Sala civil de la Corte de casación (Alfonso, 2006).

La consecuencia de este panorama normativo, trae como resultado que los damnificados sólo les incumbe una acción directa contra el Estado y desapareciendo el instituto de la edad media por el cual se hacía posible demandar a los magistrados por los actos dolosos que cometieren, aunque como ya se apuntó anteriormente no fue eficaz su funcionamiento; quedando así de esta manera, sólo circunscriptas al ámbito disciplinario (Alfonso, 2006).

Como se puede apreciar, Francia es uno de los países, de los cuales el régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la actividad judicial sufrió un giro copernicano, ya que ha pasado de la irresponsabilidad del Estado de una muy difícil e imposible posibilidad de declarar la responsabilidad de los jueces a un sistema basado en la responsabilidad Estatal por falta de servicio e inmunidad de los jueces frente a los damnificados, todo ello por tener el perjudicado sólo una acción directa contra el Estado (Alfonso, 2006).

1.4. Italia

En el sistema Italiano el damnificado sólo puede hacer efectivo su reclamo resarcitorio contra el Estado.

Así lo expresa la Ley 117 en el artículo 2.1: “Quien ha sufrido un daño injusto como consecuencia de un comportamiento, de un acto o de una resolución realizados por un juez en el ejercicio de sus funciones con dolo o culpa grave, o bien por denegación de justicia, puede reclamar al Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales causados, así como los daños no patrimoniales que deriven de una privación de libertad” (Alfonso, 2006, p. 48).

Como se puede ver, se asemeja a lo que sucede en Francia, ya que otorga inmunidad a los jueces, pero existe una diferencia importante, en dicho país el factor de atribución es “objetivo”; mientras que en Italia se basa en el dolo o la culpa grave siendo de esta manera un factor de atribución “subjetivo”; como así también se agrega un supuesto que

aparentemente es objetivo como es la denegación de justicia, esta configuración también involucra a la culpa o negligencia grave del magistrado (Alfonso, 2006).

Es importante remarcar el concepto de “culpa grave”, ya que el mismo ha sido rígidamente circunscripto, acotando el ejercicio de la acción resarcitoria a casos muy específicos para así evitar el desborde de demandas que puedan poner en jaque, en el sentido de intimidar o perturbar la independencia judicial (Alfonso, 2006).

Otra cuestión a tener en cuenta, es que dicho sistema normativo contempla la exclusión del daño moral, a que sólo se limita a la posibilidad de reclamar daños patrimoniales, aunque en los casos en donde se ha afectado la libertad del damnificado si está reservado el derecho para reclamar daño moral.

Como así también, y siguiendo a la Ley 117 de derecho italiano, tiene como condición *sine qua non*, que al pretender ejercitar una acción resarcitoria, primero deben haberse agotado todos los recursos contra la resolución que supuestamente afecto al damnificado (Alfonso 2006).

En conclusión, se puede afirmar que el sistema normativo analizado, consagra el principio de responsabilidad del Estado por los daños que cause la actividad judicial, pero hay una fuerte protección a los jueces ante los particulares que intenten demandarlos, pero sin perjuicio de que el propio Estado en su derecho-deber entable una acción de repetición en un juicio posterior contra un juez. Cuestión paradójal, ya que se pueden dar dos sentencias contradictorias por un mismo objeto. Como también, no hay adoptado un sistema de responsabilidad objetiva sino subjetiva, basado en el dolo o la culpa grave, más un factor de imputación adicional que es la denegación de justicia, en donde se involucra la culpa o negligencia grave (Alfonso, 2006).

2. El Nuevo Proyecto del Código Civil. Reflexión

2.1. Noción

El nuevo Proyecto del Código Civil introdujo varias modificaciones, de las cuales una de las más controvertidas tanto por juristas como por la opinión pública es la Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.

Se tienen en cuenta estas dos responsabilidades, porque a pesar que están establecidas en dos artículos diferentes, la solución que plantea el Nuevo Proyecto es la misma. Tal es así que el artículo 1765, expresa que: “La responsabilidad del Estado *se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

Y el artículo 1766, referido a los funcionarios públicos expresa: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, *se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

Se afirma que la solución es la misma, porque en los dos artículos en caso de haber responsabilidad ya sea del Estado como de los funcionarios públicos, el Nuevo Proyecto manda solucionar el conflicto con las leyes administrativas y dependiendo del lugar donde se produjo el hecho que implica responsabilidad, se resolverá con las leyes de la nación o de las provincias.

En cuanto a los funcionarios públicos, a contrario del Nuevo Proyecto el actual artículo 1112⁵⁰ reza: “...*las obligaciones legales que le están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título*”.

Queda claro entonces, el gran cambio que significaría la sanción del Nuevo Código Civil y por supuesto existen opiniones encontradas de las que se debe tener especial atención, ya que muchas de ellas están imprimidas de un tinte político que no es de interés abordar en el presente trabajo. Lo que sí tiene relevancia, es la trascendencia que tendría dicha modificación para los funcionarios judiciales.

2.2. Doctrina. Posturas

Desde una postura negativa o en contra a la reforma, considera que este nuevo Código estaría consagrando la “irresponsabilidad del Estado” y significaría un retroceso que cien años de jurisprudencia vienen construyendo.

Su justificación radica, en que los ciudadanos que sufren un menoscabo no podrán reclamar por la vía civil los daños causados por el Estado o los funcionarios públicos, y de ser así,

⁵⁰ Art. 1112 del Código Civil.

estarían en una posición de desventaja respecto a cómo es en la actualidad. Aunque, es verdad que en el Código actual no hay una norma explícita que contemple la responsabilidad civil, si existe una vasta jurisprudencia que apoya al damnificado acudir al fuero civil. Por el contrario, con el Nuevo Proyecto se tendrían que presentar ante el fuero contencioso administrativo y variando la aplicación de las normas dependiendo el lugar del hecho. La gravedad estaría en que el reenvío a una legislación local provocaría una desigualdad ante la ley desde el punto de vista de los derechos, ya que dichas legislaciones son muy pobre o directamente no existen (González, 2013).

En contraposición, una postura crítica a la anterior o a favor de la reforma, sostiene que bajo ningún punto la modificación significa “la irresponsabilidad del Estado y los funcionarios”, de lo contrario se estaría violando el principio de que “para todo derecho hay una acción”.

Esta postura fundamenta que en la actualidad el Código Civil, no aplica la responsabilidad extracontractual del Estado de forma directa ni subsidiaria, sino que dichas reglas son aplicables por analogía y la aplicación análoga de normas no ha sido vedada por la reforma del Nuevo Proyecto. Significa que los nuevos artículos 1765 y 1766 establecen que la responsabilidad Estatal como de funcionarios serán resueltas por las del Derecho Administrativo, pero en caso de vacíos legales se deberá aplicar por analogía las normas del Código Civil.

También dicha postura, reconoce que esta modificación llama la atención en la sociedad y que hay sectores de la doctrina que se preguntan sobre la seguridad jurídica a partir de su aplicación, a lo cual responde que si hay algún tipo de peligro al momento de obtener un resarcimiento, ese peligro proviene de la demandabilidad y ejecutabilidad y no precisamente por la Reforma introducida (Garavnetta, Manin, 2013).

2.3. Nuestra Opinión

En cuanto a la Responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, en particular los jueces, es dable señalar que se comparte la idea de una reforma legislativa, pero en tanto y en cuanto esa reforma beneficie a los posibles damnificados, haciendo más accesible el camino judicial a recorrer hasta llegar a la reparación del daño; pero dicha idea, está muy

lejos a lo que el Nuevo Proyecto plantea en el artículo 1766 con respecto a los funcionarios públicos.

Nuestro fundamento se basa, en que fue muy larga y ardua la tarea tanto doctrinaria como jurisprudencial para llegar a la responsabilidad de los funcionarios públicos, y mucho más compleja aún para con los jueces por los obstáculos que se presentan. Además, en el caso específico de éstos últimos este autor considera, que el razonamiento civil con la aplicación de los presupuestos es una cuestión ineludible para pretender demandar a un juez, por la simple razón que no estamos ante una persona común, sino ante un profesional idóneo del derecho que así como su responsabilidad es mayor a cualquier otra, también la pretensión para hacerlo responder por sus actos debe ser tomada de manera restrictiva.

Otro fundamento para rechazar la modificación, es por considerar que las leyes administrativas no están en condiciones ni a la altura para lidiar con este tipo de responsabilidad. Además, si consideramos que por la vía civil ya es complicado y tortuoso poder llegar a una reparación, no es de imaginarse lo que sería en el fuero administrativo, la razón radica en que la administración pública es defectuosa cuando tiene que resolver las cuestiones menores reclamadas por los administrados, mucho peor sería si tuviera que analizar y juzgar una contienda entre un particular y un juez con todo lo que ello implica.

- **Conclusión final**

A modo de conclusión y reflexión final sobre el tema en exposición, es dable afirmar que la responsabilidad civil de los jueces no es una problemática nueva ni mucho menos extraña, tal como se describió en la evolución del derecho comparado y nacional, como así también en la jurisprudencia.

En el presente trabajo se trató de exhibir, que si luego de un litigio judicial una de las partes o terceros resulta menoscabada en su patrimonio o persona, puede optar además de demandar al Estado, accionar contra el Juez que intervino en la resolución o sentencia hasta lograr su efectiva reparación. Por supuesto, que no es una cuestión sencilla y la práctica demuestra que en la mayoría de los casos los damnificados se encuentran desalentados por ejercer dicha acción. Pero con la evolución jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad del Estado, en los casos de responsabilidad de los jueces también ha habido una evolución y buena respuesta en favor de los damnificados. A lo cual apoyamos y proponemos alentar con una reforma legislativa, ya que existiendo los presupuestos necesarios y sin que medien eximentes perfectamente se puede llegar a la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

En cuanto a la prisión preventiva, no es el único caso donde se puede configurar un daño y ser exigible la reparación, simplemente se lo trató por ser el más temerario y perjudicial por las consecuencias que trae cuando una persona es juzgada de forma arbitraria, negligente o con mal intención, y sobre todo porque la libertad es consagrada como un derecho fundamental de nuestra Carta Magna.

Y en el final del trabajo, se hace una reflexión sobre lo que significa la Nueva reforma del Código Civil en cuanto a los funcionarios públicos. A lo cual se expuso nuestra opinión en contra de la misma, por considerarla desventajosa para la personas que resulten damnificadas en los casos que incumben a lo desarrollado anteriormente.

En otras palabras, este expositor propone que para una adecuada y eficaz reparación integral en la responsabilidad civil de los jueces es necesaria una reforma legislativa, pero no por las aguas que propone la Nueva reforma del Código Civil, sino que la misma debería

seguir dentro del fuero civil por ser todavía la mejor forma de llegar a una satisfactoria reparación.

Es aceptable y entendible que el viejo artículo 1112 del Código Civil es deficiente para ampararse en este tipo de responsabilidad, no porque no encuadre en ella, sino porque ante la evolución de la doctrina y jurisprudencia es necesario la creación de nuevas normas que lleguen a cubrir las nuevas necesidades identificando en lo posible parámetros claros para un mejor encuadre jurídico, y poder así seguir afirmando el valor supremo de afianzar la justicia tal como lo prescribe nuestra Constitución Nacional.

- **Referencias bibliográficas**

Doctrina:

- Aguiar, H. (1950). *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Tipografía Argentina.
- Alfonso, S. (2006). *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*. Buenos Aires: Abaco.
- Altamira, P. (1971). *Curso de derecho administrativo*. (Ed. Póstuma). Buenos Aires: Depalma.
- Balcarce, Fabián I. (“s.f.”). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba. Recuperado el 20/05/2014 de: <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf>.
- Borda, Guillermo A. (1998). *Manual de obligaciones*. (11° Ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Botassi, Carlos A. (2000). *La responsabilidad del Estado por ejercicio de su actividad jurisdiccional, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración.
- Bueres, Alberto J. (2002). *Código Civil y normas complementarias. Contratos, responsabilidades profesionales, continuación*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. (1998). *Teoría general del la Responsabilidad Civil*. (9° Ed. Ampliada y actualizada). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bustamante Alsina, J. (1996). *Responsabilidad del Estado por error judicial (el auto prisión preventiva y la absolución)*. La Ley 1996-B-314. Recuperado el 04/01/2014 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/12.pdf>.
- Cappelletti M. (1988). *La responsabilidad de los jueces*. La Plata-Argentina: Fundación para la investigación de las ciencias jurídicas, 1988, pp. 21-22.
- Clariá Olmedo, Jorge A. (1983). *Derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma.

- Coitinho, José A. (2010). *Responsabilidad civil del juez en la prestación jurisdiccional*. España: Editorial de la universidad de Granada. Recuperado el 22/05/2014 de: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/19063/1/19902414.pdf>
- Comadira, Julio R. (2003). *Derecho administrativo (Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Diez, M. (1980). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Puls Ultra.
- Garavneta, Carlos A.; Manin, María S. (2013). *Reflexiones sobre la reforma del Código Civil*. Recuperado el 04/09/2014 de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/obligaciones-civiles-y-comerciales-carlos-garaventa.pdf>.
- Gallí Basualdo, M. (2006). *Responsabilidad del estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gherzi, Carlos A. (2003). *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*. Buenos Aires: Astrea.
- González, María C. (2013). *La responsabilidad civil del Estado. Evolución*. Recuperado el 04/09/2014 de: www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/.../file.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de derecho administrativo*. (3° Ed.). Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de derecho administrativo*. (9° Ed.) Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Gordillo, A. (1999). *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*. Recuperado el 28/08/2013 de: www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.pdf.
- Highton, Elena I. (2000). *La responsabilidad de los jueces en el sistema constitucional argentino*. "Rev. de Derecho de daños", n° 8. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Jaimovich, J. (2012). *Principio de inocencia en la prisión preventiva*. Opinión en diario La voz del Interior. Córdoba, Argentina. Recuperado el 04/02/2012 de: <http://www.lavoz.com.ar/opinion/principio-inocencia-prision-preventiva>.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2000). El deber de los jueces de reparar el daño causado. Recuperado el 15/09/2013 de: <http://www.afamse.org.ar/index.htm>.
- Kemelmajer de Carlucci, A – Parellada, C. (1986). *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- LLambías, Jorge J. (1977). *Tratado de derecho civil, "Obligaciones"*. Buenos Aires: Perrot.
- Marienhof, Miguel S. (1980). *Tratado de derecho administrativo*. (5° Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mosset Iturraspe, J. (1986). La responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación judicial. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *El error judicial*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Muñoz Quesada, Hugo A. (1980). *Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva*. Costa Rica. Recuperado el 24/05/2014 de: <http://www.cienciaspenales.org/llobet02.html>.
- Pizarro Ramón D.- Vallespinos Carlos G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 2*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro Ramón D.- Vallespinos Carlos G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 3*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro, Ramón D. (2011). Responsabilidad patrimonial del funcionario público. *Revista jurídica de Daños*, (IJ-L-748). Recuperado el 10/09/2013 de: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47748&print=2>.
- Redacción Plan B. (18/01/2014) *La CIDH reprocha el uso abusivo de la prisión preventiva: Argentina gasta \$435 millones*. Planb/. Recuperado el 20/05/2014 de: http://www.planbnoticias.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=27348:2014-01-18-14-03-01&catid=86:sale-o-sale&Itemid=151
- Tawil, Guido S. (1993). *Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma.

- Zafforoni, Eugenio R. (“s.f.”). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba. Recuperado el 20/05/2014 de: <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf>.
- Zafforoni, Eugenio R. (1986). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma

Legislación:

- Código Civil Argentino.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Constitución de la Provincia de Entre Ríos.
- Constitución de la Provincia de La Rioja.
- Constitución de la Provincia de Misiones.
- Constitución de la Provincia de Santa Fe.
- Constitución de la Provincia de Mendoza.
- Constitución de la Provincia de Santiago del Estero.
- Constitución de la Provincia de Catamarca.
- Ley 24.937 del Consejo de la Magistratura.

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., “Vignoni, Antonio Sirio c/ Estado de la Nación Argentina s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 311:1007 (sentencia fecha 14/06/1988), consid. 5.
- C.S.J.N., “Balda, Miguel Ángel c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 318:1990 (sentencia fecha 19/10/1995). consid. 6.

- C.S.J.N., “Román SAC c/ Estado Nacional / Ministerio de Educación y Justicia s/ Cobro de pesos”, Fallos 317:1233 (sentencia fecha 13/10/1994), consid. 10.
- C.S.J.N., “Egües, Alberto José c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios – Error judicial”, Fallos 319:2527 (sentencia fecha 29/10/1996), consid. 15.
- López Juan Cruz y otros c/ provincia de Corrientes”, Fallos 321:1712 (sentencia fecha 11/06/1998), consid. 9.
- “Asociación Mutual Latinoamericana c/ Provincia de Misiones s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 319:2824 (sentencia fecha 03/12/1996).
- “Rodríguez, Luis E. c/ Provincia de Corrientes s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 320:3973 (sentencia fecha 05/12/2000).
- “Larocca, Salvador Roque c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, Fallos323:750 (sentencia fecha 11/04/2000).
- “Robles, Ramón C. c/ provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 325:1855 (sentencia fecha 18/07/2002), consid. 7
- “Lema, Jorge H. c/ provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 326:820 (sentencia fecha 20/03/2003).
- U.S. “Bradley v. Fisher”, 13 Wall. 335 (1872).
- C.S.J.N., Fallos 1:302 (sentencia 19/09/1864).
- C.S.J.N., “Contreras, José Santos c/ Juez Nacional de Mendoza”, Fallos 1:302 (sentencia fecha 1864).
- C.S.J.N., “Carbó”, Fallos 8.466 (sentencia fecha 1869).
- C.S.J.N., “Tortorelli, Mario Nicolas c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios”, (sentencia fecha 23/05/2006), Recuperado el 04/02/2014 de <http://www.diariojudicial.com>.
- C.S.J.N., “Irurzun, Ricardo E. c/ Estado Nacional (Secretaria de Justicia) y otros s/ Daños y Perjuicios”, (sentencia fecha 12/04/1994), Recuperado el 14/02/2014 de <http://www.cedesyc.com.ar/fallos/irurzun.doc>.
- C.S.J.N., “Mallmann, Arturo J. y otro c/ Ministerio del Interior s/ Proceso de conocimiento”, Fallos, 323:2529 (sentencia fecha 26/10/1999).

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Canil, Tulio Ricardo
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32282896
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Responsabilidad civil de los funcionarios judiciales – Los jueces
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	tcanil1957@hotmail.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Datos de edición:

Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	Si
Publicación parcial <i>(informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en
esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

