

UNIVERSIDAD DE GRANADA - ESPAÑA

“ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL”

**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN LA PRESTACIÓN
JURISDICCIONAL**

JOSÉ ANTÔNIO COITINHO

2010

Director: Prof. Dr. Antonio Orti Vallejo

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: José António Coitinho
D.L.: Gr 4059-2011
ISBN: 978-84-694-4462-7

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ

1. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO
GRIEGO.....

2. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO
ROMANO.....

2.1. Ley de las XII Tablas. Legislación decenviral.....

2.2. Derecho Romano del siglo VI al siglo XI: Derecho Romano
Justiniano.....

2.3. “Litem suam facere”

2.4. La apelación de las sentencias y el respectivo régimen.....

3. PROFUNDIZACIÓN EN EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO MEDIEVAL.....

4. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS CONTINENTALES.....

4.1. Historia italiana.....

4.1.1. Ley nº 117/1988, de 13 de Abril.....

4.2. Historia Francesa: el proceso "prise apartie".....	
4.2.1. Las leyes 72.626 de 5 de Julio de 1972 y la Ley n.º 79/43 de 18 de Enero de 1979.....	
4.3. Historia Suiza.....	
4.4. Historia Española.....	
4.4.1. Régimen Anterior a 1978.....	
4.4.1.1. Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.....	
1.4.2. Ley Orgánica de 1985.....	
4.5. Historia Alemana.....	
4.6. Historia Belga.....	
4.7. Historia Brasileña.....	
4.8. Historia Griega.....	
5. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ANGLOSAJONES.....	
5.1. Historia de Reino Unido.....	
5.2. Historia Norteamericana.....	
5.2.1. Organización Judicial Norteamericana.....	
5.2.2. Declaración de Derechos y Garantías y el 14º Aditamento.....	
5.2.3. Prisión ilegal, prisión preventiva y la responsabilidad recurrente.....	

CAPÍTULO II

ACTOS DEL JUEZ

6. ACTOS DEL JUEZ.....	
------------------------	--

6.1. Actividad procesal del juez.....	
6.2. Actos decisorios.....	
6.2.1. Definiciones legales.....	
6.2.1.1. Decisión interlocutoria.....	
6.2.1.2. Despachos.....	
6.2.1.3. Sentencia.....	
6.2.2. Forma de los actos decisorios.....	
6.3. Actos no decisorios.....	
6.4. La diferente incidencia de atribución de responsabilidad de acuerdo con la respectiva naturaleza del acto jurisdiccional.....	
6.4.1. La conducta ilícita del juez.....	
6.4.1.1. El daño provocado por la conducta de un juez...	
6.4.1.2. El daño no patrimonial provocado por las decisiones judiciales.....	

CAPÍTULO III

ERROR JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD POR ERROR. INDEMNIZACIÓN

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL	
7.1. Introducción.....	
7.2. Responsabilidad estatal y modalidad de responsabilidad civil del juez	
7.3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado ante la atribución de responsabilidad del juzgador	
7.4. De la Irresponsabilidad a la Responsabilidad.....	
7.5. Responsabilidad Estatal Constitucional.....	
7.5.1. Fundamentos Constitucionales.....	
7.5.1.1. Desarrollo y Perfeccionamiento de la Carta	

Magna.....

7.5.1.2. Comprendiendo el contenido de la norma
constitucional.....

7.6. “La Responsabilidad del Estado como Poder Judicial”.....

8. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN FUNDAMENTADA EN LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.....

8.1. Competencia en la acción de indemnización. Requisitos.....

8.2. Legitimación activa y pasiva en la acción de indemnización.....

8.3. Procedimiento y Plazos en la Acción de Indemnización por Daño en
Razón de la Actividad Jurisdiccional.....

9. ERROR JUDICIAL.....

9.1. CONCEPTUACIÓN.....

9.2. De la naturaleza del error causado por la prestación jurisdiccional.....

9.2.1. De la naturaleza del perjuicio impuesto por la prestación
jurisdiccional errónea.....

9.3. Error judicial en conflicto con actividad del juez en la aplicación
de la Ley.....

9.4. Error judicial y la actividad del juez en la práctica de actos no
decisorios.....

9.5. Carácter previo de la declaración de error.....

9.6. Procedimiento judicial previo al proceso administrativo.....

9.6.1. Objeto.....

9.6.2. Plazo para ejercicio de la acción.....

9.6.3. Partes.....

9.6.4. Suspensión procesal de la pretensión.....

9.6.5. Sentencias y costas.....

9.6.6. “Ejecución del Asunto Resuelto Erróneamente” ...

CAPÍTULO IV

FUNCIONAMIENTO ANORMAL

10. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....

10.1. Conceptuación.....

10.2. Innecesariedad de declaración judicial previa.....

10.3. “Reclamación al Ministerio de Justicia”.....

10.3.1. Plazo para reclamación.....

10.3.2. Procedimiento administrativo.....

10.3.2.1. Inicio.....

10.3.2.2. “Instrucción”.....

10.3.2.3. Resolución y Recursos.....

11. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN TÉRMINOS CONSTITUCIONALES, PROCESALES Y DE DERECHO MATERIAL....

12. NÚMERO DE PROCESOS, MOROSIDAD DEL JUDICIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ.....

12.1. Aumento Alarmante del Número de Procesos Judiciales.....

12.2. Morosidad de la Justicia.....

12.3. Responsabilidad del Juez frente al Cuadro Judicial.....

CAPÍTULO V

ACCIÓN DE REGRESO

13. ACCIÓN REGRESIVA DEL ESTADO CONTRA EL CAUSADOR DEL DAÑO JUDICIAL.....

13.1. Fuentes Normativas.....

13.2. Los requisitos legales indemnizatorios.....

13.3. Procedimiento.....

13.3.1. Órganos judiciales competentes.....

13.3.1.1. Personas que serán juzgadas ante la “Sala Primera del Tribunal Supremo”.....

13.3.1.2. Personas que serán juzgadas por la “Sala Primera del Tribunal Supremo”, en los términos del artículo 61 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”.....

13.3.1.3. Personas que serán juzgadas por las “Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia”

13.3.1.4. “Jueces de Primera Instancia e Instrucción y Magistrados de Audiencias Provinciales”.....

13.3.2. Plazo para ejercicio de la acción.....

13.3.3. Fundamento procesal.....

13.3.3.1. Demanda.....

13.3.3.2. Documentos que deben instruir el pleito...

13.3.3.3. Inadmisión de la demanda.....

14.3.3.4. Efectos de la sentencia.....

13.4. Acción de repetición.....

14. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE JUECES Y MAGISTRADOS...

14.1. Responsabilidad civil directa del Juez o Magistrado.....

14.2. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado.....

15. CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO E INAPLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA

PRESTACIÓN JURISDICCIONAL.....

15.1. Responsabilidad civil en el Código de Defensa del Consumidor...

15.2. Origen material del Código Consumerista Brasileño en
Legislación del Mercado Común Europeo.....

15.3. El espíritu de ambas legislaciones.....

15.4. De la casuística atinente al origen material del Código de Defensa
del Consumidor Brasileño.....

15.5. Inviabilidad de aplicarse el CDD a la actividad jurisdiccional....

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA PENAL

16. PRISIÓN DEL DETENIDO POR MÁS TIEMPO QUE EL PREVISTO
EN SU CONDENA.....

17. LA PRISIÓN PREVENTIVA.....

17.1. Conceptuación.....

17.2. Particularidades.....

17.3. Recurso y Característica del daño.....

17.4. Exclusión del Derecho a la Indemnización.....

17.5. Derecho de Repetición.....

17.6. Prisión preventiva ilegal.....

18. SENTENCIA CRIMINAL DIVERSA DE LA CIVIL Y
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ AL PROFERIR LA
“DECISUM” PENAL.....

18.1. Ejecución de la sentencia penal condenatoria.....	
18.2. Juzgado Especial Criminal y Reflejos en la Esfera de la Responsabilidad Civil.....	
18.3. Sentencia Penal Absolutoria.....	
18.4. Responsabilidad del Juez en la Sentencia Criminal.....	
19. EL PROBLEMA DE LA REPARACIÓN POR INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.....	
19.1. La prisión ilegal <i>latu sensu</i>	
19.1.1. La tutela del derecho a la libertad y el problema de su resarcimiento.....	
19.2. La prisión ilegal <i>stricto sensu</i>	
20. “HABEAS CORPUS”.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a acometer diversos ámbitos legislativos de diversos ordenamientos jurídicos del continente europeo y del continente Americano, sobre la responsabilidad civil del juez en el ejercicio de la prestación jurisdiccional. Asimismo, abordaremos la evolución histórica de esta responsabilidad y su origen en las diversas naciones, buscando en parte, desmitificar la función jurisdiccional, exponiendo las entrañas del sistema jurídico, sus reglamentos y la forma como se opera la realización de la Justicia.

Vamos a partir la idea de que el error es de la esencia del acto de juzgar y que el carácter personal de la actividad del juez conduce, indisociablemente a lo que, para algunos, será un error. Desde esta perspectiva, intentaremos demostrar que la independencia del magistrado – base de la vida pacífica en sociedad – está íntima y directamente conectada a permitir que juzgue con completa libertad, dentro de lo que cree estar cierto, aún cuando lo correcto para una persona sea lo errado para otra. La noción de que el error y el acierto andan juntos en la función jurisdiccional será explotada para el convencimiento de que solamente la intención perversa puede dar ocasión a la penalización de quien juzga.

Los seres humanos piensan de manera diferente y juzgan diversamente. Si el error del juez resulta de un simple entendimiento de que el juicio correcto es el que prepondera para otros, entonces estará, en la mayor parte de las veces, errado. De forma diferente a los demás seres humanos, el magistrado, siempre que juzga con base en la Ley, en la moral, en las costumbres o en la equidad, hace un juicio de valor sobre determinada situación y este juicio de valor se constituye en su opinión. Nada más. Destaquemos, nada puede ser más personal y subjetivo que la opinión de una persona sobre lo que sea. Cada uno tiene su forma de pensar, no significando que una posición tenga que estar correcta y otra errada.

El error en la matemática puede ser obtenido de forma objetiva. El

edificio que desmorona en razón de la actividad del ingeniero prueba el error. Quien conduce su vehículo en dirección contraria y causa un accidente, actúa de forma errada. Sin embargo, no se puede decir *a priori* que el juicio de alguien no es correcto. Todas las cuestiones envueltas en la decisión son de naturaleza eminentemente subjetiva. Dependen de una evaluación personal que, sin duda, resulta de la exégesis de todo sistema jurídico, pero que también provienen de las experiencias de vida del juzgador.

El hombre que juzga, al juzgar se vale de todo lo que vivió. Sabiendo o no, su juicio de valor emerge de sus vivencias como un todo, en los más variados aspectos que componen la vida humana. Con o sin conciencia de que toda su vida irá interferir en la decisión, decide.

Los operadores del Derecho no cuestionan si ese sistema es correcto. Jamás son expuestas críticas en el sentido de la falibilidad del juicio hecho por una persona. La manera adoptada por el hombre para juzgar los conflictos de interés que surgen continuamente en la vida ha sido elegir determinadas personas para que juzguen a sus iguales. Exige de éstas que tengan formación académica en el estudio de las Leyes del propio hombre, vida pasada ejemplar, dignidad evidente, un actuar dentro de la moral, un pasado que no puede haber sido jamás maculado por actos ilícitos. Eso significa otorgar a esta persona un poder excepcional, cual sea, hacer lo que solamente Dios estaría autorizado a realizar: juzgar al hombre.

El juicio divino, de una persona por su creador convence a todos, en la medida en que se es creyente, con independencia del tipo de religión. El juicio del ser divino y perfecto, dotado de amor y bondad infinita –punto común en todas las religiones, sin excepción– es reconocido, es comprensible, racional para muchos. El ser superior juzgando al ser menos desarrollado. El creador juzgando su creación. Dios juzgando al hombre, pero éste no es Dios, es imperfecto, porque tiene defectos, porque se equivoca, porque desarrolla vicios, porque se deja dominar por sus pasiones, porque es vanidoso, ganancioso, deshonesto, egoísta, intolerante, agresivo,

prepotente. El hombre es inhumano.

Tenemos, pues, el juez, un hombre común, ordinario, con todos los defectos de los demás seres humanos, aunque, dotado del poder semejante a Dios de juzgar, pero conferido por el Estado para hacer Justicia. Y ello, aunque está en situación idéntica a aquel que será objeto de su juicio y esté absolutamente en el mismo grado de desarrollo humano de las personas a juzgar.

Los ordenamientos jurídicos de los más diversos países, sin excepción, están conformados con un engranaje donde la aplicación de las Leyes a los casos concretos deriva de la actividad humana. El juez, una persona absolutamente igual a las demás, es quien realiza la actividad. En representación del Estado administrador de la Justicia, el juez se confunde con éste y, en la visión de muchos, promueve la paz social.

Podemos hasta cuestionar si hay garantía de que el juzgador actuará de forma correcta, donde el error no exista. La respuesta será negativa. Una rotunda negativa. Nadie puede garantizar los aciertos del juzgador, porque aciertos no habrán. Siempre, invariablemente, su decisión estará errada en el entendimiento de ciertas personas. En la visión de muchos, la solución encontrada para el conflicto de intereses no será la más apropiada. Siempre habrá quien tenga una visión diferente y una decisión diversa, entendiendo ser más apropiada. Así, podemos decir que el juzgador estará siempre errado, porque invariablemente, en toda y cualquier circunstancia, otro tendrá una visión diferente.

El otro lado de la misma moneda consiste en la idea de que el juez estará siempre cierto. Partiendo del presupuesto de que examinó la situación puesta en juicio, aplicó la Ley, las costumbres, la analogía, la equidad, dentro de su visión y juicio personal de lo cierto y de lo errado, entonces su decisión será correcta. En esta visión, admitimos que realice el juicio dentro de la subjetividad que le es inherente, por ser una persona, como ser fallido, defectuoso, por así decir.

Y así somos nosotros, seres humanos, errados y ciertos.

Este es el sistema adoptado por la humanidad y esto es lo que debe ser entendido. El juez no yerra. No porque sea mejor que las demás personas. Al contrario, es porque el juez es igual a las demás personas, dotado de innumerables defectos. No yerra porque el sistema admite que un ser descalificado decida. Así, se decide, entonces no yerra. Realiza aquello que está designado a hacer: juzgar dentro de sus limitaciones de persona, de forma subjetiva, influenciado por todos sus traumas y alegrías experimentadas a lo largo de toda su vida. El “orden mundial” impuesto permite que un hombre común, animal de inteligencia limitada, diga lo cierto y lo errado. Este juicio de valor – necesario para decidir – siempre estará en armonía con lo que algunos piensan y distante de lo que otros tantos creen. Pero, la verdad es que se trata de la única forma de juzgar hasta hoy admitida por el ser humano moderno: un hombre juzgando otro hombre.

Si una decisión puede ser considerada equivocada, todas podrán serlo. Por otro lado, todas podrán ser consideradas correctas. La única forma viable de lidiar con la “Justicia de los Hombres”, mundial y uniformemente como realizada por una persona, es admitir que esta no yerra. Tal vez el sistema esté equivocado. Tal vez la humanidad esté partiendo de premisas equivocadas. Tal vez el hombre no pueda juzgar al propio hombre. Pero fue la forma que encontramos de vivir en sociedad y de creer que la Justicia es impuesta por el Estado. La única excepción admitida por el ordenamiento jurídico es que la decisión sea revisada por otro órgano juzgador. Es lo que llamamos el segundo grado de jurisdicción, segunda instancia. En este re-examen tendremos personas examinando lo que ya fue juzgado por otras personas. Este segundo juicio es reconocido como definitivo – o no, depende de cada sistema-. Pero la técnica es la misma, en nada se altera. Personas juzgando personas. La segunda decisión – a veces tercera, poco importa – tiene la misma esencia de la primera. Un examen profundo de la actividad desarrollada muestra que estamos ante el mismo modo de actuar, estamos delante de seres fallidos, dotados de inmensa subjetividad, juzgando sus pares. Y aquí tal vez quepa una pregunta: ¿qué garantía tenemos de que la primera decisión, eventualmente modificada, estaba errada? Estaba cierta para

muchos, especialmente para quien la lanzó, pero, estaba errada para otros, especialmente para quien la modificó.

Verdad inapelable es que quien decide no yerra. Cumple aquello que está designado realizar: aplicar las Leyes del hombre al hombre, utilizando en este proceso mental todo lo que hace parte de la subjetividad que integra su esencia de ser humano, con todos sus defectos. Su decisión estará en armonía con lo que muchos piensan y distante de lo que tantos otros creen.

En este contexto, la única conclusión posible, que reside justamente en la novedad traída por la presente tesis, es el entendimiento de que la culpa por algo tasado de “error judicial” no podrá generar el deber de indemnizar del juez, porque error no habrá, jamás. De este modo, solamente un actuar doloso de este profesional podrá generar su deber de indemnizar.

Pasando a describir el contenido de este trabajo, en el primer capítulo estudiaos la evolución histórica de la responsabilidad civil del juez. Iniciaremos por el examen de los precedentes históricos normativos de la responsabilidad civil del juez en ordenamientos jurídicos continentales. Haremos un detenido análisis de esta responsabilidad en las historias italiana, francesa, española, suiza, alemana, belga, brasileña y griega. Dedicamos un estudio ordenado de los precedentes históricos y normativos de la responsabilidad civil del juez en ordenamientos jurídicos anglosajones, abarcando la historia de Reino Unido y Estados Unidos. Por último nos detenemos ene los precedentes históricos de la responsabilidad civil del juez en el Derecho Griego y en el Derecho Romano, terminando por profundizar el estudio de esta responsabilidad en el Derecho Medieval.

En el segundo capítulo, nuestro estudio considera la Legislación Constitucional e infraconstitucional, especialmente de España y Brasil, trazando el desarrollo y trayectoria de cada uno de los legisladores respectivos hasta los días de hoy en términos de atribución de responsabilidad civil del juez en el desempeño de su

actividad jurisdiccional. El presente trabajo abordará la cuestión de la responsabilidad del juez por acto practicado como prestador de jurisdicción, al prestar justicia, por así decir. Estudiaremos la responsabilidad del Estado por acto del juez. Se hará el análisis de la repercusión del error judicial en la esfera de la responsabilidad civil de la Administración y abordaremos la cuestión referente a la posibilidad de ser propuesta demanda de regreso del Estado contra el magistrado. En este aspecto, haremos una “parada” para entender, detenidamente, la necesidad, o no, de ser deducida acción contra la Administración en principio y, a posteriori, contra el juez propiamente dicho. El estudio comprenderá una visión de los diversos actos practicados por el juez. Primeramente, en una división entre actos decisorios y no decisorios. En este momento, será apreciada la cuestión de los actos judiciales *stricto sensu* y los actos practicados por el juez *lato sensu*, verificándose las posibles consecuencias para el Estado y para el juzgador, a partir de la especie de acto en análisis, cuando contaminado de error, culpa, dolo. Aún en el estudio de los actos jurisdiccionales, será investigado sobre cada una de las especies de actos practicados por el juez. Estudio de la decisión interlocutoria, de la sentencia, del despacho de mero expediente y de otros actos del juez que, aunque practicados en esta condición, tienen cuño administrativo eminentemente no decisorio. Será trazada la responsabilidad del juez por acto decisorio, por acto no decisorio, abordándose la acción de regreso del Estado contra el magistrado y los límites de esta.

En el tercer capítulo abordamos, de la misma forma, la actividad jurisdiccional del magistrado como posible generadora de responsabilidad civil de éste y, por consiguiente, de la obligación de indemnizar a la persona que haya experimentado la lesión, aunque centrando el estudio en la práctica de actos distribuidores de justicia en el ámbito del Derecho penal. Vamos a verificar la cuestión del detenido que sufra privación de libertad por período de tiempo mayor que aquel previsto en el “decisum” que determinó su prisión. Estudiaremos, sobretudo, la situación del procesado víctima de injusta privación de libertad, la forma como ésta se caracteriza y sus desdoblamientos. En este punto veremos la cuestión de las prisiones provisionales y, en especial, la prisión preventiva.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ

1. PRECEDENTES HISTÓRICO-NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO GRIEGO

En la democracia griega, el principio de la responsabilidad del magistrado judicial, constituía uno de sus mayores pilares. Conforme orgullosamente sustentaba

ESCHINE¹ *"nessuno è esente dalVobbligo di rendere conto dei suo operatofra coloro che in qualsi modo esercitano un'atüivitàpobblica (...)"*.

No era posible asimilar la filosofía clásica de la responsabilidad del magistrado, así como la responsabilidad observada en sede general, sin comprenderse primeramente la experiencia jurídica griega. Esta regla, cuya única excepción era el cargo de juez del Supremo Tribunal Eclesiástico vigoraba, en pleno, en la Grecia antigua. Sobre un punto de vista abarcador, creemos que la democracia griega era de sobra conocida por su filosofía de autoridad y obediencia. En la Constitución del pueblo ateniense, Aristóteles expone como una de las instituciones más democráticas la inclusión de la *"epheses"*, es decir, la prerrogativa de cualquier ciudadano ofendido **de** poder recurrir al Tribunal Eclesiástico a fin de rebelarse contra una decisión de un juzgador. Subyacente a este instituto existe una idea de paridad substancial entre el ciudadano y el magistrado judicial. Subraya el preclaro filósofo que no se podría siquiera hablar en igualdad substancial si no existiera ninguna forma de colocar en discusión la responsabilidad del juez, obligándolo a rendir cuentas de su oficio.

En Grecia antigua² vigoraban dos principios esenciales que conducían los destinos de la democracia ateniense: la igualdad ante la ley y la libertad. Por consiguiente, siendo el pueblo quien elabora sus normas en las asambleas y a ellas se sujeta, hace sentido aseverar que³ *"la loi est à Athènes lê veri-íable souverain dans la cite. Lês magistrats, comme lê peuple, son soumis à sés regles et cette loi est la même pour tous lês citoyen"*. Tanto así que LUÍS CARLOS AZEVEDO y MOACYR LOBO DA COSTA⁵²³ proclaman⁴ que *"(...) loable, entretanto, la intención de los pensadores, estimando por traer mayores derechos al pueblo, extensivos inclusive a*

1 Autor remitido por ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, *La responsabilità dei giudice*, Giuffrè editore, Milano, 1995, p. 3.

2 Sobre la civilización griega arcaica y clásica puede leerse FRANCOIS CHAMOUX, *La Civilisation Grecque, A l'époque archaïque et classique*, Lês Grands Civilisations, Arthaud, 1963, France.

3 LUIZ CARLOS AZEVEDO, y MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de história do processo - Recursos*, Co-edição Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Joeden Editora, São Paulo, 1996, p. 22.

4 LUIZ CARLOS AZEVEDO, y MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de história do processo -Recursos*, cit., p.

la participación de este en las decisiones judiciales de las quejas públicas, pues como decía Platón, el daño producido a la ciudad por alguien, a todos perjudica y, por eso, a todos interesa". A esta altura se asistió a la creación de un tribunal, vulgarmente conocido por Tribunal de los Heliastas⁵, creado por Solon, cuyo objetivo consubstanciaba en la recepción de las decisiones judiciales de los tribunales inferiores. Pero, pronto vió sus competencias ensanchadas en la medida en que luego comenzó por tratar de todas las actividades judiciales, independientemente de tratarse de causas públicas⁶ o privadas⁷.

Con el objetivo de evitar la corrupción de los magistrados, los jueces que irían a enjuiciar el pleito sólo eran elegidos a última hora, mientras que la presidencia del juicio **concernía** al juez que había conducido su instrucción. El juez ateniense tenía conocimiento de la necesidad de juzgar de acuerdo con su conciencia y goza de una amplia libertad. De allí que se entienda que sus sentencias, registradas en los archivos del Estado, constituyen una emanación de la soberanía, por lo que no son susceptibles de reclamo ni de **agravio**.

Otro asunto igualmente relevante, más en concreto en el campo de la responsabilidad del juez, pasaba por la figura del árbitro. El arbitraje en el derecho

⁵ El Tribunal de los Heliastas sucedió al Areópago. Este traducía el tribunal de Atenas más antiguo, cuya tradición se perdió en los tiempos, y funcionaba simultáneamente como corte de justicia y consejo político. La elección de sus miembros de cariz esencialmente aristocrática (ya que se trataban de antiguos arcontes sorteados de una lista de quinientos candidatos), se vio sin las atribuciones políticas y una parte de la competencia judicial. Este tribunal constituía el tribunal por excelencia. Subrayó MÁRIO CURTIS GIORDANI, *História da Grécia, Antigüidade Clássica I*, 4a Edição, Editora Vozes, Petrópolis, 1986, p. 202, citando CROISET que la "incumbencia de los heliastas fue, desde el origen, muy considerable, dado que comprendía una gran parte del derecho privado y del derecho público. Se transformó, sin embargo, aún más extensa, de diversas maneras: primeramente por el derecho de apelo, que permitía someter a los heliastas muchas cuestiones juzgadas en primera instancia por los arcontes, por el Consejo de los quinientos o por jueces f...". Aunque existían, aún, otros tribunales, nombradamente el tribunal de los éfetas (apreciaban los casos de homicidio), el de la pritania (decidían sobre los seres considerados irresponsables tales como animales y cosas) y el de los Once (competía la guardia de las prisiones y las ejecuciones de las penas de muerte).

⁶ Las acciones públicas tenían por base una acusación y se pretendía reparar un perjuicio causado por el Estado. Están en este universo los delitos contra la colectividad, como por ejemplo los casos de corrupción y la ilegalidad. En relación al proceso propiamente dicho *vide* los esclarecimientos formulados por MÁRIO CURTIS GIORDANI, *História da Grécia, Antigüidade Clássica I*, cit., p. 203 a 204.

⁷ En estas acciones el proceso de ejecución de sentencia cabe a las propias partes interesadas.

griego consignaba una forma de "*justicia primordial*"⁸ desde el final del siglo V y atravesó un proceso evolutivo, donde surgieron los árbitros públicos, que consubstanciaban una especie de colaboradores o auxiliares del magistrado judicial. La razón de su existencia se fundaba en principios económicos en la administración de la justicia. La función desempeñada por el árbitro griego estaba muy lejos de aquello que en la actualidad designamos por "*funcionario del departamento de la justicia*". Esto porque la autoridad del árbitro se basa esencialmente en el consenso de las partes funcionando antes como un mediador de conflictos y no tanto como juez. Para más allá del juez eclesiástico, irresponsable por definición y el magistrado judicial, poseedor de una apretada libertad de decisión, teníamos la alegoría del árbitro que delineaba una coyuntura algo diferente: juzgaba de acuerdo con su conciencia y la equidad. Sobre esta circunstancia apenas se dibujó un proceso contra un árbitro de nombre Stratone, en la oración de DEMÓSTENES⁹, por haber recibido dinero a fin de pronunciarse a favor de una de las partes. En el derecho de Atenas, averiguándose un caso de ilícito intencional, consubstanciado en una hipótesis de denegación de justicia - cuando el árbitro se recusaba a juzgar - o una coyuntura de corrupción, la sanción asumía una enorme proporción, más concreto, era aplicada al árbitro infractor la pena de muerte civil, esto es, la pérdida de derechos políticos y civiles (*atimía*). Esta servía, en el fondo, para descorazonar cualquier forma de abuso que el juzgador pudiera incurrir, para más allá de minar de forma irreversible su reputación social. En estos incidentes el árbitro tenía el derecho de ser juzgado por un colegio de árbitros.

La doctrina aristotélica sobre la responsabilidad del juzgador buscaba en la imagen del árbitro¹⁰ el sentido a atribuir la tal responsabilidad. Cabía al árbitro definir

⁸ Sobre este asunto *vid* ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, *La responsabilità del giudice*, *cit.*, p. 5.

⁹ En lo que concierne a las obras de este autor *vid*, por ejemplo, *Discursos Privados*, Volume I y II, Biblioteca Clásica Gredos 64 y 65, Editorial Gredos, traducción de JOSÉ COLUBI FALCÓ, Madrid 1983.

¹⁰ En Grecia existían árbitros privados, que eran designados por las partes, que se comprometían a respetar sus decisiones y a los árbitros públicos, que eran nombrados mediante sorteo entre los ciudadanos atenienses con edad superior a sesenta años. La justicia arbitral tenía como trazo esencial el hecho de ser más barata y más rápida que la justicia común.

la moralidad del derecho, sustentado en una racionalidad social de la conciencia colectiva. El juicio arbitral buscaba su lógica esencialmente en la ética. No existía una decisión justa si el árbitro fuera arbitrario por naturaleza. Ya en estas observaciones se vislumbraba que la responsabilidad del árbitro tendría que ser preconcebida como una responsabilidad del foro profesional.

Más, el cauto filósofo aún va más lejos en sus consideraciones cuando procede a la separación de las aguas entre responsabilidad por desconocimiento o ignorancia (o para utilizar un lenguaje más hodierno, de la negligencia) de la responsabilidad intencional o dolosa. En la primera eventualidad nos parece que la solución adoptada era la que mejor se adaptaba a la ocurrencia: habiendo una decisión judicial sesgada esta sería pasible de discusión pública y no podría ser considerada eficaz. Existía, sobremanera, una zona grísea o una esfera intermedia entre la intencionalidad y la negligencia irrelevante que, de cierto modo, confundía Aristóteles, entendiéndose tratarse de un asunto de una enorme complejidad en términos resolutivos. La sentencia judicial según el derecho positivo podría presentarse muy bien vestida por la justicia como, en realidad, ella era desvestida de *Justicia*. En otras palabras, por la capa del caso juzgado, que es considerado como un bien por la sociedad, podrá sobrevivir, camuflado, un serio abuso del juzgador¹¹. En términos metafóricos el pensador habrá afirmado que es más simple constatar si alguien goza de salud que si estamos frente a una decisión argumentada¹².

El libro V de la *Ética a Nicómaco*¹³ (*Ética nicomacheá*) subordinada a la

¹¹ Ciertas veces más autorizadas clasifican la problemática de la responsabilidad del juez como una aporía fundamental del derecho debido al conflicto entre la norma cierta ideal y el hombre sabio. Así *vid* ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, *La responsabilità dei giudice*. Sobre el concepto de aporía, designada en términos filosóficos, *vid* JOSÉ FERRATERMORA, *Diccionario de Filosofía*, p.36.

¹² A propósito, la comparación entre la actividad de los médicos y de los magistrados judiciales consistía una constante en los deambulos filosóficos griegos.

¹³ Nicómaco era hijo de Aristóteles y entró en una batalla aún muy joven. Sobre el tratado *Ética de la Nicómaco* podrá leerse la versión española traducida por JÚLIO PALLI BONET, Biblioteca Clásica Gredos 89, Editorial Gredos, Madrid, 1998. Esta obra está compuesta por 10 Libros, siendo que, por ejemplo el primer libro versa sobre la felicidad, el Libro II trata de la naturaleza de la virtud ética, el Libro III habla sobre propósito las acciones voluntarias e involuntarias, el Libro IV y V se prende con las virtudes éticas, al

epígrafe "De la Justicia", en su Capítulo IX se refiere a la responsabilidad del juzgador.

2. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO

ROMANO

paso que el Libro VI se refiere a las virtudes intelectuales, el Libro VII se traduce en un apéndice sobre las virtudes éticas, el Libro IX tiene que ver con la amistad y el Libro X se subordina al tema de la naturaleza del placer y de la felicidad. La obra "*A Ética Nicómaco*" es vista por HANS KELSEN, *O que es a Justiça*, traducción de Luís Carlos Borges, Editora Martins Fontes, São Paulo 1997, p. 112, como la "*formulación autorizada de la filosofía moral de Aristóteles*". De acuerdo con ese estudio, la justicia, y conforme releva JEAN BRUN, *Sócrates, Platão, Aristóteles*, Publicações D. Quixote, Nova Enciclopédia, 2a Edição, 1994, p 283 y 284, es "*esta especie de disposición que deja los hombres aptos a ejecutar las acciones justas, haciéndolos actuar de modo justo y desear las cosas justas (VI 1129 a 7). Pero el término justicia se toma en varias acepciones, la justicia no es sólo la observancia de las leyes, y en este caso es una justicia universal, pero también aquello que reglamenta las partición o los cambios de bienes, y en este caso se trata de justicia particular. Es aquí que Aristóteles distingue tres especies de justicia: a) la justicia distributiva(...); la justicia de reparación o de rectificación es esta que reglamenta las transacciones, aquí no se trata de determinar el mérito de las personas: un juez no debe preguntar si un hombre bueno causó perjuicio a un hombre malo, pero debe considerar las partes como iguales y suprimir el perjuicio causado, considerando los perjuicios que puedan haber resultado y el carácter intencional, o no, del delito; c) la justicia de cambio: preside a las relaciones comerciales y se basa en la institución de la moneda(...).*"

2.1. Ley de las XII Tablas. Legislación decenviral.

Desde el derecho romano es posible encontrar textos jurídicos objetivando el castigo civil de los jueces siempre que actuaran con dolo o fraude¹⁴. Esa acción directa contra el juez que con "*dolo maio in fraudem legis sententiam dixerit, quantum ob eam rem aequum videbiti.r*"¹⁵ ya viene de lejos.

Reza la tradición que, en el ciclo arcaico del "*ius Romanum*", la lucha de la plebe contra el patriarcado se desarrolló en tres campos distintos: en el plano político, de forma a de obtener garantías contra el poder de los Cónsules y conseguir la entrada de la magistratura suprema en la *civitas*; en el área social, de forma a atenuar las barreras que separaban la plebe y los patricios (v.g. *la esclavitud por deudas, prohibición del casamiento entre plebeyos y patricios*); y, finalmente, al nivel económico¹⁶. Uno de los aspectos más sobresaliente de este fértil período romano¹⁷, resultante exactamente de ese deseo de algunos en alterar el "*satus quo*" de las cosas, resultó exactamente en el incremento de un colegio de magistrados extraordinarios¹⁸

¹⁴ Es esta la opinión de ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, Volume V, Artículos 125 a 133, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 312.

¹⁵ Expresión latina.

Sobre los precedentes históricos de la responsabilidad civil del juez, particularmente en el derecho romano, cfr., las interesantes remisiones bibliográficas efectuadas por LUIGI PAOLO COMMOGLIO, *Direzione dei processi e responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, Volumen Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979, nota de final de página n.º73, p. 500 y 501 y GIUSEPPE DE STEFANO, *Responsabilità dei giudice, Sritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Volumen III, Diritto pubblico, Milano Dott.AGiuffrè Editore, 1978, p. 556 a 557.

¹⁶ Razones apuntadas por PIETRO DE FRANCISCI, *Sintesis HMorica dei Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 105.

¹⁷ Existen cuatro fases distintas relevantes en la historia política romana: la época monárquica (753 a C. a 510 a C.), el período republicano (510 a C. a 27 a C.), el Imperio o Principado (27 a C. a finales del Siglo III-284) y Dominado (284 a 476) (este último avanzado por SEBASTIÃO CRUZ, *Derecho Romano (Ius Romanum)*, I, Introdução e Fontes, 4a Edição Revista e actualizada, Coimbra, 1984, p. 79 a 81. Alerta igualmente aún el insigne autor que, es posible destacar cuatro períodos históricos de la vida del "*Ius Romanum*", a saber: la época arcaica (753 a.C.(?) a 130 a C.), la clásica (de 130 a C a 230 d.C), pos-clásica (de 230 d. C a 530 d.C) y, finalmente, la justiniana (de 530 a C a 565 d. C).(SEBASTIÃO CRUZ, *Derecho Romano, Ius Romanum*), I, cit., p. 43 y siguientes.

¹⁸ *In illo tempore se consideraban "Magistratus extraordinarias"* todos aquellos que fueron creados o designados para cubrir necesidades excepcionales de la República, tales como el "*diciaior*", "*tribuni militum consulari potesiati*", "*decenviri legibjs scribundis*", entre otros, según FAUSTINO GUTIERREZ ALVIZ, *Diccionario de*

que tenían como diputación emanar un conjunto de normas, que los romanos resolvieron atribuir la designación de "*duodecim tabulae*" o "*lex duodecim tabularum*". Entre los historiadores es común aceptar como fecha de este importante marco, vulgarmente conocido por Ley de las XII Tablas, el año 450 a.C¹⁹. No obstante las diversas vicisitudes que el texto de la Ley de las XII Tablas sufrió en aquel ciclo, inserido en el derecho romano antiguo y posterior, entre las cuales resalta el hecho de que su conocimiento se fundamentó esencialmente en la tradición oral y escrita, lo que es cierto, y que nos interesa directamente para la materia que ahora nos propusimos tratar, es que en una de sus partes se refiere al problema de la responsabilidad del juzgador. De hecho, la Tabla IX (Del Derecho Público), poseía aproximadamente el siguiente tenor: "*Sijudex arbiterve jure datus, ob rem dicendam pecu-nian accepit, capital esto*". Tal significaba que todo y cualquier magistrado (árbitro o juez) que recibiera dinero para juzgar a favor de una de las partes en el pleito estaba sujeto a la pena de muerte. Se testificaba, por lo tanto, la prohibición expresa del juez venal.

Todas las normas jurídicas comprobadas en la Ley de las XII Tablas, y en especial la Tabla IX²⁰, tenían como propósito último la creación de una paridad substancial de derechos. Esta disposición jurídica contenida en la Tabla nona podrá, por lo tanto, ser analizada en el ámbito de una época que pretende profligar los privilegios de unos en deterioro de otros. Esta es nuestra tímida evaluación llevando en cuenta, entre otros, el corpulento argumento histórico basado en la restricción que moldeó la creación y el apareamiento específico de esta Tabla. Esto porque, una

Derecho Romano, Instituto Editorial Réus, Madrid, 1948, p. 396.

¹⁹ CRUZ, SEBASTIÃO, *Derecho Romano I*, cit., p. 182. Sobre la ley de las XII tablas se puede consultar aún el resumen que elaboró A E GIFFARD, *Précis de Droit Roman*, Petits Précis Dalloz, Tome Premier, Trisieme Édition, Paris, Librairie Dalloz, 1938, p. 31 a 36.

²⁰ La Tabla nona se subdividía en siete puntos siendo que el primero de ellos consignaba lo que se sigue: "*Que no se establezcan privilegios en leyes. (O que no se hagan leyes contra individuos.)*" Seguimos de cerca la traducción constante en la obra de SILVIO A.B. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, Fonte de Derecho Público e Privado, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 173. Esta Tabla fue traducida por diversos historiadores. En la orientación defendida por Terrason, por ejemplo, la Tabla IX deberá ser encarada de la siguiente dimensión: "*Lois qui ont rapport au Droit Public, qui traitent des Privilèges, du Crime de Lèse-majesté, des Crimes de Sédition, de Concussion, de Peculat et autres (...)*". SILVIO A.B. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, cit., p. 195.

meditación más atenta de aquella norma, llama inmediatamente a la colación el hecho de, a la fecha, existir una enorme tajada de la plebe que no poseía cualquier tipo de riqueza, por lo que nunca podría ofrecer dinero u otros bienes a un juez. Cumple, así, descifrar que el(los) sujeto(s) de la norma, aún que se dependa de él de manera indirecta, sería(n) principalmente el(los) detentador(es) de riqueza, quiere decir, los patricios. Este precepto visaba impedir que la cultura del dinero se sobrepusiera fácilmente al libre juicio. Igualmente, alerta magistralmente SÍLVIO A. B. MEIRA²¹, para lo que se sigue: *"En términos generales, puede admitirse que la ley decenviral procuró realizar la aequatio júris²², a que alude Tito Lívio, aunque parezca para algunos críticos modernos que sus preceptos eran demasiado duros, mismo bárbaros, y la igualdad de derechos una utopía. (...)"*.

In illo tempore el proceso asumía un carácter esencialmente privado²³ (al contrario de lo que ocurre en nuestros días donde el magistrado judicial asume la función jurisdiccional). Tal significaba que en Roma antigua cabía al leso tomar las riendas del proceso. Más, la obligación del culpado no se traducía exactamente en la obligación de reparar, tal como sucede en la actualidad. El leso reivindica, no propiamente una indemnización que fuera compensar los daños sufridos, pero, más allá de eso, demanda que sea aplicada una pena al infractor. De allí que MICHEL VILLEY²⁴ acabe por concluir que *"Esto está dependiente de la "justicia privada"; cuando el Estado no está aún bastante organizado para castigar él mismo los atentados al orden social, es la propia víctima que se encarga del castigo. (...)"*. Este régimen acaba por evolucionar, en tres fases distintas, partiendo del sistema de la *"legis actiones"*, período formulario, hasta alcanzar la *"extraordinária*

²¹ MEIRA, SILVIO A.B., *A Lei das XII Tábuas*, cit., p. 70. Más esclarece el ilustre autor en la misma página: *"Antes de la codificación decenviral, cuanto arbitrio y cuanta violencia deben haber sido practicados por los patricios contra los plebeyos, principalmente en el período que medió entre la institución de la República y el año de la promulgación de la LEX! (de 510 a 450 AC). En esa fase, las agitaciones fueron constantes, el pueblo por diversas veces se retiró de la ciudad, en señal de protesta, amenazando abandonar definitivamente la Urbs. (...)"*.

²² De acuerdo con las conclusiones formuladas por SÍLVIO MEIRA se pretendía fundir las dos clases en una única. SILVIO A.B. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, cit., punto 4, p. 243

²³ Conforme argumenta MICHEL VILLEY, *Derecho Romano*, Prefácio y notas de PAULO FERREIRA DA CUNHA, Coleção Resjurídica, p. 39 y 56.

²⁴ VILLEY, MICHEL, *Derecho Romano*, cit., p. 148.

cognitio"²⁵. Tenemos que concordar con SILVA CUNHA²⁶ cuando, a dada altura de su trabajo sobre Historia de las Instituciones, menciona que la Ley de las XII Tablas "ocupa un lugar de mayor importancia en la historia del Derecho Romano, constituyendo la base de toda la construcción jurídica posterior (...)". Lo que es hecho es que esa ley vigoró, por lo menos en términos teóricos, hasta la creación de la compilación organizada por Justiniano, en el siglo VI.

2.2 – Derecho Romano del siglo VI al siglo XI:

Derecho Romano Justiniano

El Código de Justiniano, data de 529, y era compuesto por doce Libros²⁷.

En el derecho romano de Justiniano la problemática de la responsabilidad de los jueces se basaba fundamentalmente en la aplicación de sanciones disciplinarias, en observancia rigurosa del principio del yugo jerárquico. En el foro estatutario, la coyuntura era vista bajo un ángulo diferente en la medida en que el juzgador se trataba de un forastero²⁸. Según la enseñanza de ENGEL-MANN citado por ANTÔNIO PEDRO BARBAS HOMEM²⁹ "(...) en la legislación estatutaria de las ciudades italianas se encuentran normas que establecen la atribución de responsabilidad personal del juez por cualquier daño infligido a las partes, sea en el

²⁵ Para mayor desarrollo sobre el recurso de apelación en la época romana *vid* LUÍS CARLOS AZEVEDO y MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de história do processo - Recursos*, *cit.*, p. 29 a 37.

²⁶ SILVA CUNHA, *História das Instituições*, p. 111.

²⁷ El Libro I se refiere a las reglas generales de Derecho, y de las conexiones entre Iglesia y el Estado. Del Libro II al Libro VII se habla de Derecho Privado. El Libro VIII se prende con materia penal y los últimos libros son sobre Derecho Administrativo y Financiero. Estos libros se dividen en Títulos y las constituciones o leyes surgen por orden cronológica y adoptaron el nombre del Emperador que las publicó.

²⁸ En la senda de lo que vendría a ser el juez de afuera en el caso portugués.

²⁹ HOMEM, ANTÔNIO PEDRO BARBAS, *Judex Perfectus, Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)*, Tomo I, *cit.*, p. 182.

establecimiento de reglas estrictas según las cuales el juez deba conducir el proceso, sea en el establecimiento de un régimen de recursos, sea aún en la responsabilidad por los daños causados por la decisión injusta. La responsabilidad personal del juez, civil, penal y disciplinar, surge como límite directo a su arbitrio y se conecta al apuramiento de la conducta del magistrado, o de cualquier otro funcionario, en el momento en que se sujetan al sindicato, esto quiere decir, en que son sometidos a inspecciones sobre el modo como ejercieron funciones". En la legislación estatutaria reconocemos que hubo una inquietud en discriminar los hechos que determinaban la responsabilidad personal del juzgador, nombradamente la circunstancia apurada siempre que el juez condenaba a prisión injusta, o en sanción más intensa que la pena prevista en el estatuto y aún, los casos de arresto arbitrario. Ciertos autores, en el rastro de NICOLINI³⁰, argumentaban que el estatuto acabaría por castigar ferozmente las situaciones de conductas dolosas de los magistrados judiciales y, a otro nivel de intensidad, los comportamientos negligentes. Este régimen de la responsabilidad civil del jugador en el derecho romano tendrá que ser encarado en una panorámica general más vasta relativa a la forma como era encarada la justicia en aquellos tiempos. La justicia surge como respuesta a la constante necesidad de estabilidad social que sustenta la obligación de reparación del daño al litigante perjudicado con el comportamiento del juzgador. El resarcimiento de la lesión no determinaba la depauperación de los expedientes restitutorios de forma que el ordenamiento jurídico romano aún consagraba, en paralelo, la responsabilidad del juez frente a la comunidad³¹. Además, el fuerte sentimiento de justicia aliado a los consistentes cimientos democráticos también justificaron, en el momento, la clara opción por mandatos limitados en el tiempo. Concluido aquel mandato, transitorio por naturaleza, los jueces eran sujetos a los expedientes de inspección sobre la forma como cumplieron su oficio.

³⁰ Autor citado por ANTÔNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus, Função jurisdiccional e estatuto judicial en Portugal (1640-1820)*, Tomo I, *cit.*, p. 183.

³¹ En los fueros del tiempo medieval ya se vislumbraba la responsabilidad del magistrado judicial con base en un acto ilícito como afronta de un derecho del leso y como desconsideración a la comunidad. Tal implicaba la posibilidad del juzgador ser responsabilizado a reparar un daño a la parte y, en simultáneo, a su sumisión a otras sanciones, así como la obligación de pagar penas de multa que revertirían a favor de la sociedad.

Siempre que hablamos de responsabilidad civil o personal del juez se esta haciendo referencia a su *modus operandi* profesional, y al hecho de que en determinado momento del proceso el juzgador ha juzgado de manera incorrecta. En otras palabras, nos parece pacífico que la noción del juzgador que juzga mal y que con esa actuación haya implicado daños para las partes, sólo podría ser encuadrada en el régimen de la responsabilidad civil.

En lo que respeta a la corrupción, el modelo de raíz romana difería del modelo de raíz germánica, ya que en aquel el cerne de la corrupción se consubstanciaba en la aceptación (y oferta) de cualesquiera dádivas como remuneración de funciones públicas. En otras palabras, el crimen tenía como base la "gratuidad" de aquellas funciones. El castigo del magistrado judicial por la aceptación de liberalidades, aunque se pudiera tratar de actos fuera del ejercicio de sus funciones, asumió en las palabras de ANTÔNIO ALMEIDA COSTA³², un carácter "preventivo", al visar combatir la instauración de un ambiente de venalidad generalizada en el aparato de la Administración.

2.3 - "Litem suam facere"

El Derecho Romano³³, en la esterilla del aforismo griego, subrayó vehementemente el instituto del juzgador³⁴ injusto³⁵, inmerso en la máxima latín

³² Para una mayor profundización sobre la corrupción del magistrado en Roma aconsejamos vivamente la lectura de las enseñanzas de ANTÔNIO DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o crime de corrupção*, Estudos em homenagem ao Pró f. Doutor Eduardo Correia, Universidade de Coimbra, BFD, Número Especial, Volumen I, Coimbra, 1984, nota de zócalo n.º4, p. 57 y p. 59 a 64.

³³ Alrededor del derecho romano nos deparamos con una larga bibliografía mayormente PEDRO MARTINS, *História Geral do direito romano, Peninsular e português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1906, ALEXANDRE CORREIA, GAETANO SCIASCAS, ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA, *Manual de Derecho Romano, Insitutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, en confronto con o texto latino*, Volume II, 2a Edição correcta e melhorada, Edição Saraiva, São Paulo, 1955. Ya en relación a la historia de las instituciones del derecho romano consultar MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Derecho Romano, Peninsular e Português*, 2a Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908.

³⁴ De acuerdo con FAUSTINO GUTIERREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, cit., p. 395-396, debe entenderse por "*Magistratus - Magistrado, magistratura. Originariamente, jefe de la comunidad; posteriormente,*

"*iudex quis listem suam facit*"³⁶. Además, subrayó la cuestión de la responsabilidad recurrente de la iniquidad practicada, fundada en corrupción, determinando una indemnización al(los) leso(s) por los daños verificados. Este instituto, cuyo estudio no ha reunido el consenso de los autores, se encontraba latente en el Código de Justiniano, Libro VII, Título XLIX.

En el derecho romano apenas existía la figura del delito, por lo que el instituto del *quási-delito* no carecía de cualquier acto para autonomía. Además, como no había delito sin ley, para que determinado acto pudiera fundamentar un pedido de indemnización tendría que estar previamente consagrado bajo la forma de ley. De ahí que se haya asistido, a esta altura, por parte de la jurisprudencia, a un ensanchamiento del dominio de la responsabilidad donde emergió el *quási-delito*. Aunque la jurisprudencia restringió los *quási-delitos* a cuatro hipótesis³⁷, consistiendo una de

magistrado o funcionario autónomo en su competencia y en el ejercicio de sus facultades; por último, magistrado que desempeña una función pública -y la propia función - en nombre del pueblo o del Estado romano, que le confiere en cada caso los poderes o facultades, administrativos, políticos o militares de que goza en mayor o menor amplitud según su categoría y según las épocas. La autoridad o poder conferido al magistrado se designa con los nombres de potestas e imperium, aquella la tienen todos, participando de ella de modo diferente; el imperium puede faltarle, pues hay magistrados cum imperium y sine imperium; para ocupar las magistraturas se necesitaba una determinada capacidad y el seguir un cierto orden en su ocupación, cursus honorum, son teóricamente responsables y tienen derecho a determinadas insignias acreditativas de su condición.(...)". Existían diversos tipos de magistrados v.g. *Magistratus cum imperium*, *Magistratus sin imperium*, *Magistratus Maiores*, *Magistrados menores*, *Magistratus civitatis*, *Magistratos coloniae deducendae*, *Magistratus Curules*, *Magistratos extraordinarius*, *Magistratos municipales*, *Magistratus ordinarii*, *Magistratus pololi romani*, *Magistratus sine império*, *Magistratus urbani*, *Magistrati militum*, entre otros. Cuanto a la noción de algunas de estas expresiones vid PIETRO DE FRANCISCI, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1854, p. 124 a 13 l.SILVIO A B. MEIRA, *A Lei das XII tábuas*, cit., p. 48 y 49, BURDESE, *Manual de Derecho Público Romano*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1972, p. 66 a 90, refiriéndose este último al período de la república. En el Derecho Romano la justicia admite el duplo recurso al juez "*legar*" (= magistrado judicial) y al juez árbitro ("*iudex*" o juez jurado), circunscribiéndose el primero a dictar la ley, al paso que el segundo, decide sobre la aplicación a dar en el caso que le es traído por el juzgador. Esta orientación es preconizada por PIERRE GRIMAL, *A Civilização romana*, Lugar da História, Edições 70, Lisboa, 1993, p. 303.

35 Según PEDRO BARBOSA elucida, recordado por ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus, Função jurisdiccional e estatuto judicial em Porti gal (1640-1820)*, Tomo I, cit., p. 202: "(...) *duobos modis potuisse iudicem malê iudicare, velper dolum, ver per imperitiam*(...)."

36 "El juez que prevarica al elaborar su sentencia y que causa perjuicio a una de las partes". (14.5 pr., D, 5, 1, 15,16, D50,13,6) FAUSTINO GUTIERREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, cit., p. 320. Según GEORGES CIULEI, *L'Équité chtz Ciceron*, Adolf M. Hakkert - Éditeur, Amsterdam, 1972, p. 8 y 9, dentro de las categorías de las "*actions in aequum et bonum*" se incluía la acción conocida por "*iudex quit litem suamfacit*". En esta acción se constataba que el magistrado encargado del proceso tenía la obligatoriedad de apreciar el caso según criterios de equidad.

A este propósito MÁRIO GUIMARÃES, "O Juiz e a função jurisdiccional", cit., p. 241, advierte que "Los romanos permitían que se volvieran los contendientes contra el juez a quien se imputase haber procedido con error, dolo y culpa. Cuando tales vicios ocurran, el juez habría hecho su lide -litem suam faciebat, fórmula de que derivó el prise àpartie, del derecho francés."

37 En relación a las tres restantes situaciones puede leerse RAMOS DE SOUSA y SILVA PINTO, *Da*

ellas en los casos en que el juez daba mal una sentencia *oujudex quam litem suamfecit*. El juez privado "*hacía suya la acción*" siempre que profiriera una sentencia injusta, según ÁLVARO D'ORS. En sentido técnico *litem suam facere* debía entenderse, de acuerdo con este autor, de la siguiente forma: "(...) *ei hecho de que un juez se subroga en lugar dei demandado cuando sea incumplido su deber de dar sentencia*"³⁸ *en el momento en que había de hacerlo, o, lo que es lo mismo, cuando da una sentencia, no injusta, sino nula*"³⁹. Este autor viene a romper con la hipótesis tradicional defendida por GIANETTO LONGO sobre el *iudex qui litem suamfecit*⁴⁰.

Conectada con esta materia, que adoptaremos en su consagración tradicional, tenemos, según creemos, la cuestión del juramento de los juzgadores.

Los jueces⁴¹ y los árbitros o *recuperatores*⁴² eran obligados a prestar juramento. Conforme enseñaba Ulpiano 23 ad. Ed. D 50.5.13.2, "*qui non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur*". Ser juzgador, en aquella época, constituía un *munus personale* al cual no podría, salvo en el caso de causa justificada⁴³, ser renunciado. La diferencia que existía entre el árbitro, que apenas asumía su función después de una libre aceptación y no había ninguna entidad que lo

Responsabilidad civil, cit., p. 45.

38 En la hipótesis del juez no cumplir con su obligación de dar sentencia sería responsable por ese mismo hecho. Así, un juez que no haya dado su sentencia sobre el pleito y "*hubiera hecho suyo el litigio*" tendría que responder en la exacta medida del pedido efectuado por el demandante. En ese sentido tenemos IGNACIO CREMADES y JAVIER PARICIO, *Anuario de historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de estudios jurídicos, Tomo LIV, serie 1a, Madrid, 1984, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 184.

39 D'ORS, ÁLVARO, *Litem suam facere, Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, XLVIII, 1982, Romae, Pontificia Universitas La ternanensis, p. 369.

40 CREMADES, IGNACIO y PARICIO, JAVIER, *Anuario de historia del Derecho Español, cit.*, p. 179.

41 En este período algunos autores hacen la separación entre magistrados (dotados de *imperium*) y jueces (árbitros o juzgadores populares). En ese sentido tenemos JUAN IGLESIAS *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, undécima edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 187 a 188.

42 Se trataban de particulares, nombrados para cada causa. Sobre este asunto pueden consultar los apuntes de RAUL VENTURA, *Processo Civil Romano*, editados por RAUL AMARAL MARQUES, 1947-1948, p. 22 e 23.

43 Conforme pliegue ALFREDO DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, Argentina, nota 1, p. 60: "(...) *aunque pueden excusar-se por motivo fundado (así, por enfermedad, o por causa de sacerdocio; Ulp., D. 50.5.13 pr.)*."

podiera obligar a llevar a cabo su menester, y el *iudex*, es que este era electo para juzgar un litigio común y debería aceptar el cargo independientemente de su voluntad, excepto en caso de excusa.

Todo juez procuraba actuar en conformidad con la ley en la fase *apud iudicem*⁴⁴ y emitir su decisión en conciencia o, en otras palabras, todo juzgador debería cumplir escrupulosamente con su oficio. Por eso es que, en la época clásica los jueces eran obligados a prestar juramento⁴⁵, conforme la verdad y las leyes. (Cj. 3.1.14. pr). El efecto de este juramento se producía en el plan interno de la persona que juzgaba. El juez había jurado delante de la divinidad que su comportamiento se pautaría en el ámbito de las reglas de lo justo y bueno y tal exigiría una conducta y un resultado de acuerdo con lo prometido. Si el juez actuase con falsidad, contra lo que había jurado, pasaba a cometer perjurio y quedaría sometido a la "*ira deorum*".

Bajo el punto de vista procesal, no se conocía ninguna acción que se pudiera intentar contra el juez prevaricador por haber actuado de forma deficiente en su oficio. La sentencia era, en sí misma, inatacable. No obstante, ello no era sinónimo de que las partes no se pudieran defender. El perjudicado podría siempre impugnar la sentencia contradiciendo al vencedor mediante la "*actio iudicati*", o entonces, siempre podría exigir del magistrado la "*restituto in integrum*"⁴⁶, siendo, aún así, cierto y sabido que la cuestión de fondo dirimida por la decisión judicial no era pasible de correcciones. La impugnación era, por lo tanto, indirecta y con base en un eventual defecto de la sentencia (elaborada con dolo, miedo o error), que pudiera viciar todo el proceso. En otras palabras, antes del surgimiento del recurso de

⁴⁴ De acuerdo con JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano, Historia e Instituciones, cit.*, p. 192 a 194, esta fase procesal poseía tres características: oralidad de las alegaciones, defensa e inquisiciones, publicidad y inmediatez. Véase a propósito del procedimiento *apud iudicem* las sumarias pero preciosas consideraciones tejidas por ALFREDO DI PIETRO), *Derecho Privado Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, Argentina, p. 60 y siguientes.

⁴⁵ Para mayores desarrollos se aconseja la lectura de la obra de JAVIER PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma, Los juramentos de los jueces privados*, Cuadernos Civitas, primera edición, 1987, Madrid, España.

⁴⁶ Este instituto constituyó el precursor inmediato de la apelación en las palabras de IGANCIO CREMADES y JAVIER PARICIO, *Anuario de historia del Derecho Español, cit.*, p. 192.

apelación puede aseverarse que vigoraba el principio de la intangibilidad de las decisiones judiciales por el que no existía ningún remedio contra la injusticia material de algunas sentencias.

Se puede afirmar, *rectius*, que en el plano del *apud iudicem* el juzgador era jurídicamente irresponsable. No se podría, por lo tanto, atacar a este nivel, la rectitud, o no, del juzgador, ni tampoco la forma como valoró las pruebas. El único instrumento que se encontraba consagrado desde la Ley de las XII Tablas se prendía con la "venta" del juez a una de las partes del pleito y tal conducta era castigada, como vimos anteriormente, con la pena capital.⁴⁷

En el Digesto, 5, 1, 15., 1 encontramos la fórmula que sintetizaba el régimen sobre la responsabilidad civil del juez a saber: "*si un juez, hijo de familia prevarica al dictar la sentencia, queda obligado en la cuantía del pecúlio. Se entinede que un juez prevarica cuando hubiera dictado sentencia con dolo y en fraude de la ley (se considera que procede con dolo si se le probase un evidente favor, enemistad o soborno), y se le obliga a responder del verdadero importe del litigio. (Ulp. 21 ed)*"⁴⁸.

Si la iniquidad tuviera una índole meramente culposa, por imprevisión, y no por malignidad, el juzgador no sería responsabilizado por cualquier daño. En estos casos era sujeto a una mera propina o multa, dependiendo de la entidad que juzgara la injusticia perpetrada (*Digesto, Libro L, Título XIII; Institutos, Libro IV, Título l*⁴⁹). A

47 Esta sanción establecida en la Ley de las XII Tablas fue substituida posteriormente por un procedimiento criminal público.

48 AD'ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P.FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares Y Libros 1-19, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968, p. 241. Vid la versión del fragmento del libro 21 *adEdictum* de Ulpiano constante en la obra de IGANCIO CREMADES y JAVIER PARICIO, *Anuario de historia del Derecho Español*, cit, p. 201 que pasamos a transcribir: "*ludex tunc litem suamfacere intellegitur, cum dolo maio in fraudem legis sefeiiñam dixerit (dolo maio autem videtur ho c f acere, si evidens auguatur eius vel gratia inimicitia vel eticm sordes), ut veram aestimationem litis p*-aestare cogatur.*"

49 La VINNIO, *In quatuor libras Institutionum*, IV, 5 citado por ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI en la primera página de su trabajo, *La Responsabilità dei Giudice*, cit., narrou: "...mediei periculosam imperitiam

este propósito refirió JAVIER PARICIO lo siguiente: "*En época póstclásica, cuando litem cuam facere perdia su sentido genuíno y pasó a designar cualquier comportamiento inconveniente de los jueces, ei juez venal también podría ser sancionado a través de la acción privada (esto está ya presente en el interpolado paréntesis de D. 5. L 15.1: dolo inalo autem videtur hocfacere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes; sordes significa suciedad, aqui tiene el sentido de actuar con vileza, propiamente aceptando suborno) que sería alternativa con la pública.*"⁵⁰.

Si el juzgador se hubiera descuidado en su oficio y su actuación fuera subsumir en la fórmula "*hacer suya la causa*" (*litem suamfacit*), podría ser demandado en una *actio in facíum*⁵¹, siendo que en la época de Justiniano era encarado como un *quase-delito*.

La correcta delineación entre los conceptos de dolo y culpa se fue apurando con el paso del tiempo. En el campo de la responsabilidad recurrente de los errores practicados con culpa, pero sin dolo, es posible vislumbrar diversas expresiones nombradamente el desconocimiento o ignorancia, impericia o negligencia propiamente dicha. Funcionaba, en paralelo, el mecanismo de la responsabilidad derivada de actos negligentes.

En el caso de un juzgador haber juzgado incorrectamente se aplicaba el párrafo 6º, Título XIII, Libro 50 que decía: "*Si un juez hubiera juzgado mal, no parece quedar obligado propiamente por maleficio, pero, como tampoco lo está por*

delicio subjicit temerária professo scientiae; judex autem non professione jurisprudentiae censetur, sed publica autoritate constituitur, etiam invitus."

⁵⁰ JAVIER PARICIO, *Sobre la administracion de la justicia en Re ma, Los juramentos de los jueces privados, cit.*, nota de pie de página n.º 36, p. 84.

⁵¹ Estas acciones, de cariz penal, se traducían en aquellas que eran instauradas contra jueces que de forma dolosa hubieran pronunciado alguna sentencia (*si iudex litem suam facerit*), según define ALFREDO DI PIETRO, *Derecho Privado Romano, cit.*, Parágrafo 328, p. 191.

*contrato, y ciertamente ha cometido una falta, aunque sea por imprudencia, se entiende que queda obligado como sofuese vor un maleficio. (GaU réscott.=D. 44,7,5,4=Ins.4, 5 pr)*⁵².

2.4. La apelación de las sentencias y el respectivo régimen

La noción de cosa juzgada⁵³ se encontraba sedimentada en el Libro XLII, Título I, Parágrafo 1º, del Digesto de Justiniano de la siguiente forma: "*Se Llama cosa juzgada la que, por declaración del juez, pone fin a la controversia, lo que puede ocurrir sea por condena sea por absolución. (Mod. 7 pand.)*"⁵⁴.

Esta sentencia del *iudex*, en la República, no era apelable. A este propósito basta atender a la redacción del Libro 49, título II, intitulado "*De que jueces no se puede apelar*". De acuerdo con esa norma "*(...) no es licito apelar del príncipe, puesto que él es a quien se apela. Debe saber-se que no se puede apelar al príncipe de las decisiones del senado (...)*" La introducción del recurso de la apelación ocurrió en el imperio asumiendo el cariz de procedimiento común contra la sentencia del juez, que se trataba de un funcionario del Estado. Además, aseveraba el párrafo 32 del Título 42 "*Cuando un juez da sentencia en contra de las constituciones imperiales que han sido promulgadas porque no cree que la causa sobre la que debe juzgar tenga que ver con ellas, no parece haber dado una sentencia contra las constituciones, y por ello tal sentencia debe ser apelada, pues, si no se apela, se estará a la cosa juzgada. (Call. 3 de cognit.)*"⁵⁵.

52 A. D'ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 841.

53 El cosa juzgada (*res iudicata*) constituía un efecto de la sentencia, de acuerdo con los esclarecimientos proveídos por ALFREDO DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, *cit.*, Párrafo 123, p. 62 y por RAUL VENTURA, *Processo Civil Romano*, *cit.*, p. 111 y 112.

54 A. D'ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 339. En la página 344 se preveía la posibilidad de existir dos sentencias, proferidas por dos juzgadores, contradictorias, sobre la misma materia. Regía el párrafo 28º del Libro 42 "*Dos jueces que habian sido namorados han dado dos sentencias contradictoria sobre un mismo asunto>. Respondía Modestino que ambas las sentencias quedan en suspenso hasta que el juez competente haya confirmado una de ellas. (Mod. 12 resp.)*".

55 A. D'ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 345.

En el Libro XLIX, en el Título I, párrafo 1º, constatamos con la regla de la apelación. En concordancia con el tenor de aquel precepto verificamos la siguiente determinación: *"Nadie ignora que frecuente y que necesaria es la práctica de las apelaciones, ya que sirven para enmendar la injusticia o la impericia de los jueces. (...) (Ulp. l de appell)"*⁵⁶.

Más adelante llegamos a un precepto interesante. *"Cuando a causa de una sentencia se paga una cantidad, por imperativo del juez cuya sentencia, tras la apelación, resulta haber menos favorable de lo debido, el que pagó debe recuperar aquella cantidad. (Ulp. 3 de omn. Trib.)"*⁵⁷.

En el bajo imperio, se prohíbe la apelación contra las *interlocuciones*⁵⁸. Sobre la apreciación de la prueba y en los casos de las decisiones colegiales rezaban los párrafos 36 y 37, del Libro XLII, Título I. Consonante en párrafo 36 *"Escribe Pomponio, 37 ed., que si entre los vários jueces que conocem sobre la libertad de una persona, uno de ellos declara no resultar clara par él la causa y los otros si están de acuerdo, aunque aquél jurara lo declarado, los otros que están de acuerdo pueden dar sentencia, sin que aquél pueda oponerse, pues, si bien hay discrepancia,*

56 A. D' ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 751.

57 A. D' ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 754.

⁵⁸ La interlocutio difiere de la decisión definitiva (quiere decir, aquella que resuelve la cuestión deducida en juicio), por traducirse en una decisión pronunciada durante la pendency de la acción mediante la cual el juez resuelve cuestiones preliminares o perjudiciales, y sólo comenzó a hacer sentido separar en la época pos-clásica. A partir de esa diferenciación se comenzó a colocarse el problema de su impugnación en sede de recurso de apelación. Finalmente, de acuerdo con los autores LUIZ CARLOS DE AZEVEDO y MOACYR LOBO DA COSTA, es con Justiniano que se asiste al principio de la prohibición del recurso de apelación antes de ser proferida la sentencia definitiva (Cód. 7.62.36). A pesar de las críticas apuntadas por estos dos autores sobre la traducción latina de las *Novelas griegas de Justiniano*, subscribimos enteramente la tesis de la necesidad de transcribir el siguiente extracto, no totalmente fiel al original, pero de una importancia indiscutible en el campo de los recursos y de la denegación del derecho: *"Conviene no acudir à la apelación hasta terminado definitivamente ei pleito: porque nopiede experimentar-se gran perjuicio por una sentencia interlocutoria en que se deniegue algun derecho, como seria laproduccion de íestigos ó presentacion de documentos, pues ai tiempo de apelar podrá dar las razones en que funde su pretensio; lo que disponemos, para que no se prolonguem indefinidamente los pleitos admitiéndose apelaciones de sentencias interlocutorias; porque resultaria que, decedida una cuestion, se volveria à apelar sobre lo mismo, y despues ventilándose otra, se recurriria también à la apelación. El juez que niega algun derecho por sentencia interlocutoria, mandará se haga constar pot escrito la apelación para que la parte no se perjudique y pueda utilizar su recurso ai apelar definitivamente. El juez que contraviniese à estas prescripciones y no admita apelación, pagará una multa de cinquanta libras de oro"*, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO y MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de História do Processo - Recursos*, Co-edición FIEO - Fundação Instituto de Ensino para Osasco e JOEN - Editora Ltda., São Paulo, 1996, p. 135. BACARDI, ALEJANDRO DE, citado por LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, y MOACYR LOBO DA COSTA, *Estudos de História do Processo - Recursos*, *cit.*, p. 136.

*debe prevalecer la opinion mayoritaria (Paul. 17ed.). Parágrafo 37-Se considera que juzgar todos los jueces cuando todos ellos están presentes (Marcell, 3 dig.)*⁵⁹.

El juzgador romano no estaba inhibido de emendar las palabras constantes en actos judiciales desde que esas rectificaciones no modificaran el tenor de las sentencias" (*Hermog. 2 iur. Epit.*)⁶⁰. Esto porque, altercaban los romanos que, una vez dada la sentencia, buena o mala, el juzgador había cumplido su menester y quedaba completamente agotado su poder.

Por otro lado, la responsabilidad en costas constituía otra forma de responsabilizar los juzgadores. Fue Bártolo quien creó los cimientos institucionales para la futura legislación sobre la atribución de responsabilidad de cualquier juez que se postergase en alguna obligación recurrente de su trabajo. Esta atribución de responsabilidad del juez en las costas del proceso surgió, por lo tanto, en simultaneo al régimen de la responsabilidad de los litigantes y de los abogados.

3. PROFUNDIZANDO EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN EL DERECHO MEDIEVAL

Posteriormente al pensamiento de la ideología medieval, cuyo exponente máximo es Santo Tomás de Aquino⁶¹ (1225-1274), en su obra "*Summa Theologiae*"

59 A.D'ORS,F.HERNANDEZ-TEJERO,P.FUENTESECA,M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 345 e 346.

60 Párrafo 46, Libro, Título I, versión castellana de D'ORS, F.HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO, J. BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, *cit.*, p. 347.

61 Santo Tomás de Aquino, de familia lombarda, nació en el castillo de Roccasecca, en los alrededores de Aquino, al norte de Nápoles. Para mayores desarrollos sobre su vida y obra *vid* JOSÉ FERRATER MORA, *Dicionário de Filosofia*, *cit.*, p. 455 e CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Volumen 1º, Parte Histórica, Coimbra Editora, 2a Edição Revista y añadida, 1955, p. 75 a 89. Sobre la noción de justicia general y la concatenación entre la orientación preconizada por Santo Tomás de Aquino y Aristóteles *vid* LUÍS ALBERTO DE BONI, *Idade Média: Ética e Política*, Coleção Filosofia, 38, Edioucrs, 2a Edição, Porto Alegre, 1996, p. 213 a 218.

encontramos el término "*magistratura*" o "*juez*" exprimiéndose inequívocamente a la función soberana. La figura central de la monarquía medieval era precisamente la del rey-juez. El rey servía para gobernar, para hacer justicia y el derecho. Igualmente, en este magno período histórico la propia función legislativa surgía como un aspecto meramente anodino y complementaria de la función judicial, que asumía un carácter preeminente

La "*iurisdictio*"⁶², que englobaba el poder soberano en sentido estricto, podría asumir una de dos formas: ordinaria o delegada. El poder era ordinario siempre que fuese ejercido de "*motu proprio*" por las dos entidades consideradas supremas, el emperador o el Papa. Por otro lado, hablamos de poder delegado siempre que fuese ejercido en representante de otro, o sea, "*ex alterius commissione*".

Las dificultades relacionadas con la responsabilidad del juzgador medieval comenzaron a surgir, respecto al juez delegado, una vez que en relación al juez ordinario se entendía que se encontraban investidos de un poder soberano, luego indiscutible. En efecto; el juez delegado (v.g. de las ciudades italianas de la Edad Media), no se trataba de un funcionario de carrera, fuertemente condicionado por las telas jerárquicas.

Con el objetivo de asegurar su ansiada imparcialidad e independencia el juzgador era designado por el soberano entre ciertos extranjeros. De ahí que se asistió al nacimiento de una nueva categoría de magistrados judiciales profesionales, de los cuales se puede destacar el jurista eminente de nombre Bártolo, que fueron llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, durante un determinado ciclo de tiempo en diferentes ciudades. Su actividad tenía una índole profesional, así como el cargo de

⁶² COSTA, PIETRO, *iurisdictio, Semântica dei potere político nella publicista medievale (1100-1433)*, Milano, Italia, Dott.a Giuffrè Editores, 1969.

abogado. Por consiguiente, el Derecho representaba el resultado, lento por naturaleza, y no ya tanto la voluntad del soberano. La vacuidad de un sistema jurídico espartano y pre-configurado hizo que el papel del magistrado judicial se aproximase más a un árbitro perfectamente imparcial que a un genuino funcionario o burócrata que se limitase a dar voz alta a la voluntad del soberano. Mientras el juzgador ordinario no podría recusarse a juzgar, existía esa facultad en relación al juez delegado siempre que se tratase de un impedimento legítimo. Esta eventualidad, fundamentalmente después de los perfeccionamientos introducidos por el derecho canónico, derivó en un instrumento que permitía la exclusión de un magistrado vulgarmente conocida por "*iudex suspectus*".

La problemática de la responsabilidad del juez tuvo como punto de partida, como ya aludimos anteriormente, la actividad de los médicos. Concentrada en el aforismo latino "*quare in plus obligatur quam iudex?*" se indagó lo siguiente: ¿por qué razón el médico tiene que ser más responsable que el juzgador? De este modo, el precio que el juez medieval tendría que pagar por una responsabilidad no burocrática sería su sumisión a una responsabilidad profesional. Este juzgador no gozaba de cualquier privilegio especial o inmunidades comparativamente a los restantes ciudadanos por lo que se puede concluir que la responsabilidad del juez medieval formaba parte de la responsabilidad común. Al final de su mandato el juzgador era sometido a un juicio de "*syndicatus*". Sin precisar la fecha, SOARES MARTINEZ⁶³ aduce lo siguiente en relación a la responsabilidad de los juzgadores: "*En los antiguos derechos, los juzgadores eran responsables ante el príncipe, directamente, o a través de sus delegados o representantes - sobre-jueces, cancilleres, concejales, etc. La responsabilidad del juez se presentaba como puramente interna, frente a su mandante, como mandatario, cuando supuesto infiel en el cumplimiento de su mandato. El sistema parecía de lógica impecable. El príncipe recibió su regimiento de las manos de Dios, que le confiara todos los poderes - legislativo, ejecutivo, judicial. Pero esos poderes serían, muchas veces, delegables. Especialmente lo de*

63 SOARES MARTINEZ, *Filosofía do Derecho*, Almedina, 1991 p. 724.

administrar justicia (...)".

Prosiguiendo con el raciocinio del autor, el juez delegado tendría que responder ante el soberano por su comportamiento, tal cual como sucede actualmente en el contrato de mandato. Ahora, nos cuestionamos lo siguiente: ¿y qué es lo que les sucedería a las partes lesas con la conducta de esos magistrados delegados? A esta cuestión responde el mismo autor que "*el juzgador, juzgando con el delegado, como representante, del príncipe, junto de este tendría que responder por los actos practicados. Pero no ante las partes lesas en razón de las injusticias de sus juicios. (...)*". En nuestra opinión, esta circunstancia no será absolutamente líquida ni de simple respuesta.

4. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTINENTALES

El estudio comparado, aunque meramente superficial, de la responsabilidad civil del juzgador en los diversos sistemas jurídicos, con algunos de los cuales el nuestro posee mayores afinidades, servirá para intentar comprender mejor aquel en que estamos inseridos y, simultáneamente, aspirar a su perfeccionamiento y desarrollo. De ahí que se revelen con alguna pertinencia las consideraciones que iremos a tejer enseguida. Se presagia, en sede general, que un juzgador incurre en responsabilidad civil cuando se constituye en la obligación de indemnizar al otro por los daños que le cause en su actividad judicial. La responsabilidad civil del juez surge principalmente en consecuencia del difícil **contorno de la accesión del papel y del ascendente del juzgador que se testimonia en la contemporaneidad**. Este crecimiento puede constituir una fuente de perversiones o corrupciones si, en conforme, no es debidamente seguido por un refuerzo del sistema de control. El adelantamiento del

dogma de la irresponsabilidad absoluta del magistrado judicial tuvo su origen en el ámbito penal, más precisamente en aquellas situaciones manifiestas de error judicial o defectuoso funcionamiento de la justicia, encarado en términos abarcadores.

La responsabilidad civil del juez es una temática que ha merecido un tratamiento diverso en los países de la "*Common Law*" y en los países de paradigma burocrático. No obstante, la existencia de una notable tendencia general para la consagración, en términos más o menos amplios, del derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por errores de la justicia o su anormal funcionamiento, lo que es cierto es que los diversos países han encontrado varias soluciones que pasan por la responsabilidad *directa* del magistrado judicial, o la responsabilidad solidaria del Estado o, aún, la responsabilidad directa del Estado, con o sin acción de regreso contra el juez. En los países que se adhirieron al sistema burocrático puede observarse una divergencia evidente: por un lado asistimos a una mayor atribución de responsabilidad directa de la propia entidad estatal por los daños recurrentes del mal funcionamiento o funcionamiento defectuoso o anómalo del servicio público de administración de la justicia y, por otro, verificamos la abertura de una vía, aún muy reducida, para la responsabilidad *personal* y directa del magistrado judicial en caso de culpa grave (cuyo exponente máximo es, sin duda, el caso italiano).

Para ANTUNES VARELA⁶⁴ existe una "*responsabilidad agravada por el hecho de la sentencia ser, no una decisión casuística o intuitiva, pero racional y objetivamente fundamentada en faz de la Ley. La responsabilidad propia del juzgador, en los sistemas europeos de tipo continental, es especialmente agravada, como a cada paso se ha subrayado, por el carácter normativo de nuestro sistema legislativo y por la necesidad procesal de la motivación de la sentencia*".

64 VARELA, 1997, p. 9.

4.1. Historia italiana

Es, tal vez, *per summa capita*, la solución más *extravagante* de todas. Esto porque el sistema italiano actual posee efectivamente una reglamentación muy característica⁶⁵.

Pero antes del régimen actual, vigoró el Art.º 783 del CPC de 1865, que estipulaba la responsabilidad personal del magistrado judicial por los actos dolosos, fraude o concusión, cometidos en el ejercicio de su función judicial⁶⁶. Se trataba de una acción civil instaurada contra una "autoridad judicial", y asumía un cariz especial. Más allá de la cuestión de la competencia del tribunal para apreciar esos procesos, ya en aquella altura se exigía la autorización previa "*dalla corte cui spetta di giudicarne*". Se asistía igualmente a la conminación de una sanción pecuniaria para la parte que hubiera dado causa a la acción en caso de rechazo del proceso. También se daba la posibilidad de defensa al juez a quien se podrían imputar los hechos lesivos. Esta situación jurídica permaneció inalterable hasta 1947. En el campo penal,

⁶⁵ Existe copiosa bibliografía y artículos sobre la responsabilidad civil del juzgador en Italia anterior a la ley 117/1988, de 13 de Abril. A título meramente confirmativo se resalta VICENZO VIGORITI, *I) Responsabilità dei giudice, Responsabilità dei suoi ausiliari, dei PM.*, p. 3 a 6, 12 a 13 y del mismo autor existe igualmente *La Responsabilità del giudice: Che fare? Rivista di Diritto Civile*, Año XXXIII» 1987, Parte Prima, Padova, Cedam, p. 317 a 328, P. GROSSI, *Constitutional premises for a study on liability and responsibility resulting from the exercise of the judicial power*, University of Rome II, Department of Public Law, Yearbook, 1988, Editoriale Scientifica, p. 67 a 95, FRANCESCO PINTUS, *Enciclopedia dei diritto*, XXXIX, *Responsabilità dei giudice*,. 1471 a 1482, FREDERICO CARPI, *Responsabilità dei giudice e pubblicità processuale*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XXXIV, 1980, p. 1464 a 1473, entre otros. Aún sobre este asunto son de veras importantes las consideraciones desarrolladas por ALESSANDRO GUIULIANI y NICOLA PICARDI, *La responsabilità dei giudice*, Giuffrè editore, 1995, que se inclina sobre los modelos históricos y comparados, el modelo italiano (desde el Estado liberal hasta el Estado fascista y republicano) y francés. En el ámbito jurisprudente varias son las decisiones judiciales que relatan esta materia. *Responsabilità Civile e previdenza: 1994*, Volume 59, *Rassegna complementare di giurisprudenza*, p. 842, Cort. Cost. 3 Diciembre 1993, n.º 426, sobre *Riparazione per ingiusta detenzione - Esclusione quando il soggetto vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave (...)*, *Responsabilità Civile e previdenza: 1996*, Volume 61, *Rassegna complementare di giurisprudenza*, p. 795, Cass. Civ. 23 Gennaio 1996, n.º 654, Sez. I, a propósito de *Magistrati-esponsabilità civile (...)* *Responsabilità Civile e previdenza: 1997*, Volume 62, *Giurisprudenza*, p. 1138 Cass. Civ., 11 Marzo 1997, n.º 2186, Sez. I, cuanto a *Magistrati-Responsabilità civile - Responsabilità per colpa grave - Responsabilità per la valutazione di prove (...)* etc.

⁶⁶ COMMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Direzione dei processi e responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, Volumen Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979, p. 500 a 502. Véase igualmente la exhaustiva bibliografía sobre esta materia en el CPC de 1865 indicada por ALDO M. SANDULLI, *Atti dei giudice e responsabilità civile, Sritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Volume III, Diritto pubblico, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1978, p. 1283 a 1284..

el Proyecto de Reforma del CP italiano de 1889 prevía únicamente la responsabilidad, del Estado, en aquellos procesos que hubieran terminado con la absolución del sospechoso, en sede de revisión de la condena. La misma orientación fue contemplada en el *Códice de Procedura Penal* vertido en la enmienda de Orlando de 1909 y 1911, que reivindicaba como presupuesto de admisibilidad del pedido de indemnización la existencia previa de una condena de prisión superior a tres años. Más, el sospechoso declarado inocente debería necesitar de medios económicos. Esta óptica se mantuvo firme hasta al CPP de 1913, altura en que se pasó a demandar que el sospechoso no tuviera dos o más condenaciones y no hubiera concurrido para impeler el Tribunal en una situación de error. En este caso, quien tendría que soportar de forma financiera las lesiones derivadas de la sentencia de condena sería el propio presunto culpable leso. La Constitución italiana de 1947, por su vez, pasó a acoger *ipsis verbis* la responsabilidad patrimonial de la Administración (o sea, de sus funcionarios y agentes de la Administración pública por los actos ilícitos) en su Art.º 28⁶⁷.

Reza el dicho precepto constitucional lo que sigue: "*Ifunzionari e i dipendenti dello Stato e degli eníi pubblici sono directtamente responsabili, secando Ia leggi penale, civili e aàministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. Im tali casi Ia responsabilità civile si estende alio Stato e agli enti pubblici.*" De la lectura del precepto normativo ahora referido se comprende, con alguna simplicidad, que lo que se estipula claramente es la *responsabilidad objectiva del Estado*⁶⁸ por sus agentes y

67 Alrededor del Art.º 28 de la Constitución italiana y la responsabilidad del funcionario en general se inclinó GIORGIO COLZI, *La responsabilità dei funzionari pubblici*, PIERO CALAMANDREI y ALESSANDRO LEVI, *Commentario Sistemático alia Costituzione italiana*, G. Barbera Editore, Firenze, Volume primo, 1950, p. 247 a 271. Sobre la aplicabilidad de esa responsabilidad del Estado a la actividad judicial *vid* las autorizadas explanaciones del autor VICENZO VIGORITI, *1) Responsabilità dei giudice, Responsabilità dei suoi ausiliari, dei PM, cit.*, p. 3 y 6, ALDO M. SANDULLI, *Atti dei giudice e responsabilità civile, Sritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Volume III, Diritto pubblico, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1978, p. 1283 a 1299, ALESSANDRO GUIULIANI y NICOLAPICARDI, *La responsabilità dei giudice, cit.*, p. 260 a 264. Esta Constitución se refiere igualmente a la organización del llamado poder judicial, conforme menciona ANTÔNIO AMORTH, *La Costituzione italiana, commento sistemático*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1948, p. 106 a 112. Para conocimiento del texto Constitucional italiano y de la Ley de la organización judicial italiana, lea LÚCIO GALTERIO, *Ordenamiento Giudiziario*, Quarta Edizione, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1985, p. 2 a 378.

68 VITTA, Edoardo. Responsabilità degli Stati, Novíssimo Digesto Italiano, VTET, XV, p. 731 a 738.

no la responsabilidad civil *tout court*. Por cierto, a corroborar esta orientación deparamos precisamente en el Art.º 24, n.º 4, de la Norma Constitucional italiana, que reporta la posibilidad de cualquier persona lesa en su derecho que actúe en juicio siempre que haya tropezado en una situación de error judicial. Con efecto, expone el Art.º 24, párrafo 4º⁶⁹, que "*Tuítì possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. (...) La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*". En lo que se refiere a la responsabilidad directa y personal del juzgador previeron, *a posteriori*, los Artículos 55 y 56⁷⁰, del *Código di Procedura Civile* lo siguiente: "*Art.º 55 del CPC*⁷¹ (*Responsabilità civile dei giudice*) - *Il giudice è civilmente responsabile soltanto 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione (395, n.º; 317c.p.)*"...;. Sobre este Art.º 55, n.º 1 del CPC italiano consideraban ciertos autores que se trataba de una acción de difícil ejecución en la práctica. Fue esta la posición sustentada por ejemplo por LUIGI PAOLO COMMOGLIO⁷². Proseguía (el n.º 2 del Art.º 55: "*2) quando senza giusto motivo rifiuta*⁷³, *omette o ritarda disporre sulle domande o istanze delle parti e in generale, di compiere un atto del suo ministero (328 c.p.). Le ipotesi previste nel n.2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito*". Aquí, según la doctrina italiana, se constataba que el legislador resolvió estipular el *iter* de la formación del proceso

69 Esta disposición normativa acabó por ser la nueva vestimenta de los Artículos 571, 572, 573 e 574, todos del *Código di Procedura Penal*, en la reforma introducida por la Ley n.º 504, de 23 de Mayo de 1960.

70 Para una correcta apreciación relativa al ámbito subjetivo de aplicabilidad y la responsabilidad personal del juzgador patente en los Artículos 55 y 56 del CPC fíjese en las sabias advertencias echas por VICENZO VIGORITI, *1) Responsabilità del giudice, Responsabilità dei suoi ausiliari, del P.M., cit.*, p. 3 a 6, GIUSEPPE DE STEFANO, *Responsabilità dei giudice, Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Volume III, *Diritto pubblico*, Milano Dott. A Giuffrè Editore, 1978, p. 552 a 562, ALDO M. SANDULLI, *Atti dei giudice e responsabilità civile*, y en la misma obra, p. 1290 a 1311, LUIGI PAOLO COMMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità dei giudice, Rivista di Diritto Processuale*, Año XXXII (II Serie), n.º 1, Gennaio - Marzo 1977, Padova, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 36 a 56. Consulte, aún, SÉRGIO COSTA, *Responsabilità dei giudice, dei suoi ausiliari e del pubblico ministero, Novissimo Digesto Italiano*, VTET, XV, p. 702 a 704.

71 *Código di Procedura civile 1994*, a cura di SANTO FERRARI, ROBERTO E GIORGIO FERRARI, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1994.

72 COMMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Direzione del processo e responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, Volume Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979, p. 503.

73 Sobre la situación de *denegación de justicia*, por retraso o omisión no justificada de despacho sobre pretensiones redactadas por las partes, o de realización de actos, era obligatorio que las partes, sintiéndose lesas en su derecho, organizaran una obra procesal a fin de dar inicio a un cierto procedimiento (*diffida ad adempiere*, quiere decir, intimación para cumplimiento) para determinar una vicisitud de "*messa in mora*", o sea, la colocación en mora de aquel magistrado judicial.

jurisdiccional, con una formulación mucho más amplia que lo configurado por el régimen anterior en el Art.º 783, n.º 2. En cuanto al Art.º 56 del CPC, este, subordinado a la epígrafe "*autorizzazione*", proclamaba que "*La domanda per la dichiarazione di responsabilità dei giudice non può essere proposta senza autorizzazione del Ministro della Grazia e Giustizia*"⁷⁴.

En Italia, como se verifica, la responsabilidad civil del juez se asentaba fundamentalmente a título de dolo. Tenía, por lo tanto, una clara influencia del Código de Napoleón. La jurisprudencia y la doctrina italiana consideraban al Estado como directamente responsable por los actos practicados en el ejercicio de la función jurisdiccional, que hubieran ocasionado daños a los ciudadanos, imputables al juzgador. La responsabilidad del Estado se medía exactamente por la responsabilidad del juez⁷⁵.

Cabía, así, al perjudicado elegir entre solicitar la indemnización al Estado o al juez. Sin embargo, optando por esta última hipótesis tendría que lanzar mano del instituto entonces consagrado en el Art.º 56 del CPC italiano, esto es, solicitar una autorización previa del Ministro de Justicia italiano. La responsabilidad del juzgador se restringía, así, a las limitadas situaciones de dolo, prevaricación o concusión. Pero, en una decisión considerada determinante sobre esta materia, fechada de 14 de Marzo de 1968, la *Corte Costituzionale*, decretó que los preceptos del Art.º 28 de la Constitución pasarían a ser directamente aplicables a todos los magistrados judiciales⁷⁶.

74 Continuaba el Art.º 56 del CPC: "*A richiesta della parte autorizzata la corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda. La disposizione del presente articolo e del precedente non si applicano in caso di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale.*"

75 Sobre el Poder Judicial en Italia lean G. MARANINI, *L'Italie*, Collection sous la direction de GEORGES BURDEAU, Tome V, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, s.d., p. 66 a 74.

76 Los jueces italianos juzgan de acuerdo con las fuentes de derecho a que se refiere el Art.º 1º del CC de 1942. Para conocimiento de la redacción legal de esta norma lean SANTIAGO C. FASSI y DIONISIO PETRIELLA, *Código*

Puede aseverarse que, en el fondo, la responsabilidad civil del juzgador se encontraba consagrada desde 1865, pero esta consideración debería siempre ser vista sobre la luz de la delimitación de la naturaleza jurídica del magistrado judicial. En otras palabras, en este aspecto casi todo se prendía con el abarcamiento, o no, del juzgador⁷⁷, en el naípe *de funcionarios* del Estado, que ministra un servicio público a la sociedad, independientemente de tratarse, o no, de un titular independiente⁷⁸ por naturaleza.

A sumar a esta consideración persistían aún otras limitaciones a la responsabilidad civil del magistrado judicial. Vamos a designarlas por restricciones de cariz *substantivo o procesal*.⁷⁹ Las primeras se ciñen a aquellas circunstancias de malignidad, dolo, usurpación, fraude o denegación de justicia. Las segundas, a quien MAURO CAPPELLETI⁸⁰ traducido por SAMUEL AMARAL, apodó, bien a nuestro ver, de *inflexibles limitaciones procesales*, son esencialmente tres, en la esterilla de lo que viene siendo alentado por el dicho autor. En este momento, podemos destacar la necesidad de consentimiento previo del Ministro de Justicia italiano (*cfr.* Art.º 56 CPC).

Civil italiano, Libro I, De las personas Y de la familia, Colección Italia contemporánea, Asociation Dante Alighieri, Buenos Aires, p. 29. De subrayar que, en Italia, los magistrados judiciales están sujetos al régimen de castigo de los funcionarios públicos no habiendo, por lo tanto, crímenes propios de magistrados..

77 Sobre la organización judicial italiana, nombradamente sobre las normas que reglamentan la organización judicial en general, Tribunal de Menores, Juicios Criminales, Estatuto de la magistratura, tratamiento económico, entre otras, se puede consultar el conjunto de disposiciones jurídicas vastísimas constantes en la Revista *Documentacion Jurídica, Monográfico dedicado a los materiales para ei estudio de lê ley Orgânica dei Poder Judicial*, Tomo XII. Julio-Diciembre 1985, n.º 47/48, Centro de Publicaciones, Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid.

78 En lo que respeta a la independencia de la magistratura italiana *vid* CARLO GUARNIERI, *L'Indipendenza delia magistratura*, Università di Bologna, Pado vá, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1981, y CARLO GIANNATTASIO, *La Magistratura*, PIERO CALAMANDREI y ALESSANDRO LEVI, *Commentario Sistemático alia Costituzione italiana*, G. Barbera Editore, Firenze, 1950, p. 173 a 185.

79 LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, O error judicial e o anormal funcionamento*, *cit.*, p. 86. Este autor menciona que el legislador intentó circunscribirse en las ocurrencias en los tribunales civiles excluyendo los Tribunales criminales.

80 CAPPELLETI, MAURO, traducido por SAMUEL AMARAL, *La Responsabilidad de los jueces*, *cit.*, p. 73. Certifica este autor que estas tres vicisitudes "...sobre todo a hacer de la responsabilidad civil de los jueces más un tema de teórica exposicion de cátedra que una realidad tribunalicia...".

El régimen constante en los Artículos 55, 56 y 74, 81 del CPC italiano fue entretanto expresamente revocado por el referendo popular de 1987 que originó la ley n.º 117/1988, de 13 de Abril⁸² (actualmente en vigor). En la génesis del referendo vamos a encontrar dos posiciones aparentemente antagónicas. De un lado, avistamos la clase política italiana, bastante inquietante con el creciente protagonismo y actual poder de los magistrados judiciales circunscribiendo sus intentos a la posibilidad de ensanchamiento de la responsabilidad civil de los juzgadores a la culpa grave⁸³.

Por otro, topamos con la clase de los jueces que se sentían condicionados frente a su independencia con el eventual ensanchamiento de su responsabilidad por culpa grave. El alarido entretanto levantado se arraiga solamente a la responsabilidad personal y directa del magistrado judicial y no se **alastra** a la responsabilidad civil del Estado. Pero, lo que es cierto es que el régimen que acabó por ser edificado consagró una responsabilidad del Estado (mejor dicho, Estado-Juez) y no una responsabilidad personal, ya que sólo a título de una acción de regreso (apodado de *Processo per rivalsa dello Stato verso U magistrado*) es que aquel acaba por ser efectivamente responsabilizado en términos patrimoniales. Esta ley, como estudiaremos, más adelante excluyó de su ámbito de aplicación otras circunstancias que podrían, o no, ocasionar la responsabilidad civil del magistrado judicial, *máxime* el error judicial y las detenciones injustas, reglamentado en sede de proceso penal italiano (en el Artículo 643⁸⁴, 314, 85 y 315 CPP), la morosidad procesal u otras ocurrencias

81 El Art.º 74 del CPC propugna la responsabilidad del magistrado del Ministerio Público. Estas normas sobre la responsabilidad del juzgador y sobre el ejercicio de la acción son aplicables *mutatis mutandis* a los magistrados del Ministerio Público cuando interviene en sede de proceso civil, si en el ejercicio de sus funciones, actúan con dolo, fraude o concusión (Art.º 317 CP).

82 Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el día 15 de Abril de 1988. Esta ley tuvo igualmente la virtualidad de realizar alteraciones en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, modificó el CPP así como el CPC.

83 Se conjeturaban, por lo menos, dos razones capitales: constituiría un acicate para colmatar algunos defectos de funcionamiento patentes a nivel del servicio de justicia y, más, sería una forma de compensar y volver a equilibrar los poderes.

84 Art.º 643 del CPP: "*Riparazione dell'errore giudiziario: l - Chi è stato prosciolto in sede di revisione, se non há dato causa per dolo o colpa grave ali'o errore giudiziario, há diritto a una riparazione commisurata alia durata dell'eventuale espiazione delia pena o internamente e alie conseguente personali e familiari derivanti dalla condanna.(...).*"

85 Art.º 314 del CPP: "*Pressuposto e modalità delia decisione: Chi è stato prociolto con sentenza irrevocabile perché il fatio non sussiste, per non aver commesso ilfatto, perché ei fatio non costituisce reato o non è previsto dalla legge como reato, há diritto a un 'equa riparazione per la custodia cautelare súbita, qualora non vi abbia dato o*

resultantes del defectuoso funcionamiento de la Justicia. De acuerdo con una parte de la doctrina italiana, una vez que el CPC no mencionaba la culpa ni tampoco la culpa grave, ella habría colocado en paralelo el régimen de la responsabilidad civil al de la responsabilidad penal. Más, la forma en la que el régimen legal se encontraba estipulado tendría siempre la virtualidad de banir la responsabilidad del magistrado al más completo abandono.

4.1.1. Ley n° 117/1988, de 13 de Abril

Esta ley⁸⁶ germinó de la consulta popular⁸⁷, y tiene como cabecera "*Dos daños causados por el ejercicio de funciones judiciarias*"⁸⁸.

concorso o darvi causa per dolo o colpa grave. Lo stesso diritto spetta ai prosciolti per qualsiasi causa o ai condannato che nel corso dei processi sia stato sottoposto a custodia cautelare, quando con decisione irrevocabile risulti accertato che il provvedimento che ha disposto la misura è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli articoli 273 e 280; Le disposizioni dei commi 1° e 2° si applicano, alle medesime condizioni, a favore delle persone nei cui confronti sia pronunciato provvedimento di archiviazioni o wero sentenza di non luogo a procedere.(...)"

⁸⁶ Es profusa la bibliografía y los artículos subordinados al tema de la responsabilidad civil del juez durante y después del referendo. Sobre este asunto tenemos maxime GIOVANNA VISINTINI, *Tratato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Cedam Casa Editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1996, p. 285 a 291, ROBERTO VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, Quaderni de "L'Indice Penale" a cura de Mario Pisano, 7, Casa editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1992, VICENZO VARANO, *Responsabilità dei magistrato, Digesto delle discipline Privatische, Sezione Civile, XVII*, UTET, p. 111 a 119, *Responsabilità civile dei magistrati*, Introduziam di MASSIMO VARI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Libreria dello Stato, Roma, 1988, p. 3 a 47, ELIO FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XLII, 1988, p. 1026 a 1035 GIACOMO BARLETTA CALDARERA, *La nouvelle loi italienne sur la responsabilité des magistrats*, *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1989, p. 613 a 635, GIUSEPPE DI FEDERICO, *La crisis dei sistema judicial y ei referendum sobre la responsabilidad civil de los magistrados*, traducción de MARIA ANGELES AHUMADA, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Número 69, Julio-Septiembre 1990, Centro de Estudios Constitucionales, p. 7 a 41, MICHELE GRAZIADEI y HUGO MATTEI, *Judicial Responsibility in Italy: A new statute*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 38, number 1, 1990, p. 103 a 126, GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno, lineamenti e questioni*, II Mulino, 1991, p. 456 a 461. En el dominio de la jurisprudencia nos deparamos con diversas sentencias que versan sobre este asunto. Vea v.g. *Responsabilità Civile e previdenza: 1998*, Volume 63, *Giurisprudenza*, p. 1042 a 1046, sobre *Magistrati-Responsabilità civile-Errorre giudiziario e Riparazione peringiusta detenzione -Art. "5°, L. 117/1988 (...)*, así como las cogitaciones desarrolladas por MARIA CRISTINA M ACRI en relación a "*risarcimento danniper ingiusta detenzione tra difficoltà di applicazione e prospective indennitarie*".

⁸⁷ Sobre este referendo "*abrogativo*" consulte la decisión de la *Corte Costituzionale* n.º 26 de 16 de Enero de 1987, re-publicada por MASSIMO VARI, *La responsabilità civile de magistrati*, Istituto poligrafo e Zecca deli Stato, Libreria de Io Stato, Roma, 1988, p. 29 a 32.

⁸⁸ SILVIO LESSONA, *La funzione giurisdizional*, PIERO CALAMANDREI y ALESSANDRO LEVI, *Commentario*

Alrededor del concepto de *la funzione giurisdizionale* en Italia se pronunciaran “*responsabilidad civil de los magistrados.*” Ella está compuesta por **diecinueve** Artículos⁸⁹ y consigna la responsabilidad civil del juzgador por dolo, culpa grave o denegación de justicia. Por el inigualable interés que esta ley presenta en el panorama de la responsabilidad civil del juzgador iremos a detenernos, en seguida, muy resumidamente, a su régimen legal y a su *ratio*. En los términos del Art. 1° de la Ley n.° 117/1988, de 13 de Abril, constatamos que la misma tiene un amplio ambito de aplicación, una vez que es aplicable a todos los magistrados, singularmente o a título colectivo de los tribunales judiciales (principalmente a los juzgadores del Tribunal Administrativo, de Cuentas, Criminal, Civil, Tributario, Militar) y del MP. Incluye también los actos jurisdiccionales encabezados por los magistrados judiciales⁹⁰ de los cuales resulte un perjuicio injusto, desde que practicado con dolo⁹¹ o culpa grave o por denegación de justicia.

Hubo una actitud preventiva por el legislador italiano al definir, en cuatro párrafos, lo que se debe entender por *culpa grave y denegación de justicia*, recogidos en su Art.° 2°, n.° 3 de la Ley. En efecto, es culpa grave la manifiesta violación de ley, la afirmación o negación de un hecho, cuya existencia resulta incontestablemente excluida o incontestablemente verificada, frente a los autos - desde que se deba la “*negligenza inescusable*” del juzgador - y el pronunciamiento de un despacho relativo a la libertad de un ciudadano fuera de los casos permitidos por ley o no motivados. La culpa grave es encarada, por lo menos, de dos maneras⁹². En primer lugar de forma

Sistemático alla Costituzione italiana, G. Barbera Editore, Firenze, 1950, p. 199 a 224.

⁸⁹ Son interesantes las consideraciones tejidas alrededor de esta Ley plasmadas en el Parecer del *Consiglio Superiore della Magistratura* italiana relativo a la deliberación de 10 de Diciembre de 1987 re-publicada por MASSIMO VARI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Istituto poligrafo e Zecca deli Stato, cit., p. 37 a 46.

⁹⁰ Que se note que en el sistema italiano la ley goza de absoluta supremacía faz las restantes fuentes de derecho, nombradamente faz la equidad. Así escribió MARIO MATTEUCCI, *Equity in Italian law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 367 a 380.

⁹¹ Correcta posición conducida por MAURO CAPPELETTI, *La Responsabilidad de los jueces*, cit., p. 72, cuando, no en respeto a las necesidades de esas violaciones dolosas del juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, menciona que “...*la intencionalidad es muy difícil de probar en esos casos, verdaderamente una “prueba diabólica”.*”

⁹² *A Responsabilidade civil dos jueces*, Análise comparada, AR, Divisão de Informação Legislativa e parlamentar, Coleção Temas, 1993, número 7, p. 19.

positiva, con lo que se incluye la subsistencia de una "*negligenza inescusable*" y en segundo lugar de manera negativa, retirando de su campo de aplicación la interpretación de la ley y la valoración de los hechos y de las pruebas (Art.º 2, n.º 2). Juzgamos que también aquí el legislador resolvió avanzar con más una excepción a la responsabilidad civil del juzgador⁹³.

Más allá de eso, la denegación de justicia también aparece muy bien singularizada en el Art.º 3º (*Diniego di giustizia*), números 1 a 3, por lo que constituye *denegación de justicia*, sobre la luz del n.º 1 del Art.º 3º, la recusa, la omisión o el retraso en el cumplimiento de actos del oficio, cuando transcurrido el plazo legal la parte haya requerido su práctica y hayan transcurrido más treinta días desde la fecha del requerimiento sin que el acto haya sido practicado⁹⁴. Este plazo de treinta días podrá ser prorrogado por no más que tres meses, contados a partir del referido requerimiento, de acuerdo con el n.º 2 del Art.º 3º ahora citado. Tratándose de sentencias de especial complejidad el plazo puede ser alargado por más tres meses⁹⁵ conforme previsto igualmente en ese n.º 2 del Art. 3º.

El plazo que el perjudicado tiene para solicitar la indemnización es un plazo de tres años a contar de la práctica del hecho del juez que causó las lesiones. Aunque, este período de tres años queda suspendido si se da la hipótesis de que el ofendido no tenía conocimiento del hecho por motivos de secreto de justicia. Tratándose, por hipótesis, de una situación de denegación de justicia, establece el n.º 4 del Art. 4º que

⁹³ Esta restricción acaba por traducir lo irreducible necesario a la independencia del juzgador, en apropiada coherencia con la decisión judicial de la *Corte Costituzionale* italiana en un acuerdo fechado de 19 de Enero de 1989. En esta decisión se remató por la no violación de las normas relativas a la independencia de los tribunales y de su imparcialidad – consignadas en los Artículos 10, 104 y 108, todos de la Constitución italiana-una vez que perdura una ley que consagra la responsabilidad del Estado en sede de acción de indemnización compensatoria. Se suscribió, en la práctica, una grande máxima que se consubstancia en la subsecuente aserción: "*la actividad explicativa de las reglas jurídicas y la exégesis de hechos no es fiscalizable de modo alguno*".

⁹⁴ Note que el ordenamiento jurídico italiano contempla la responsabilidad civil por hecho que determina igualmente responsabilidad criminal en el Art.º 13 de la Lei n.º 117/88, de 13 de Abril de 1988.

⁹⁵ Conforme esclarece primorosamente ÁLVARO DE SOUSA REIS FIGUEIRA, *Estatuto do Juiz/Garantias do cidadão, da independência à responsabilidade*, cit., p. 56, "*Este mecanismo de "colocación en mora", que también existe en el derecho francés, aunque en términos algo diferentes (dos invitaciones al juez para ejercer sus funciones) tiene la ventaja de definir de forma normativa, y por vía positiva, el deber de actuar, en el caso de denegación de justicia — además de servir para sensibilizar al juez a la mayor urgencia de las partes interesadas. Aunque en si propio sea poco dignificante para el magistrado, él se integra perfectamente en la filosofía que informa el principio del dispositivo: el magistrado es el juez de la causa, pero el juez de la urgencia son las partes*".

la acción de indemnización debe ser intentada en el tribunal competente en un plazo de dos años después del término del plazo que el juez poseía para promover la acción. La acción de indemnización contra magistrado judicial **carece de rellenar determinados presupuestos** bajo pena de ser considerada manifiestamente infundada, extemporánea, o herida de incompetencia, en los términos estipulados por el Art.º 5º, n.º 3, de la Ley n.º 117/1988, de 13 de Abril⁹⁶.

Del despacho de no recepción de la causa se podrá recurrir en los términos generales de derecho. Un aspecto que no deja de ser interesante se basa en el hecho de la imposibilidad de exigir la responsabilidad directamente al magistrado judicial, alejándose, de forma expresa, la eventualidad del juzgador surgir como parte en el litigio de responsabilidad civil iniciado por el ciudadano. Tenemos, así, como punto inquebrantable, que una acción de indemnización de esta índole deberá ser instaurada contra el Estado y enviada para el Presidente del Consejo de Ministros, después de debidamente ser **agotadas** todas las posibilidades legales, entiéndanse recursos ordinarios, que la ley posibilita, conforme alude el Art. 4º, n.º 2 de la referida Ley. Si, por lo contrario, la acción de indemnización civil es efectivamente admitida, ella es expedida para el tribunal judicial del juzgador infractor. A este propósito es la propia ley que impone *aposteriori* una acción de regreso (*Azione di rivalsa*) instaurada por el Estado contra el juzgador, dando un plazo de un año después de la decisión judicial sobre la responsabilidad⁹⁷.

El **regreso** no es inmensurable por lo que está limitado a 1/3 del salario anual líquido del juez, aunque el perjuicio por este causado haya tocado más que un leso y haya motivado varias acciones de indemnización distintas. **Tiene** sentido que la ley italiana haya tenido el cuidado de no estipular límites en el caso del magistrado judicial haber actuado con dolo. Posteriormente a la acción, la ley proclama que la ejecución de la acción de regreso contra el juzgador podrá ser efectuada con base en

96 FIGUEIRA, ÁLVARO DE SOUSA REIS, *Estatuto do Juiz/Garantias do cidadão, da independência à responsabilidade, cit.*, p. 56, testigo que el derecho procesal italiano no admite generalmente el rechazo de la medida cautelar de la petición por manifiesta falta de fundamento.

97 Art. 7, n.º 1, de la Ley n.º 117/1988, de 13 de Abril.

el descuento de 1/5 de su vencimiento mensual. Sea como sea en las situaciones dolosas, si así lo entiende el Estado, podrá reclamar 100% del valor desembolsado. Este reembolso es limitado a 1/3 del salario **anual** del juez prevaricador en aquellas situaciones en que no haya actuado con dolo. En sede de acción disciplinar la entidad que supervisa los jueces deberá intentar la correspondiente acción disciplinar contra el magistrado judicial infractor, al abrigo del Art. 9, n.º 1, de la Ley n.º 117/1988, de 13 de Abril. Por consiguiente, el pedido de la indemnización civil será intentado generalmente contra el Estado y no contra el juzgador. Frente a lo expuesto es posible entrever, en este campo, cerca de cinco tipos de procesos diferentes. Primero, la acción en el seno de la cual fue detectado el perjuicio o *causa principal*. Se sigue la acción incidental de admisibilidad del pedido de indemnización civil. En tercer lugar, la acción de indemnización civil contra el Estado. Después la acción disciplinar⁹⁸ contra el juez infractor y, por fin, la acción de regreso contra el magistrado judicial. Que se note que, conforme marca la ley ahora en análisis, específicamente en su Art.º 14, la reparación por error judicial e injusta privación no se encuentra perjudicada por aquella. En caso de que la decisión judicial haya sido proferida por un tribunal colectivo, caso igualmente previsto por el n.º 2 del Art. 1º de la Ley 13 de Abril de 1988⁹⁹ que remite para el n.º 1 del Art.º 1 del aludido Diploma, será labrada una acta de esa resolución judicial en la cual deberá constar si la decisión fue aprobada por unanimidad o si hubo voto de vencido. No habiendo común acuerdo, las opiniones discordantes deberán ser expresadas y argumentadas. De ahí lo consignado en el Art.º 16 de la Ley n.º 117/1988, de 13 de Abril (*Responsabilità dei componenî gli organi giudiziari collegiali*) 1. AlVarticolo 148 dei còdice di procedura penale dopo U comma terzo è aggiunto U seguente: "*Dei provvedimenti collegiali è compilato sommario proceso verbale U quale deve contenere la menzione della unanimità della decisione o dei dissenso, succintamente motivado, che qualcuno dei componenî dei collegio, da indicarsi*

⁹⁸ En relación al juez funcionario que se lea ALESSANDRO GUIULIANI y NICOLA PICARDI, *La responsabilità dei giudice, cit.*, p. 236 a 239.

⁹⁹ Dice la ley, en el Art.º 2, n.º 1 citado, expresamente lo que se sigue: "*Lê disposizione di cui ai coinma l si applicano anche ai magistrati che esercitano lê proprie funzioni in organi collegiali.*"

nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise....".

4.2. Historia Francesa: el proceso "*prise apartie*"

En Francia¹⁰⁰ podemos delimitar con claridad las situaciones de responsabilidad directa del Estado¹⁰¹ y los casos en que el Estado funciona como garante¹⁰² del juzgador, indemnizando el leso pudiendo, sucesivamente, en acción de regreso, actuar delante el magistrado judicial. Fuera de estos casos típicos de la alzada penal¹⁰³ vemos la *responsabilidad personal* del juzgador¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sobre la responsabilidad del Estado y de los magistrados en la administración de la justicia, se puede leer GEORGES WIEDERKEHR, *La Responsabilité de l'Etat et des magistrats dufait de la justice, panorama general, Justices, Revue Générale de droit processuel, La Responsabilité des gens de Justice*, Dalloz, n.º 5, Janv. - Mars 1997, p. 13 a 24.

¹⁰¹ La responsabilidad directa del propio Estado abarca de forma primordial dos circunstancias que pasamos a enunciar: acción de indemnización por daños sufridos en resultado de un castigo penal fundada en error judicial levantado en sede de proceso de revisión o en consecuencia de una detención temporaria no acompañada de condenación, desde que esa lesión tenga el estatuto de "*anormal*" y de "*particular gravedad*". En estas dos coyunturas, con toda la exactitud del foro criminal, la única entidad responsable sólo podría ser el Estado. Son varias las decisiones judiciales antiguas sobre esta materia. Un ejemplo de eso es esta decisión de 16 de Diciembre de 1867, con referencia en esa misma obra, en la p. 311, que relató lo siguiente: "*Lès magistrats qui commettent des actes dommageables hors de l'exercice de leurs fonctions ne sont pas soumis aux règles de la prise à partie; et la juridiction civile peut être saisie par la partie lésée, d'une action civile en dommages-intérêts.*" El principio que vigoraba, espejado por LUÍS GARDENAT y SALMON-RICCI, *De la Responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, Librairie des juristes-classeurs, Editions Godde, Paris, 1927, principalmente el Capítulo destinado a las responsabilidades de los magistrados, constante en la p. 310 y 311, era siguiente: "*En principe, les magistrats et officiers de l'ordre judiciaire ne peuvent être actionnés en responsabilité par des acts commis dans l'exercice de leurs fonctions, que suivant les formes de la procédure spéciale de la prise à partie.*" Además, en ese mismo capítulo aún se aseveró que "*la responsabilité du juge peut être engagée à raison des nullités commises par lui, et la Cour de cassation ou la Cour d'appel, peut en annulant une instruction, décider de la procédure sera reprise aux frais du juge instructeur responsable de la nullité.*"

¹⁰² En términos constitucionales la Ley Francesa es muy sintética a propósito de la "*autorité judiciaire*". Proclama el Art.º 64 de *la Constitution de La République Française* en vigor, *la loi constitutionnelle du 4 juin 1958*, solamente lo siguiente: "*L'Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles.*" En relación a la redacción de los Artículos 65 a 68 de la *Constitution de La République Française* se sugiere el análisis hecho por PIERRE AVRIL y GÉRARD CONAC, *La Constitution de La République Française*, textes et révisions, Montchrestien, 1996, p. 57 a 61.

¹⁰³ Sobre la responsabilidad de los magistrados y del Estado en el campo penal tenemos GENEVIEVE GUIDICELLI-DELAGE, *La Responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale*, *Justices, Revue Générale de droit processuel, La Responsabilité des gens de Justice*, Dalloz, n.º 5, Janv. - Mars 1997, p. 25 a 38.

¹⁰⁴ Observarse la evolución histórica de la responsabilidad civil del juzgador sucintamente narrada por LUIGI MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Volume IV, Quinta Edizione, Fratelle Bocca Editori, 1904, p. 1168 a 1169. Este autor se refiere a la responsabilidad personal de los jueces y magistrados del MP en el CPC francés. Para una descripción histórica del problema de la responsabilidad y de la independencia de los jueces, en sede general, durante el antiguo régimen francés vid NICOLA PICARDI, *Le problème de l'indépendance et de la*

Tradicionalmente, la responsabilidad del juzgador se basaba en el dolo, fraude, concusión y denegación de justicia perpetrados en el juicio, conforme a lo que se encontraba proclamado en los preceptos contenidos en los Artículos 505¹⁰⁵ a 516 (*De la prise à partie*¹⁰⁶ del anterior *Code de Procédure Civile* francés de 1806). El dolo y la fraude constituían, así, dos de los tipos de actos ilícitos que podrían ser cometidos por los juzgadores, siendo el primero definido de la siguiente manera: "*// n 'y a dol, donnant lieu à ouverture à prise à partie, que lorsque lê juge a maljugé par faveur, par haine ou par corruption.*" La concusión, tradicionalmente acogida en el Art. 174 del CP francés, **consustanciaba** todos los actos de los funcionarios "*qui ordonne de percevoir, exige ou reçoit cê qu 'U saü n 'être pás dü, ou exceder c qui est dü pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements.*" De manera a **reprimir** estos actos en la vía penal, el crimen de concusión perpetrado por un juez abría la posibilidad de **interponerse** contra el una acción de responsabilidad civil o el proceso "*prise à partie*". Dígase *en passant* que la prueba de la concusión es una verdadera prueba diabólica. El proceso "*prise à partie*", como procedimiento¹⁰⁷ excepcional, permitía, dentro de apretados condicionantes, que el ofendido demandase, mediante la correspondiente acción de pérdidas y daños, al juzgador. Esta reglamentación, que ya existía en el derecho antiguo, fue nuevamente repuesta, siendo que durante el Siglo XIX y en los primordios del Siglo XX la jurisprudencia francesa resolvió extender este procedimiento a la casi totalidad de los órganos que hacen parte del "*personal judicial*"¹⁰⁸. El proceso "*prise à partie*" consustanciaba,

responsabilité judiciaire du XVI au cours et du XVIII siècle, Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies, cit., p. 87 a 90.

¹⁰⁵ CONSOLO, GIOVANNI CESAREO, *Trattato sul Risarcimento dei danno in materia di delitti e quasi delitti*, Capítulo XII - Delia colpa professionale, Torino, 1914, p. 514 a 522.

¹⁰⁶ En tomo de este proceso y de su procedimiento se lanzó PHILIPPE ARDANT, *La responsabilité de L'Etat du fait de la fonctionjuridictionnelle*, Bibliothèque de Droit Public, Tome III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 107a241. Este autor resalta que la tranquilidad constituye la condición primera para la eficiencia de todo el juzgador. De ahí que entienda ser natural que se proceda a la atribución de responsabilidad de los jueces, pero de forma particular en relación a los demás funcionarios.

¹⁰⁷ La mayoría de los autores encaraba este proceso como recurso extraordinario conforme marcaba PHILIPPE ARDANT, *La responsabilite de L'Etat du fait de la fonction juridictionnelle.cii.*, nota a pie de página n.º 1, p. 107.

¹⁰⁸ Esta vía inicialmente era atributo de los jueces.

en la práctica, un recurso extraordinario contra el juez, legado, de acuerdo con lo que se costumbra afianzar, del derecho alemán medieval. En el fondo, muestra que la parte perjudicada podría desafiar al magistrado judicial para un combate del siguiente modo: habiendo una violación de los deberes profesionales por parte del juzgador la parte podría demandar a este frente una instancia inmediatamente superior, la cual podría condenar al juzgador a liquidar una indemnización, como anular su decisión judicial. En la primera hipótesis, tendría que ser el Estado el que compensara a la parte lesa exigiendo, posteriormente, el reembolso del juzgador. El proceso "*prise à partie*" constituía un régimen que remonta a la Alta Edad Media¹⁰⁹ que permitía la responsabilidad personal del magistrado siempre que este actuase con dolo, fraude o negligencia. En la *Ordennance* de 1540 de Francisco¹¹⁰, a la *laya* del sentido tradicional dado por la teoría civilista de la responsabilidad, se distinguía la acción contra el agente de la acción contra el acto en sí. El proceso contra el juzgador era posible en caso de dolo, fraude, concusión o error notorio. Con la *Ordennance* de *Blois* fechada de Mayo de 1573 de Henrique III, se añadió la falta manifiesta. Con la *Ordennance* de 1667¹¹¹, en la época de Luís XIV, se da la designación de "*prise à partie*" y se asiste a la configuración definitiva que asumió, en el antiguo régimen, esta compleja figura¹¹².

¹⁰⁹ Para mayores desarrollos históricos aconsejamos la lectura de PHILIPPE ARDANT, *La responsabilite de L'Éiat dufait de la fonction juridictionnelle*, *cit.*, p. 108 a 110. Que se note que se trataba de una acusación directa contra cierto juez que determinaba un duelo judicial. SAINT-LOUIS resolvió suprimir esta práctica bárbara y determinó que los juzgadores deberían indemnizar los ofendidos en caso de dolo o culpa grave. El comportamiento del juez era posteriormente debidamente apreciado por el rey.

¹¹⁰ Alrededor de las razones para la existencia de un régimen particular, su origen histórica y su evolución legislativa *vid* también HENRY SOLUS y ROGER PERROT, *Droit Judiciaire Prive, Tome I*, Sirey, Paris, 1961, p. 702 y 703. Sobre el modelo francés de "*prise a partie*" en esta *Ordennance* se pronunciaron ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, / *modelli storici della responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, Volume Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979, p. 548 a 550. Según enseñan estos autores durante este período el sistema judicial francés aseguraba la inamovilidad y la absoluta independencia de los magistrados judiciales y, por otro lado, no dejaba cualquier espacio para un real control a nivel disciplinar.

¹¹¹ Que quedó igualmente destacada por la célebre cuestión que opuso Pussort, porta voz del soberano, y De Lamignon. Para mayor conocimiento de esta polémica se recomienda la lectura de ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, / *modelli storici della responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, *cit.*, p. 550 a 552.

¹¹² Para la amplia mayoría en el inicio del siglo XIX la "*prise a partie*" apenas configuraba un residuo teórico ya que el juez era substancialmente irresponsable. Así, ALESSANDRO GIULIANI y NICOLA PICARDI, *I modelli storici della responsabilità dei giudice, cit.*, p. 564..

Esta vía mencionada era aplicable a todos los magistrados judiciales¹¹³ (nombradamente jueces de paz y sus substitutos, jueces consejeros del Tribunal de la Casación,¹¹⁴ entre otros) independientemente del tribunal a que pertenecieran, de acuerdo con lo establecido en el Art. 509 del CPC, pudiendo interponerse tanto contra un juez en particular, como contra un colectivo de magistrados judiciales. Esta regla implicaba que ningún juez podría ser demandado singularmente en el caso de haberse tratado de una resolución colectiva en la que haya participado y este proceso no podría ser dirigido contra el Tribunal de la Casación. Esta vía era igualmente aplicable a los magistrados del MP.

La "*fauite lourde*", a que se refería el Art. 505, n.º 1 del CPC francés, no implicaba necesariamente una falta intencional o inexcusable del deber profesional. De acuerdo con HENRILALOU¹¹⁵ "ilsuffit que le juge ait commis une négligence particulièrement grave (Riom, 23 mars 1938 D.P. 1938. 293, Gaz. Trib 28 avr.1938, concl. Avocat general André Roux). Pour cette raison, la prise a partie peut avoir lieu même pour erreur de droit, pourvu que cette erreur n 'ait pas été commise dans le jugement lui-même et qu 'elle soit si grosse que qu'un magistrat normalment soucieux de ses fonctions ne l'aurait pas commise (Même arrêt)"¹¹⁶.

¹¹³ Y otros tales como magistrados del Ministerio Público, abogados, miembros de los Consejos de disciplina de los Notarios, miembros de las comisiones arbitrales, policía en la calidad de auxiliares del MP, excepto a los jurados y peritos En el sentido de la no aplicación de esta facultad, en el ámbito de la llamada responsabilidad profesional, a los jueces del Tribunal administrativo, en medida en que estos se benefician de la concepción fundada en la falta personal de los agentes administrativos abogaron MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Tome IV, Obligations, premier partie, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1930, nota a pie de página n.º 1, p. 716.

¹¹⁴ Sobre la organización judicial francesa, y de su historia, se pronunció, a dada altura, JULES COUMOL, *Traité du Pouvoir Judiciaire, de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, deuxième édition, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1911, LUDOVIC BEAUCHET, *Histoire de l'organisation judiciaires en France*, Librairie Nouvelle de Droit et de jurisprudence, Arthur Rosseau éditeur, 1886.

¹¹⁵ HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, sixième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1962, p. 807. Sobre la jurisprudencia sobre el proceso instaurado contra los magistrados judiciales franceses ora mencionado, también aplicable a otras entidades tales como oficiales de policía, comisarios de la policía, entre otros, se puede ver la misma obra, en las páginas 807 a 809.

¹¹⁶ Esta decisión es siempre citada a propósito de la responsabilidad civil de los juzgadores por la doctrina francesa. Vea en ese sentido PHILIPPE ARDANT, *La responsabilité de L'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, ei/., p. 120 a 124.

Esta decisión tenía una gran importancia ya que exigía una falta necesariamente grave y que hubiera ocasionado perjuicios. Este proceso, que trata, en el fondo, de defender a los juzgadores de ser objeto constante de acciones simplemente vejatorias¹¹⁷ y con poco fundamento, presupone que el juez infractor sea declarado culpado, en caso de dolo, fraude, concusión o denegación de justicia. Así, a esta altura vigoraba el régimen que RENÉ DEMOGUE¹¹⁸ pasó a relatar de la siguiente manera: "*Dès dommages peuvent être causés dans le service de la justice par les magistrats ou par les agents administratifs auxiliaires de l'autorité judiciaire. En ce cas, on n'applique pas la théorie de la faute de service. La sécurité que doit donner l'acte juridictionnel impose qu'on puisse porter atteinte par une voie indirecte à la chose jugée et cela quelle que soit la personne qui juge. Mais le magistrat peut être personnellement pris à partie, s'il y a dol, fraude, concussion ou un autre des cas de l'art. 505 Proc.*" Sobre la noción propiamente dicha de este instituto refiere la misma decisión: "*Pour qu'il y ait faute lourde, il n'est pas nécessaire qu'il y ait faute intentionnelle ou inexcusable; Il suffit que le juge ait commis une négligence particulièrement grave ou une erreur grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses fonctions n'aurait pas commise.*"

El día 7 de Febrero de 1933 surgió una ley sobre la responsabilidad del magistrado por culpa grave, más precisamente en lo que toca a las garantías de la libertad individual. Esta ley, vino a alterar el Art.505 del CPC francés, admitiendo aún el proceso "*prise a partie*" en un cuadro algo diferente¹¹⁹, esto es, pasamos a encarar la común "*faute de service*"¹²⁰ de los agentes del Estado, y, por lo tanto, la

¹¹⁷ Esta opinión fue sustentada por HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 870.

¹¹⁸ DEMOGUE, RENÉ, *Traité des Obligations en général* tome V, Paris, Librairie Arthur Rosseau, 1925, p. 595 a 596.

¹¹⁹ Sobre este asunto, principalmente en relación a los casos en que es posible hablar en *prise a partie*, sobre contra quien es posible instaurar un proceso de esta índole, cual el tribunal competente, cual el procedimiento a seguir, la necesidad de autorización, el juicio de fondo, y sobre la decisión que reconoce fundamento a este tipo de proceso sugerimos la lectura de HENRY SOLUS y ROGER PERROT, *Droit Judiciaire Prive*, Tome I, cit, p. 704 a 713.

¹²⁰ Como aseverara RENE DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, tome V, cit., p. 583, "*Il y a faute de service par opposition au fait personnel lorsque le fait est conforme soit aux instructions des chefs hiérarchiques, soit aux*

responsabilidad del juzgador por "*faute lourde professionnelle*". Esta responsabilidad es encuadrada en el modelo jerárquico y burocrático, mientras que este ensanchamiento de la responsabilidad se inspira en una clara intención de igualdad entre todos los funcionarios del Estado.

Para determinados autores el reconocimiento de la "falta grave" como originadora de un proceso de "*prise a partie*" constituye un cierto progreso en la vía de la extensión de la responsabilidad de los magistrados judiciales. Las resoluciones judiciales mal juzgadas pasan a abarcar aquellas circunstancias en que la falta grave resulta de una ignorancia grosera de un principio de derecho o de una situación de negligencia inadmisibles en el estudio de un caso.

La denegación de justicia establecida en el Art. 506 del CPC se ciñe a los casos en que los juzgadores se recusaban a responder a requerimientos que le habían sido dirigidos, o en el caso de haber practicado negligencia en su juicio. Los Artículos 506 a 508 del CPC traducían la vía civil que permitía el resarcimiento de los daños causados por la denegación de justicia de cierto juez. El propio CP castigaba criminalmente al juzgador, con la posibilidad de serle aplicada una multa de 200 a 500 francos y de una pena de interdicción para el ejercicio de funciones públicas de cinco a veinte años. Conforme explicaba PHILIPPE ARDANT en su obra de 1956¹²¹ "*Lê déni de justice peut résulter de l'abstention du juge, d'un sursis à statuer sans motif plausible, ou de durée illimitée; il n'est besoin d'un refus formel.*" **Para más allá de esa recusa no tener que ser por obligación una recusa formal, el hecho del juzgador recusarse a juzgar a pretexto del silencio o obscuridad de la ley (Art.º4º del Code Civil), también podría ser encarado como un caso de denegación de justicia. Lo mismo se diga en hipótesis del juez no pronunciarse sobre cualquier requerimiento o**

errements du service."

¹²¹ ARDANT, PHILIPPE *La responsabilité de L'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, cit, p. 122.

pedido de una o de ambas artes o si haya dejado el juicio incompleto¹²².

La ley preveía expresamente el proceso de "*prise apartie*" con la finalidad de proteger las libertades individuales de los ciudadanos y la autenticidad de las decisiones judiciales, teniendo por objeto tanto los actos jurisdiccionales comunes (Art. 164 y 371 ambos del CIC), como los actos de instrucción (Art.º 77, 112, 338, 370 y 593 del CIC). La ley de 7 de Febrero de 1933 también previno el "*prisc a paríe*", el cual se podía interponer contra el juez de instrucción que efectuase una visita domiciliaria dentro de ciertos condicionantes (Art. 84 del CIC modificado por la ley de 1933).

El párrafo tercero del Art.505 determina, por lo tanto, que la "*prise a partié*" se puede interponer siempre que se declare que determinado juez es responsable por pérdidas y daños. Entretanto, como proceso especial que es, poseía reglas especiales, específicamente en lo que respeta a la competencia y la necesidad de proceder a una autorización previa. La norma contenida en el Art. 509 del CPC designaba cual es la jurisdicción competente para conocer este tipo de procedimientos. La autorización preliminar se encontraba plasmada en el Art. 510 del CPC.¹²³

En caso de admisión del requerimiento formulado en el ámbito del proceso previo, a que aludía el Art. 510, se pasaba al juicio *s.s.*. Aquí el ofendido debería solicitar que **consustanciase** la condena del juzgador en una cierta cantidad de indemnización, pero ya no podría solicitar que se procediera a la reforma del proceso que haya motivado el proceso de "*prise a partié*". Posteriormente el juez podría presentar su defensa y el proceso se desarrollaría en la base de lo contradictorio.

122 ARDANT, PHILIPPE *La responsabilité de L'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, cit., p. 123. Aunque apreciándose una situación de incompetencia no se puede hablar en denegación de justicia excepto en el caso de jueces de paz, según el mismo autor.

123 Para una explicación un poco más detallada sobre este procedimiento previo se sugiere la lectura de PHILIPPE ARDANT. *La responsabilité de L'Etat dufait de la fonction juridictionnelle*, cit., -p. 126 a 127.

Si el proceso de "*prise a partié*" era competencia del *Cour d'Appel* y, además, era debidamente apreciado en audiencia solemne, que es aquella que deberá ser formada por un mínimo de cinco Consejeros presentes, el asunto sería entonces comunicado al MP y juzgado como si de un proceso común se tratara. La apreciación de los hechos era soberana, pero la sentencia era pasible de ser nuevamente apreciada por el Tribunal de la Casación. Así que este Tribunal Superior era llamado a re-apreciar el proceso de "*prise a partié*" el proceso era posteriormente distribuido y juzgado por una de las Cámaras Civiles y su decisión era definitiva e inatacable.

Una vez que se consideraba que esta reglamentación se reflejaba en una vía extraordinaria, por veces podríamos ser llevados a concluir que su proveimiento podría implicar la reforma del juicio o de la decisión que dio causa. Nada más errado. Con efecto, la decisión jurisdiccional subsistía y su ejecución ni siquiera se suspendía durante el proceso de "*prise a partie*".

En caso de que procediera esta facultad la Ley de 7 de Febrero de 1933 previno la posible falta de solvencia del magistrado judicial prevaricador, siendo en este caso el Estado¹²⁴ responsable civil subsidiario, al cubrir esa cantidad, pudiendo siempre repetir contra el juez insolvente mediante acción de regreso. Siendo así, el ofendido, que ya hubiera obtenido proveimiento de una acción de condenación contra el juez, podría entonces dirigirse directamente al Estado sin tener siquiera que justificar frente este la falta de solvencia del juez. A *posteriori*, podría entonces el Estado actuar contra el magistrado judicial y exigir el reembolso de las sumas ya liquidadas. Igualmente, la responsabilidad del Estado dentro del encuadramiento trazado por el proceso de "*prise a partie*" no se configuraba como una responsabilidad directa. El magistrado judicial prevaricador debería ser demandado ante la jurisdicción competente que establecía la responsabilidad personal. Luego la condenación del juez

¹²⁴ Así refirió también M. WALINE, *Droit Administratif*, Prème édition, éditions Sirey, 1957, p. 734 a 735. Según este autor en las acciones en que se levanten igualmente la cuestión de la responsabilidad del magistrado judicial por mal funcionamiento de los servicios, el tribunal competente para apreciar esos procesos era apenas el tribunal judicial singular.

responsable civilmente por los daños causados el Estado "lo substituía" y este podría recurrir a la acción de regreso contra aquel¹²⁵. Lo que es cierto es que a esta altura el reconocimiento de la responsabilidad de las entidades públicas no pasaba de una mera declaración de intenciones que pretendía apaciguar los espíritus. Esto porque la ley de 1933 acabó por mantener todos los obstáculos procesales que siempre se opusieron a la responsabilidad personal de los jueces. Las decisiones portadoras de una condena civil de los jueces son, de hecho, rarísimas.

4.2.1. Las leyes 72.626 de 5 de Julio de 1972 y la Ley n.º 79/43 de 18 de Enero de 1979

Con las mutaciones legislativas ocurridas con la ley n.º 72.626, de 5 de Julio 1972¹²⁶, concretamente en el ámbito de la organización judicial¹²⁷ se crea la figura de un juez de ejecución, además de la reforma el proceso civil. La Ley n.º 79/43 de 18 de Enero de 1979¹²⁸, y la LO de la misma fecha¹²⁹, en lo que atañe al estatuto de los magistrados, se verifica un resurgimiento del modelo burocrático y el entierro del delicado proceso "*prise à partie*". La acción de indemnización pasa a ser ejercitada directamente contra la entidad estatal. Tratándose de "*faute personnelle*" del juzgador,

¹²⁵ Es este el entendimiento delineado por PHILIPPE ARDANT, *La responsabilité de L'Etat dufait de la fonction juridictionnelle*, cit., p. 199.

¹²⁶ Art.º 11 de la Ley n.º 72 626 de 5 de Julio 1972: "*L'Etat est tenu de réparer le dommage cause par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagé que par une faute lourde ou par un déni de justice. La responsabilité des juges à raison de leur faute personnelle est régie par le statu de la magistratura en ce concerne les magistrats du corps judiciaires et par des lois spéciales en ce qui concerne les juges composan les juridictions d'attribution. L'Etat garantit les victims des dommages causes par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, saufson recours contre ces derniers.*"

¹²⁷ Alrededor de la organización judicial francesa se volcó entonces ALEX WIELL y FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil, introduction générale*, Quatrième édition, Paris, Dalloz, 1979, p. 205 a 229.

¹²⁸ Art.º 11, n.º 1, de la Ley n.º 79/43, de 18 de Enero de 1979: "*Lés magistrats du corps judiciaire ne son responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se retachant au service public de la justice ne peut être engagé que sur 'action récursoire de l'État*. Este Art.º 11 es decretorio en subrayar que en los casos en que el juzgador haya actuado con "*faute personnelle*", aún así, quien responde, en primera mano, será el Estado. Sólo en sede de acción de regreso es que se podrá responsabilizar el juez. Fue esta la forma que el legislador francés acogió para preservar la independencia e imparcialidad del juez, ya que, en términos prácticos, se constata *in loco* a una substitución de la legitimidad pasiva.

¹²⁹ Que vino a abrigar el régimen latente en la LOTJ n.º 58-1270, de 22 de Diciembre de 1958.

el Estado podrá intentar una acción de regreso, junto de la sección civil del *Cour de Cassation* contra aquel. Se prescribe, por lo tanto, la responsabilidad del Estado recurrente de la responsabilidad *personal* del juzgador, desde que exista una "*fauite personnelle*" (máximo dolo, concusión) y se estatuye la responsabilidad personal en los casos de culpa o negligencia grave. Se pasó a observar el magistrado judicial como un simulacro de funcionario¹³⁰ del Estado que pasaba a asumir una posición en todo análoga a un mero empleado.

El juez es, así, responsable por las faltas por él cometidas; Entretanto, el EJ francés se hurtó de aclarar la "*faute personnelle*" aparentemente en oposición a la "*faute de service*". Tales realidades han venido a ser consideradas equivalentes por una parte de la doctrina francesa. Puede, por lo tanto, asegurarse que, desde 1979, el régimen jurídico que se instaló fue el de la responsabilidad civil personal del juez, pudiendo solo ser efectivo mediante acción contra el Estado¹³¹, sin perjuicio de que el Estado intentara posteriormente la respectiva acción de regreso contra el juez.

Dígase en abono de la verdad que siete años antes, en 1972, ya se habían producido algunas reformas legislativas en el ordenamiento jurídico francés. Una de esas prescripciones, que implicó en un enorme revolvimiento en el cuadro jurídico, se demuestra con la responsabilidad civil del Estado-Juez, o sea, la responsabilidad derivada de los perjuicios provenientes del funcionamiento defectuoso¹³² del servicio

¹³⁰ La noción de "*juge fonctionnaire*" y su encuadramiento histórico se vislumbra en el trabajo de NICOLA PICARDI, *Lê problème de l'indépendance et de la responsabilité judiciaire du XVI au cours et du XVIII siècle*, Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies, c/f., p. 98 a 103.

¹³¹ Son innumerables los casos de responsabilidad del Estado por actos operados por los juzgadores, especialmente siempre que existe un error de identidad realizado por un juez de instrucción criminal cuando de la detención provisoria de un ciudadano. Igualmente, con la ley n.º 70.643, de 17 de Julio de 1970, se pasa a consignar *ipsis verbis* la responsabilidad civil del Estado por actos de instrucción criminal ejercidos por magistrados judiciales, principalmente por lesiones manifiestamente anormales y de particular seriedad derivadas de prisión preventiva en aquellos procesos que se extinguen, al final del proceso, con una sentencia absolutoria del argüido. Reza, por lo tanto, el Art. ° 149 de la Ley n. ° 70 643, de 17 de Julio de 1970 lo siguiente: "*Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 505 et suivantes du Code de Procédure Civile, une indemnité peut être accordée à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité*".

¹³² El concepto de funcionamiento defectuoso del servicio de justicia era demasiado lato de ahí la creación de este nuevo tipo de responsabilidad. A este propósito se bramaba "*cette responsabilité*

de la justicia. "*Faute lourde*" simbolizaba, de esta acción, el *error grosero* o la *negligencia entendida en su sentido más grave* en que no caería un juez medianamente cuidadoso (o sea, acaba por ser sinónimo de culpa grave). La "*déni de justice*", por su turno, representaba una verdadera omisión del juez después de dos requerimientos presurosamente producidos por la parte que se consideraba lesa, de modo a coaptar aquel a ejercitar su cargo. **Estas dos vicisitudes ya anteveían la responsabilidad civil del Estado en la calidad de abonador del juzgador**, con un pequeño matiz adicionado por la reforma de 1972: en caso de que la lesión se hubiera producido por culpa grave o por denegación de justicia del magistrado judicial, el Estado seguía siendo visto como principal responsable¹³³ y no como un simple fiador del juez. Como testigo ÁLVARO FIGUEIRA¹³⁴ "*Se subraya en Francia lo que hay de paradojo, que en estos dos casos particulares, en que en el fondo lo que hay es una falta personal del juez, el responsable directo sea el Estado*¹³⁵. Pero la paradoja no será tan grande si, mirando el sistema de afuera y no su conjunto, tengamos en cuenta que Francia nos da el ejemplo más flagrante de una imposición burocrática: el juez es un funcionario del Estado¹³⁶ "...". Muy recientemente, y quizá como contrapartida de la famosa autonomía de los jueces franceses¹³⁷, sustentada por la

n'est engagé que par une faute lourde ou un déni de justice".

¹³³ CAPPELLETTI, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, cit., traducido por SAMUEL AMARAL, p. 70, llama a la colación una cuestión verdaderamente interesante. De acuerdo con este autor esta solución legal sobre la responsabilidad civil abrazada por el sistema francés es una de las más perfeccionadas y más complejas porque mezcla dos circunstancias distintas: estipula un derecho a una indemnización al leso - como forma de socialización del riesgo - y, paralelamente, protege a los jueces contra actitudes persecutorias. Esta orientación fue igualmente seguida en Polonia y Alemania.

¹³⁴ FIGUEIRA, ÁLVARO DE SOUSA REIS, *Estatuto do Juiz/Garantias do cidadão, da independência à responsabilidade (itinerários de derecho comparado)*, p. 54 *in fine*

¹³⁵ MINC, ALAIN, *Em nome da ley*, Editorial Inquérito, Março de 2000, p. 105. Este autor, figura altamente polémica por el abordaje que costumbra hacer del sistema de justicia, testificó lo siguiente: "*La Responsabilidad civil. En realidad es el Estado que es responsable, una vez que es el garante de los*" perjuicios causados por los errores personales de los jueces y otros magistrados", *con el riesgo de volverse, él, contra el magistrado frente una sección civil del Tribunal de la Casación. Se trata, sin embargo, en realidad, de un dispositivo teórico: el Estado sólo raramente fue condenado por ese motivo y jamás se volvió contra el magistrado responsable*. Prosigue aún , sobre la situación de revisión de una condenación penal o de indemnización de personas que hayan estado presas preventivamente en caso de despacho de no pronuncia, suspensión o absolución del crimen: "(...)los magistrados en causa en estos asuntos permanecen al abrigo de cualquier acción reconvenional."

¹³⁶ Esta concepción del estatuto del magistrado judicial, con tendencia para reducirlo a un simple funcionario público, asume diversos riesgos, visibles y no visibles, principalmente, en primera línea, la cuestión de su independencia frente al poder ejecutivo.

¹³⁷ Algunos autores insisten en afirmar que existe un autentico poder de los jueces, pero de acuerdo con MIREILE

reforma judicial de la Ministra de la Justicia Elisabeth Guigou, pasó a debatirse la cuestión de la posible incautación de cuentas públicas de los magistrados judiciales por sus errores, en concomitancia con el pago de indemnizaciones a las víctimas, de valores muy superiores a los montantes actuales. Se prevé igualmente la creación de una comisión que visa apreciar las reclamaciones de los particulares, prosiguiendo para el Consejo Superior de Magistratura francés¹³⁸ todas las quejas que se muestren debidamente fundamentadas.

En la actualidad, siempre que una persona se sienta dañada por el comportamiento menos correcto de un juez podrá proceder a una denuncia contra el mismo dirigida al Ministerio de la Justicia.

Este anteproyecto de ley sobre la responsabilidad de los jueces permite que el presidente del tribunal pueda denunciar frente al CSM ciertos actos de juzgadores que repute como irregulares. Estas audiencias revestirán, como regla general, la naturaleza pública, excepto si la defensa o la salvaguarda de la vida privada así lo demandasen.

Este texto legal sobre la responsabilidad de los magistrados judiciales no fue muy bien acogido por los políticos franceses¹³⁹.

4.3. Historia Suiza

En una lectura rápida y sucinta tendremos en cuenta algunas consideraciones

DELMAS-MARTY, en una entrevista dada a "*Lê monde de l'education*", Juillet-Août, 2001, p. 124, el activismo judicial transcurre, antes, de una "cierta dimisión del legislador, quiere decir, del Parlamento."

¹³⁸ El CSM francés se encuentra previsto en el Art.º 65 de la Constitución Francesa de 1958. Atente a su redacción transcrita y consideraciones en el trabajo de FRANÇOIS LUCHAIRE y GÉRARD CONAC, *La Constitution de la republique française*, Económica, 1987, p. 26, 1138 l 1139, 1147 a 1166.

¹³⁹ Para mayores desarrollos sobre esta materia *vid Magistrados franceses prestan cuentas de sus errores*, BOA, n.º 9/2000, Mayo/Junio de 2000.

de WALTER J. HABSCHEID¹⁴⁰. Este autor comienza por decir que el sistema en vigor en Suiza es diferente de la orientación alemana (constante del Párrafo 839 BGB y Art.º 34 de la Constitución), aplicándose lo dispuesto en el Art.º 61 del *Code des Obligations*¹⁴¹ (CO). Este precepto proclama lo siguiente:

"La législation fédérale¹⁴² ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en que concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge". En los diversos cantones suizos, como regla general, los magistrados judiciales¹⁴³ no son responsables, aunque actúen con dolo o falta grave (Vaud art.º 19 OJ; Tessin art. 195 LICC; Fribourg art.98 OJ; Zurich art. 224 LICC). En aquellos en que se haya abrazado el sistema *"prise a partie"* el ofendido tendrá que, previamente poseer una autorización de cariz especial de manera a poder instaurar la acción contra el juez (Vaud, art. 492 del antiguo Código de Proceso, el sistema de la *prise a partie* acabó por desaparecer en el Código de 14 de Diciembre de 1966 de acuerdo con el art. 99 OJ).

En lo que respecta a los jueces federales, la Confederación podrá ser accionada frente al Tribunal Federal conforme menciona el Art.º 10, línea 2 de la ley sobre la responsabilidad de la Confederación de 14 de Marzo de 1958. Dice la ley lo siguiente: *"La Confédération peut être actionnée devant le Tribunal fédéral si le*

¹⁴⁰ HABSCHEID, WALTER J., *Memoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, n.º48, Droit Judiciaire privé suisse*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1975, p. 57 a 59.

¹⁴¹ Este Código constituye una ley federal que visa completar el CC suizo, y constituye el Libro V que se subordina al Derecho de las Obligaciones. Para una correcta interpretación de esta norma se recomienda GEORGES SCYBOZ y PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés*, Quatrième édition mise à jour, 1988, Editions Payot Lausanne, Lausanne, p. 45. Este Código posee una regla que corresponde a nuestro Art.º 483 del CC plasmada en el Art.º 41 del CO.

¹⁴² Sobre el federalismo en Suiza nos habla LABERTO BARRENA S.J., *El federalismo en Suiza*, Volumen I, Instituciones políticas, Madrid, 1970.

¹⁴³ Que están por ley también sujetos a la equidad como forma de interpretación de la ley conforme nos esclarece BERNARD DUTOIT, *Gopodfaith and Equity in Swiss Law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 307 a 345. Por cierto, el juez es encarado como intérprete de la ley, poseyendo libre apreciación de las pruebas conforme destaca PIERRE LUCIEN-BRUN, *Lê role et les pouvoirs du juge dans le Code Civil Suisse*, Université de Grenoble Faculté de Droit, Imprimerie Saint-Bruno, Grenoble, 1920, p. 64 a 69.

service compétent a laissé s"ecoler trois mois à compter dujour de la réclamation sans la contester et sans prendre position". En esta circunstancia la Confederación tendrá que responder *rectius directamente* por los perjuicios causados al interesado independientemente de su culpa. Sin embargo, consagra el art. 7 de esta misma ley que una vez reparado el daño por la Confederación esta podrá actuar, mediante "*action récursoire*", contra el juez¹⁴⁴, haya este actuado con dolo o con culpa grave. A este propósito subrayamos que el Art. 12 excluyó toda y cualquier responsabilidad en relación a la legalidad de los juicios que tengan la fuerza de cosa juzgada.

En el plan de los cantones (Berne art. 15 Cst; Bâle-Camp. Art. 29 Cst.) podrán configurarse, aquí y allí, algunas hipótesis de responsabilidad solidaria con el magistrado judicial o exclusiva con la posibilidad de regreso contra el juzgador (Schaffhouse art. 141 LICC; Neuchâtel L. 2 de Diciembre de 1903; Saint-Gall L. de 7 de Diciembre de 1959).

En Ginebra nos encontramos con la antigua ley de 23 de Mayo de 1900, que acoge la responsabilidad del Estado por las lesiones derivadas de todo y cualquier acto ilícito del juzgador fundado en negligencia, imprudencia o intención, pero el perjudicado tiene igualmente la facultad de reaccionar contra el juez que ha cometido alguna falta.

4.4. Historia Española

4.4.1. Régimen Anterior a 1978

¹⁴⁴ El juez suizo está obligado a aplicar la ley y a juzgar de acuerdo con la equidad, a la luz de lo preceptuado en el Art. 4º do *Code civil suisse* de 10 de Diciembre de 1907, editado por la *Chancellerie Fédérale*, 1961, p. 3. Para un mayor desarrollo del estudio de esta norma leer GEORGES SCYBOZ y PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés, cit.*, p. 12.

El instituto de la responsabilidad civil¹⁴⁵ del juzgador goza de una enorme tradición en el Derecho español. Es en el comienzo de la Edad Media¹⁴⁶, donde vamos a encontrar alusiones a la misma, pasando posteriormente a ser acogida por las Constituciones que se sucedieron, y finalmente en las Leyes orgánicas. Siendo así, la estipulación legal de la responsabilidad personal del juzgador se tradujo en una constante en el Derecho Constitucional Español a lo largo de los tiempos. Ello significa que el juez responde civilmente por los daños que ocasione a otro siempre que, en el ejercicio de sus funciones, proceda con dolo o culpa. Esa tendencia se reafirmaba en las diversas Constituciones Españolas que se siguieron, a saber la de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931.

Concretamente en la Constitución de 19 de Marzo de 1812, en su Art.º 254, se proclamaba expresamente la existencia de responsabilidad civil del magistrado judicial¹⁴⁷ *por toda la falta y observancia de las leyes que regulan el proceso civil y*

¹⁴⁵ Ciertos autores optaron expresamente por la expresión responsabilidad patrimonial teniendo en cuenta que la jurisdicción competente para apreciar tales situaciones sería la jurisdicción administrativa. Así tenemos SABINO ALVARES GENDIN, *La Independência dei poder Judicial, La especializacion de los tribunales contencioso-administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

En evidencia, por ejemplo, el discurso COLMENARES, entonces Presidente del Tribunal, en el día 15 de Setiembre de 1885, que dedicó todo su discurso, ya en aquella a magistrados. Este discurso fue publicado a, 1885, p. 489 a 502. Con su discurso a la temática de la responsabilidad de los jueces en la Revista General de Legislación y Jurisprudei cabe transcribir apenas dos pasajes por hacer referencia a este asunto. Escribió y dijo ese autor "Aseg jueces, otro principio, con la misma insisienci la responsabilidad, que fuese, como aquél, salvi y germen fecundo de acierto y rectitud; delicac mas siceridad que suficiência...". Mais adiante mi mente, Senores, no la frecuencia, la probabida de responsabilidad: no se aliana facilmente ei disponer de la existência, dei honor, de lafortunc de los ciudadanos, haya Jueces que falten à la observância de las leyes protectoras de tan caros objectos, por negligencia ó falta de instrucción, por afección ó por ódio, y lo que es aún más repugnante, por dádivas ó promesas, acaso per otros estimulas no menos reprehensibles y criminales...".

¹⁴⁶ ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil del juez*, Valencia: tirant Lo Blanche, 1997, nota a pie de página n.º 34, p. 33, remite para el *Fuero Juzgo* (L.XIX, Título II, Libro II), donde se estipulaba la responsabilidad del juez por dolo ("*ei iuez si iudga tuerto...*") y por culpa grave o negligencia ("*si ei iudez iudgo tuerto por ignorancia...*"), a pesar de sólo consignaren el resarcimiento de los daños en los casos de comportamientos dolosos del juzgador. De seguida, el "*Fuero Real*" subrayaba la responsabilidad del juzgador quiera en términos dolosos quiera en los casos de negligencia grave.

¹⁴⁷ Para una verdadera comprensión de la responsabilidad de los juzgadores españoles en el ámbito del Art.º 254 de la Constitución de 1812, y según los Decretos de 1811 y 1813 escribieron CARLOS CARRIGA y MARTA LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855), La vinculación dei juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (1997)*, Universidad Autónoma de Madrid, BOE, Madrid, 1997, p. 136 a 142, que para más allá de los jueces superiores jerárquicos ser responsables por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y por los servicios de los subalternos que con ellos trabajasen (control jerárquico desde el Tribunal Supremo), cierto es que la culpa del juez encarada de forma objetiva y estaba dotada de un régimen procesal extremadamente riguroso. La culpa era encarada como mera negligencia o impericia. Además, la revocación de toda la sentencia dictada contra ley expresa daba lugar a la imposición de penas. La simple negligencia reiterada, que podría ser encarada como culpa grave, determinaba responsabilidad penal y profesional. Subrayan los autores que el Decreto de 1813 reflejaba una cierta

criminal. Esta noción acabó por ser ampliada en la Constitución de 18 de Junio de 1837¹⁴⁸, en su Art. 67 que establecía la responsabilidad personal de los juzgadores por todas las infracciones a la ley que cometieran. En las Constituciones de 23 de Mayo de 1845 (Art.º 70), de 1 de Junio de 1869 (Art.º 98¹⁴⁹), 30 de Junio de 1876 (Art.º 81¹⁵⁰) y 9 de Diciembre de 1931 (Art.º 99151), esta materia se mantuvo incólume previendo *ipsis verbis* la responsabilidad personal del juzgador.

De acuerdo con JOSÉ ALMAGRO NOSETÉ¹⁵² diversas Constituciones españolas pueden ser clasificadas de la siguiente manera: "1) *Constituciones que se refieren a la responsabilidad a la falta de observância de las leyes que arreglan el proceso (Constitucion de 1812)*. 2) *Constituciones que aluden, sin distinción, a responsabilidad personal del juez por toda infraccion de ley que cometan (1837,1845,1856,1869 y 1876)*. 3) *Constituciones que expresamente se refieren a la responsabilidad (civil y criminal) y al órgano jurisdiccional adecuado para su exigência (1931)*. 4) *Constituciones que hablanl solo de la responsabilidad, sin mayores precisiones. En esta línea situamos la Ley Orgánica del Estado (art.29)y la*

indistinción conceptual a nivel de los diversos tipos de responsabilidad de los jueces, de acuerdo con el comportamiento del juez y sus consecuencias. Lo mismo se diga en relación a la distinción entre el recurso propiamente dicho y la acción de responsabilidad. Sugerimos la lectura de la obra de FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *Lãs constituciones históricas espanolas (un análisis historico-jurídico)*, ed. Madrid: Civitas, 1986, p. 110. El autor menciona la afirmación subsecuente: "Ahora bien, también se formalizará ei principio de responsabilidad pues toda falta de observância de las leyes processales hará responsables personalmente a los Jueces que la cometiere. (art. 254)."

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *Lãs constituciones históricas espanolas (un análisis historico-jurídico)*, cit., p. 213.

¹⁴⁹ Según el Art.º 98 de la Constitución de 1 de Junio de 1869: "Los Jueces son responsables personalmente de toda a infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo espanol podrá entablar acción publica contra losjueces o magistrados por los delitos que cometieren en ei ejercicio de su cargo". Expone FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Lãs Constituciones históricas espanolas (un análisis historico-jurídico)*, cit., p. 320, que las vicisitudes estipuladas en el referido Art.º 98, n.º 1 y 2 se encuentran explanadas en los Artículos 245 y siguientes de la LOPJ.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *Lãs Constituciones históricas espanolas (un análisis historico-jurídico)*, cit., p.408.

¹⁵¹ Art.º 99 de la Constitución de 9 de Diciembre de 1931, ya en pleno franquismo, dictaba: "La responsabilidad civil y criminal en quepuedan incurrir los Jueces, Magistrados y Fiscales en ei ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante ei Tribunal Supremo con intevención de un Jurado especial, cuya designación, capacidad e independência regulará la ley. Se exceptúa la responsabilidad civil y criminal de los Jueces y Fiscales municipales que no pertenezcan a la correra judicial (...)".

¹⁵² ALMAGRO NOSETÉ, JOSÉ, *Constitución y Proceso*, Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1984, p. 82 e 83.

actual Constitución.”

Actualmente este blanco encuentra su sede constitucional en los Artículos 117¹⁵³ que consagra expresamente la responsabilidad de los jueces, y Art.º 121 de la CE¹⁵⁴ sobre la responsabilidad del Estado del deber de indemnizar por error judicial y por el funcionamiento anormal de la justicia¹⁵⁵.

4.4.1.1 - Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870

Es posible circunscribir dos épocas distintas en el área de la responsabilidad personal¹⁵⁶ del magistrado judicial: la primera, de 1870 hasta 1985¹⁵⁷, fecha del

¹⁵³ En los términos del Art.º 117, n.º 1, de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, inserido en el Título VI *Del Poder Judicial*:

"La justicia emana dei pueblo y se administra en nombre dei Rey por Jueces y Magistrados integrantes dei poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos unicamente ai império de la ley". La Constitución Espanola de 27 de Diciembre de 1978, Enjuiciamiento civil, Civitas - Biblioteca de Legislación, vigésima primera edición actualizada a Septiembre de 1998, p. 43.

Sobre la jurisprudencia del TC Español y el Art.º 117 se resalten las decisiones compiladas por MANUEL PULIDO QUECEDO, *La Constitución Espanola con la Jurisprudência dei Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, 1996, p. 1482 a 1495. No existen, por lo tanto, cualesquier dudas a este propósito, nombradamente que la responsabilidad de los magistrados judiciales españoles recurre directamente del texto constitucional actualmente en vigor.

¹⁵⁴ En los términos del Art.º 121 de la Constitución española: *"Los danos causados por error judicial, así como los que sean consecuencia dei funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo dei Estado, conforme a la ley". La Constitución Espanola de 27 de Diciembre del 978, Enjuiciamiento civil Civitas -Biblioteca de Legislación, vigésima primera edición actualizada a Septiembre de 1998, p. 44.* Existen diversas decisiones jurisprudentes en la mira del Art.º 121 de la CE que, por su turno, engloban una serie de probabilidades, principalmente la naturaleza jurídica del derecho de ser indemnizado, la definición de error judicial, los atrasos indebidos, indemnización por prisión efectiva, la indemnización por mal funcionamiento de la justicia, apuntadas por MANUEL, PULIDO QUECEDO, *La ConstituciónEspanola con la Jurisprudência dei Tribunal Constitucional, cit.*, p.1482 a 1495.

¹⁵⁵ Debemos salientar que este Art.º 121 de la CE es una norma que tiene la virtualidad de abarcar varias cuestiones, que se levantan en el ámbito de la atribución de responsabilidad del Estado-Juez. Para más profundizadas dilucidaciones *vid las* elucidaciones tejidas por LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, o Erro Judicial e o Anormal funcionamento, cit.*, p. 101 a 103.

¹⁵⁶ Esta responsabilidad mantiene diversas características compiladas por PABLO GARCIA MANZANO, *Responsabilidad civil de jueces y magistrados, Revista de Administración Publica cit.*, p. 102 y siguientes. A título enunciativo este autor expresa su carácter personal, o sea, apenas cabrá al juez esa responsabilidad (o sea, no es transmisible a sus herederos) y se refiere a los casos de culpa grave o de *"negligencia o ignorancia inexcusable."* El mismo autor narra que los presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra el magistrado judicial son cuatro a saber: la existencia de un daño estimable, que deduzca la demanda a parte del proceso, que la acción haya finalizado y, por fin, que la causa sea instaurada en el plazo de seis meses

surgimiento de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio¹⁵⁸ (a seguir LOPJ), y una segunda de 1985 hasta nuestros días.¹⁵⁹

De hecho, fue con la LOPJ de 1870 cuando esa reglamentación apareció por primera vez¹⁶⁰ como un régimen condensado sobre la responsabilidad civil del juzgador, en sus Artículos 260 a 266. Sobre ese régimen escribió, en 1952, ANTÔNIO BORREL MACIA¹⁶¹ *"Tal responsabilidad está limitada al resarcimiento de los danos y perjuicios estimables en metálico (al prudente arbitrio de los Tribunales), que causen a los particulares, Corporaciones o Estado, cuando en el desempeño de sus funciones, infringan las leyes, por su negligencia o ignorancia inexcusables. Y nace de los actos de los Jueces o Magistrados, actuando, tanto en el orden civil como en penal, en la esfera de sus atribuciones."* De esas normas nos cabe destacar el Art.º 260 de la LOPJ que consagraba la responsabilidad civil de los jueces y magistrados que, con su actuación, hubieran causado lesiones en el desempeño de sus funciones por haber violado las leyes, por *"negligencia o ignorancia inexcusable"*. La noción de *"negligencia o ignorancia inexcusable"* era avanzada, por la propia ley, del siguiente modo: *"cuando, aunque sin intención, se hubiera dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, hubiere faltado algún trámite o solemnidad, mandado observar por la misma bajo pena de nulidad."*

después de la fecha de pronunciación de la sentencia. Sobre los requisitos vea también FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, *cit.*, p. 135.

157 Sobre las normas de la responsabilidad civil de los jueces españoles se recomienda la enumeración menos reciente efectuada por JOSÉ MARIA MANRESA, *Del Recurso de responsabilidad*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1885, p. 579.

¹⁵⁸ Alterada por la LO 16/1994, de 8 de Noviembre.

159 Sobre la responsabilidad civil de los jueces se pueden consultar en adición las explicaciones sumarias de JAIME SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, tercera edición, nuevamente revisada y actualizada, Editorial Montecorvo, S.A, p. 713 a 714, incluida en la responsabilidad civil de los profesionales. En estas páginas este autor se refiere a la responsabilidad civil de los jueces y magistrados, sujetos al régimen vertido en los Artículos 260 a 266 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1870 y Artículos 903 a 918 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, las disposiciones jurídicas complementares relacionadas con los respectivos reglamentos orgánicos, y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de Octubre de 1979, donde se declara la responsabilidad criminal de sus magistrados judiciales exigible ante la *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. Enseña el autor que *"El pleno de este Tribunal podrá acordar el cese de los Magistrados por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave"*(art.º 23, l, en relación con el art. 10, 2, de dicha Ley Orgánica).

160 MONTERO AROCA, JUAN, *Independência y responsabilidad del juez*, Cuadernos Civitas, p. 100 a 103.

161 BORREL MACIA, ANTÔNIO, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, *cit.*, p. 144 (vide igualmente as p. 145 a 147).

(Art. "262 LOTJ)". A pesar de su formulación legal, la LOPJ en vez de concretar en que casos se debería entender que el magistrado judicial actuó con culpa grave, apenas sirvió, a gran escala, para alimentar una célebre polémica y la consecuente, división en la doctrina española. En esta discusión, algunos autores defendían una interpretación más restrictiva de los presupuestos de la responsabilidad civil del juzgador, mientras que otros abogaban por una interpretación más amplia de los mismos. Esta cuestión pasaba, sobre todo, por la correcta concatenación entre las Constituciones entonces vigentes, la reglamentación establecida por la LOPJ, el Código Penal de 1870 y la *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* de 1881.

Esta responsabilidad civil de los juzgadores podría asumir un aspecto criminal siempre que el hecho cometido por el juez estuviera tipificado como crimen (v.g. *prevaricación* o *cohecho*), o civil, o podría ser simultáneamente civil y criminal. Además, conforme establecía el Art.º 18 del CP entonces en vigor toda persona responsable criminalmente era, en simultaneo, responsable por los perjuicios de ahí recurrentes, excepto en caso de renuncia del perjudicado. Los delitos que podrían ser cometidos por los jueces, en el ejercicio de sus funciones, se encontraban tipificados en la ley penal española en los Artículos 361 a 368 del CP sobre el crimen de prevaricación judicial¹⁶² y en los Artículos 396 a 401 referentes al crimen de *cohecho* y en otras leyes especiales, conforme determinaba el Art.º 245 de la LOPJ. El *recurso de responsabilidad civil* instaurado contra el magistrado judicial, independientemente del Tribunal a que perteneciera¹⁶³, requería, previamente, la obligatoriedad de un antejuicio (Art.º 757 y siguientes de la LECrim.). En sede penal, resaltaba el Art.º 367 que aseveraba que incurriría en el crimen de prevaricación todo el juzgador que¹⁶⁴ "a

¹⁶² Sobre el crimen de prevaricación judicial tenemos RAMON FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, titant Io blanch, colección los delitos, n.º 49, Valencia 2002.

¹⁶³ Argumentaba JOSÉ MARIA MANRESA, *Del Recurso de responsabilidad*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, cit., p. 588 a 595, que los magistrados del Supremo Tribunal, que no estaban libres de responsabilidad, sólo podrían ser responsabilizados civilmente desde que su actuación se hubiera traducido en un delito.

¹⁶⁴ ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 37. El Art.º 366 del CP de 1870 consignaba lo siguiente: "El juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictara en causa civil o criminal, sentencia manifestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación especial en su grado máximo a inhabilitación especial perpetua."

sabiendas dictase una sentencia o una providencia manifestamente injustas (modalidad dolosa), o aquel que por negligencia o ignorancia inexcusables dictara una sentencia contraria a la ley (modalidad culposa)." Como complemento de la LOPJ, la LEC de 1881¹⁶⁵ reglamentaba lo que incorrectamente designaba por *"recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados"*¹⁶⁶ en sus artículos 903 a 918. Ese proceso, y no recurso, señalaba que la responsabilidad civil tenía su origen *"cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables"*. El alarido en la doctrina era profesado, por un lado por MANRESA,¹⁶⁷ claro apoyante a una visión bastante restrictiva de lo preceptuado en el Art.º 262 de la LOPJ, y por ALONSO Y COLMENARES,¹⁶⁸ envuelto por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, que aconsejan una doctrina completamente opuesta. Estos últimos, escrutan una visión abarcadora de la expresión *"providencia"* aludida en el Art.º 262 de la LOPJ. Conforme exprime prudentemente MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO¹⁶⁹ *"Parece más lógico pensar que el legislador de la LOPJ pretendía completar el cuadro de responsabilidad establecido por el Código penal de 1870. Y dado que en este se imponía la responsabilidad penal (y la civil derivada de esta) por las sentencias dictadas con "negligencia o ignorancia inexcusable" (culposas), lo único que*

Actualmente este crimen de prevaricación judicial encuentra su sede legal en los Artículos 446 y siguientes del CP actual. El régimen procede a la distinción entre la prevaricación dolosa e *ignorancia inexcusable* en el ArC 446 del CP. Este precepto estatuye que *"El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado..."*. Por su turno consagra el Art. 447 del CP la modalidad menos grave: *"El juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifestamente injusta(...)"*.

165 Esta ley aún se encuentra en vigor.

166 Específicamente sobre este recurso/acción instaurado contra los juzgadores son pertinentes los esclarecimientos efectuados por JOSÉ MARÍA MANRESA, *Del Recurso de responsabilidad*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1885, p. 577 a 595, por lo que para allá remitimos para un estudio más pormenorizado.

167 MANRESA citado por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil dei juez*, *cit.*, p. 37. Según la tesis alumbrada por este autor, es necesario elaborar una interpretación restrictiva del Art.º 262 de la LOPJ ya que la responsabilidad civil del juzgador *s.s.* será aquella que recurre de providencias contrarias a la ley dictadas con culpa grave del juez. Estas providencias no engloban en su meollo las resoluciones que ponen término al proceso.

Estas explicaciones parecen ir buscar reminiscencias a la antigua CE de 1812 (Art.º 254), donde se contemplaban obstáculos procesales a la responsabilidad del magistrado judicial. En ambos los casos, el magistrado judicial podría incurrir en responsabilidad civil por haber arrogado una actitud procesalmente incorrecta, pero nunca se podría combatir su resolución judicial o conducta en términos sustantivos, en observancia al respeto por el "caso juzgado".

168 ALONSO Y COLMENARES mencionado por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil dei juez*, *cit.*, nota a pie de página n.º 46, p. 37.

169 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil dei juez*, *cit.*, p. 39.

*quedaba sin regulación eran las providencias dictadas con culpa grave, y esta es la hipótesis contemplada por el art. 262 de la LOPJ. Pero esto no significa que no se pudiera originar también la responsabilidad civil en los casos que, sin existir delito, mediase culpa grave y ocasionasen daños a partir de sentencias o de autos". Más allá de eso, interpreta la autora que, salvándonos de la vieja máxima "donde la ley no distingue no se debe distinguir", la lección desvelada retirada de los Artículos 260 de la LOPJ y Art.º 903 de la LEC, sólo puede simbolizarse en la necesidad de expandir la responsabilidad civil del juez a todo tipo de decisiones judiciales, finales u otras. Por fin, remata dicha autora, el legislador no pretendió atribuir al Art.º 262 una índole taxativa de los presupuestos de la responsabilidad civil del magistrado judicial, pero solamente una presunción que ciertos y determinados comportamientos del juzgador presupondrían una actuación negligente o una *ignorancia inexcusable*.*

La infracción *tout court* del juzgador podría fundamentarse en negligencia o ignorancia inexcusable, conforme establecía la ley, entendiéndose por "*ignorancia*", como se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 1929, ya sea en términos etimológicos, como en el ámbito jurídico, como la falta de ciencia, al paso que, **diferentemente la figura del error, constituía, solamente, la desconformidad de las ideas con el estado de las cosas a que se aplica**¹⁷⁰. Para que se pudiera hablar de indemnización era preciso que las lesiones del ofendido pudieran ser computadas en dinero, exigiendo el Tribunal Supremo que el daño fuera igualmente acompañado de la circunstancia de ser irreparable dentro del propio proceso que a ella dio causa. Así, no se podría configurar un resarcimiento siempre que fuese el propio tribunal el que reconociera y como consecuencia de ese reconocimiento, enmendase su falta.

La demanda propiamente dicha debería observar los trámites procesales constantes en los Artículos 910 y siguientes de la *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC*

170 En este sentido ANTÓNIO BORREL MACIA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, cit., p. 144. Aparte, entiéndase que el juez español, más allá de estar sometido a la ley, debe observar las otras fuentes de derecho, específicamente la equidad. Se apuntan las dudas levantadas por ANDRES OLLERO, *Equity in Spanish law?, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 381 a 393.

de 1881), y podría ser interpuesta por el perjudicado, o por sus herederos, ante el tribunal superior, en el plazo de seis meses. En caso contrario la decisión judicial no podría ser interpuesta más. Además, para llevar a cabo la anterior demanda, debería el dañado haber agotado previamente todos los recursos que se encontraran a su disposición en el ámbito del proceso de donde habría emergido el perjuicio, dado que el instituto de la responsabilidad civil asumía marcadamente un carácter meramente subsidiario. En la LOPJ de 1870 no se impone al Estado que se responsabilice civilmente por la actuación de un juez. **En lo que respecta a esa norma, así como en el período de vigencia de la LEC de 1881 y en las CE hasta 1931, vigora, sí, la responsabilidad personal del juzgador.** De esta forma, no puede hablarse a esta altura, de una responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños derivados de la actuación judicial de un juez¹⁷¹.

Sin embargo, en términos prácticos, como adelantaron la mayoría de los autores españoles, el instituto de la responsabilidad civil del juez, adelantado por la LOPJ, fue totalmente inoperante¹⁷².

171 Que se destaque que la única disposición jurídica que hacía alusión a la responsabilidad extra-contractual del Estado, en la altura de la vigencia de la LOPJ, era el art. 1.093. 5° del C.c. sobre la responsabilidad civil por hecho ajeno. Esta circunstancia se mantuvo inquebrantable hasta la CE de 1931 que vino a subrayar la responsabilidad subsidiaria del Estado por las indemnizaciones derivadas de error judicial o de delitos cometidos por funcionarios judiciales (art. 106). Fue con la Constitución de 1978 que se proclamó, de una manera eficaz, la responsabilidad directa del Estado por daños producidos por actuaciones judiciales (Art.º 121 de la CE).

172 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUÍS A, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p.5\}. Esta autora avanza que durante el período de vigencia de la LOPJ (de 1870 a 1985) apenas cerca de treinta casos concernientes de la responsabilidad civil del juez llegaron al *tribunal de casación*. Para un período de ciento cincuenta años es muy reducido el número de situaciones. Según la autora las justificaciones para *esta, falta de interés* (designación nuestra) y la no adhesión al instituto se prendería con la consciencia de inutilidad de la acción, o debido a una desconfianza general en el aparato de la justicia. Más, de esas treinta situaciones apenas dos son de condenación del juzgador (STS de 17 de Marzo de 1875 y STS de 1 de Octubre de 1890). Pelo rédito que suscitan deliberamos bosquejar sucintamente esas dos vicisitudes. La primera resolución judicial fecha de 17 de Marzo de 1875. Tuvo su origen en una sentencia emanada por un juez de primera instancia de Yecla que ordenó la prisión de cuatro personas, que quedaron clausuradas dieciocho días. Posteriormente el proceso fue llevado ante la *Audiência de Albacete* y aquí todos ellos fueron totalmente absueltos, habiéndose denunciado que eran ilegítimos los pretextos que nortearon el juez de Yecla a tomar tal resolución. En conformidad, los lesos requirieron una indemnización por daños y perjuicios, de acuerdo con lo preceptuado en el Art.º 8° de la Constitución de 1869, que estipulaba que siempre que un auto de prisión se basase en fundamentos ilegítimos y la persona hubiese estado presa, esta tendría derecho a una indemnización de, por lo menos, 500 pesetas. *Audiencia* anatematizó efectivamente el magistrado judicial a embolsar ese montante a cada uno de los lesos. Ante esa decisión el juzgador decidió apelar alegando que había actuado con "*negligencia o ignorancia inexcusables*" (*ex vi* el Art.º 260 de la LOPJ y siguientes), pues su actuación se había limitado a glosar los motivos del auto de prisión, y tal hecho no podría determinar cualquier tipo de responsabilidad. El Tribunal Supremo no dio la razón al juez-recurrente subrayando que las normas substantivas de la LOPJ no se aplicaban a su caso, y subsumieron, antes, la ocasión en lo preceptuado en el Art.º 8° de la Constitución que imponía automáticamente la obligación de reparar los daños sin necesidad de, previamente, apurar la culpabilidad del juez. En lo que respecta a la segunda sentencia, fechada de 1 de Octubre de 1890, esta encuentra su

Frente a esto parece importante formular, por lo menos, una conclusión sobre la responsabilidad civil o personal del juez. Así, tenemos diversa bibliografía de autores españoles que asumen con toda naturalidad, la necesidad de que exista, de hecho, una responsabilidad judicial. Ejemplo de ello vamos a encontrar en los trabajos de ENRIQUE AGUILERA DE PAZ¹⁷³, FRANCISCO RIVES Y MARTI¹⁷⁴, y ENRIQUE JIMENEZ ASENJO¹⁷⁵. Este último, en un trabajo publicado en 1952 ya afirmaba claramente que *"La responsabilidad de jueces y magistrados es el complemento de la independencia judicial. Un juez libre e inamovible supone un juez responsable; de lo contrario, se instauraría una justicia despótica, por absoluta, lo que significa la negación del derecho y, por consecuencia, de la justicia misma."* Enseña este autor, después de haber trazado un cuadro de las diversas responsabilidades a que cualquier juzgador está sujeto, que la responsabilidad civil judicial constituye aquella que se exige de cualquier acción u omisión culposa por los daños causados a los particulares, que no se trate de un crimen. Tratándose de una conducta del juez tipificada en la ley penal como crimen, existirá igualmente responsabilidad penal. Un ejemplo dado por el autor fue el crimen de prevaricación cometido por un juez.

busilis en la morosidad del juez. En este acaso constatamos la condenación de una persona en el pago de una deuda proferida por un juez municipal. Después del término legal sin el autor haber recibido el dinero en deuda aquel resolvió acorrer junto del juzgador de modo a que este declarase firme su sentencia de condenación y, aún, solicitó su ejecución por intermedio de *"aprémio"*, advirtiendo el magistrado que el deudor podría disimular el único bien que poseía, si el juez no decretase, de inmediato, el embargo. Sin embargo, el magistrado judicial sólo encetó la diligencia tres días después del pedido del autor. cuando intentó embargar el bien, el mismo ya había desaparecido por lo que decidió declarar el deudor insolvente. Frente a estos hechos, el leso rogó una indemnización por pérdidas y daños derivados de la morosidad del juez. En ese proceso se hizo una estimativa de los daños y, después de eso, se condenó al magistrado judicial a liquidar el montante equivalente a la deuda, acrecida de las costas del proceso. No ajustándose con esta decisión el magistrado judicial visado deliberó volver-separar la *Audiência*, que se ciñó a aselar la decisión. Inconforme el juzgador apeló para el Tribunal Supremo que arremató que el juez había actuado, de hecho, de una forma negligente, en la parte relativa a la ejecución de la sentencia, y que en consecuencia de la flojedad, existían algunos daños que demandaban resarcimiento. La lentitud en la promoción de los procesos advenía de lo dispuesto en el Art.º 316 de la LEC que fue aplicado al juez municipal de los autos. Esta norma constriñe que esas providencias deberán tener proveimiento en el plazo de dos días después del requerimiento del interesado, y el juez, negligentemente, había dejado pasar tres días.

173 AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE y RIVES Y MARTI, FRANCISCO, *El Derecho Judicial Espanol*, Tomo I, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Estrangeros, Volumen XXXVI, Madrid, Editorial Réus SÁ, 1920, p. 654. Específicamente en relación a la responsabilidad civil se aconseja la lectura de las p. 667 a 671.

174 AGUILERA DE PAZ, y ENRIQUE, RIVES Y MARTI, FRANCISCO, *El Derecho Judicial Espanol*, Tomo I, cit, p. 654.

175 JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE, *Organizacion Judicial Espanola, Serie G, Manual de Derecho Economia Y hacienda*, Volumen XXV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 292 a 306.

La responsabilidad civil del juzgador seguía los términos consignados en la Ley Orgánica de 15 de Septiembre de 1870, más precisamente en los Artículos 260 a 266, y Artículos 906 y siguientes de la LEC de 1881, conforme analizamos *supra*.

4.4.2. Ley Orgánica de 1985

El segundo período que estudiamos constituye el régimen que actualmente rige esta materia. No hay que olvidar el régimen consagrado en el Art.º 117, n.º 1, de la CE de 27 de Diciembre de 1978¹⁷⁶, sobre la responsabilidad de los magistrados judiciales, siendo por ello necesario proceder al abordaje incisivo de la actual LOPJ¹⁷⁷. *Prima facie* se debe subrayar que la LOPJ de 1985 parece que introdujo cierto desorden en el instituto de la responsabilidad civil del juzgador¹⁷⁸. Esta nueva norma trajo esencialmente dos innovaciones. En primer lugar, se acogió el régimen

¹⁷⁶ Está clara la consagración del principio de la responsabilidad judicial que recurre directamente de la ley constitucional. En el seno de la doctrina española no parecen existir cualesquier dudas sobre la necesidad de responsabilizar los jueces conforme marcaron, entre otros, MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aproximación al Derecho Constitucional Español, La Constitución de 1978*, 2ª edición corregida y ampliada, Valencia, 1983, p. 246. Para un estudio sobre los antecedentes, precedentes históricos y en una visión comparada del Art.º 117, n.º 1 de la CE que se lea OSCAR ALZAGA, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 711 a 719. Este autor asevera que la *responsabilidad* constituye uno de los aspectos que resalta de la norma vertida en el n.º 1 do Art.º 117 de la CE.

¹⁷⁶ Sobre la responsabilidad judicial en

¹⁷⁷ Sobre la responsabilidad judicial en general se recomienda también VICTOR FAIREN GUILLEN, *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal Y Constitucional*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, p. 81 a 91. Después de la LOPJ de 1985 se sugiere igualmente la lectura de las consideraciones desarrolladas por L. PRIETO--CASTRO, *Derecho de Tribunales Organización, funcionamiento, gobierno*, Editorial Aranzandi, Madrid, 1986, p. 308 a 316.

¹⁷⁸ La responsabilidad civil de los magistrados judiciales que componen el TC también puede ocurrir, no obstante la existencia de una brecha, en su ley orgánica 2/1979 de 3 de Octubre, con las alteraciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1984, de 20 de Diciembre y Ley Orgánica 4/1985, de 7 de Junio, remitida por ANTÓNIO CANO MATA, *Comentarios a la ley orgánica del tribunal constitucional*, Editorial revista de derecho privado, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1986, p. 107 a 108. La responsabilidad criminal de los magistrados del TC español tiene su sede legal en el Art.º 26 de su LO, concatenada con el Art.º 57 de la LOPJ. Nada diciéndose a propósito de los hechos realizados en el ejercicio de su cargo determinantes de responsabilidad civil de aquellos afirma ANTÓNIO CANO MATA "Salavando la laguna de la Ley que comentamos, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone" *La sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá...2º De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidos contra el Presidente del Tribunal Constitucional...Magistrado del Tribunal Constitucional*". Sobre si el TC español debe o no encuadrarse en el concepto de Poder Judicial se profundizó FERNANDO GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 1654 a 1662.

del Art.º 121 de la CE, donde se impuso la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por actuaciones de jueces. Dice ese precepto que "*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*". En segundo lugar, parece poder igualmente afirmarse que se asistió a una posible adulteración en los criterios legales de imputación de la responsabilidad civil, advirtiéndose, desde ya, que esta cuestión está hoy lejos de presentarse pacífica sea a nivel de la doctrina, sea en el ámbito de la jurisprudencia. Estamos, por lo tanto, por un lado ante la responsabilidad civil o personal del magistrado judicial y, por otro, ante la responsabilidad objetiva del Estado, conforme enseña LUÍS SANCHEZ AGESTA¹⁸⁰.

En efecto, la responsabilidad patrimonial del Estado por actos ejercitados por un juez, recurrentes de la función jurisdiccional, que hayan provocado lesiones a los particulares, encuentra su edificación constitucional en el Art.º 121 de la CE¹⁸¹ y en los artículos 292 a 297 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*¹⁸² de 6/1985, de 1 de

179 En relación a la responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales anteriormente a 1965 *vid* SABINO ALVAREZ GENDIN, *La Independência dei poder Judicial, La especializacion de los tribunales contencioso-administrativos*, c/í., p. 127 a 131.

180 SANCHEZ AGESTA, LUÍS *Sistema político de La Constitución Espanola de 1978*, Segunda edición, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 354 A 355.

181 Específicamente sobre este Art.º 121 de la CE se sugiere la lectura de FERNANDO GARRIDO FALLA, *Comentários a la Constitución*, cit, Anotaciones al Art.º 121, p. 1732 a 1743, LUÍS MARTIN REBOLLO, *Jueces Y Responsabilidad dei Estado, El artículo 121 de la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983, OSCAR ALZAGA, *La Constitución espanola de 1978 (comentário sistemático)*, Ediciones dei foro, Madrid, 1978, p. 730 a 731 explanó los antecedentes, precedentes históricos y presentó la visión en términos de Derecho comparado.

Sobre el poder judicial español en general se recomienda FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional espanol*, Dykinson, 1992, Madrid, p. 752 a 813 (y la bibliografía contenida en la p. 812 a 813), OSCAR ALZAGA, *La Constitución espanola de 1978 (comentário sistemático)*, cit. p. 707 a 729, MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aproximacion ai Derecho Constitucional Espanol, La Constitución de 1978*, 2a edición corregida y ampliada, Valencia, 1983, p. 246, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Comentários a la Constitución.cii.*, Anotações al Art.º 121, p. 1616 a 1869, ALBERTO PREDIERI y GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución espanola de 1978*, Editorial Civitas SÁ, 1981, p. 721 a 767, LUÍS SANCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución espanola de 1978, Ensayo de un sistema*, Segunda edición, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 347 a 355.

¹⁸² Sobre la organización del Poder Judicial español que se lea ANTÔNIO MARIA LORCA NAVARRETE, *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales dei derecho, Organización judicial y principios rectores del proceso*, Dykinson, Madrid, 1998, JUAN MONTERO AROCA y MANUEL ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte General, Biblioteca Procesal Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 158 a 281. Específicamente en relación a la *ley Orgânica dei Poder judicial* vea aún VICTOR MORENO CATENA, a la *ley Orgânica dei Poder judicial*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1988.

Julio (LOPJ), inserido en el Libro III, Capítulo III, Título V, con la denominación *"De la Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia"*. Según MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA¹⁸³ en el Art.º 121 de la CE la responsabilidad tanto puede advenir de los jueces y magistrados, observados singularmente, como en relación a la magistratura vista como un todo. Los juzgadores pueden ser responsabilizados directamente en razón del cumplimiento (o no cumplimiento) de sus funciones, siendo cierto que esa responsabilidad podrá abarcar inclusivamente el resarcimiento por lesiones derivadas de error judicial; Por otro lado, existe la posibilidad de que el Estado repare los perjuicios recurrentes del *"anormal funcionamiento de la justicia"*. En las palabras proferidas por LUÍS GUILHERME CATARINO a este propósito¹⁸⁴ *"... entendiéndose que su Art.121 traduce uno de los medios de salva-guardia de la independencia de los jueces (a través de la no atribución de responsabilidad personal por la función)"*). En adición, anuncia el Art. 292.1 de la LOPJ lo que sigue: *"Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título"*. Añade el n.º 2 de la misma norma: *"En todo o caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o un grupo de personas"*. Remata el n.º 3: *"La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización"*.¹⁸⁵

¹⁸³ MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aproximación al Derecho Constitucional Español, La Constitución de 1978*, cit., p. 246.

¹⁸⁴ CATARINO, LUÍS GUILHERMES *Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, O Erro Judicial e o Anormal funcionamento*, cit., p. 104.

¹⁸⁵ Clama el Art.º 293, 1, de la LOPJ, los casos de error judicial. Estatuye el dicho precepto, en su n.º 1, lo que se sigue: *"La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de esto se aplicarán las reglas siguientes: a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse."* Esta norma deberá ser leída en cotejo con lo preceptuado en el Art.º 954 a 961 de la LECrim que hablan del recurso de revisión. Sobre este asunto cabe consultar CARLOS VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 1316 a 1333.

Y prosigue este Art.º 293, n.º 1 de la LOPJ:

Como se desprende, con una proficiente lectura de aquel articulado, parece que la realidad que pretende englobar es apenas la vulgar responsabilidad estatal¹⁸⁶. De ahí que se use afirmar que, con el régimen actual, y quitando peregrinas excepciones, como posteriormente se estudiará, se traza el final de la prolija costumbre española basada en la responsabilidad personal del juez. En lo que atañe específicamente a la responsabilidad civil del juez proclama el Art.º 296 que *"El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal. Y ostenta el Art.º 297 que sí lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigência de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley"*. Esta norma aparece revitalizada ante lo dispuesto en el Art.º 16 de la LOPJ.

(...) b) *La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error..."*

c) *El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado..."* A propósito del recurso de revisión vid el régimen legal consagrado en los Artículos 1.796 a 1.810 de la LEC, según JOSÉ LUÍS ALBÁCAR LÓPEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Artículos 1.481 a 2.182, Editorial Trivium, Madrid, 1994, p. 610 a 700. O n.º 2 de esta norma preconiza que *"Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabra recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse."* Curiosamente, la ley española no presentó ninguna noción de *error judicial* de ahí que su construcción y definición haya sido efectuada por la jurisprudencia. El *funcionamiento anormal de la Justicia* también ha merecido algún tratamiento por parte de los autores españoles, pues es un asunto bastante debatido. La mayor parte de la doctrina aboga que todo el error consubstancia una situación de mal funcionamiento de la Justicia, al paso que ni todo el mal funcionamiento se subsume en un equívoco. Otros contraponen que, diferentemente del error, lo que se pasa es, antes, el incumplimiento de una regla de cariz procesal. Para mayores desarrollos sobre error judicial y funcionamiento anormal de la justicia debe consultarse MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 135 a 149, LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, O Erro Judicial e o Anormal funcionamento*, cit., p. 99 a 106.

186 Por ejemplo el Art.º 294 de la LOPJ se refiere a las situaciones de prisión preventiva en que los particulares que sean absueltos. Conforme se divulga el dicho precepto: *"Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios (...)"*. Esta norma deberá ser aplicada según los dictámenes que recurren directamente del Art.º 116 y 637, 1º, de la LECrim. Sobre estas dos reglas jurídicas se recomienda CARLOS VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., 1987, p. 135 a 137 y p. 845 a 848.

Esta perspicua opción, en el sentido de extender la responsabilidad personal del juez a la responsabilidad del Estado-Juez, se debió, sobretudo, al considerable aumento de las garantías de los ciudadanos y su derecho a ser indemnizado por todos los daños derivados de una actuación judicial¹⁸⁷. A adicionar a ese hecho, nos parece que cuestiones financieras también podrían haber influido en el surgimiento de esta reglamentación legal¹⁸⁸, ya que la propia insolvencia del magistrado judicial podría constituir un obstáculo a la efectiva satisfacción integral de las pretensiones indemnizatorias. **Más una razón de interés, se prende con la índole objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, significando**, con eso, que deja de ser imperioso probar *in casu* el dolo o culpa grave del juez (prueba esa que ya designamos de *diabólica*).

Ante todas estas consideraciones, no es cierto aseverar que no tiene sentido, en la actualidad, hablar de responsabilidad personal del juzgador. No obstante, esta nueva solución legal, que en la práctica ambiciona dar más garantías a los ciudadanos, podría utilizarse para que el particular pretendiera simplemente demandar al juez¹⁸⁹. Además, esta peculiaridad es sobrellevada elocuentemente por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO¹⁹⁰ cuando, a dada altura de su trabajo sobre la responsabilidad civil del juzgador, narra lo que sigue: *"En este sentido, la reforma española puede considerarse muy progresista. Nuestro legislador mantiene la responsabilidad personal del juez, junto a una responsabilidad estatal objetiva"*¹⁹¹.

187 La LOPJ parece incluir los actos dolosos o culposos de los magistrados judiciales en el ejercicio de funciones estrictamente judiciales, consistentes en juzgar, hacer ejecutar las decisiones (*ex vi* Art.º 117, 3 CE y Art.º 2, 1, de la LOPJ) y, aún, las recurrentes del registro civil o las conferidas por una ley que garantice cualquier derecho (Art.º 117, 4, de la CE y Art.º 2, 2, de la LOPJ).

188 Se destaca que el Art.º 296, *in fine* de la LOPJ exige que el Ministerio de las Finanzas sea siempre parte en este tipo de pleitos.

189 Tal presupone la existencia de una *"vía dupla"* en el sentido del actual sistema admitir que el leso pueda elegir entre demandar directamente el Estado o el magistrado judicial cuyo comportamiento haya determinado perjuicios. Esta designación la vamos a encontrar en *Responsabilidad civil dos Juizes, análise comparada, cit.*, p. 14 y en el entendimiento adoptado por LUÍS ESTEBAN DELGADO DEL RINCON, *Constitución, Poder Judicial Y Responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 307, que caracteriza el sistema español como dualista. La responsabilidad solidaria, tal como se encuentra prevista en España y Italia, es *"peligrosa"* pues las dos responsabilidades poseen la misma causa, parafraseando MAURO CAPPELLETTI, *La responsabilidad de los Jueces, cit.*, p. 70.

190 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil dei juez, cit.* p. 63.

191 Diversamente a lo que ocurre v.g. con el caso italiano, conforme la ley n.º 117/1988, de 13 de Abril, que vino

En esta situación, podrá siempre el Estado instaurar una acción de regreso contra el juez en caso de condenación, conforme a lo preceptuado en los Art.º 296 y 297 de la LOPJ.

En lo que respeta a los presupuestos de imputación, la reciente LOPJ reconoce, en su Capítulo II, del Título III, *"De la Responsabilidad de los Jueces y Magistrados"* que conviene tener en mente, en una primera aserción, las expresiones plasmadas en los Artículos 411¹⁹² a 413, con la designación *"De la Responsabilidad Civil"*. Aclama, de esta forma, el dicho Art.º411¹⁹³: *"Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurriren en dolo o culpa."* Acrecienta el n.º 412 de la misma norma: *"La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda"*. Y el n.º 413, n.º 1 de la LOPJ: *"La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo"*. El n.º 2 del Art.º 413 de la LOPJ propugna que: *"En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil aterrará la resolución firme recaída en el proceso"*.

En una lectura atenta de los dispositivos legales ahora citados, juzgamos que la ley citada ya no se circunscribe a los casos dolosos, tal como ocurría abiertamente en

a eliminar la responsabilidad directa del juzgador, pues el particular deberá, en este caso, instaurar la acción directamente contra el Estado, con excepción para las situaciones de delito.

192 FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, 1992, Madrid, p. 783 a 784, a propósito de la responsabilidad civil del juez se refiere al Art.º 411 de la LOPJ que, en su entender se sobrepone al Art.º 121 de la Constitución Española. Menciona este autor: *"En cualquier caso, es obvio que toda a actitud culposa o dolosa de un Juez en el desempeño de sus funciones, supondrá un funcionamiento anómalo de la Administración de Justicia y, por ello mismo, genera el derecho del perjudicado a una indemnización por parte del Estado."*

193 Sobre la problemática de la eventual inconstitucionalidad de este Art.º 411 de la LOPJ, al limitar la responsabilidad civil del juez y la ley Constitucional contenida en el Art.º 117, 1 se recomienda consultar JUAN MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del juez*, Cuadernos Civitas, Primera edición, 1990, p. 201 a 203.

la precedente LOPJ, al haber ocultado cualquier especificación a la "*inexcusabilidad o gravedad*", aunque este argumento no es unánime en el seno de la jurisprudencia española. En lo que concierne a los requisitos de la responsabilidad civil del juzgador enumerados por MARIA LUISÁ ATIENZA NAVARRO¹⁹⁴ estos se reconducen, en la práctica, a los presupuestos generales de la responsabilidad civil encarada en términos clásicos, en sede general, esto es, la acción ilícita¹⁹⁵ (Art.º1902 C.c.), el daño¹⁹⁶ (Art.º1106 C.c.¹⁹⁷, Art.º292, 2, y Art.º411 da LOPJ), la relación de causalidad entre el comportamiento y el daño¹⁹⁸ y el criterio de imputación,¹⁹⁹ mejor

¹⁹⁴ Para una descripción algo minuciosa sobre los presupuestos de la responsabilidad civil del magistrado judicial contemplar MARIA LUÍS ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez, cit., p. 66 a 128.*

¹⁹⁵ Esta primera condición engloba, tanto un comportamiento humano activo, como una conducta omisa que origine una lesión a un particular. De esta forma, el comportamiento del juez puede asumir la modalidad de acción (dictar una sentencia infringiendo la ley) o de omisión (como es el caso del juzgador tardar de forma indebida en la resolución del caso). En el Art.º 411 de la LOPJ no se hace ninguna referencia expresa a la acción o omisión del magistrado judicial, pero en la actual LEC esa alusión es efectuada en el Art.º 403, n.º 2 cuando afirma que no se admitirán demandas de responsabilidad civil contra jueces si no hay una reclamación o recurso oportuno en el proceso contra el acto u omisión que se considere como causante de los perjuicios. En los términos del Art.º 1902 del C.c. no se requiere que esa acción sea antijurídica o ilícita. Sin embargo, es comúnmente aceptado, principalmente a nivel jurisprudencial, la necesidad de que esa conducta asuma contornos antijurídicos por forma a ocasionar daños resarcibles. Aunque, algunos autores ya colocan en causa la obligatoriedad de este predicado.

¹⁹⁶ No es cualquier daño indemnizable. Este perjuicio deberá ser cierto, actual o futuro, emergente o lucro cesante, de acuerdo con lo establecido en el Art.º 1106 del C.c. Más, podrá consubstanciar una lesión no patrimonial como patrimonial. El Art.º.MII de la LOPJ envilece el resarcimiento de los daños y perjuicios causados sin adicionar cualquier tipo de barreras. El mismo no podrá ser dicho en sede del Art.º 292, 2 de la LOPJ que, en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, viene a adicionar ciertas formalidades. Así, los perjuicios deberán ser efectivos, estimables en términos económicos, individualizados y no susceptibles de reparación por otro medio, conforme abona FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal civil, cit, p. 135.*

¹⁹⁷ *ApudL. PRIETO-CASTRO, Derecho de Tribunales, Organización, funcionamiento, gobierno, cit., p. 310,* solo es posible contabilizar los daños valorados en dinero.

¹⁹⁸ Sin entrar en las teorías que existen sobre el nexo de causalidad, específicamente la teoría de "*Ia equivalência de las condiciones*", *Ia de "causalidad adecuada"*, *de Ia causalidad próxima*", entre otras, ya sobradamente conocidas entre nosotros, podremos añadir que no existen minucias dignas de reserva.

¹⁹⁹ Incurrir en responsabilidad civil todo y cualquier juez que actúe con la conciencia de ocasionar lesiones. De lo propio articulado de la LEC y LOPJ se parece deducir que el juzgador apenas responderá civilmente por daños causados a particulares mediante un comportamiento culposo en el ámbito de su función estrictamente jurisdiccional (Art.º 412 LOPJ cuando se refiere a la parte perjudicada, Art.º413, I de la LOPJ y Art.º 403, n.º 2 de la LEC 2000 cuando exigen el agotamiento de todos los recursos y firmeza de la decisión judicial, que haya puesto fin al proceso). Nos parece intrincado apurar cual es el comportamiento doloso de un juez que no cumpla simultáneamente un ilícito penal. Sobre la actuación con mera culpa es crucial afirmar que el juzgador actúa con mera culpa siempre que no previene el resultado dañoso, o habiéndolo previsto, no toma las medidas necesarias a fin de evitarlo, quiere decir, cuando no actúa con la diligencia debida. Al contrario de la antigua LOPJ, la actual ley parece haber alterado el criterio de imputación una vez que teniedo en cuenta la interpretación literal del Art.º 411 de la LOPJ (que aparentemente habrá derogado el Art.º 903 de la LEC de 1881 al referirse a la "*negligencia o ignorancia inexcusables*"), parece inculcar la idea que, en la actualidad, cualquier tipo de culpa es pasible de responsabilizar los magistrados judiciales. Esta orientación es suscrita por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez, cit., p. 91 y 99,* FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal civil, cit, p. 135.* Sin embargo alguna jurisprudencia más reciente asevera que el Art.º 411 de la LOPJ no derogó los criterios legales de imputación establecidos por el Art.º 903 de la LEC de 1881. En este sentido tenemos diversas decisiones judiciales del Tribunal Supremo Español máxime las sentencias del STS de 23 de Setiembre de 1994 (R. Ar.6986) y de 10 de Junio de 1995 (R. A 4916). Igualmente, sobre la conexión entre el régimen vertido en los Artículos 903 a 918 de la LEC y Art.º 411 y siguientes de la LOPJ, y la subsistencia de la vigencia de ambos los procedimientos *vid*

designado como *culpa judicial* (Art.º 1902 C.c. y Art.º 411 de la LOPJ).

Distinto de lo que estamos estudiando hasta ahora son los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra el juzgador. Podemos distinguir, a primera vista, por lo menos, tres. El primero sería la legitimidad para recurrir a esta acción indemnizatoria. Según PABLO GARCIAMANZANO²⁰⁰, quien posee legitimidad activa²⁰¹ para instaurar estas acciones son las personas perjudicadas que fueron parte en el proceso, o tengan con este una relación directa, o sus "*causaha-bientes*". Es esta la visión que se puede obtener, sin gran osadía, de la erudición del Art.º 412 de la LOPJ y del anterior Art.º 903 de la LEC de 1881²⁰². Según el Art.º 903 de la LEC de 1881, inserto en el Título VII "*Del recurso de responsabilidad civil contra jueces y Magistrados: "La responsabilidad civil en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan leyes por negligencia²⁰³ o ignorancia inexcusables²⁰⁴, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de*

JOSÉ LUÍS ALBACAR LÓPEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, citando GIMENO SENDRA y DE LA OLIVA SANTOS, Editorial Trivium, SÁ, Madrid, 1994, p. 732, JUAN MONTERO AROCA y MANUEL ORTELLS RAMOS. *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte General, Biblioteca Procesal Librería Bosch, Barcelona. 1987, p. 214. En el entendimiento de este autor en los Artículos 411 a 413 de la LOPJ no se pretendía regular todo el proceso relativo a esa responsabilidad, habiendo incidido únicamente en tres aspectos relacionados con la misma. Hacía, por lo tanto, todo sentido recurrir a lo dispuesto en los Artículos 903 a 918 de la LEC de 1881 siempre que fuese necesario.

²⁰⁰ GARCIA MANZANO, PABLO, *Responsabilidad civil de jueces y Magistrados, cit.*, p. 109.

²⁰¹ La problemática de la legitimidad activa para el ejercicio de la acción de indemnización contra los jueces no es pacífica. Véanse las consideraciones levantadas por MARIA LUISA ATIENZANAVARRO, *La responsabilidad civil del juez, cit.*, p. 116 a 118.

²⁰² A propósito de este proceso/recurso de responsabilidad civil contra los jueces son absolutamente imprescindibles los esclarecimientos elaborados por JOSÉ LUÍS ALBACAR LÓPEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Artículos 460 ai 1.480, Editorial Trivium, SÁ, Madrid, 1994, p.731 a 750, CARLOS VÁZQUEZIRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cit.*, p. 1040 a. 1055, y CARLOS MILLAN HERNANDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, Editorial Montecorvo SÁ, Madrid, 1987, p. 807 a 811. Que se note que la nueva LEC fue publicada en el BOE n.º 7 de 8 de Enero de 2000, que según su Art.º 21º entró en vigor un año después de su publicación, o sea, el día 8 de Enero de 2001. Este régimen procedió a la derogación definitiva de los Artículos 903 a 918 de la LEC anterior.

²⁰³ Incurrir en responsabilidad por negligencia el juez que deja de conocer a una providencia requerida con una enorme urgencia y que con ese hecho da origen a que desaparezcan determinados bienes. Ejemplo avanzado por L. PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales Organización, funcionamiento, gobierno, cit.*, nota a pie de página n.º 4, p. 309.

²⁰⁴ Para intentar aprehender el concepto de inexcusable siempre se dirá, respectivo a algunas decisiones judiciales (T.S., de 20 de Marzo de 1946 y 7 de Julio de 1933) citadas por PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*

sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella" El segundo prerequisite tiene que ver con el agotamiento de todos los recursos y la firmeza de la resolución judicial, a la luz de lo previsto en los anteriores Artículos 904 y 906 de la LEC, actual Art.º 403, n.º 2 de la LEC 2000, y Art.º 413, 1, de la LOPJ²⁰⁵. Por fin, el tercer predicado requerido, vamos a enfrentar en el Art.º 905 de la LEC de 1881 en relación al plazo para intentar la acción de indemnización civil. Según este precepto legal, esa acción de resarcimiento contra el juez deberá ser instaurada en un plazo de seis meses **después del tránsito en juzgado** de la sentencia que haya puesto fin al proceso²⁰⁶.

Una nota digna de reserva se prende con la naturaleza jurídica, superada, pensamos nosotros, de la acción instaurada contra un juzgador, según los Artículos 903 a 918 de la anterior LEC. En otras palabras, sobre si tal vía deberá asumir la calificación de recurso en sentido técnico o de un verdadero proceso con especialidades. La mayoría de la doctrina española se ha inclinado para esta segunda solución. *Hoc sensu* deparamos con GUASP citado por JOSÉ LUÍS ALBÁCAR LÓPEZ²⁰⁷, y JUAN MONTERO AROCA²⁰⁸. Esta opción pasa por las especialidades discriminadas, nombradamente, y en trazos larguísimos, por el hecho de que la responsabilidad del juez nace de los daños derivados de la actuación dolosa o

Organización, funcionamiento, gobierno, cit., nota de pie de página n.º 4, p. 309, que se trata de algo que no se puede dejar pasar, aunque con la máxima comprensión y tolerancia, o que salta a la vista.

205 La LEC 2000 consigna en su Art.º 266, n.º 1, que reglamenta los documentos que en los casos excepcionales deben acompañar las demandas en los procesos declarativos cuando se trate de una acción de responsabilidad civil contra los jueces por daños recurrentes del ejercicio de sus funciones, que esos procesos deben poseer una certificación de que el proceso efectivamente terminó. En ese mismo sentido tenemos el Art.º 403, n.º 2 de la aludida LEC,

dentro de los presupuestos excepcionales de no admisión de la acción en juicio, dispone que no serán aceptadas las acciones mientras la decisión no sea firme y haya puesto fin al proceso. Ni tampoco si la parte perjudicada no ha reclamado o recurrido previamente. Sobre este asunto se indica la STC español n.º 193/2000 de 18 de Julio en la obra de LUÍS DEL RINCON, *Constitución, Poder Judicial e Responsabilidad, cit.* p. 371.

206 Sobre el proceso propiamente dicho, específicamente su inicio, los efectos de la sentencia y costas, se corrobora el esclarecimiento formulado por FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal civil, cit.*, p. 136 a 137. Aunque, la LOPJ nada dice en relación al plazo para instaurar este tipo de situaciones. Situación que se verifica igualmente con la derogación expresa de los Artículos 903 a 918 de la LEC 1881 por la Lee 2000.

207 ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUÍS, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, *cit.*, p. 733. Describe este autor que la utilización de esta expresión "recurso" se debe al hecho de sólo poderse a el recurrir después de agotados los medios ordinarios de impugnación de una decisión y como última posibilidad.

208 Para mayores desarrollos sobre estas especialidades amonestamos la lectura de JUAN MONTERO AROCA y MANUEL ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional, I, cit.*, p.214 a 216.

culposa, por la necesidad de la observancia de los tres requisitos ya citados *supra* (a que se aludía en el Art.º 906 de la LEC y Art.º 413, n.º 1 de la LOPJ, Art.º 904 de la LEC de 1881 y Art.º 413, n.º 1 de la LOPJ, y Art.º 905 de la LEC de 1881), por la legitimidad prevista en el anterior Art.º 903 de la LEC de 1881 y Art.º 412 de la LOPJ, por la competencia del Tribunal donde deberá ser interpuesta la competente acción, **cumplimiento de lo estipulado** en el precedente Art.º 907 a 909 de la LEC 1881 y la observancia de lo prescrito en el Art.º 917 de la LEC de 1881 y Art.º 413 de la LOPJ.

En forma de conclusión siempre diremos que el régimen de la responsabilidad civil judicial actualmente vigente en el Derecho español se caracteriza por el sistema dualista de la responsabilidad. Así, por un lado, se admite la responsabilidad civil personal de los jueces por los daños causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo o culpa (de acuerdo con los Artículos 16, n.º 1, 296, 411 a 413 de la LOPJ y Art.º 266, 1 y 403, n.º 2 de la LEC 2000) y, por otro lado, se instituyó igualmente una responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva por error judicial, funcionamiento anormal de la justicia y prisión preventiva injusta o indebida (Art.º 292 y siguientes de la LOPJ). Es, por lo tanto, posible recurrir a las tres vías siguientes. La primera se refiere a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito criminal o falta de un juez en el ejercicio de su cargo (Art.º 116 a 122 del CP que seguirá sus términos procesales penales configurados en los Artículos 239 a 246 de la LECrim.), pudiendo ejercerse la responsabilidad civil conjunta o separada de la acción criminal. La segunda hipótesis pasa por la responsabilidad civil declarada mediante una acción en vía de regreso por el Estado contra el juez cuando aquel asumió, conforme dispone el Art.º 296 LOPJ, la responsabilidad patrimonial directa y objetiva por los daños causados al particular, como consecuencia de una acción dolosa o culposa del juez. La tercera posibilidad se trata de la responsabilidad civil autónoma, que hasta la entrada en vigor de la LEC 2000 era efectuada a través de un proceso especial regulado en los Artículos 903 a 928 de la LEC 1881. Con la nueva LEC no se asistió a la regulación expresa de un proceso especial a la guisa del

que se pasaba anteriormente. No se previene una tramitación específica por lo que este proceso seguirá actualmente el proceso común ordinario, no obstante las especialidades recurrentes de la legitimidad, competencia, presupuestos, condiciones de admisibilidad de la acción y efectos de la sentencia en los términos de los Artículos 412 y 413 de la LOPJ y Art.º 266, n.º 1, Art. 403, n.º 2 de la LEC 2000.

4.5 – Historia Alemana

El Código de la Organización Judicial Alemana, promulgado el día 27 de Enero de 1877²⁰⁹, afirmaba en su Art.1º, bajo la epígrafe "*De los jueces*", que los tribunales eran independientes, estando solamente sujetos a la ley. Para corroborar este entendimiento vigoraba también el Art. 8º que los magistrados judiciales no podrían ser apartados, contra su voluntad, de los cargos, ya sea en términos provisorios, como de forma definitiva, salvo decisión judicial en ese sentido por motivos fijados en la ley. Específicamente en relación a la responsabilidad, civil u otra, de los juzgadores no figuraba ninguna norma en este cuerpo de leyes. Existía un principio de responsabilidad de los funcionarios ante la ley y un derecho del ofendido a demandarlos civil o criminalmente ante los tribunales ordinarios. No existía ninguna excepción a este principio, ni era necesaria autorización alguna, conforme advertía L. DUBARLE²¹⁰. Posteriormente, de igual manera que en Italia y en España, se acogió el régimen de la irresponsabilidad del Estado por los daños derivados específicamente del comportamiento judicial del juez, exceptuando los casos de resarcibilidad de lesiones soportadas por particulares condenados injustamente. Tal situación podemos encontrarla en la Ley de 20 de Mayo de 1898. Esta perspectiva acabó por ser extendida a las hipótesis clásicas de prisión preventiva injusta con la ley de 14 de Julio de 1904, salvo si el afectado hubiera sido de alguna forma culpable de la misma, máxime por mala fe, inmoralidad, ebriedad absoluta o que hubiera estado en prisión en los últimos tres años o no se encontrara en el pleno uso

209 L. DUBARLE, *Code D'Organisation Judiciaire Allemand*, Volume I y II, Paris, à rimprimerie Nationale, M DCC LXXXV, p. 1.

210 L. DUBARLE, *Code DVrganisation Judiciaire Allemand*, Vowas II, Paris, à rimprimerie Nationale, M DCC LXXXV, p. 78.

de sus derechos civiles²¹¹. A nivel doctrinal podemos observar la existencia de diferentes opiniones en lo concerniente a la naturaleza jurídica de esa reparación civil patrimonial²¹², siendo que unos autores defienden que debería fundarse en la equidad, mientras que otros se inclinan para la propia ley.

En lo que se refiere a la responsabilidad del juez por actos ilícitos y culposos practicados en el ejercicio de su función, tropezamos forzosamente con lo estipulado en el Art.34 de la Constitución de Bonn de 23 de Mayo de 1949²¹³, bajo la epígrafe "*Responsabilidad por infracciones en el ejercicio de deberes públicos*". Según esta norma de tenor constitucional "*Siempre que un funcionario, en el ejercicio de una función pública que le haya sido confiada, infringa los deberes que la función le imponga para con terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o el órgano público a cuyo servicio él se encuentra. Queda reservado el derecho de regreso en el caso de dolo o negligencia grave. No deberá ser excluida la vía judicial ordinaria, sea para la pretensión de indemnización, sea para la acción de regreso*"²¹⁴. Además, el Párrafo 838 del CC alemán dispone: "*Si un funcionario viola de forma dolosa o culposa el deber oficial que le cabe para con un tercero, debe reparar al tercero el daño de ahí resultante.*" Sobre este Párrafo 838 del CC alemán ADRIANO VAZ SERRA tejió diversos esclarecimientos²¹⁵.

De una lectura literal del Art.º 34 de la Constitución, se puede observar que no

211 En la práctica la ley alemana vino a establecer presupuestos negativos.

212 Sobre los daños no patrimoniales estos no eran, en aquella altura, indemnizables, a semejanza de lo que sucedía en la CE de 1869 y 1876 y la LOPJ de 1870, en su Art.º 262. Esta circunstancia cambiaría de figura con la nueva ley de 8 de Marzo de 1871, (BGBL IS. 157), alterada por la ley de 2 de Marzo y 9 de Diciembre de 1974 (BGBL IS.469 y BGBL IS. 3393), Ley de 27 de Enero de 1987 (BGBL IS: 475) y Ley de 24 de Mayo de 1988 (BGBL IS. 638). Las reglas jurídicas derivadas de estas Leyes incluyen una serie de situaciones que no corresponden a la definición de detención, observado en su sentido estricto, una vez que son causa de resarcimiento, v.g. inhibición profesional temporaria, aprehensión de bienes, embargo de bienes, inhibición provisoria de conducción, entre otras, desde que la sentencia condenatoria sea posteriormente reducida o anulada, en sede de recurso de revisión.

213 La última revisión del texto constitucional alemán fecha de 3 de Noviembre de 1995.

214 Seguimos de cerca la redacción del Art.º 34 de la Ley Fundamental Alemana en un ensayo y anotaciones de MUNO ROGEIRO, sobre "*A Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha*", Coimbra Editora, 1996, p. 163.

215 VAZ SERRA, ADRIANO, *RLJ*, 103, p. 340 a 344.

existe cualquier referencia expresa al juez. La ley sólo menciona el "*ejercicio de una función pública*" sin más esclarecimientos, por lo que nos compele poner en ecuación la egregia contienda sobre la calificación jurídica del magistrado judicial en Alemania. Será que, en este país, el juzgador es visto como un mero funcionario público en el seno de una relación jerárquica, que es característica de todo el funcionalismo público, o nos estamos enfrentando un agente *lato sensu* que es titular de un órgano independiente que es el Tribunal. Esta altercación, lejos de traducirse en una singular cuestión sin provecho, será relevante en sede del tratamiento de la materia de la responsabilidad civil del juez. Por lo tanto, la ley alemana afronta al juzgador como un funcionario de acuerdo con la primera hipótesis ahora sugerida, lo que incita, en términos inexorables, a una interpretación doctrinal del Art.º 34 de la Constitución a punto de abarcar igualmente el juzgador.

La responsabilidad civil extracontractual del Estado **va a beber al Código Civil, específicamente al BGB²¹⁶ el régimen legal**. Siendo así, se consagró, por esta vía, la responsabilidad civil del magistrado judicial, "*en el caso de infracción del deber de oficio en la decisión de una causa*", siendo su infracción apenas sancionada. Se excluyen, de esta forma, las actividades no directamente conectadas con la decisión de la causa. En otras palabras, este precepto del Código Civil alemán, *supra* identificado, inserido en el Título dedicado *a los hechos ilícitos*, admite, en sede general, la responsabilidad por daños, pero coloca diversas limitaciones especiales al juez. Si las lesiones provienen de una decisión judicial, la responsabilidad subsiste si, en términos acumulativos, **se subsume en un acto sancionable en términos criminales** (Art.º 839, párrafo 20²¹⁷ del BGB y Artículos 334 y 336 St GB). Según el Art.º 839, párrafo 2º del BGB; si un funcionario infringe su deber funcional de dictar una decisión judicial en un determinado proceso, apenas es responsable por el daño causado por él, desde que la infracción de ese deber se encontrara sancionada con una

216 Código ese promulgado el día 18 de Octubre de 1896, habiendo entrado en vigor en el primer día de Enero de 1900.

217 COMMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Direzione del proceso e responsabilità dei giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, cit.*, nota de pie de página n.º 72 alínea c), p. 500. Este autor remite, en esa obra, para diversos trabajos de autores esencialmente alemanes, sobre la *ratio* de los límites de la responsabilidad del juez en el sistema germánico.

pena a imponer mediante un proceso criminal. Esta obligación de indemnizar nunca se verificaría si el ofendido pudiera haber evitado la lesión mediante el correspondiente recurso²¹⁸. Esta circunstancia se traducirá, en el fondo, en una limitación a la responsabilidad personal del juzgador. Por otro lado, si se tratase de otras funciones del magistrado judicial que hayan acarreado lesiones, que no signifiquen una verdadera resolución, entonces es suficiente la presencia del dolo o culpa grave²¹⁹. La jurisprudencia alemana ha concluido que el término "*sentencias*" deberá abarcar toda y cualquier infracción de los deberes y no simplemente las decisiones finales²²⁰, incluyendo diversas decisiones del juez máxime despachos y otras actividades tradicionalmente tenidas como no jurisdiccionales.

Por lo tanto, la *responsabilidad personal* del juzgador tendrá siempre que advenir de la concatenación del Art.º 34 de la Constitución y el Art.º 839 del CC, en la tesis adaptada por M.F. MOROZZO DELLA ROCCA²²¹. Y la segunda barrera la vamos a encontrar en el Art.º 34 de la Constitución a medida en que el Estado será, por lo tanto, siempre responsable por los actos dolosos o con culpa grave perpetrados por el juez²²², pudiendo, posteriormente, interponer acción de regreso ("*Ruck-griff*")

218 Este precepto se encuentra traducido a español en el trabajo de CARLOS MELON INFANTE, *Código Civil Alemán (BGB)*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, p. 174 y en francés por, entre otros, MM.C. BUFNOIR, P. CAZELLES, J. CHALAMEL, *Code Civil Alemand*, nouveau tirage, Paris, librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929, p. 194.

219 DELLA ROCCA, M.F. MOROZZO, "*Lès diverses formes de la responsabilité personnelle du juge*", seminario proferido en el Coloquio de Derecho Europeo ocurrido en Bordéus, 17 a 19 de Junio de 1985, subordinado al tema *Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour les actes juridictionnels*, Conseil de UEurope, Strasbourg 1986, p. 65. Que se acentúe que el CP Alemán, en su Art.º 336, pune todo funcionario público o árbitro que, de un modo fraudulento, haga una consciente aplicación errónea de la ley a fin de beneficiar o perjudicar alguna de la(s) parte(s). (*tradução nossa*). Más, el dicho CP remata en el Art.º 334 del mismo Código, a propósito del crimen de corrupción en el sentido de punir todo juez que acepte regalos o que obtenga promesas de otras ventajas de manera a ser influenciado en la decisión que profiera. En esta hipótesis, estando llena la responsabilidad penal del juez existirá, en principio, igualmente la violación de un deber, y, por lo tanto, responsabilidad civil y tal vez disciplinar.

220 Resoluciones esas sometidas al imperio de la ley y a las restantes fuentes de derecho. Sobre estas se recomienda consultar HEIRICH LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, Volumen I, Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 34 a 55. Sobre la equidad, en especial, *vid* UWE DIEDERICHSEN, *Principles of Equity in German Civil law*, y JOSSEF ESSER, "*Aequitas*" *into the German Civil law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 277 a 306.

221 DELLA ROCCA, M.F. MOROZZO, "*Lès diverses formes de la responsabilité personnelle du juge*", Seminario proferido en el Coloquio de Derecho Europeo ocurrido en Bordéus, 17 a 19, junio, 1985, p. 65.

222 CAPPELLETTI, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, c/f., p. 62, afirma que "*La orientación que deso destacar se halla de la Constitución de Bonn (art.º 34), en la ley de la República Federal Alemana dei 26 junio de*

contra aquel (Art.78 BGB).

Paralelamente a lo que se verifica en los restantes ordenamientos jurídicos, son raros los casos de responsabilidad civil del juzgador y la doctrina discute, sobre este propósito, de la permanencia de un genuino "*privilegio del magistrado judicial*" (*lRichterprivileg*).

4.6. Historia Belga

Apud ÁLVARO DE SOUSA REIS FIGUEIRA²²³ "*Bélgica se mantiene muy fiel al modelo francés: la responsabilidad civil del juez es apenas por dolo, fraude, denegación de justicia. Si la falta constituye crimen, es competente el Tribunal de Apelación; en caso contrario, la acción de responsabilidad seguirá los trámites de la "prise à partie". Solicitada la indemnización al Estado, este podrá interponer acción de regreso contra el magistrado*".

Ahora bien, en Bélgica, no existe un conjunto de normas jurídicas que traten específicamente la problemática de la responsabilidad civil del juzgador²²⁴, ni tampoco la Constitución vigente, originariamente de 1831, ya sometida a diversas alteraciones, (v.g. última modificación ocurrió el día 5 de Mayo de 1993²²⁵) dedica alguna disposición legal a esta temática. Existen algunos autores belgas, de los cuales

1981 y en la francesa de 5 de julio de 1972. En todos esos casos se há dispuesto la exclusiva responsabilidad dei Estado por errores judiciales. Esa responsabilidad es exclusiva porque la victima o outros damnificados no tienen acción contra ei juez f...)." En Alemania esta obligación del juzgador es menos abarcadora que la responsabilidad directa del Estado dado que la acción sólo puede proceder cuando el lapso haya sido cometido por dolo o culpa grave de aquel.

223 FIGUEIRA, ÁLVARO DE SOUSA REIS, *Estatuto do juez/Garantias do ciudadano, da Independência à responsabilidade (itinerários de derecho comparado)*, cit, p. 56.

224 Diferentemente ya se encuentra un régimen sobre la responsabilidad del Estado por el funcionamiento defectuoso de la justicia. JACQUES VAN COMPERNOLLE, *Considerations sur la responsabilité de L'État dufait du fonctionnement defectueux de la justice en droit belge*, *Justices, Revue Générale de droit processuel, La Responsabilité des gens de Justice*, Dalloz, n.º 5, Janv. - Mars 1997, p. 49 a 54.

225 En relación a esta Constitución Federal y alteraciones ocurridas a 5 de Mayo de 1993 habló FRANCIS DELPÉRÉ y otros, *La Constitution Fédérale du 5 mai 1993*, Centre d'Études Constutionnelles et Administratives, 7, Bruylant, Bruxelles, 1993. Antes de eso se recomienda *La Constitution belge et sés lois d'application, nouvelle édition mise à jour septembre 1987*, Centre d'Études Constutionnelles et Administratives, 7, Academia, Bruylant, Bruxelles, 1987.

resaltamos PIERRE DE HARVEN²²⁶, que se ocuparon de tratar de la responsabilidad de las personas de derecho público²²⁷, en general, encarando esta problemática como responsabilidad (o mejor irresponsabilidad) del Estado, admisible apenas en casos excepcionales. Esta temática habría eclosionado como reacción a la guerra, habiendo triunfado el principio de la responsabilidad del Estado en 1920.

Igualmente, según JÉRÔME SOHIER²²⁸, la ley y los tribunales belgas acogieron la responsabilidad civil independientemente de la existencia de culpa por acto jurisdiccional, con base en la infracción del principio de la igualdad y de la teoría del equilibrio, en el ámbito de proceso de revisión penal, de detención preventiva injustificada e inicua y violación de las normas internacionales vertidas en la CEDH.

De cualquier manera, la doctrina y la jurisprudencia belgas acabaron por consagrar, más tarde, la responsabilidad del Estado por falta cometida por un juez en el ámbito de la función jurisdiccional²²⁹. En este sentido, el Tribunal de Casación el día 19 de Diciembre de 1991²³⁰ subsumió las reglas jurídicas contenidas en los Artículos 1382 y 1383 del Código Civil- que versan sobre la responsabilidad civil en términos generales – en una situación de error judicial. De acuerdo con el Art.º 1382 del Código Civil, inserido en el Capítulo II, subordinado al epígrafe "*Dès délits et dès quasi-déliis*" "*Touífait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage,*

226 HARVEN, PIERRE DE, *Mouvements généraux du Droit Belge Contemporain*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1928, p. 317 y 343.

227 Sobre esa responsabilidad de los poderes públicos que se lea, entre otros, E.VAN DIEVOET, *Lê Droit Civil en Belgique et en Hollande de 1800 à 1940*, Bruxelles, établissements Émile Bruylant, 1948, principalmente p. 311, 317-318, 332-334, 355-357, 424-427, 434, 454, 459, 500-501 y 522.

228 Autor resaltado por MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Derecho de Lisboa, 1992, p. 21.

229 El CC previene la posibilidad de ser rectificadlos juicios y las decisiones de los magistrados judiciales conforme enuncia HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Belge, Principes- -Dictrine-Jurisprudence*, Tome Troisième, Lês Obligations (Seconde partie), troisième édition, Bruxelles, établissements Émile Bruylant, 1967, p. 1045 a 1048. Los juzgadores belgas por veces recurren a la equidad, según escribió J. RENAUD, *Reflections on the concept of Equity in Belgian law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 159 a 185.

230 Se puede consultar esta decisión en referencia por JACQUES VAN COMPERNOLLE, *Considerations sur la responsabilité de L'État du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge*, cit. p. 51 y 52.

oblige celui par lafaute duquel il est arrivé, à lè réparer". Más, elucida el Art.º 1383 "*Chacun est responsable du dommage qu 'U a cause non seulement par son fait, más encare par as négligence ou par son imprudence.*"²³¹. Sobre esta materia puede también consultarse la interesante decisión del *Cour de Cassation* de 8 de Diciembre de 1994²³².

4.7 – Historia Brasileña

Transcribiendo MÁRIO GUIMARÃES²³³ "*Con amarga finura ya se dijo que el poder de juzgar envuelve el de practicar injusticias*". Con esta sagacidad, aspiraba el ilustre autor a afirmar que el juez brasileño²³⁴ no era, a la fecha en que el mismo

²³¹ Por la importancia de la sentencia de 19 de Diciembre de 1991, proferida por el Tribunal de Casación belga pasamos a transcribir el sumario: "*/ - Responsabilité - magistrat - Responsabilité de l'Etat. Sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil, l'Etat peut être responsable du dommage résultant d'unefaute commise par un magistrat lorsque celui-ci a agit dans lè limites de sés attributions légales ou lorsque doit être considere comme ayant agi dans cês limites, par tout homme raisonnable et prudent. Toutefois, si cet act constitue l'object direct de lafonctionjuridictionnelle, la demande nepeut être recue que si l'acte a été reforme es n'estplus revêtu de l'autorité de la chosejugée. Dans cês limites, la responsabilité de l'Etat n'est pás incompatible avec l'independance du pouvoir judiciaire et dès magistrats qui lè composent. Cette dernière esta suffisamment assuré par l'impossibilite légale de mettre en cause la responsabilité personnelle dès magistrats en dehors dès cas ò ceux-ci ont été condennés pénalment et dès cas pouvant donner ouverture à l'aprise à partie. (...)*"

²³² VAN COMPERNOLLE, JACQUES, *Considerations sur la responsabilité de Uétat dufai du fonctionnement defectueux de la justice en droit belge*, cit. p. 53 y 54.

²³³ GUIMARÃES, MÁRIO, *O Juiz e a função jurisdiccional*, Forense, Rio, 1ª Edição, 1958, p. 239.

²³⁴ En lo que respeta al perfil de este juez puede leerse, entre otros, LUIZ WERNECK VIANNA, MARIAALICE CARVALHO, MANUELCUNHAMELO, MARCELO BAUMANN BURGOS, *O perfil do magistrado brasileiro*, Projecto Diagnóstico da Justiça, Rio de Janeiro, 1996. En términos generales, en lo que toca al poder judicial en Brasil se aconseja la lectura del trabajo de RICARDO MALHEIROS FIÚZA, *O Poder Judicial no Brasil*, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizontes, Brasil, 1995, ADEMAR VIDAL, *Organização Judiciária dos Estados Unidos do Brasil*, Ministério das Relações exteriores, Seção de publicações, 1956, CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judicial*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943, y ANTÔNIO MONIZ SODRE DE ARAGÃO, *O Poder Judicial na Revisão Constitucional*, Livraria Acadêmica, São Paulo, Brasil, 1929. Alrededor de la organización y poder judicial brasileños que se vea por ejemplo RICARDO MALHEIROS FIÚZA. *O Poder Judicial no Brasil*, cit. e ROBERTO ROSAS, *O Poder Legislativo, 4, Legislativo e Judicial*, Fundação Petrônio Portella MJ, Fundação Milton Campos, Brasília. 1981.

No nos iremos a detener sobre la responsabilidad personal del representante del MP en los casos de dolo o fraude ya que en esos casos rige lo dispuesto en el Art.º 85 delo CPC. Sobre esta materia recomienda leerse RUI STOCO, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencia!*, p. 346 a 347 y LAFAYETTE PONDE, *Revista Forense*, 152, p. 43 a 51. Distinta ya sería la orientación de este autor brasileño cuanto a la responsabilidad del Estado por el Poder Judicial, MÁRIO GUIMARÃES, *o Juiz e a função jurisdiccional*, cit., p. 248 a 250. Véanse igualmente los enlaces escritos por RUI STOCO, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, p.

escribió tal revelación - 1958 -, en principio, responsable por los daños que ocasionara en el ejercicio de su función jurisdiccional. No obstante, a pesar de que algunos autores brasileños apoyaron la atribución de responsabilidad del juzgador, la tesis que acabó por imperar, durante algún tiempo, fue la de su absoluta irresponsabilidad²³⁵.

En los términos del Art.5° de la Constitución Brasileña de 1988 se alcanzó el derecho a una indemnización basado en *error judicial*²³⁶ presentándose como una garantía fundamental del ciudadano. Dice el mencionado Art.5^o²³⁷, inserto bajo la numeración LXXV, que "*El Estado indemnizará el condenado por error judicial, así*

349 a 354, sobre la responsabilidad civil del Estado por acto de sus juzgadores.

En relación a la responsabilidad personal de los jueces en el Derecho de Uruguay, con mayor incidencia para la responsabilidad disciplinar y penal, observarse las consideraciones tejidas por ADOLFO GELSI BIDART, *Responsabilidade dos juizes no Direito Uruguaio, Revista de Direito Processual Civil*, 5° Volume, Saraiva SÁ Livreiros Editores, São Paulo, 1966, p. 100 a 118, cuyo sumario pasamos a transcribir: "*Competencia; En materia judicial; Cuanto a la responsabilidad de los jueces, causas de responsabilidad: las de "corrección disciplinar", Competencia conforme la gravedad de la falta; Omisión; Actos contra la moral o el decoro funcional; Abuso de autoridad; Reincidencia; Causas de responsabilidad de los jueces en la esfera penal, Omisión en decretar prisión; Privación de libertad; Soborno; Otros delitos; Otras causas de responsabilidad de los jueces; Noción; Contravención de las leyes procesales en caso de nulidad; Innovación; Omisión en la protección de los derechos; Procedimiento omiso; Omisión de vigilancia; Procedimiento en los casos de corrección disciplinar; Iniciativa; Instrucción y audiencia; Recurso"*.

²³⁵ Son varios los argumentos que hicieron prevalecer esta orientación. Conforme subraya MÁRIO GUIMARÃES, *o Juiz e a função jurisdiccional*, cit., p. 239 e 240. En primer lugar se abraza una política social a medida en que los jueces, por ser humanos, están sujetos, naturalmente, al engaño humano. Si fueran responsables por sus lapsos tendrían que soportar financieramente esos daños para más allá de poder quedar toldados por el recelo cuando de su apreciación de la materia de hecho y de derecho. Además, el propio problema de la crisis de Justicia parece no traducir una cuestión meramente portuguesa. Se aconseja la lectura del texto de CARLOS ZALLOUTH JÚNIOR, *Atuação do magistrado trabalhista no Brasil, Como superar a crise do judicial*, São Paulo: O Neófito, 2000 (citado en 21 de Julio de 2001). Disponible de la Internet en: <http://www.neofito.derecho.con.br/art01/trab2.htm>, y LUIZ WERNECK VIANNA, MARIA ALICE CARVALHO, MANUEL CUNHA MELO, MARCELO BAUMANN BURGOS, *O perfil do magistrado brasileiro*, cit, p. 77.

²³⁶ Esta responsabilidad civil del Estado por error judicial tiene una cierta tradición en Brasil. Basta tener presente el Art.° 86 del CP de 1890 que admitía claramente el derecho del particular ofendido recurrir a una justa indemnización a costa del Estado por los daños sufridos con la inicua condenación. En la orientación adoptada por AGUIAR DIAS, citado por RUI STOCO, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 348, "*ordinariamente, se considera error judicial la sentencia criminal de condenación injusta. En sentido más amplio, la definición alcanza, también, la prisión preventiva injustificada ('Da Responsabilidade civil F', Forense, Rio, 6a Edição, Volume II, p. 327)*. En los procesos civiles se puede consultar MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA, *A responsabilidade do Estado-Erro Judicial praticado em acção cível*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.

²³⁷ Notese que la Constitución Brasileira contenida en la ley n.° 496, de 1 de Agosto de 1898, compilada por JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira*, 4a edição revista e aumentada, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1913, p. 63, traçou um sistema judicial da União cujo vértice da pirâmide era ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. Nos términos do Art.° 57, párrafo 2° "*O senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os juizes federais inferiores.*"

como el de quedar preso para más allá del tiempo juzgado en la sentencia". A pesar de que esta regla jurídica, sobre responsabilidad patrimonial de la entidad estatal por actuación de sus agentes, se encontraba inserida en el Capítulo sobre la administración pública, siempre se entendió que este precepto englobaba todas las funciones del Estado, conforme explica ALMIRO DO COUTO E SILVA²³⁸.

Nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad objetiva del Estado por *error judicial*²³⁹. Cuestión distinta será la de la responsabilidad del Estado por los actos de sus magistrados judiciales y la responsabilidad personal del juzgador (prevista en el Art.º 133 del CPC). La Constitución de 1988 dedica el Capítulo III de su Título IV ("De la *Organización de los Poderes*") al llamado *Poder Judicial*²⁴⁰, en sus Artículos 92 a 126. En ninguna de esas normas encontramos cualquier alusión directa a la temática de la responsabilidad del juez brasileño, las principales normas relativas al Poder Judicial las deparamos en los Artículos 93 a 100 y las garantías y impedimentos de los juzgadores constan en el Art.º 95. Además, la Constitución Federal Brasileña, en su Art.º 95²⁴¹, no menciona siquiera la problemática de la responsabilidad o no del juzgador, limitándose a consignar cuales son las garantías de

238 COUTO E SILVA, ALMIRO DE, *A Responsabilidade do Estado*, Congreso sobre "*Responsabilidade civil: apresente e o futuro*," ocurrido en la Universidad Católica de Porto, el día 20 de Abril de 1995, p. 18.

239 Sobre la rehabilitación de los afectados que se encuentren en esas situaciones hablaron OSMAN LOUREIRO, *O Direito Penal e o Código de 1940*, Forense, Rio, São Paulo, 1960, p. 327 a 402.

240 Sobre el Poder Judicial en Brasil y en Portugal se profundizó MÓNICA SIFUENTES, *O Poder Judicial no Brasil en Portugal: reflexões e perspectivas*, *Revista de Informação Legislativa*, Abril/Junho, 1999, Brasília, Año 35, n.º 142, p. 325 a 340.

241 La Constitución Brasileña de 1988 ahora citada fue retirada de la compilación de legislación que se traduce en el Código de Proceso Civil, Legislación Brasileña, Ley n.º 5.869, de 11.1.1973, acompañada de Legislación Complementar y Súmulas, de índices Cronológico y Alfabético de la Legislación Complementar y de las Súmulas y Sistemático y Alfabético-Remisivo del Código de Proceso Civil, 27a Edição, Editora Saraiva, 1997, p. 482 e 483.

Art.º 95 de la Constitución Federal Brasileña: Los jueces gozan de las siguientes garantías: I) vitalicidada (...); II) inamovilidad(...);

Parágrafo único. A los jueces es vedado: I) ejercer, aunque en disponibilidad, otro cargo o función, salvo una de magisterio; II) recibir, a cualquier título o pretexto, costas o participación en proceso; III) dedicarse a la actividad político-partidaria.

Véase, a título informativo, la forma como las Constituciones de cinco países africanos de expresión portuguesa, absorben esta materia: el Art.º 108, n.º 2, de la Constitución de la República Democrática de São Tome y Príncipe publicada en el DR el día 20 de Setiembre de 1990, Art.º 243, n.º 2 y 3 de la Constitución de Cabo Verde aprobada por Ley n.º 12/111/92, de 25 de Setiembre, Art.º 123, n.º 3 de la Constitución de la República de Guiné-Bissau, publicada en el *Boletim Oficial* de 26 de Febrero de 1993, Art.º 129 de la Constitución de la República Popular de Angola aprobada por Ley n.º 23/92, de 16 de Setiembre y, finalmente, Art.º 164, n.º 2 de la Constitución de la República Popular de Moçambique, publicada en el Suplemento al Boletim de la República, de 2 de Noviembre de 1990.

aquel titular.

En relación a la responsabilidad del Estado por los actos de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional es un asunto ya muy debatido, pero poco conforme en el seno de los conspicuos autores brasileños²⁴². Además del Art.º 5, LXXV²⁴³ y 37, párrafo 6º, de la Constitución, previene aún, el Art.º 630 del CPP²⁴⁴, tal facultad. Si, en proceso de revisión criminal, se ha constatado que el afectado debería haber sido absuelto en lugar de haber sido condenado contra ley expresa, frente a la evidencia de los autos, basada en falsa prueba, tal absolución constituye, de hecho, la verificación y el intento de reparación de un lapso judicial hecho por el tribunal. Es, como mínimo, justo que el dañado sea resarcido por los perjuicios soportados en razón de tal inicua condenación. Este resarcimiento se traduce efectivamente en un derecho del afectado y cabe solamente a este requerirlo o no, no pudiendo, por lo tanto, el Tribunal, *ex officio* realizar el requerimiento. En lo que se

²⁴² Que se citen las animadversiones contempladas por RUI STOCO, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 350 a 352 y JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade civil*, Tomo II, 4ª Edição, Forense, Rio, 1960, p. 595 a 694.

²⁴³ *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988*, Manuais de Legislação atlas, 8a Edição, Editora Atlas - São Paulo, 1996, p. 21. En relación a la Constitución brasileña, actualizada por la Reforma operada mediante la Enmienda Constitucional aconsejamos la lectura del trabajo de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Derecho Constitucional Positivo*, 19a Edição revista e atualizada, Malheiros Editores, 2001, São Paulo, Brasil, principalmente p. 553 a 580, sobre el poder judicial, estatuto de la magistratura y sus garantías constitucionales (donde curiosamente constan calificadas con garantías de la independencia apenas la vitaliciedad, la inamovilidad y la irreductibilidad de vencimientos). Restrindiéndose al Derecho constitucional brasileño escribió WALTER CENEVIVA, *Derecho Constitucional Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991 (principalmente p. 195 a 229 en torno del poder judicial). Sobre la historia constitucional de Brasil se sugiere la lectura de PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 2a Edição, Paz e Terra Política, Brasília, 1990 (p. 449 a 940 respecto la Constitución actual).

²⁴⁴ A propósito del error judicial que se consulte RUI STOCO, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 347 a 349. Son diluvianas las decisiones judiciales sobre esta materia. Así pasamos a enunciarlas y presentaremos un mero sumario. Decisión del TJSP-4"-Ap. n.º 149.809-I.-Rel. Alves Braga-j. 7.11.91-Ement. Jursp. Recente, Jan-Fev/92, p.31, "*Indemnización - Responsabilidad civil del Estado-Error Judicial-Apelado que, por omisión de la autoridad judicial, permaneció preso por más que 30 días, además de la condenación - Aplicabilidad del art.º 5ºLXXV de la CR/88 (...)*"; TJSP - 5º C - j. 21.7.67-RJTJSP 5/97 que decidió "*Por lamentable que sea la prisión ilegal, ni por eso la indemnización de los daños se transforma en un castigo económico infringida al Estado, sin cualquier correspondencia con los perjuicios que el autor haya realmente sufrido*".

Más recientemente deparamos con la resolución judicial fechada de 7 de Diciembre de 1993 del TJSP - 1ª C - Ap. - Rei. Álvaro Lazzarini - TJJESP 155/117 y de 28 de Enero de 1994 del TJSP - 2ª C - Ap. - Rei. Vasconcellos Pereira - RTJESP 155/74.

Sobre el proceso de revisión criminal propiamente dicho, previsto en los Artículos 621 a 630 del CPP brasileño, *vid* VICENTE GREGO FILHO. *Manual de Processo Penal*, Editora Saraiva, 6ª Edição, 1999, p. 546 a 459, EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Quarta edição, Volume VI. comentarios a los artículos 574/646, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, p. 305 a 393

refiere a este derecho, la indemnización, que incluye los daños materiales, en la vertiente de daños emergentes, lucros cesantes y no patrimoniales²⁴⁵, conviene resaltar que el mismo se transmite a las personas a las que el afectado ya fallecido estaba obligado a alimentos (cír. Art.º 1.526/246 del CC Brasileño). Es esta teoría la defendida por algún sector de la doctrina, específicamente la posición sustentada por BENTO DE FARIA²⁴⁷ apoyado por MANZINI, también por (v.g. EDUARDO ESPINOLA FILHO²⁴⁸ y JOÃO VIEIRA²⁴⁹), que abogan la no existencia de razones para limitar ese derecho a requerir una indemnización en esas condiciones a los herederos del *de cuius*, aunque no tuviesen derecho a alimentos de aquel. Ilustra ese Art.º 630 que la entidad responsable por el error judicial cometido es el Estado. Si se trata de un juez o tribunal designado por alguno de los Estados miembros de la Federación, a ese Estado compete resarcir el perjuicio derivado de esa decisión, si en cambio ha sido nombrado por el gobierno Federal la Unión, este abarcará con esa responsabilidad.

²⁴⁵ En sentido antagónico existe alguna jurisprudencia que argumenta que "El art.º 630 del CPP no se destina a la reparación del daño moral. Para que incida la reparación es imprescindible que la injusticia contenida en el error judicial constituya causa del perjuicio, debidamente comprobada." Así se decidió en una sentencia publicada en el RJTJSP 8/63.

Pero existe abastada jurisprudencia en sentido inverso, nombradamente TJPR - 2a C-J.12.3.62-RT 329/744 que replicó "En las hipótesis de error judicial (CPP, art.º 630), la indemnización por pérdidas y daños comprende los perjuicios materiales y morales, que sufrió, y que serán averiguados en ejecución, por arbitraje según la regla del art.º 1.553 do Código Civil. En el mismo sentido tenemos la resolución judicial, más reciente, de 15.6.83-RT TJBA-1a C-Ap. -Rei. Paulo Furtado-j.15.6.83-RT 580/214. Este trazado fue igualmente seguido en la sentencia que desmenuza que esa indemnización debe ser la más completa posible ("Si una persona fue encarcelada, injustamente, sin cualquier motivo, y si, en tal situación tenía el Poder Público (...) debe responder por las consecuencias de los daños que él sufrió en la cárcel, pagándole una indemnización que debe ser lo más completa posible) TJSP - 1ª C. Civil-j. 9.10.73-RT 464/101.

Cierta jurisprudencia lucha igualmente que se incluya el valor de los juros en el cómputo de la indemnización. Así se determinó en una decisión del RTJ 61/587 donde se afirmó "Si el error ocurrió por conducta criminosa de los agentes policiales, la indemnización debe ser la más amplia, incluyendo los juros compuestos, en la forma del art.º 1.544 do Código Civil(...)."

²⁴⁶ Art.º 1.526 del Código Civil: "El derecho a exigir la reparación, y la obligación de prestarla se transmiten con la herencia, excepto en los casos que este Código excluir."

²⁴⁷ Autor subrayado por EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Quarta edição, Volume VI, comentarios a los artículos 574/646, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, p. 387. Según BENTO DE FARIA no debe ser conferida una indemnización superior a aquella que sería liquidada al propio condenado injustamente.

²⁴⁸ ESPINOLA FILHO, EDUARDO *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, cit., p. 388.

²⁴⁹ Autor subrayado por EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Quarta edição, Volume VI, cit., p. 388.

Que se note que el ámbito del Art.º 630 del CPP brasileño es limitado²⁵⁰, no abarcando - y no existe ninguna norma positiva que hable sobre este aspecto - las situaciones de mera negligencia judicial, o los lapsos en otras decisiones que no pongan fin al proceso penal, a saber la prisión preventiva injustificada²⁵¹.

En lo que respecta a lo preceptuado en el Art.121 del CPC de 1939 brasileño²⁵², contenido en el DL n.º 1.608, de 18 de Setiembre de 1939, esta norma²⁵³ consideraba que el juez era civilmente responsable siempre que en el ejercicio de sus funciones incurriera en dolo o fraude²⁵⁴ o, sin justo motivo, recusara, omitiera, retardara providencias que debiera ordenar *ex-officio* o a requerimiento de la parte. En el Art.º 121, II, del CPC²⁵⁵, el legislador constituyente previno expresamente la modalidad, por omisión, pues se conduce a las hipótesis en que el juez, sin justo motivo, recuse, omita o atrase una providencia que deba ordenar. Considérese, aún, que el n.º 3 de la misma norma referencia que "*Las hipótesis del n.º II solamente se considerarán verificadas recurridos diez días de la notificación al juez, hecha por la*

²⁵⁰ Alrededor de este precepto se inclinó EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Volume VI, comentarios a los artículos 574/646, *cit.*.

²⁵¹ Esta aprehensión fue manifestada por ALMIRO DE COUTO E SILVA, *A Responsabilidade do Estado*, Congreso sobre "*Responsabilidade civil: a presente e o futuro*", *cit.*, p. 20.

²⁵² Específicamente sobre la responsabilidad civil del juzgador recurrente de esta disposición se aconseja la lectura de ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da Jurisprudência*, Volume XVIII (Artículos 1º a 198), Forense, Rio, 1ª edição, 1960, anotaciones al Art.º 121, p. 305 a 307, y, del mismo autor, con la colaboración de CARLOS VAZ, *O processo civil à luz da Jurisprudência*, Volume XXII (Artículos 1º a 121), Forense, Rio, São Paulo, 1ª edição, 1962, anotaciones al Art.º 121, p. 441 a 442 y PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume II, Arts. 106 a 181, Forense, Rio, São Paulo, 1960, p. 63 a 65.

Sobre el CPC brasileño, específicamente sobre el proceso común de conocimiento, recursos, proceso de ejecución y proceso cautelar: JOSÉ CARLOS BARBOS A MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21ª Edição Revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

²⁵³ Que no tenía correspondencia con ninguna disposición anterior.

²⁵⁴ Sobre la noción de fraude explica LUIZ PEREIRA MELO, *Responsabilidade civil do juiz*, *cit.*, p. 444, que "*A rigor, fraude no es sino una especie de dolo, o sea, una determinación especial de dolo, por lo que no debía a ella haberse referido destacadamente el legislador, como lo hizo super finamente, así como no se refirió a la concusión que se encontraba en las legislaciones donde se inspiró, que también, no es sino una especie de dolo f...*" No podremos lógicamente concordar integralmente con el insigne autor una vez que las situaciones de dolo, concusión, prevaricación y fraude se encuentran, en los tiempos hodiernos, bastante bien delineados entre sí, sea en el ámbito penal sea en el campo civil, presentando evidentemente algunas semejanzas pero, principalmente, destacándose por las diferencias. En otras palabras, no obstante generalmente lleven el mismo tratamiento penal y civil no es sinónimo afirmar, por si sólo, que se tratan de una y una sola realidad.

²⁵⁵ Cuya enumeración es taxativa según la orientación abrazada por el autor del Ante proyecto del CPC PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume II, *ci.*, p. 64.

parte por intermedio del notario de la causa." Tal significa que el interesado deberá recurrir al notario de la causa para que este notifique al juzgador de manera a suplir la omisión apurada, ordenando la providencia requerida. Si tal no viene a ocurrir, entonces el perjudicado podrá exigir del juez la respectiva indemnización, independientemente del proceso penal que a él le quepa. Esta norma debería ser leída en relación con el Art.º 3²⁵⁶ de la misma norma que responsabilizaba por *"pérdidas y daños la parte que intenterpone la demanda por espíritu de emulación, mero capricho o error grosero"*. Se atestaba, por lo tanto, en el Art.º 121 del CPC, de modo expreso, la responsabilidad civil²⁵⁷ del juez. Dicho artículo, fue aplicado por la segunda cámara del T.J de Sao Paulo²⁵⁸, que pasamos a transcribir: *"... la responsabilidad civil del juez es personal y no ocasiona la del Estado, verificadas las hipótesis previstas por el citado art. 121 del Cód. Proc. Civil. La responsabilidad del Estado, por actos judiciales, sólo ocurre cuando esta expresamente prevista en ley, como en el caso de revisión criminal, juzgada procedente, y reconocido al interesado el derecho a una justa indemnización por los perjuicios sufridos."*

Curiosamente, el Art.º 6º de la Ley Bilac Pinto o Ley n.º 3.502, de 21 de

²⁵⁶ Para un conocimiento profundizado de este Art.º 3º del CPC léanse las digresiones formuladas por ALEXANDRE DE PAULA, *O proceso civil à luz da Jurisprudência*, Volume XV (Artículos 1º a 198), cit, p. 39 a 51.

²⁵⁷ Aclaman los Artículos 1.518 a 1.532, 1.533 a 1537 (exclusive) en el CC brasileño, actualmente en vigor, **consustanciado** en la Ley n.º 3.071, de 1-1-1916, debidamente actualizada que *"aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia cause perjuicio a otro, quedará obligado a reparar el daño. La verificación de la culpa y la evaluación de la responsabilidad se regulan por lo dispuesto en esos artículos"*.

Sobre los Artículos 1.059 a 1.061, inclusive, de la misma norma, inserido en el Capítulo XIV, reglamenta la sección del CC, designada *"de las pérdidas y daños"*.

Que se acentúe que estamos resaltando la responsabilidad personal o subjetiva del magistrado judicial. Cosa diferente es la responsabilidad civil del Estado. Aquí ya releva lo citado en lo preceptuado en el Art.º 630, párrafo 1º, del Código de Proceso Penal, aún en vigor, en el campo de la revisión en proceso penal que consigna lo siguiente: *"El Tribunal, si el interesado lo requiere, podrá reconocer el derecho a una justa indemnización por los perjuicios sufridos. Párrafo 1º - Por esa indemnización, que será liquidada en juicio civil, responderá la Unión, si la condenación haya sido proferida por la Justicia del Distrito Federal o de Territorio, o el Estado, si el hubiera sido por la respectiva justicia. Parágrafo 2a- La indemnización no será debida: a) si el error o la injusticia de la condenación proceder de acto o falta imputable al propio peticionario, como la confesión o la ocultación deprava en su poder; b) si la acusación haber sido meramente privada."*

En el caso injusta condenación y adelantamiento de los plazos legales de prisión preventiva aconsejamos la lectura de la decisión judicial publicada por NÍSIO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *Habeas Corpus e desaforamentos, Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, Imprensa Nacional Belo Horizonte, 1962, p. 196 a 197 (mal funcionamiento de la justicia), p. 204 a 205 e p. 292 (exceso de prisión preventiva), y, p. 621 a 622 (injusta condenación).

²⁵⁸ Sentencia unánime de la Segunda Cámara del T.J. de São Paulo de 28 de Agosto de 1956 resaltada por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da Jurisprudência*, Volume XVIII, cit., p. 307.

Diciembre de 1958 decía lo siguiente: *"El Juez, el representante del Ministerio Público, el notario o el funcionario de la justicia que, por cualquier medio, directo o indirecto, retarde el andamiento de los procesos a que se refiere el artículo anterior o deje de ordenar o cumplir los actos y términos judiciales en los plazos fijados por ley, quedarán impedidos de proseguir funcionando en el hecho, sin perjuicio de la acción penal admisible en la hipótesis²⁵⁹"*.

A esta altura, ya se estima la responsabilidad del magistrado judicial con una cierta naturalidad, recurriendo al hecho de que todo juez ejerce una parcela de la soberanía. En el juicio del insigne autor LUIZ PEREIRA DE MELO²⁶⁰ *"El magistrado cuando desempeña el encargo de su misión, revela un comprobante de la soberanía nacional. Racional, así, que sólo sea civilmente responsable cuando se confine el binomio: dolo o fraude. Se concibe que en faz del precepto contenido en el Art. ° 121,n." I y II, del Código de Proceso Civil, el juez sólo puede ser, en verdad, ser civilmente responsable, cuando, en el desempeño de sus menesteres funcionales, actua con manifiesto dolo o fraude. Igualmente, cuando, sin ocurrir un motivo determinante, recusa u omite o retarda providencias que deba ordenar ex-officio o el requerimiento de la parte."*

En el caso particular de *denegación de justicia* algunos autores brasileños son perentorios en asegurar que, por ejemplo, justicia **vagarosa** no es sinónimo de justicia. Por consiguiente, si el magistrado judicial se niega a decidir, pone al particular en un impedimento entre soportar esa iniquidad o tener que recurrir a la justicia privada, lo que sería de todo inaceptable una vez que la administración de la justicia constituye uno de los epítetos de la soberanía brasileña. Además, cuanto a esta particularidad proclama el Art.° 126 del CPC²⁶¹ **consustanciado** en la Ley n °

259 Prevenía el Art.° 5° el proceso de enriquecimiento ilícito. Sobre esta sanción *vid* las críticas tejidas por TITO FULGÊNCIO y la réplica de ARTUR SEMEDO, así como demás esclarecimientos, en el trabajo de FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO, *Enriquecimiento ilícito no ejercicio de cargos públicos, cit.*, p. 261 a 266.

260 MELO, LUIZ PEREIRA, *Responsabilidade civil do juiz, cit.*, p. 442.

261 Corresponde, con modificaciones al Art.° 5° de la Ley de introducción al CC anterior. Alrededor de este artículo se recomienda SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil Anotado, cit.*

5.869, de 11 de Enero de 1973, inserido en el Capítulo IV 4,262 Sección I, "*De los poderes, de los deberes y de la responsabilidad del juez*", en lo trazado por nuestro Art.º 8 del CC, que "*El juez no se exime de sentenciar o despachar alegando vacío o obscuridad de la ley. En el juicio de la lide le cabrá aplicar las normas legales; no habiéndolas, recurrirá a la analogía, a las costumbres y a los principios generales*". Ahora bien, no estamos ante una hipótesis de denegación de justicia, considera cierto sector de la doctrina, siempre que existan ciertas y determinadas circunstancias exteriores al juez pero que influyen, directa o indirectamente, en su menester, a saber exceso de servicio o coyunturas de otra especie. La misma concepción quedó subyacente en el Art.º 133 del CPC²⁶³, **consustanciado** en la Ley n.º 5.869, de 11 de Enero de 1973, que estipula, actualmente, que el juez será responsable personalmente y por lo tanto "*responderá por pérdidas y daños cuando: I) en el ejercicio de sus funciones proceder con dolo o fraude; II) recusar, omitir o retardar, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio, o a requerimiento de la parte*".

Anotaciones al Art.º 126, p. 96.

262 Para la lectura de este Capítulo y Sección I, a que corresponden los Artículos 125 a 133, se sugiere la consulta del trabajo de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil*, cit., p. 40 a 42.

²⁶³ Corresponde, con alteraciones, al anterior Art.º 121 del CPC de 1939.

Que se lea SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil Anotado*, cit., .Anotaciones al Art.º 133, p. 100 a 101, ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, Volume 5º, Arts. 125 a 133, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 293 a 315 . Este autor efectúa un abordaje completo y resumido sobre este tema enumerando el Anteproyecto, la doctrina, los límites temporales, la intención del juez, la responsabilidad personal, elementos históricos, entre otros. Específicamente sobre la Reforma se sugiere la lectura de la obra de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Reforma do Código de Processo Civil*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

Existen normas en América latina correspondientes a este Art.º 133 del CPC brasileño, nombradamente el Art.º 40 del CPC de Colombia y los Art.os 5 y 265, 206, a 211 del CPC de Bolivia.

Reza el Art.º 40 del CPC de Colombia: "*Responsabilidades dei juez. Además de las sanciones penales y disciplinaria que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto (CP aprobado por el Decreto n.º 2.300 de 1936, Arts. 168 crimen de prevaricación - y 171 - crimen de abuso de autoridad) Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse o más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos*".

Sobre los crímenes de prevaricación (del juez) y abuso de autoridad, p. y p. en los Artículos 168 y 171 del CP que se lea JORGE ORTEGA TORRES, *Código Penal y de Procedimiento Penal*, Quinta edición aumentada, 1950, Librería colombiana, Bogotá, p. 102 a 111. Se observa que el crimen de denegación de justicia no figura en el CP bajo la vestimenta que generalmente la caracteriza. En el CP anterior, aprobada por la Ley 19 de 1890, el crimen de prevaricación de los funcionarios públicos, estaba previsto en el Art.º 485. Curiosamente en el Art.º 488 nos deparábamos con una norma incriminadora del crimen de prevaricación (y soborno) cometido por juez. Para lectura de estas normas se puede ver EDUARDO RODRIGUEZ PINERES, *Código Penal Colombiano*, Quinta edición, Bogotá, 1929, p. 66 a 69.

En Bolivia el Art.º 5º del CPC dispone de la siguiente forma: "*Los jueces y magistrados serán responsables de sus actos, penal o civilmente, en la forma que determinan el presente Código y otras ley es.*"

En esta última coyuntura, determina el párrafo único que sólo se reputarán verificadas las situaciones allí levantadas *"después de aparte, por intermedio del notario, requerir al juez que determine la providencia y este no atenderle el pedido dentro de diez días"*. Nos parece que el proceso deberá correr los términos prescritos en los Artículos 1.059 a 1.061 del CC²⁶⁴ donde se refieren cuales son los daños resarcibles en el ámbito de las acciones por pérdidas y daños. De acuerdo con el Art.º 1.059 del CC: *"Salvo las excepciones previstas en este Código, de modo expreso, las pérdidas y daños debidos al acreedor, abarcan, además de lo que él efectivamente perdió, lo que razonablemente dejó de lucrar."*

El Art.º 133 del CPC, de la forma como se encuentra redactado y a semejanza de lo que asimilan la mayoría de los autores, asume indisolublemente un carácter *taxativo* y no enunciativo. De ese modo, la responsabilidad es personal del juzgador²⁶⁵ (y es sólo a esta la que el dispositivo legal se refiere) siempre que aquel haya actuado dolosamente y de forma culpable, incluyendo esta vertiente de la negligencia (cuando se habla en *"recusar, omitir o retardar"*²⁶⁶.) Además, a la guisa de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, el CC Brasileño anteriormente vigente, en su Art.º 5o267 preveía expresamente la necesidad de todo el juez proferir

264 Vease a título de curiosidad el *Anteproyecto de Código Civil*, República Federativa de Brasil, Ministerio de la Justicia, Comisión de estudios legislativos, coordinada por ALMIRO DO COUTO E SILVA, 2ª Edição Revisada, 1973.

265 Este régimen es extensivo a los árbitros conforme dispone el Art.º 1.083 del CPC brasileño.

Existe una norma similar (cfr. Art.º 85 del CPC) aplicable a los casos de responsabilidad personal de los magistrados del Ministerio Público, que no son considerados, por alguna doctrina, como haciendo parte integrante del Poder Judicial.

Sobre la organización judicial, funciones y órganos del Poder Judicial, leer aún las digresiones proferidas por ARRUNA ALVIM, *Manual de Derecho Processual Civil*, Volume I, Parte Geral, Editora revista dos tribunales, São Paulo, 1977, p. 91 a 118.

266 Según FERNANDO DA SILVA BASTOS, *A Responsabilidade Civil dos jueces*, cit, p, 113 y siguientes, aquí vigora una especie de sistema mitigado una vez que compete al leso optar por accionar la responsabilidad del Estado o del juez.

267 Art." 5º de la Ley de introducción al CC: *"Nadie se excusa, alegando ignorar la ley; ni con silencio, a obscuridad, o a indecisión de la que se exime el juez a sentenciar, o despachar."* Esta norma no pasó para la Ley de introducción del CC actualmente en vigor, consubstanciado en el DL n.º 4.657, de 4 de Setiembre de 1942. Dependiendo de las circunstancias todo el juzgador que se exima de despachar los procesos que le fueron distribuidos podrá venir a ser punido por prevaricación p. y p. en el Art.º 319 del CP, en el ámbito de los crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general, según advierte MANUEL PAULO MERÊA, *Código*

sentencia o dar despacho a los asuntos que le eran cometidos.

Por su turno, la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, Ley Complementar n.º 35, de 14 de Marzo de 1979²⁶⁸, en cuanto a la responsabilidad disciplinar, menciona en su Art.º 35, inserto en el Título III subordinado a la disciplina judicial, Capítulo I, cuales son los deberes del magistrado judicial. Para esta materia en particular, se repare a tenor del Art.º 49 de esta Ley Orgánica, que consagra lo siguiente: *"Responderá por pérdidas y daños el magistrado cuando: I) en el ejercicio de sus funciones, proceder con dolo o fraude; II) recusar, omitir o retardar, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio, o a requerimiento de las partes"*. Avanza aún el Párrafo único del mismo artículo *"Se reputarán verificadas las hipótesis previstas en el inciso II solamente después que la parte, por intermedio del notario, requerir al juez que determine la providencia y este no le atender el pedido dentro de diez días"*. Este dispositivo legal, de la forma como se encuentra redactado, sólo viene a multiplicar, con una simple modificación, el tenor del Art. 133 de la CPC. Repisa RUI STOCO²⁶⁹ que *"(...) la caracterización de la actitud culposa del juez ocurre cuando la parte cumpla lo dispuesto en el párrafo único del art. 133 del CPC, independientemente de la acción judicial en la cual se verificó la ocurrencia haber o no haber sido juzgada"*, e insiste el autor que *"Ya la caracterización de procedimiento doloso o fraude, según la dicción del inciso I, del art." 133 dependerá de su expreso reconocimiento en acción rescisoria."* Por lo tanto, cabrá al particular leso recurrir al Tribunal con una acción civil contra el magistrado judicial²⁷⁰, de

Civil Brasileiro Anotado, Lisboa, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1917, p. 8. Sobre esta norma vid aún su redacción en el trabajo de NELSON HUNGRIA *Comentários ao Código Penal*, Volume IX, Arts. 250 a 361, Forense, Rio, p. 328 y comentarios tejidos en las p. 375 a 379, y BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Terceira edição atualizada, Volume VII, Parte Especial, arts. 286 a 361, 1961, Distribuidora Récord Editora, Rio de Janeiro, 1961, p. 103 a 105. (este último resalta que el crimen de prevaricación no es característica de la función judicial a p. 103).

²⁶⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión, de 14 de Marzo de 1979.

²⁶⁹ STOCO, RUI, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 352.

²⁷⁰ Conforme decisión de 16 de Diciembre de 1986 esa acción puede ser instaurada directamente contra el juez (TJSC - 2a c - Ap. Eduardo Luz - RT 620/134). Sobre la acción de *pérdidas y daños* en general prevista en el Art.º 1.059 y siguientes del CC brasileño Ley n.º 3.071 de 1 de Enero de 1916, sugerimos la lectura de THEOTONIO NEGRÃO, *Código civil e legislação civil em vigor*, 1a Edição atualizada hasta 31-03-1980, RT Legislação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 156 a 157, y J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações (arts. 1037-1078)*, Volume XIV, 4a edição, Livraria Freitas Bastos SA, 1951. São Paulo, p. 249 a 274.

manera a ser resarcido de los daños soportados, aunque la prueba del elemento subjetivo (dolo o fraude) tendrá que ser hecha por sí mismo lo que se torna intrincado. Si no sucede así, y a semejanza de lo que ocurre actualmente en el caso español, se podrá demandar directamente el Estado, esto es la Hacienda Pública, alegando su responsabilidad objetiva, y así siendo, el particular queda automáticamente dimitido de probar la culpa, en su sentido más amplio, del juez. Si la Hacienda Pública es efectivamente condenada existirá siempre un derecho de regreso contra el agente responsable si se consigue probar en la sentencia su culpabilidad, siguiendo la orientación preconizada en el Art.º 37, párrafo 6, de la Constitución. Parece igualmente que nada impide que se interponga, en sede de legitimidad pasiva, y luego de inicio, la acción de indemnización civil contra la Hacienda Pública y el agente responsable (juzgador).

Más compleja será la resolución del problema si el juez provoca el daño a un particular por haber actuado de forma dolosa. Ciertos autores más renitentes podrán incluso debatirse por la no responsabilidad²⁷¹ **del Estado en estas situaciones cuanto más del propio juzgador... Hasta porque *errare humanum est...***

Podemos arriesgar la denominación de engaño o *lapsus judicial*²⁷² negligente (perfectamente autonomista de los casos a que se refiere el Art.º 5º LXXV de la

²⁷¹ Ese desarrollo intelectual fue abrazado en una resolución judicial con fecha de 21 de Junio de 1966 (STF - T-RF 220/105), que resumió lo siguiente: "*La actividad jurisdiccional del Estado, manifestación de su soberanía, sólo puede generar responsabilidad civil cuando efectuada con culpa, en detrimento de los preceptos reguladores de la especie*". Otra decisión concluyó "*A no ser en los casos expresamente declarados en ley, el Estado no es civilmente responsable por los actos del Poder Judicial*" (TJSP, RDA 50/239). En una resolución de 19 de Diciembre de 1979 se concluyó que "*Las fallas del juez, o del Judicial, aunque culposas, no generan por sí solas la responsabilidad civil, porque el daño indemnizable debe provenir de dolo o fraude.*" (TJRS - 2a C-AJURIS 19/114).

²⁷² Para LUIZ ANTÔNIO HENTZ "*opera con error judicial el juez siempre que declara el derecho a concreto, bajo la falsa percepción de los hechos; la decisión o la sentencia divergente de la realidad en conflicto los presupuestos de la justicia, entre los cuales se insiere el conocimiento concreto de los hechos sobre que incidirá la norma jurídica*". Según AGUIAR DIAS "*ordinariamente, se considera error judicial la sentencia de condenación injusta. En sentido amplio, la definición alcanza, también la prisión injustificada*". Autores citados en la p. 2, por RUI STOCO, *Responsabilidade do Estado por error judicial* (en línea). (Brasil): José Dantas Pimentel, 2001 (citado en 21 de Julio de 2001). Disponible en la Internet: en <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm>.

Constitución Federal de 1988 y Art.º 630 del CPP²⁷³). En estas situaciones delicadas asegura RUI STOCO²⁷⁴ que *"la responsabilidad del Estado existe, pero en carácter excepcional, imponiéndose cautela para su reconocimiento en algunas situaciones."* Después afirma que existen ciertas condiciones que deberán ser cumplidas. A comenzar por el *"daño ser atribuible al magistrado o a la Cámara o Turma juzgadoras (...)"*. Añade igualmente que el error deber ser causa eficiente del daño soportado *"el reconocimiento de esas condiciones debe ser declarado en acción rescisoria del juzgado, bajo pena de negarse el valor y el alcance de la cosa juzgada, establecido en las leyes procesales (...)"*. En los términos del Art.º 485,1, II, IX, del CPC existen determinadas situaciones donde se estatuye *"causas rescisorias del juzgado"*²⁷⁵ "figurando, por ejemplo, la inexactitud del magistrado judicial, para más allá de prevaricación, concusión, corrupción, impedimento e incompetencia. De acuerdo con el Art.º 485 del CPC *"La sentencia de mérito, transitada en juzgado, puede ser rescindida cuando: I) verificarse que fue dada por prevaricación, concusión²⁷⁶ o corrupción²⁷⁷ del juez; II) proferida por juez impedido o*

²⁷³ Sobre la responsabilidad del Estado por error judicial en Brasil *vid* RUI STOCO, *Responsabilidade do Estado por error judicial* (en linha). (Brasil): José Dantas Pimentel, 2001 (citado en 21 de Julio de 2001). Disponible en la Internet: en <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm>, cuyos subtítulos pasamos a describir: *"el error judicial (CPP, art.º 630), acusación privada y error judicial (CPP, art.º 630, párrafo 2, h), la desconstitución del juzgado como condición para la acción de indemnización, otros errores judiciales diversos de la previsión constante del art.º 630 do CPP, acción civil de reparación del daño, liquidación del daño, legitimidad activa y pasiva "ad causam" y la prisión indevida"*.

²⁷⁴ STOCO, RUI, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 353.

²⁷⁵ Que deberán ser propuestas en un plazo de dos años a contar de la fecha del tránsito en juzgado de la decisión (cfr. Art.º 495 del CPC). Para una profundización de esta temática recurrir a SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil Anotado*, cit., Anotaciones al Art.º 485, p. 318 a 332. Destacar, desde ya, que este Art.º 485 presenta alguna correspondencia con nuestro Art.º 771, alinea a) del CPC.

²⁷⁶ El crimen de prevaricación se encuentra inserto en el Capítulo I, intitulado *"De los crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general"*, en el Art.º 319 del CP Brasileño, aprobado por el Decreto-Ley n.º 2.848, de 7 de Diciembre de 1940 (que ya sufrió algunas alteraciones). La prevaricación consiste en *"Retardar o dejar de practicar, indebidamente, acto de oficio, o practicarlo contra disposición expresa de ley, para satisfacer interés ou sentimento persona"*.

El crimen de concusión se encuentra edificado en el Art.º 316 del CP Brasileño de 1940, y se trata de toda la situación en que el magistrado judicial viene a *"exigir, para sí o para otro, directa o indirectamente, aunque fuera de la función o antes de asumirla, pero en razón de la, ventaja indebida."*

²⁷⁷ El crimen de *corrupción*, estaba previsto, en términos generales, en el Art.º 317 del CP Brasileño de 1940 en la modalidad de corrupción activa como *"Solicitar o recibir, para sí o para otros, directa o indirectamente, aunque fuera de la función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida, o aceptar promesa de tal ventaja"*. La pena estipulada para este crimen es aumentada en un tercio, conforme determina su párrafo 1.º, si *"en consecuencia de la ventaja o promesa, el funcionario retarda o deja de practicar cualquier acto de oficio o la practica infringiendo un deber funcionar."*

*absolutamente incompetente (...) IX) fundada en error*²⁷⁸ *de hecho, resultante de actos o de documentos de la causa*". Tal importa, pues, que sólo después de rescindida la sentencia judicial²⁷⁹ es que el particular ofendido podrá entonces interponer la acción de indemnización civil contra la Hacienda Pública. La lesión no se presume donde el interesado tendrá que recurrir a la vía judicial a fin de ver reconocido y cuantificado, esto porque la responsabilidad civil del juez sólo aparece cuando aquel actuó con dolo o fraude y no por haberse claudicado²⁸⁰.

Es, sin embargo, en el CPC, (*cfr.* en la Ley n.º 5.869, de 11 de Enero de 1973281) en vigor, que nos deparamos con una regla jurídica bastante reformadora en lo que respeta *a plazos y responsabilidad del juzgador*. En efecto, elucida el Art.º 189 del CPC²⁸², integrado en la Sección II intitulada "*La verificación de los Plazos y de las Penalidades*", cuales los plazos que el magistrado judicial posee para elaborar los despachos de expediente y decisiones judiciales. En los términos de esta norma "*el juez proferirá: I) los despachos de mero expediente, en el plazo de dos días; H) las decisiones, en el plazo de diez días.*" En el caso del juzgador sobrepasar estos plazos podrá interponerse un procedimiento de averiguamiento de responsabilidad contra él. Además, es ese el sentido preconizado en el Art.º 198 del CP²⁸³, que

²⁷⁸ La noción de error es dada por el párrafo 1º del Art.º 485 de la CPC que asevera que "*Hay error, cuando la sentencia admitir un hecho inexistente, o cuando considerar inexistente un hecho efectivamente ocurrido*".

²⁷⁹ Esta sentencia no es calificada por la ley como título ejecutivo, al contrario de lo que sucede, máximamente con la sentencia condenatoria aludida en el Art.º 63 del CPP, o, con los vulgarmente conocidos por títulos ejecutivos discriminados en el Art.º 584 del CPC.

²⁸⁰ "*(...)La independencia funcional inherente a la Magistratura, se tornaría letra muerta si el juez, por el hecho de haber proferido decisión en este o en aquel sentido, pudiera ser accionado para componer pérdidas y danos a favor de la parte A o de la parte B por el hecho de la decisión ser reformada por la instancia superior: sería la muerte del derecho, una vez que cesaría la inclinación para la investigación, se estilaría la formación de nuevos principios* (TJSP- 1ºC-Ap. -j.9.8.77 -RJTJESP 48/95). Otra decisión que acogió la misma dirección afirma que "*La Responsabilidad del Estado se restringe a los daños causados por funcionarios administrativos, en esa calidad terceros; no responde el Estado por posibles daños, oriundos de decisiones o actos judiciales errados, según la doctrina ya aceptada y consagrada por la jurisprudencia de los tribunales*". (TJSP – T c-J. 28.8.56-RT 259/127).

²⁸¹ Código de Processo Civil, Legislação Brasileira, Lei n.º 5.869, de 11.1.1973, acompanhada de Legislação Complementar e Súmulas, de índices Cronológico e Alfabético da Legislação Complementar e das Súmulas e Sistemático e Alfabético-Remissivo do Código de Processo Civil, 27ª Edição, Editora Saraiva, 1997, p. 52 e 53.

²⁸² Alrededor de esta norma se profundizó SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil Anotado*, c/f., 136.

²⁸³ Según SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, citando RUY, *Código de Processo Civil Anotado*, cit., p. 140 a

dispone lo siguiente: *"Cualquier de las partes o el órgano del Ministerio Público podrá representar al presidente del Tribunal de Justicia contra el juez que excedió los plazos previstos en ley. Distribuida la representación al órgano competente, se instaurará procedimiento para averiguación de la responsabilidad. El relator, conforme las circunstancias., podrá avocar los autos en que ocurrió un exceso de plazo, designando otro juez para decidir la causa"*. De la lectura de este precepto legal se constata que, en Brasil, existe la facultad de intentar un proceso contra el juzgador que manifiestamente no habrá observado los plazos, cortos, constantes en el Art.º 189 del CPC. El legislador brasileño en vez de recurrir a la fórmula conocida más abarcadora y abstracta del "plazo razonable"²⁸⁴ fue más audaz al prescribir efectivamente cuales los plazos para pronunciamiento de los despachos de mero expediente y las sentencias. Adicta aún el Art.º 199 del CPC que *"La disposición del artículo anterior se aplicará a los tribunales superiores en la forma que disponga su regimiento interno"*.

4.8 – Historia Griega

La Constitución griega de 11 de Junio de 1975,²⁸⁵ acogió en su Art.º 99, la creación de un Tribunal Especial para conocer de las acciones contra los magistrados judiciales. Más, la Ley n.º 693/77 estipula que este Tribunal Especial deberá ser formado por el Presidente del Consejo de Estado, que es igualmente, el Presidente del Tribunal, por un consejero del Consejo de Estado, un miembro del *"Tribunal de la Casación"*, un elemento del Tribunal de Cuentas, dos profesores universitarios y dos Abogados pertenecientes al Consejo Disciplinar de los Abogados. Esta norma, debe ser considerada, como mínimo, *"insólita del punto de*

141, *"la justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta"*.

284 Señalar que, en las situaciones de decisiones judiciales morosas, por falta justificada, ya se juzgó en el sentido de entender que no existe responsabilidad civil del Estado por falta de servicio. En esa mira tenemos la decisión del STF, RDA 90/140.

285 Sobre otros grandes problemas levantados por esta Constitución habló ANTOINE M. PANTÉLIS, *Lés granas problèmes de la nouvelle constitution hellénique, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, Tome LXIV, librairie generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979.

vista del derecho constitucional para utilizar las palabras de FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MARIANO DARANAS PELÁEZ²⁸⁶, por no existir más ningún país que haya creado un órgano especial, diferente de la jurisdicción ordinaria, para hacer efectiva la responsabilidad del juzgador.

Este Tribunal especial, que visa juzgar los procesos de responsabilidad civil de los jueces, por actos practicados en el ejercicio de la función jurisdiccional²⁸⁷, en las palabras de LUÍS GUILHERME CATARINO "*comenzó por decidir en Sentencia 2/1932, contra THEMIS, que no constituye error negligente lo vertido en una decisión judicial que se base en opinión prevaleciente relativamente a una dada interpretación de la ley, independientemente de considerarse cierta o errada la interpretación adoptada*"²⁸⁸.

El régimen griego se sustenta básicamente en tres premisas que pasamos livianamente a deslindar. *Primo*, el Estado no tiene la obligación de reparar los perjuicios derivados del anormal funcionamiento de la justicia. *Secundo*, el magistrado judicial, o los elementos que componen una jurisdicción colegial, son personalmente responsables en caso de denegación, de dolo o de negligencia grave cometida en el ejercicio de la función judicial. *Tertio*, el recurso es efectuado contra el juzgador, o contra los miembros de la jurisdicción, en un plazo de seis meses a contar de la fecha en que la sentencia se tornó definitiva.

²⁸⁶ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y DARANAS PELÁEZ, MARIANO' *Constituciones De Lo:\ Estados de la Unión Europea*, Editorial Ariel Derecho S.A Barcelona, 1a Edición, Enero 1997, nota de pie de página n.º 102, p. 309. Estos autores admiten que por las mismas razones habrá surgido el Art.º 91 de la Constitución en relación al Consejo Superior de Disciplina. Indagan los autores que estas normas parecen traer a lumbre una determinada desconfianza de la jurisdicción ordinaria para condenar criminalmente ciertas personas que, en términos profesionales y corporativos, serían sus compañeros o colegas

²⁸⁷ Para un conocimiento del Código Civil helénico consistente en la Ley n.º 2250 de 15 de Marzo de 1940, que se vea PIERRE MAMOPOULOS, *Code civil hellénique, Collection de L'Institut Français D'Athènes, Série Juridique*, Athènes, 1956. Para la comprensión de una de las fuentes del derecho (la equidad) constantes en el Art.º 1º del CC griego actual se recomienda PAN J. ZEPOS, *Equity in Greek law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, Établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 433 a 441.

²⁸⁸ WO, LUÍS GUILHERME, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da justiça, O Erro Judicial e o Anormal funcionamento*, c/f., p. 288.

Por último, decir que esta acción es instaurada contra el juez sin obligatoriedad de cualquier autorización previa.

5. PRECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ANGLOSAJONES

5.1. Historia de Reino Unido

Perfectamente discrepante, incluyendo en el campo de los principios, es el régimen legal de la responsabilidad civil del juzgador en Reino Unido²⁸⁹. Desde

²⁸⁹ Para una perspectiva de la evolución histórica del derecho inglés se atente las consideraciones resaltadas por RENE DAVID, *Oi Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, tradução de HERMÍNIO A CARVALHO, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 279 a 351 y CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª Edição, Almedina Coimbra, 1998, p. 80 y siguientes. Ahí tropezamos con diversas fases distintas

temprano vigoró el principio de que el Estado no podría ser demandado por error judicial (“*The King can do no wrong*”).

Antes, sin embargo, para conseguir comprender el sistema inglés²⁹⁰ se hace forzoso tejer algunas cogitaciones previas que pasan primeramente por sus anales y, secundariamente, por su integrada Organización Judicial, completamente distinta de nuestra organización continental. Finalmente, se llegará a la conclusión de que el control de la profesionalidad constituye, según ciertos autores, la mayor garantía del ejercicio correcto de la función.

En primer lugar, refleja una *opinio communis* que, en Reino Unido, desde la Baja Edad Media²⁹¹, la administración de la Justicia siempre estuvo canalizada en el Rey y en sus tribunales londrinos, principalmente en lo que toca a los delitos que más seriamente pudieran alcanzar la anhelada paz social. Esta verdadera centralización

del derecho inglés principalmente el período anglosajón (del siglo V. d.C hasta 1066), la formación del "*contmom law*" (de 1066 hasta finales del siglo XV), el desarrollo de la "*common law*" y la formación de la *equitaty* (de finales del siglo XV a 1832) y el período hodierno (con inicio en 1832).

²⁹⁰ Como es sabido, en Reino Unido, lo que existe son diversas normas, en un sentido, amplio, de las cuales se pueden aviltar la *Magna Charla Libertatum* (o Grande Foro de las Libertades - *traducción nuestra*), de 15 de Junio de 1215, *Petition of Rights* (o Petición de Derechos), de 7 de Junio de 1628, *Habeas Corpus amendment Act* (o Ley de modificación del *Habeas Corpus*), de 28 de Mayo de 1679, *Bill of Rights* (o Declaración de Derechos), de 13 de Febrero de 1689, la Ley de la instauración de 12 de Junio de 1701, el *Parliament Act 1911* (o Ley Orgánica del Parlamento de 1911), de 18 de Agosto de 1911, el *Parliament Act 1949* (o Ley Orgánica del Parlamento de 1949), de 16 de Diciembre de 1949, la *Regency Act 1937 to 1953* (o Ley de la Regencia de 1937 a 1953), la Ley de la Regencia de 1943, la Ley de la Regencia de 1953 entre otras diplomas.

Para un estudio más profundizado sobre el sistema legal inglés principalmente cuanto a su organización judicial, sistema de recursos, profesiones jurídicas y fuentes de derecho remitimos para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, Edição, Almedina, Coimbra, 1998, p. 87 a 111, P.F.SMITH y S.H.BAILEY, *The modern English Legal Dystem*, London, Sweet and Maxwell, 1984, RENÉ DAVID, *Lê Droit Anglais*, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, n.º 1162, 1965, PAULO CUNHA, *O recrutamento dos magistrados judiciais*, trabajo realizado para la asignatura de proceso ordinario y sumario civil y comercial, en el año lectivo de 1928-1929, Facultad de Derecho, Parte I, J. DEREK DAVIES, *Equitity in English law, Equitity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 159 a 185, A. BÊNSABAT, *Organisação dos Tribunais da Inglaterra, O Direito*, Tomo 34, p. 2 a 3, p. 17 a 18, 33 a 34, 49 a 50, 65 a 66, 81 a 82.

²⁹¹ Para una descripción histórica del problema de la responsabilidad y de la independencia de los jueces en Reino Unido, del siglo XVI y XVIII *vid* NICOLA PICARDI, *Lê problème de l'indépendance et de la responsabilité judiciaire du XVI au cours et du XVN siècle*, Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies, General Reports, IXth. World Conference on Procedural Law, Coimbra, 25 a 31 de Agosto de 1991, Associação Internacional de Derecho Judicial, editado por AM. Pessoa Vaz, 1995, p. 82 a 86.

significaba una relación muy estrecha entre los magistrados y el Rey. Este costumbraba (y costumbra aún hoy) mandar jueces itinerantes para los condados a fin de firmar un tribunal en nombre del Rey. En lo que respecta a la propia calidad de los juzgadores es prudente proceder, desde ya, a la diferenciación entre los magistrados “profesionales”²⁹², que ejecutan su oficio en los tribunales superiores (*Superior courts*) (*House of Lords, Court of Appeal, High Court of Justice*), e inferiores (*County Courts, Coroners Courts*), los jueces que actúan en un campo inferior (*Inferior Courts, Circuit Judges, Stipendiary Judges, Justices of the Peace*) y los generalmente conocidos por jueces de Paz. Los jueces son designados por la Reina o por el Lord Chancellor. Este es un político que normalmente poseyó un recorrido comprobado en el área política en la Casa de los Comunes, y tiene poderes para nombrar los jueces de paz, que se tratan de magistrados no profesionales, de entre las personas que no siendo formadas en Derecho sean considerados por sus pares como notables al sobresalirse por sus conocimientos jurídicos.

Más allá de esta clasificación conviene, igualmente, separar los actos practicados “*intra vires*” (o sea, en el ejercicio de las funciones) y los practicados “*ultra vires*” (esto es, sin competencia o jurisdicción). En relación a los primeros (actos “*intra vires*”) no se puede hablar de responsabilidad civil, mismo en lo que tange a los casos de dolo. Aquí, cabrá simplemente al perjudicado formular una lamentación por causa de la ofensa al “*Lord Chancellor*” de manera que este accione el procedimiento disciplinar contra el juez. Esta hipótesis, que tiene la designación de “*immunity from civil liability*”²⁹³, remonta al siglo XVIII, y estaba confinada

²⁹² Para una correcta definición de la forma de reclutamiento y caracterización de los magistrados judiciales del tribunal superior e inferior inglés se sugiere la lectura del análisis formulado. NICOLA PICARDI, *L'problème de l'indépendance et de la responsabilité judiciaire du XVI au cours et du XVIII siècle, Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies*, cit., p. 93 a 97.

En trazos anchos, la filosofía subyacente a la organización judicial en Reino Unido es diametralmente opuesta a la solución consagrada en el modelo continental sustentado en la idea del juez-funcionario. Por ejemplo, la justicia de los tribunales inferiores ingleses es conferida, la grande mayoría de las veces, a jueces laicos (“*lower judges*”) que no tienen que poseer necesariamente una educación jurídica. En lo que tange a los juzgadores de los Tribunales Superiores, estos son normalmente elegidos entre los abogados que tengan un mayor prestigio y un determinado tiempo de servicio. Una realidad muy diferente de la nuestra se prende con el hecho de los jueces y los abogados pertenecer a la misma corporación profesional.

²⁹³ Esta inmunidad judicial no adviene de ninguna ley en particular. Traduce categóricamente una creación jurisprudencial inglesa embutida por la *Common Law* que visa abroquelar el interés público garantiendo, en el

anteriormente a los juzgadores de los tribunales superiores mismo que actuaran con dolo. En relación a los actos *ultra vires* hay una completa inmunidad sobre los magistrados judiciales pertenecientes a los Tribunales Superiores pues se supone que son siempre actos "*intra vires*", hasta porque son ellos mismos los que juzgan la extensión de sus poderes. Esta irresponsabilidad del juzgador es vista no como un privilegio del juez inglés, pero antes como un derecho de todos los ciudadanos ante una magistratura judicial independiente.

Considera el derecho inglés que el juzgador de los tribunales superiores para administrar la justicia tendrá que hacerlo de una manera completamente libre. Significa, por lo tanto, que aunque el juez del Tribunal Superior haya actuado con una convicción errónea²⁹⁴, en ignorancia, odio, malicia, desde que haya actuado *bona fide* en el ejercicio de sus funciones, aunque haya excedido su jurisdicción, y, desde que posea capacidad judicial, no será responsable civilmente.

En relación a los jueces de los tribunales inferiores, la cosa sucede de forma diferente. En este caso ya responden, en términos civiles, desde que se pruebe que actuaron con dolo o culpa grave y fuera de su jurisdicción (*out side jurisdictioni*).

A groso modo, lo que es cierto es que en caso alguno se puede acatar la responsabilidad del Estado²⁹⁵ por los actos de sus juzgadores, pues estos, al ser responsables lo serán a título personal. Aunque la única apocada restricción al privilegio de inmunidad judicial del juzgador, digna de eximir, pasa por el caso de *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Act* de 1979), cuyas disposiciones contemplan las

entender de los autores ingleses, una plena autonomía e independencia del juez.

²⁹⁴ CAPPELLETTI, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, cit., p. 75. Este autor narra un caso que sucedió en Reino Unido, en 1683 (*Fray versus Blackburn*) donde se concluyó lo siguiente: "es un principio de nuestro Derecho que ninguna acción puede intentarse contra un juez de los tribunales superiores por actos judiciales, aunque se alegue que han sido realizados maliciosa y corruptamente". La misma teoría fue adoptada cuando se juzgó: "No interesara el juez actuó por error o ignorancia o reaccionó por envidia, odio y malicia y grande severidad, él no es pasible de responsabilidad" - Caso *Sirros versus Moore and Another* (1975).

²⁹⁵ *Summo Rigore* de la Corona inglesa, de acuerdo con lo prescrito por el *Crown Proceedings Act* de 1947, donde se expele adrede la responsabilidad civil de la Corona en el ámbito de actos ilícitos de sus juzgadores.

situaciones de recusa ilegal del recurso. En este caso, puede efectivamente un magistrado judicial ser responsabilizado desde que se niegue a admitir un pedido de *Habeas Corpus* en período de vacaciones judiciales²⁹⁶. Fuera de esa reserva, algo *extravagante*, vigora la tese de que los daños soportados por el(los) perjudicado(s) será(n) manifiestamente inferiores a los que surgirían de la eventualidad de limitar la independencia del magistrado judicial mediante un competente procedimiento de atribución de responsabilidad. En otras palabras, fuera esa hipótesis, en sede general, puede aseverarse, en forma de conclusión, que, en el foro inglés, impera fuertemente el sistema de la responsabilidad política del juzgador, por un lado, y, por otro, subsiste una irresponsabilidad del magistrado judicial²⁹⁷, a todos los niveles y específicamente, para la temática que ahora nos interesa, en el campo civil.

5.2. Historia Norteamericana

En los Estados Unidos de América, a rasgos generales, rige, *a priori*, el principio de la inmunidad judicial en relación a toda y cualquier actividad decisoria, propugnándose efectivamente la responsabilidad civil del juez en relación a la parte no decisoria. La explicación encontrada para justificar tal opción pasa, en términos generales, por la premisa que el magistrado judicial norteamericano no posee deberes para con el particular *de per se*, pero sólo para con la colectividad. Como es sabido, el sistema norteamericano derivó del derecho inglés, por lo que ambos poseen su raíz en la *Common Law*²⁹⁸. Sin embargo, desde temprano se verificó un enorme alejamiento que se concretizó, en la Declaración de Independencia votada a 4 de Julio de 1776, en la elaboración de una Constitución escrita, el acogimiento expreso de los derechos y

²⁹⁶ CAPPELLETTI, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, cit., nota de pie de página n.º 211 *infra*, p. 77, citando MUNDAY

²⁹⁷ Alrededor de los nuevos límites de la irresponsabilidad de los juzgadores ingleses se inclinó GIOVANNI CRISCUOLI, *In nuovi limiti de H'irresponsabilità dei giudice inglese nel caso Sirros v. Moore and Another: un motivo per riflettere*, *Rivista trimestrale di Dirritto e Procedura civile*, Año XXIX, 1975, p. 1060 a 1072.

²⁹⁸ Una particularidad en relación al sistema inglés es que el sistema norteamericano posee *statute law*, consubstanciado en normas positivadas, la *Common law*, las costumbres sancionados por las resoluciones judiciales, sustentadas en la definición de precedente basada en una práctica frecuente sobre la cual exista una seria persuasión de la obligatoriedad, y la *equitaty*, que posee una naturaleza suplementaria en el ámbito de proveimiento de garantías jurídicas, principalmente en el campo del derecho de las obligaciones

garantías constitucionales (*Bill of Rights*), y la estructura federal. Todos estos aspectos contribuyeron, en gran parte, para la consagración del sistema norteamericano. Era patente el designio de los norteamericanos en alcanzar su propia liberación frente al poderío inglés. Más, y en consecuencia de ese beneplácito, sintieron la necesidad de cortar todos los lazos, como los sistemas sociales oriundos del sistema feudal, principalmente los acaparamientos de las profesiones legales y **los procedimientos**. Esta coyuntura histórica condujo a la "*desprofesionalización*"²⁹⁹ que, sobre los juzgadores, hizo con que fueran electos directamente **por el pueblo** o electos por la Cámara de los Representantes. Pero para percibirse su autonomía ante el derecho inglés es necesario hablar sobre su organización judicial, lo que haremos de inmediato.

5.2.1. Organización Judicial Norteamericana

En los Estados Unidos de América es posible vislumbrar jueces de los tribunales de los estados federados y magistrados judiciales federales³⁰⁰. Su distinción esta esencialmente basada en su estatuto. El Artículo 3º, Sección I, de la Constitución de los E.E.U.U. de 1787 menciona lo siguiente: "*El poder judicial será atribuido a un Supremo Tribunal y a tribunales inferiores que sean oportunamente definidos y*

²⁹⁹ Esta terminología fue adoptada por LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, O Erro Judicial e o Anormal Funcionamento*, cit., p. 113. La definición de "*desprofesionalización*" consta de la nota de pie de página n.º 303 y se traduce, de acuerdo con este autor, en la esterilla de su citación a KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÓTZ, en "(...) *acabar con privilegios de las profesiones legales, que las dejaban accesibles a apenas algunos, y que llevaría a la informalidad que caracteriza el comportamiento de los abogados americanos en tribunal, frente a sus congéneres ingleses*".

³⁰⁰ Los juzgadores de los estados federales (o *Federal Courts*) son designados por el Poder Ejecutivo, o sea, por el Gobernador en los Estados y el Presidente para los cargos federales. Acabando su mandato podrá presentarse como candidato nuevamente a la función, pudiendo, o no, ser nuevamente recolocado. En lo que tange a las instituciones políticas y judiciales, las fuentes y técnicas del derecho norteamericano *vid*, entre otros, ANDRÉ TUNC, *Lé droit des États-Unis*, n.º 1159, Presses Univeritaires de France, 1964, Paris. Sobre el orden jurídico norteamericano se sugiere también la lectura de OLIVIER DE SHUTTER, *Fonction de juger et droits fondam entaux*. *Bibliothèque de la Faculte de Droit de L'Université Catholique de Louvain*, XXIX, Bruylant Bruxelles, 1999, principalmente sobre *l'effectivité dans l'ordrejuridiquer des États- -Unis*, p. 43 a 117, BENDAM F. BROWN, *Equity in the law of the United States of America, Equity in the World's Legal systems*, e RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973, p. 205 a 222..

establecidos por el Congreso. Los jueces, tanto del Supremo³⁰¹ como de los tribunales inferiores, se mantendrán en sus cargos mientras bien sirvan y recibirán por períodos determinados una remuneración por sus servicios, que no podrá ser reducida durante su permanencia en el cargo". En comentario a este precepto legislativo NUNO ROGEIRO³⁰² comenta que "La Constitución procura a todo costo mantener los tribunales independientes de los poderes legislativo y ejecutivo. La garantía de que los jueces se mantendrán en el cargo "mientras bien sirvan" significa que sus cargos son vitalicios, a no ser que sean acusados y condenados de crimen de responsabilidad (...)." De acuerdo con esa norma se previno la creación por el Congreso, lo que se hizo en 1789, de los "District Courts"³⁰³, que consubstancian los tribunales federales de primera instancia, normalmente compuestos por un único juzgador, y los "Courts of Appeal"³⁰⁴, funcionando como tribunales de recurso, formado, por lo menos, por un colectivo de tres juzgadores. En adicción a estos Tribunales, existen aún los "justices of peace", compuestos por juzgadores profesionales en las grandes ciudades, que funcionan cerca de aglomerados rurales, que visan dirimir las bagatelas penales y otros pequeños casos

³⁰¹ El Tribunal Supremo se tiene sede en Washington y está compuesto, desde la reforma judicial de 1869, por nueve magistrados judiciales (un *chiefjustice* o juez-presidente y ocho *associates*), ocupando el tope de la pirámide jerárquica en relación a los demás tribunales norteamericanos. Este Tribunal superior posee una preeminencia, desde una ley fechada de 1925. De manera a dificultar desreglamento de trabajo que lo atrancase de funcionar, compete a este tribunal decidir cuales los pleitos que tienen brío para ser apreciados y juzgados por sí de los que no tienen esa posibilidad. En términos de competencia y jurisdicción de este Tribunal reza la Sección u. n.º 2 de la Constitución, lo siguiente: "En todas las causas que envuelvan embajadores, otros ministros y cónsules, y en aquellos en que un estado sea parte, el Supremo Tribunal tendrá jurisdicción originaria. En los demás casos arriba mencionados, el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción de recurso, en materia de hecho y de derecho, en conformidad con las excepciones y normas que el Congreso establecer." Por su turno, el Congreso no puede retirar o alterar la original *jurisdiction* del Tribunal Supremo, pero ya puede aprobar legislación que reglamente, aumente o disminuya los poderes del Supremo y, substraer el derecho de recurso para ese Tribunal superior o estipular los requisitos para su interposición, de acuerdo con la posición asumida declaradamente por NUNO ROGEIRO, *A Constituição dos EUA, Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos*. USIS, Gradiva, 1ª Edição, Marzo de 1993, p. 49. Sobre este tribunal tenemos igualmente GERALD W. JOHNSON, *The Supreme Court*, William Morrow and Company, New York, 1962.

Nos deparamos, aún, en la cena norteamericana, con otros tribunales, vulgarmente designados especiales o "legislativos" que nos limitaremos a enunciar, principalmente el Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*) y el Tribunal de Recurso de Cuestiones Aduaneras y de Patentes (*Court of Customs and Patent Appeals*).

³⁰² ROGEIRO, NUNO, *A Constituição dos EUA, Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos*, cit., p. 47.

³⁰³ Son normalmente constituidos por uno o más jueces, en un máximo de veintisiete. Son igualmente los únicos tribunales donde se aplica el sistema de jurado.

³⁰⁴ Actualmente, y desde 1891, subsisten, 11 tribunales de recuso o de apelación, formados por un número de jueces que puede oscilar entre los tres y los quince. Más, los cincuenta estados de la Unión se dividen en ochenta y nueve distritos judiciales.

de cariz civil, a la guisa de lo que se pasa en Inglaterra.

La gran mayoría de los procesos son dirimidos en los tribunales estatales, aunque, si el Estado es parte en las acciones, si se trataran de cuestiones relacionadas con normas federales, o, finalmente, entre ciudadanos domiciliados en Estados diferentes, los tribunales federales tienen autoridad para conocer de esos procesos³⁰⁵.

5.2.2. Declaración de Derechos y Garantías y el 14° Aditamento

Conforme ya se señaló anteriormente, el derecho norteamericano fue modelado por el derecho inglés. Así, la *"immunity from civil liability"*³⁰⁶ inglesa fue claramente abrazada en los E.E.U.U., con algunas particularidades resultantes de la Guerra de la Secesión, debidamente espejada en el presente 14° Aditamento de la Declaración de Derechos y Garantías, que visa proteger los derechos civiles de las minorías contra violencias derivadas de la actuación del Poder Ejecutivo. El 14° Aditamento a la *Bill of Rights*, Sección I, fue propuesto el día 13 de Junio de 1866 y ratificado el 9 de Julio de 1868. Dice lo siguiente: *"Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados donde viven. Ningún estado podrá aprobar o hacer ejecutar cualquier ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá cualquier estado privar cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin un justo proceso legal, ni negar a cualquier persona bajo su jurisdicción la igualdad de protección ante la ley."* Estamos ante una norma que confiere terminantemente al particular, la posibilidad de interponer una *"civil action for deprivation of rights"*. En otras palabras, se trata de un procedimiento legal

305 Estatuye la Sección II del Art.º 3º de la Constitución, en su n.º I: *"El ejercicio del poder judicial, por la aplicación de la ley, se extenderá a todas las causas de esta Constitución, a las leyes de los Estados Unidos y a los tratados celebrados o a celebrar sobre su autoridad (...)"*

306 Las expresiones de raíz *"responsability, liability y accountability"* son todas sinónimos y significan *"responsabilidad"*.

destinado a ser utilizado por el ciudadano si la conducta del juez, cubierto por la ley, provoca, de forma directa o indirecta, la pérdida de un derecho constitucionalmente consagrado.

En lo que toca a la responsabilidad civil del juzgador también impera el entendimiento retirado del precedente jurisprudencial de 1872 sobre esta materia (*Bradley versus Fisher*³⁰⁷). En el "leading case" *Bradley versus Fisher*, Bradley defensor del afectado, había sido exonerado de su asociación por alegación de haber enfadado al magistrado judicial *Fisher*, que entretanto había proferido sentencia de condenación contra su constituyente. De acuerdo con las circunstancias de la situación concreta, el dicho **causidico** resolvió perpetrar una acción de indemnización civil contra el juzgador del proceso, negando los hechos, y exigiendo la compensación de las lesiones derivadas de su exclusión. El Tribunal Supremo, a su vez, infirió que todo el juez dotado de competencia genérica es absolutamente irresponsable por la práctica de comportamientos oriundos del ejercicio de su función, aunque el juez hubiera actuado con dolo o exorbitancia de poder. No obstante, habría responsabilidad del juez desde que hubiera actuado con falta total de jurisdicción ("*clear absence of jurisdiction*"). Estos fundamentos vigoraron, en general, para los tribunales inferiores.

En el caso *Stump versus Sparkman*, fechado en 1978, hubo un pedido previo de asolamiento de una adolescente de quince años que sufría de anomalías psíquicas, solicitada al tribunal por la madre de esta. El magistrado judicial, frente a la petición, no efectuó ninguna audiencia, limitándose a aprobar la petición en ese mismo día, ordenando, en consecuencia de eso, la ligadura de las trompas de la joven, no habiendo observado el "*due process of law*". Posteriormente esta misma joven sólo tuvo conocimiento que había sido sometida involuntariamente a una intervención

307 CAPPELIETTT, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, cit., p. 75, describiendo SMIT diciendo que "(...) los jueces de los tribunales superiores o de competencia ordinaria no son civilmente responsables por sus actos judiciales, aún cuando se alegue que estos han sido realizados corrupta o maliciosamente". Ensayo este excelso autor que esta tendencia aún es preponderante en el derecho norteamericano.

quirúrgica a la fecha de su casamiento. El juzgador se vio, por lo tanto, de brazos con una acción de resarcimiento civil intentada contra sí no habiendo el pedido de indemnización civil obtenido proveimiento por razones que se prendieron con su competencia.

En esta fase, puede concluirse, *prima fade*, que aunque la *Common Law* se debata por la irresponsabilidad del juzgador existen poquísimas excepciones en el rol de la Ley del *Habeas Corpus* de 1679. Además, en épocas pasadas, fueron raras las circunstancias en que se discutió la responsabilidad judicial, y siempre debido a asuntos que atingían los intereses vitales, principalmente que se relacionaran con derechos individuales. En ese ámbito vinieron a la superficie determinadas sentencias que, de una forma u otra, reflejaban una tendencia creciente de limitar, razonablemente, la irresponsabilidad del magistrado judicial. Aunque, nunca está demás subrayar que la instauración de una acción de indemnización civil contra un juzgador no constituye un modo efectivo para hacer valer la responsabilidad judicial en los Estados Unidos o en cualquier otro país³⁰⁸ seguidor de la *Common Law*.

Visto todo esto, será comprensible aseverar que aunque la problemática de la responsabilidad civil del juez parezca haber crecido en casi todos los países, incluyendo los países de la *Common Law*, su evolución en estos es diametralmente distinta de lo que sucede en los restantes ordenamientos pues se verifica en ellos el instituto de la responsabilidad directa del Estado. Persisten, por lo menos, dos órdenes de motivos invocados que visan, de algún modo, justificar esa inmunidad judicial civil. El primero de ellos, consiste en el enorme prestigio de que hacen usufructo los magistrados judiciales en esos países y la protección a las críticas por intermedio de una carrera profesionalizante. El segundo de ellos se traduce en la enorme amplitud que es conferida a la responsabilidad política, social y disciplinar de los jueces de la *Common Law*. Un fuerte ejemplo de eso es el caso norteamericano.

308 Como, por ejemplo, en Australia, “donde son experimentalmente insondables las acciones judiciales contra los juzgadores”.

En los años ochenta fue aprobada una ley (*Judicial Council Reform and Judicial Conduct and disability* de 1980) por el Congreso norteamericano que visaba apretar el control disciplinar interno de los magistrados judiciales³⁰⁹, previniendo las hipótesis de "*misconduct*" de juzgadores federales. En paralelo con el proceso de "*impeachment*" se dibujó un otro procedimiento legal, fundado en una queja³¹⁰ de cualquier interesado o del propio, adecuado a comportamientos de los jueces considerados de menor gravedad, a ser aplicados por los elementos de la magistratura.

5.2.3 – Prisión ilegal, prisión preventiva y la responsabilidad recurrente

En los estados federados de los Estados Unidos de América se acogió, a partir de 1976, aunque de un modo algo tímido, el principio de la reparación de sentencias injustas en el ámbito de un proceso de revisión criminal donde se haya llegado al veredicto de la inocencia del ciudadano. Aunque, para que tal ocurra, es necesario aún cumplir con dos presupuestos: en primer lugar se exige que su comportamiento no pueda ser considerado como conducta criminosa en cualquiera de los estados de la Unión y, en segundo plano, que el interesado no haya dado causa a la acción penal.

En relación a los derechos en materia criminal surge en primera línea el 5º Aditamento del *Bill of Rights*: "*Nadie será obligado a responder por crimen*

³⁰⁹ GIULIANI, ALESSANDRO, y PICARDI, NICOLA, *La Responsabilità del giudice, ei t.*, p. 208. En el derecho brasileño, conectado intrínsecamente a la responsabilidad política del PR, consultar, entre otros, PAULO BROSSARD, *O impeachment*, Editora Saraiva, 3ª Edição ampliada, São Paulo, Brasil, 1992.

³¹⁰ Esa presumible ofensa podrá basarse en innumerables circunstancias, tales como la inhabilidad corporal o psíquica del juez para cumplir con la función judicial, un comportamiento pernicioso al interés de una expedita y eficaz administración de la justicia.

*capital*³¹¹, o por otro crimen ignominioso³¹², a no ser ante denuncia o acusación de un gran jurado (...) ni ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un justo proceso legal (...)" . En lo esencial, esta norma visa garantizar que ninguna persona pueda ser juzgada por esos crímenes federales anteriormente descritos salvo si existe una acusación de un gran jurado³¹³.

En la parte en que se estatuye que *"No person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law"* nos deparamos con uno de los principios basilares de la *Bill of Rights*. De otro modo, vislumbramos la misma inclinación en el 14° Aditamento, Sección I, de esta misma norma, a propósito de los derechos civiles. Consigna, así, el 14° Aditamento que *"(...) Ningún estado podrá (...) privar cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin un justo proceso legal (...)"* Un justo proceso es, por definición, un concepto extremadamente vago y el Tribunal Supremo ha aplicado tal regla a innumerables casos.

En segunda línea, el 6° Aditamento concretiza cuales los derechos para un juicio equitativo en sede de proceso penal. Sobre este asunto es costumbre referirse, entre otros derechos, *The Miranda Warnings*³¹⁴ que **consustancia** el derecho a ser informado sobre sus derechos.

La prisión preventiva traducía, en trazos anchos, un instituto normalmente aceptado, en tesis general, en el plano federal, hasta 1984. Esta realidad en el fondo servía, antes, para asegurar la presencia efectiva del afectado en sede de juicio y no

³¹¹ Se entiende por crimen capital todo aquel en que la pena a aplicar al afectado es la pena de muerte

³¹² Se considera una conducta criminal afrentosa o ignominiosa toda aquella que es punible con pena de muerte o de prisión.

³¹³ Un gran jurado constituye un cierto grupo especial de personas elegidas para juzgar sobre la existencia (o no) de pruebas suficientes contra una persona para que esta pueda ser sometida a un juicio.

³¹⁴ Sobre el *"Right do be informed of Legal Rights"* (derecho de ser informado de sus derechos - *traducción nuestra*) contenido en el *"leading case"* *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. (1966) consultar BURKE MARSHALL, *The Supreme Court and Human Rights*, Fórum Series, Washington DC, 1982, p. 189 a 207.

asumía tanto el carácter "preventivo" en relación a la práctica de futuros ilícitos penales. En caso de prisión o detención ilegal puede el interesado instaurar una acción contra el Gobierno o el funcionario responsable, habiendo, para ello, "*causes of action*", sustentada en la "*Common Law*". Habiendo una detención y liberación "*tout court*" puede el leso interponer una acción por "*false arrest*". Si, por el contrario, una persona es injustamente acusada y posteriormente absuelta, podrá, alegar dolo en la acusación y dar entrada en juicio de una acción basada en "*malicious prosecution*". En ambas las probabilidades el perjudicado tendrá siempre que hacer la ardua prueba de la ausencia de "*probable cause*"³¹⁵. Pero, este género de acciones tendrán que ser observadas en total consonancia con las inmunidades de que gozan *ás per si* los agentes del Gobierno y el "Abogado de acusación" norteamericano.

Finalmente, en relación al error judicial, una solución, como mínimo curiosa, fue adoptada por ciertos estados. Nos referimos a los "*fondos para la compensación de ofendidos*" creados en algunos estados, lo que presupone, en términos muy sutiles, la posibilidad de verificarse una prisión errónea o ilegal y la correspondiente necesidad de, de alguna forma, compensar aquellos de los daños injustamente sufridos con la prisión.

CAPÍTULO II

³¹⁵ Podremos simplificar este concepto afirmando que "*causa probable*" será todo el hecho o circunstancia capaz de hacer creer a una persona ajuiciada que el sospechoso efectivamente cometió el crimen de que viene acusado.

ACTOS DEL JUEZ

6. ACTOS DEL JUEZ

La actividad del juez, en la condición de prestador de “Justicia”, investido del poder de tutelar de forma jurisdiccional los litigios, consiste en la práctica de actos que se dividen entre la actividad procesal y las decisiones propiamente dichas. Es necesario que sean debidamente individualizadas cada una de estas modalidades de actos del juzgador, en la medida en que, en esencia, son diametralmente opuestos en términos conceptuales. La naturaleza distinta de estos resultará en distintas consecuencias en el ámbito de la atribución de responsabilidad del agente político, importando, pues, de manera decisiva, para la comprensión del tema puesto en análisis. Iniciamos el estudio por la actividad procesal del meritísimo y pasamos a los actos decisorios, con la consecuente definición de cada uno de estos últimos.

6.1. Actividad procesal del juez

Dos son las especies de poderes con los que está investido el juzgador, en el comando del proceso. El primero de ellos consiste en dar solución a la **lid**. En segundo lugar, tenemos el poder de hacer la conducción del hecho, dentro de los dictámenes legales y en la resolución de los incidentes que emergen hasta la llegada del momento adecuado para prestar jurisdicción.

El juez, ejerciendo poderes de agente de la jurisdicción, en el tramitar del proceso, practica actos de dos distintas naturalezas procesales, cuales sean: actos decisorios y actos no-decisorios.

Tratándose de actos decisorios, siempre estará presente el contenido de deliberación. Se puede decir, acto de comando, dirigido a quien viene a ser el destinatario de la prestación jurisdiccional. En lo que se refiere a la otra modalidad, actos no decisorios, reconoce como actividad de policía judicial. Se **consustancia** en una mera función administrativa, sin el cuño deliberativo.

Según el italiano VICENZO VIGORITI: *"Per quanto concerne l'ambito oggettivo della responsabilità, si è sostenuto che la responsabilità dovrebbe sussistere per i comportamenti lesivi posti in essere nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, esclusa però l'attività di interpretazione del diritto e di ricostruzione o valutazione dei fatti"*³¹⁶. Además, fue esta la orientación aceptada por la Ley italiana n.º 117/1988, de 13 de Abril, pues en su Art. 2º, nº 2 se estableció que *"Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione dei fatti e delle prove."* La ley italiana resolvió edificar que la actividad interpretativa y la valoración de la prueba está fuera de la esfera del ámbito objetivo de la responsabilidad civil del juzgador. Como tipificación

negativa aparece, por lo tanto, en la ley italiana que rige esta materia, más precisamente en el Art.º 2.2 de la Ley n.º 117/1988 donde se excluye expresamente de la responsabilidad civil la actividad de interpretación de las normas y la valoración de los hechos y de las pruebas.

De iure constituendo, podrá esperarse que nuestro legislador, en la línea trazada por la ley italiana anteriormente evidenciada, trate de desmitificar que la actividad interpretativa del juez (así como la valoración de las pruebas) generalmente no pueden acarrear la responsabilidad civil de aquel. De esta forma se vacía, aún más, según creemos, el contenido de los actos susceptibles de responsabilizar civilmente al juez. Basta, como se dice, para tal, que el juez haya tenido una mínima actividad interpretativa³¹⁷ en la resolución. Por lo tanto, no habrá en principio responsabilidad civil si, por ejemplo, el juez aplicó una norma ya derogada o derogada desde que haya sido fruto de su interpretación, claro está, errónea, de la ley³¹⁸. También hay que señalar que no determina igualmente responsabilidad civil personal del juzgador, ni del Estado, la mera divergencia decisoria entre dos, o más jueces, una vez que tal no significa *de per se* que uno de ellos haya actuado erróneamente y mucho menos con culpa. Así tenemos el Ac RL 30-09-2004³¹⁹.

El magistrado judicial es libre en el análisis de las pruebas³²⁰. Lo mismo es decir, en la parte que nos interesa, que en ningún caso podrá existir responsabilidad civil del juez con base en la valoración de la prueba hecha por aquel, aunque jamás se podrá afirmar que es absolutamente independiente de las mismas³²¹. **Hasta porque su**

317 Esa actividad no podrá jamás contrariar la ley. Igualmente existe un deber de obediencia de los juzgadores aunque se trate de una ley injusta. Sobre este asunto escribió JONH RAWLS, *Una teoría de Justicia*, p. 273 a 276.

318 Esta cuestión no es líquida.

319 Ac RL 30-09-2004: C7, 2004, Tomo 4º, p. 112 a 115.

320 A propósito de la libre apreciación de las pruebas tenemos LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil Conceito e princípios gerais à luz do Código Revisto*, cit., p. 157 a 161. Este Profesor recuerda aún otros principios concatenados con este, a saber el principio de la inmediación, el principio de la oralidad y concentración, y el principio de la plenitud de la asistencia de los jueces (Art.º 654 del CPC de 1995). Sugeriremos igualmente la lectura de CASTRO MENDES, *Derecho Processual Civil*, Volume II, revisto y actualizado, edición AAFDL, 1987, p. 683 a 687.

321 PEREIRA DE MELO, FRANCISCO, *Responsabilidade civil do juiz*, SI, Tomo XVIII, 1969, p. 445.

decisión judicial recurrirá del análisis imparcial de la materia probatoria que, como es sabido, no debe ser efectuada según su voluntad. Por lo contrario, la libre apreciación de la prueba no es sinónimo de libre arbitrio o valoración eminentemente subjetiva del juzgador, pero sí apreciación judicial que se realiza de acuerdo con criterios lógicos y marcadamente objetivos.

En el seno de la responsabilidad civil en general es costumbre referirse *al caso fortuito y de fuerza mayor*. En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual del Estado es crucial hablar de la fuerza mayor para alejar esa responsabilidad. Sobre esto se debe ver, por ejemplo, el Ac STA 16-06-1987³²² y STA 19-01-1984³²³.

En sede procesal civil en la indagación, interpretación³²⁴ y aplicación³²⁵ de las reglas jurídicas³²⁶ el juez no está sometido a las alegaciones de las partes (Art.º 664 del CPC Portugués). Lo que se acostumbra expresar en la vieja máxima *iura novit curia*. En otras palabras, en materia de derecho el juez no está sometido a las alegaciones de las partes, ni tampoco está restringido a la calificación jurídica de los hechos efectuada por aquellas.

Ac STA de 24-01-1990³²⁷ para la interpretación de las decisiones jurisprudenciales es esencial traer a colación la atención dispensada a los

322 Ac STA 16-06-1987: *BMJ*, 368, p. 566 a 567.

323 Ac STA 19-01-1984: *BMJ*, 333, p. 284 a 294.

324 Para una primera noción de interpretación sugerimos la lectura de ARTHUR CAVALCANTI, *A estrutura lógica do direito*, Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p. 67 a 86, RODOLFO SACCO, *In concepto di interpretazione dei diritto*, Università de Torino, Serie II, Memória LX, Libreria Scientifica G. Giappichelli, Torino, 1947.

325 Sobre la interpretación y aplicación de la ley escribió EMÍLIO BETTI, *Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado Editorial de Derecho financeiro, Madrid, 1975, principalmente p. 100 a 102 y JOSÉ MARTIN OVIEDO, *Formación y aplicación dei derecho (aspectos actuales)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972. Existe una extensa bibliografía de los cuales destacamos CABRAL DE MONCADA, *Lições de Derecho Civil*, 4ª edición, Almedina, Coimbra, 1995, p. 135 a 228.

326 Que podrá ser igualmente encarada en una única palabra: jurisprudencia. Sobre la jurisprudencia y sus límites escribió VASSANTA POROBO TOME, *A jurisprudencia - Seu sentido e limites, do problema da "injustiça da ley" e da "certeza "do derecho*, I, Livraria Almedina, Coimbra, 1971. Alrededor de la interpretación de la ley y jurisprudencia de los intereses *vid* PHILIPP HECK, *interpretación da ley e jurisprudencia dos interesses*, traducido por LUÍS OSÓRIO, Colección STVDIVM, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1947.

327 Ac STA 24-01-1990: *AD STA*, 347, p. 1391.

fundamentos o motivos que sirvan de base para las mismas. Ocurre que, en un estudio superficial, la actividad de interpretación de las normas³²⁸ y la valoración de los hechos y de las pruebas constituyen el núcleo esencial de la función del juzgador³²⁹, no siendo ambas, en principio, pasibles de responsabilidad civil de aquel³³⁰. Esta afirmación no significa *tout court*, todavía, que no estemos de acuerdo con CRISTINA QUEIROZ³³¹ cuando a dada altura de su trabajo menciona que "*La responsabilidad del juez se transforma, cada vez más, en una responsabilidad por la búsqueda en fundamentar sus decisiones*". Esta afirmación carece efectivamente de algunos esclarecimientos que por el objeto del tema nos excusamos de desmenuzar. Igualmente, sólo la justificación persuasiva de la resolución judicial, ya sea en lo concerniente a la concreción de las reglas jurídicas aplicables, en la verdadera reconstitución de la materia relativa al hecho jurídico que son relevantes para la buena apreciación de la causa, o como en la interpretación y correcta aplicación del derecho, pueden asegurar que la sentencia se traduzca apenas el fin cronológico de la acción, pero igualmente el maquinismo de verdadera pacificación de la sociedad. Como refiere MODESTO SAAVEDRA LOPEZ citado por ANTÔNIO ABRANTES

328 Sobre esta área, principalmente alrededor del significado metodológico, del objeto, de la naturaleza problemática, del objetivo, de los elementos y de los resultados de la interpretación jurídica, leer los abastados elementos suministrados en *DIGESTA, Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Volume II, Coimbra Editora, 1995, p. 337 a 375*, y *CABRAL DE MONCADA, Integração de lacunas e interpretação do Direito, RDES, Ano 7, p. 159 a 195. Sobre que especie de saber a que pertencerá o saber dos juristas tentou responder A.J.B., BMJ, 10, p. 411 a 431*.

329 Parece pacífico este entendimiento. J.J.GOMES CANOTILHO, *Derecho Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, p. 463. Para tal existe un método de interpretación conforme advierten PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 57 a 87, FRANÇOIS GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, Iorc's premier, seconde édition revue et mise au courant, Paris, librerier Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. En Portugal tenemos CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica Problemas fundamentais, BFD*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993

330 La actividad interpretativa y la valoración de las pruebas son excluidas de la responsabilidad civil del juez, sea a nivel nacional, sea en relación a los autores extranjeros. Sobre el propósito de estos últimos tenemos VICENZO VIGORITI, *La Responsabilità dei giudice: Che fare ?*, *Rivista Di Diritto Civile*, Ano XXXIII, 1987, Parte Prima, Padova, Cedam, p. 317 a 328. Aunque, y conforme acentúa PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e fragmentos, cit.*, "*sólo se podrá hablar en autentica responsabilidad de los magistrados, si les es dejada algún margen de libertad en la conformación de sus decisiones, margen ese por el cual puedan y deban responder.*"

Pero ni siempre fue así. La ignorancia de la ley o su mala interpretación podrían ocasionar la responsabilidad (civil?) del juez cuando, anteriormente, se entendía que, en sede de revisión de sentencia, el juez era condenado en las costas. Tal figura no existe en la actualidad.

331 QUEIROZ, CRISTINA, *Interpretação constitucional e Poder Judicial Sobre a epistomologia da construção constitucional*, Coimbra Editora, p. 343.

MENDES³³² la aceptabilidad de la decisión por parte de la sociedad es lo que dirige al juez en su búsqueda del derecho.

En proceso penal impera, en regla³³³, este principio³³⁴, conforme dispone el Art.º 127 del CPP Portugués. En el foro procesal civil reina la misma línea de pensamiento plasmada en el Art.º 655, nº 1 del CPC Portugués. Nuestros tribunales también han subrayado este principio, *vid*, por ejemplo, lo vertido en el Ac STJ 03-03-1999³³⁵.

Como regla general, las decisiones judiciales formuladas en el ámbito del proceso civil, criminal, administrativo, fiscal, entre otros, son susceptibles de recurso, aunque existen decisiones y despachos formulados por los jueces que son irrecurribles. Las resoluciones recurridas, una vez obtenida su procedencia, no configuran casos de responsabilidad civil del juzgador. En el campo procesal civil tenemos el régimen general de los recursos contenidos en los Artículos 676 a 782 y 992 a 923. En el foro procesal penal podemos observar igualmente las normas contenidas en los Artículos 399 a 466 del CPP Portugués. En el CP Portugués esta eventualidad se encuentra prevista en los Artículos 79 a 87. Esa facultad legal se encuentra igualmente estatuida en el ámbito de los procesos tributarios, administrativos, entre otros.

Es bastante vetusta, en el ordenamiento jurídico portugués³³⁶, la obligación que

332 ABRANTES MENDES, ANTÔNIO em<http://www.cidadevirtual.pt/asjp/congresso/sergio.html>.

333 Las excepciones son las patentes *máxime* en el Art.º 84, 163, 169, y 344, todos del CPP Portugués.

334 El juez formula su decisión con base en las pruebas. Sobre las pruebas ver los esclarecimientos formulados por FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1914, p. 72 a 187.

335 Ac STJ 03-03-1999: *BMJ*, 485, p. 248 a 252.

336 En sistemas jurídicos como es el caso español. Así escribió CARLOS CARRIGA y MARTA LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 -España, 1855), La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid I (1997), Universidad Autónoma de Madrid, BOE, Madrid, 1997, p. 97 a 142*. Además, es verdaderamente curioso notar que en España, con el Decreto de 1811 y de 1813, siendo que este último quedó conocido como "*Las Regias para que haga efectiva responsabilidad de los empleados públicos*", entre los cuales se destacaban los jueces, se fijó el principio de la responsabilidad de los juzgadores, que tuvo su génesis en la motivación (o su ausencia) de las decisiones judiciales, conforme admiten expresamente CARLOS CARRIGA y MARTA LORENTE en la p. 138 a 139. Esto porque su falta impedía concretizar las razones de hecho y, por consiguiente, se hacía depender el acto de la propia conducta

tienen los jueces de fundamentar sus resoluciones. Basta remontar a las propias *Ordenaciones*³³⁷. Actualmente la Constitución Portuguesa estipula el deber de fundamentar las decisiones en su Art.º 205, n.º 1, relegando para ley ulterior sus términos. La motivación de su resolución judicial funcionará como forma utilizada por el juez con la finalidad de obtener la efectividad social de las mismas³³⁸. A nivel ordinario rige el Art.º 158, n.º 1, del CPC Portugués³³⁹, diciendo que las decisiones proferidas sobre cualquier pedido controvertido o sobre cualquier duda suscitada en el proceso son siempre fundamentadas³⁴⁰. Considera RODRIGUES BASTOS que las decisiones judiciales deben vencer y convencer a las partes³⁴¹. Este fundamento se traduce en la presentación de los motivos de hecho y de derecho que condujeron a la decisión del juzgador. En relación con este Art.º 158, n.º 1 está el n.º 2³⁴² de la misma norma, que menciona que *"la justificación no puede consistir en la simple adhesión a los fundamentos alegados en el requerimiento o en la oposición."*

Como señala el Profesor ANTUNES VARELA³⁴³ *"En el momento actual, en que las divisiones ideológicas marcan declaradamente a las personas, desde las partes y*

personal del juez en el proceso. Por la pertinencia de este asunto sugerimos la lectura de p. 136 a 142 del trabajo anteriormente referido de aquellos dos autores.

337 Sobre este deber de fundamentar en las obligaciones leer JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, Volumen I (Arts. 1 a 363), 3ª edición revista y actualizada, Lisboa, 1999, p. 228 a 230, ARY ELIAS DA COSTA, FERNANDO DA SILVA COSTA, JOÃO FIGUEIREDO DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado e comentado*, Volume 3º, Libro III del Proceso (Art.º 137a 301), Livraria Almedina, Coimbra, 1974, Anotación al Art.º 158, que transcribiendo JOSÉ ALBERTO DOS REIS escriben: *"Desde que nuestro sistema es el de la legalidad, el juez tiene que demostrar que decidió en conformidad con la ley; tiene, por lo tanto, que interpretar la norma legal adecuada a aplicarla a los destinos de la causa. Ese trabajo de interpretación y aplicación es de la más alta importancia; es por vía de él que se forma la jurisprudencia y que esta se va uniformando y adaptando a las nuevas condiciones y necesidades del medio social."*

338 Así tenemos PAULO SOARES MENDONÇA, *A argumentação das decisões judiciais*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997 (contracapa).

339 El Art.º 96, 494, n.º 4, 795, párrafo 2º, 1059, párrafo 1º, 1063, 1069, 1074, 1086, párrafo 2º, 1167 e 1171 del CPC Portugués de 1876 ya lo exigían. Sobre este propósito tenemos JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, *cit.*, p. 169 a 173, y del mismo autor el Tomo III, en las anotaciones hechas a esas normas. El Art.º 158 del CPC de 1939 e 1961 tenía una redacción y un tenor semejante al Art.º 158 actual.

340 En el polo opuesto FERREIRA GIRÃO, *O poder disciplinar sobre os funcionários deve ser reentregue aos juiz, Fórum Iustitia Derecho e Sociedade*, Año II, n.º 13, p. 27 a 30, considera que debería acabar el exceso de fundamentos en las sentencias y acuerdos. Además, de acuerdo con ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Los Consensos y desconensos en el Proceso Civil que parece insistir en no funcionar, Fórum Iustitia Derecho e Sociedade*, Año I, n.º 9, p. 6 a 22 (principalmente p. 12) *"se escribe demasiado y se abusa de las citaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, de forma general en todas las instancias"*.

341 RODRIGUES BASTOS, JACINTO, *Afoiaí ao Código de Processo Civil*, Volumen I *cit.*, -ç. 228.

342 Sobre esta figura patente en el n.º 2 leer el Ac STJ 19-01-1984: *BMJ*, 333, p. 380 a 385.

343 ANTUNES VARELA, JOÃO, *A Responsabilidade personal do juiz*, *R.L.J.*, Año 130, Mayo, 1997, p. 9 e 10.

sus patronos hasta los magistrados de los diferentes tribunales, muchos de ellos con el distintivo de su filiación partidaria abrochado a la solapa del propio cargo que ejercen, mayor aún es el recelo de los juicios de equidad y más necesaria se torna el basamento del juzgado ante el raciocinio normativo de la ley." Prosigue aún el mismo autor: "Además, sólo la justificación convincente de la decisión, sea en la determinación de las normas aplicables, sea en la fiel reconstrucción de los hechos que interesen al examen y decisión de la causa, sea en la interpretación del derecho, pueden garantizar que la sentencia sea, no apenas el remate cronológico de la acción, pero también un real instrumento de pacificación social."

El juzgador posee la responsabilidad técnica y burocrática de sus resoluciones, además del deber de proferir sentencias y despachos que puedan parecer justos y racionales a los ojos de todos. Como menciona MESSIAS BENTO³⁴⁴: "*La sentencia debe ser una pieza jurídica serena y -pese la expresión- con alguna dosis de "grisiento"*". De ahí la fuerte conexión entre este principio de la motivación³⁴⁵ con el principio de la legalidad. Además, es posible establecer, conforme lo establecido por ALEXANDRE PESSOA VAZ³⁴⁶, una estrecha conexión entre la independencia e imparcialidad de los juzgadores con las decisiones motivadas que propalan. No le basta al juez parecer independiente e imparcial, él debe realmente serlo y debe demostrarlo en las interpretaciones válidas que hace de las normas, además es igualmente correcto afirmar que la motivación de la sentencias están debidamente acompañadas del principio de respeto de los derechos de defensa de cualquier ciudadano³⁴⁷.

344 BENTO, MESSIAS, *Refletindo sobre o poder dos juizes, Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, p. 279.

345 MOREIRA DOS SANTOS, GIL, *A decisão judicial como ato soberano: a propósito de una cuestión de competência territorial*, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 3, 1999, p. 119 a 127.

346 PESSOA VAZ, ALEXANDRE, *Derecho Processual Civil, do antigo ao novo Código*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 239. Sobre la obligación constitucional de motivación del magistrado judicial ver los apartes proferidos por este autor en la p. 240 y 241.

347 Sobre el deber de fundamentar en las decisiones judiciales penales en materia de hecho tenemos el Ac TC n.º 680/98, *Revista jurídica n.º 23*, Noviembre de 1999, p. 357 a 367 y comentarios y citaciones de CARLOS PINTO ABREU en la misma *Revista* en la p. 367 a 379.

La falta de fundamento exigida por el Art.º 158 de la CPC Portugués constituye nulidad de la sentencia y del despacho a la luz de lo consignado en el Art.º 666, n.º 3 y 668, n.º 1 de la línea *b*) del CPC Portugués. Respecto al Art.º 668 del mismo CPC se refirió el Ac STA 28-03-1996³⁴⁸, que estudiaremos a continuación. En relación al argüir de las nulidades constantes en relación al Art.º 668 son varias las decisiones jurisprudentes, siendo unas más recientes que otras. Como ejemplo de decisiones más antiguas podemos citar el Ac STJ 29-10-1948³⁴⁹, más contemporáneas serían, por ejemplo, el Ac RC 24-10-1990³⁵⁰. En relación a la *omisión o exceso de pronuncia*³⁵¹, como causa de la nulidad de la sentencia contemplada en la línea *d*) del n.º 1 del Art.º 668 del CPC Portugués, no puede, ni debe, confundirse con eventuales errores de juicio o injusticias de la decisión conforme se juzgó en el Ac STA 16-04-1996³⁵². Sobre esta tenemos los Ac STJ 23-11-1948³⁵³ y Ac STJ 06-12-1946³⁵⁴. En relación a la falta de motivación véase, por ejemplo, el Ac RC 21-06-1963³⁵⁵. La motivación de la sentencia es esencial, pues es la forma que tiene el juzgador de demostrar cuál es la razón por la que se aplica cierta norma y no otra, además de que es la parte que queda vencida y la parte no vencida las que tienen el derecho de tener conocimiento de las razones por las cuales la sentencia le fue favorable o desfavorable. Así, la parte vencida podrá impugnarla, en los casos en que el recurso es admisible, presentando sus fundamentos ante el tribunal superior que precisa igualmente saber cuál es la argumentación de la decisión del tribunal inferior de forma a apreciar correctamente el objeto del recurso.

348 Ac STA 28-03-1996: *BMJ*, 455, p. 537 a 538.

349 Ac STJ 29-10-1948: *BMJ*, 9, p. 212 a 214.

350 Ac RC 24-10-1990: *CJ*, Año XV, Tomo 2º, p. 72 a 74. La falta total de enumeración de hechos probados y no probados determina la nulidad insubsanable de la sentencia. Siendo meramente insuficiente para la resolución judicial del tribunal de recurso se asiste solamente a la repetición del juicio a fin de investigar cuáles son los hechos en falta y considerados esenciales para la decisión.

351 Alrededor de este asunto se juzgó en el Ac STA 16-04-1998: *AD STA*, 443, p. 1376 a 1394, Ac STA 28-02-1996: *Boletim da DGCI (Ciência e Técnica Fiscal)*, 382, p. 334 a 344 o *AD STA*, 420, p. 1405 a 1415, Ac STJ 30-03-1973: *BMJ*, 225, p. 242 a 246.

352 Ac STA 16-04-1996: *BMJ*, 456, p. 474 a 475.

353 Ac STJ 21-11-1948: *RLJ*, 82, p. 63 a 64.

354 Ac STJ 06-12-1946: *RT*, Año 65, p. 150 a 151.

³⁵⁵ Ac RC 21-06-1963: *Albano Cunha, Jurisprudência das Relações*, Año 9, Tomo 1º, p. 764.

En relación con este asunto, se considera que hay falta de fundamento o de motivación de la sentencia, según el Art.º 659 del CPC Portugués, siendo, pues la misma nula por falta de un elemento esencial (Art.º 668, 1, *b*), de la misma norma), siempre que la sentencia de la 2ª instancia no se pronunció sobre las cuestiones colocadas, tal cual se determinó en el Ac STJ 09-12-1987³⁵⁶. Que se note que la sentencia sólo es nula cuando haya falta absoluta de fundamento, y no motivación deficiente, mediocre o errada. Es igualmente este el entendimiento de nuestra jurisprudencia civil³⁵⁷ a la laya de lo que se determinó en el Ac RL 10-03-1980³⁵⁸ y Ac STJ 03-07-1973.³⁵⁹

Como es sabido, cualquier proceso equitativo presupone la motivación de las decisiones. En otras palabras, se exige la enunciación de los puntos, de hecho y de derecho, sobre los cuales se basa la decisión judicial, de modo a facilitar a la parte, o al afectado, lo satisfecho con aquella decisión, la evaluación de las posibilidades, o no, de suceso en el ámbito de un recurso. De ahí que una motivación inexacta podrá significar, en la práctica, una verdadera falta de motivación. La motivación constituye más un aspecto de la transparencia del aparato y funcionamiento de la justicia no siendo imperioso, entretanto, una decisión donde pormenorizadamente se contraataquen todos los fundamentos utilizados en la acción, basta que se verifique una indicación clara de las razones justificativas que sustentaron la decisión del juez o jueces de acuerdo con los casos.

También nos parece inevitable que el fundamento de cada decisión generalmente oscila de acuerdo con la naturaleza y dificultad del caso vertiente. En el foro penal valen los mismos esclarecimientos aducidos *supra* con pequeñas alteraciones. La primera de ellas lógicamente que se prende con las normas procesales a aplicar. Dice

356 Ac STJ 09-12-1987:5M7, 372, p. 369 a 372.

357 Y, de cierta manera, criminal según lo acordado en el Ac RC 24-10-1990: C7,XV, Tomo 5º, p. 72.

358 Ac RL 10-03-1980: *BMJ*, 300, p. 438.

359 Ac STJ 03-07-1973:*BMJ*, 229, p. 155 a 159.

el Art.º 374, n.º 2 del CPP Portugués lo que sigue: *"Al informe se sigue el fundamento, que consta de la enumeración de los hechos probados y no probados, bien como de una exposición, tanto como posible completa, aunque concisa, de los motivos, de hecho y de derecho, que fundamentan la decisión, con indicación del examen crítico de las pruebas que sirvieron para formar la convicción del tribunal"*³⁶⁰. Seguidamente se menciona el Art. 379 del mismo Código³⁶¹, cuya enumeración es igualmente taxativa³⁶², que es nula toda sentencia que no contenga el fundamento aludido en el Art.º 374 n.º 2 ya transcrito. En nuestra jurisprudencia criminal los motivos de hecho de la decisión no son los hechos probados ni los medios de prueba, pero los elementos que en razón de la experiencia o de criterios lógicos constituyan el substrato racional que llevó a que la convicción del tribunal tomara determinada decisión. La motivación o fundamento debe ser aquel que permita a los sujetos procesales y al tribunal superar el examen del proceso lógico o racional, que les subyace, por la vía del recurso, conforme obliga el Art.º 410.2 del CPP Portugués y debe asegurar un respeto efectivo por el principio de la legalidad en la sentencia.

En el foro jurisprudencial, en relación con este asunto se, *máxime*, la lectura de las decisiones vertidas en los Ac RC 29-09-1994³⁶³, Ac STJ 18-12-1991³⁶⁴ y Ac RC27-06-1983³⁶⁵.

Llama la atención, aún, para las digresiones producidas en el Ac de la RC 09-04-

360 Sobre la motivación de los hechos jurídicos de las sentencias penales verse las notas adjuntas formuladas por MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*, c/f., p. 708 a 717.

361 Alrededor de este precepto se volcó MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*, cit., p. 722 a 726.

362 Así tenemos lo vertido en el Ac STJ 31-05-1989: *BMJ*, 387, p. 493 a 496.

363 Ac RC 29-09-1994: *CJ*, Año XIX, 323, p. 360 a 371. Es nula, por violación del art.º 374, n.º 2 del CPP la sentencia en que se fundamenta la convicción del tribunal de la forma siguiente: *"Los hechos probados y no probados asientan en las declaraciones del argüido conjugadas con las del quejoso y de los testigos inquiridos."*

364 Ac STJ 18-12-1991: *BMJ*, 412, p. 383 a 389.

365 Ac RC 27-06-1983: *CJ*, Año VIII, Tomo 4º, p. 66 a 68.

2003³⁶⁶, ya que la decisión divergente de la jurisprudencia sólo es admisible desde que fundamentada en argumentos no debatidos en la sentencia uniformadora, o constantes en votos de vencido en él formulado.

Actualmente es más frecuente recurrir a la intangibilidad del caso juzgado³⁶⁷ para determinar uno de los mayores obstáculos a la responsabilidad de los juzgadores³⁶⁸. En lo que tange al caso juzgado, específicamente en la vertiente que ahora nos interesa, sería suficiente afirmar que, erróneo o no, lo que es cierto es que cualquier decisión judicial, sea civil, criminal³⁶⁹, laboral u otra, creará *su propia certeza*. Tal parece presuponer, a la partida, la imposibilidad de permitir cualquier tipo de responsabilidad, dado que esta se fundamenta apenas en los actos contrarios al derecho. De ahí la máxima latina "*Rés judicatapró veritate habetur*" (el caso juzgado es tenido como verdad), que define la verdad jurídica que es, como se sabe, una verdad formal.

Siendo así, todo el sistema jurídico deberá renunciar del hecho de toda la resolución judicial ser tenida por incorrecta o correcta, pues lo que es más relevante es el hecho de poner fin al pleito o proceso.

Del punto de vista más técnico siempre se admitirá que el caso juzgado puede ser encarado, en algunos casos, del punto de vista meramente formal. Además, se trata

366 Ac 09-04-2003 : C7, 2003, Tomo 2°, p. 252 a 255.

367 Sobre el caso juzgado en la jurisprudencia constitucional leerse ISABEL ALEXANDRE, *O caso juzgado na jurisprudencia constitucional portuguesa, Estudos em homenagem ao Conselheiro José manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, p. 11 a 77 y en el foro civil, como efecto de la sentencia, tenemos ANSELMO DE CASTRO, *Derecho Processual Civil Declaratório*, Volumen III, *cit.*, p. 383 a 400. En el ámbito jurisprudencial *vid* el Ac STJ 15-03-2001: *CJAcSTJ*, Año IX, Tomo 1°, p. 168 a 172. En el campo penal tenemos el Ac STJ 08-02-2001 :*CJAc STJ*, Año IX, Tomo 1°, p. 229 a 233 y Ac STJ 08-03-2001: *CJAcSTJ*, Año IX, Tomo 1°, p. 241 a 243.

368 Este argumento no es apenas nuestro. Entre nosotros verse SOAREZ MARTINEZ, *Filosofia Do Derecho*, *cit*, p. 726. En España tenemos PLÁCIDO FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, *El derecho a unproceso sin dilaciones indebidas*, *cit.*, p. 162 a 166.

369 Alrededor del caso juzgado en proceso penal escribió KRIKOR NAJARIAN, *L'autorité de la chosejugée au crimineí sur lê crimineí*, *Bibliothèque de Sciences Criminelles*, Tome XVI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.

de una de las excepciones dilatorias³⁷⁰ consignadas en la ley, en el Art.º 494, alinea i) y 497 y 498 del CPC Portugués. Sobre el caso juzgado formal observarse la decisión contenida en el Ac STJ 26-05-1994³⁷¹ y Ac STJ 02-10-1992³⁷².

Consecuencia de ello, la base del caso juzgado se basa en la seguridad jurídica que debe existir siempre que determinada decisión judicial es verbal o escrita, sin posibilidad de recurso. Se verifica, de ese modo, el clarear inderogable de la situación jurídica material que previamente lo determinó. Esto porque toda finalidad del proceso es llegar a una conclusión final contenida en una resolución judicial. La necesidad de acatar responsabilidades al juez en determinadas situaciones bien delimitadas, no es opuesta a la fuerza del caso juzgado, cuando alguien se siente perjudicado con determinada decisión judicial, no está atacando la decisión en sí, pero sí los daños derivados de la misma³⁷³. La forma de atacar las decisiones es hecha mediante la vía de los recursos, en los casos en que aquellos aún son posibles. Así, en ciertos casos, se comprende la necesidad de estipular excepciones a este principio del caso juzgado, siendo la forma común de atacar una decisión manifiestamente dañosa para las partes el competente recurso. Si no es posible, o en los casos en que la decisión no admita recurso, podrá entonces el perjudicado hacer uso de una acción de responsabilidad civil contra cierto juzgador, aunque directamente quien aparezca es el Estado, en los casos permitidos en ley, excepto tratándose de un caso de responsabilidad criminal.

Sobre el caso juzgado existen numerosas resoluciones judiciales. Un ejemplo no

370 Anteriormente teníamos el Art.º 673 y 674 del CPC Portugués de 1939 y era considerada como excepción perentoria, en el Art.º 500 del CPC Portugués de 1961. Sobre esta excepción leerse, CASTRO MENDES, *Derecho Processual Civil*, Volumen II, revisado y actualizado, cit, p. 768 a 792, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume III, cit., p.84 a 87, 94 a 97.

371 Ac STJ 26-05-1994: *BMJ*, 437, p. 35 a 45

372 Ac STJ 02-10-1992: *BMJ*, 420, p. 484 a 489.

373 En el mismo sentido tenemos PLÁCIDO FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., p. 165. Piensen por ejemplo en una resolución judicial que no haya observado el *plazo razonable*.

my reciente de ellas, se trata del Ac del STJ de 03-11-1944³⁷⁴. En lo que se refiere a la autoridad del caso juzgado del ilícito criminal sobre el ilícito civil³⁷⁵ existe preconizado en el Art.º 84 del CPP que dice lo que sigue: "*La decisión penal, aunque absolutoria, que conozca del pedido civil constituye caso juzgado en los términos en que la ley atribuye eficacia de caso juzgado a las sentencias civiles.*"

Nos parece, salvo mejor opinión, que en el Derecho Portugués, el pedido de indemnización formulado contra un juez determinado ya se traduce en un medio acrecido facultado a los particulares lesos por cierta sentencia. Si a esto le añadimos la indeterminación de nuestra jurisprudencia y principalmente la falta de medios procesales alternativos, tendremos forzosamente que concluir que el imperativo constitucional contenido en el Art.º216, n.º2 de la CRP, que, por su turno, nos reenvía para el régimen constante en el Art.º 1083 del CPC y Art.º 5 del EMJ, está muy lejos de resolver todas estas cuestiones y otras que se levantan.

6.2. Actos decisorios

Los procesos pueden ser clasificados, en relación a la naturaleza de los actos, como proceso de ejecución, proceso de conocimiento y proceso cautelar. Este último desinteresa en lo pertinente a la explicación sobre los actos decisorios. En primer lugar vamos a estudiar los procesos de ejecución y de conocimiento.

Así, de acuerdo con la naturaleza del proceso (cognitivo o ejecutivo), los actos del juez pueden ser divididos en:

- a) Actos decisorios propiamente dichos; y
- b) Actos ejecutivos.

En relación a los actos decisorios propiamente dichos, se busca preparar u obtener la declaración de voluntad de la ley, del derecho positivo, frente a la situación

374 Ac. STJ 03-11-1944: *Revista de Justiça*, 30º Año, n.º 666, 1945/1946, p. 21.

375 DUMITRESCO, JEAN, *L'Autorité de chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne, Paris, 1935, y PIERRE HEBRAUD, *Uautorité de la Chose Jugée au Criminei sur lê Civil*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.

fáctica puesta en juicio. En lo pertinente a los actos ejecutivos, lo que se pretende es la realización, en efecto, de la referida voluntad, por medio de actos concretos que irán a incidir sobre el patrimonio del deudor de la obligación, con el objetivo de siempre satisfacer el derecho del acreedor.

Entretanto, comparándose los actos del juez con los actos de las partes, aquellos, aunque pertinente al proceso ejecutivo, son, ordinariamente, órdenes, determinaciones, es decir, actos decisorios en sentido lato.

Por otro lado, es válida la afirmación de que la actividad del juez, en el desenvolvimiento del proceso, ocurre especialmente por medio de actos decisorios. Estos actos decisorios del juzgador fueron enumerados por el Código de Proceso Civil, que en el artículo 162 los clasificó en sentencia, decisión interlocutoria y despachos, reconocidos estos por la consagrada expresión despachos de mero expediente.

6.2.1. Definiciones legales

El Código de Proceso Civil Brasileño, teniendo en cuenta las más radicales discusiones y desencuentros doctrinarios habidos sobre la clasificación y definición de los actos decisorios del juez, en su artículo 162 y párrafo, se prestó a clasificarlos, de la siguiente forma:

1) Sentencia: en los términos de la Ley 11.232, de diciembre de 2005, que alteró el concepto de este acto judicial, al modificar el párrafo 1º del artículo en asunto, consiste en el “acto del juez que implica alguna de las situaciones previstas en los artículos 267 376 y 269³⁷⁷”.

376 CÓDIGO DE PROCESO CIVIL, art. 267: “Se extingue el proceso, sin resolución de mérito:

I - cuando el juez denegar la petición inicial; II - cuando quedar parado durante más que 1 (un) año por negligencia de las partes; III - cuando, por no promover los actos y diligencias que le compiten, el autor abandonar la causa por más que 30 (treinta) días; IV - cuando se verificar la ausencia de presupuestos de constitución y de desarrollo válido y regular del proceso; V - cuando el juez acoger la alegación de perención, litispendencia o de cosa juzgada; VI - cuando no concurrir cualquier de las condiciones de la acción, como la posibilidad jurídica, la legitimidad de las partes y el interés procesal; VII – por la convención de arbitraje; VIII - cuando el autor desistir de la acción; IX - cuando la acción sea considerada intransmisible por disposición legal; X - cuando ocurrir confusión entre autor y

2) Decisión interlocutoria, prevista en el § 2º del artículo 162 del Código de Proceso Civil, consiste en el acto por el cual el juez, en el tramitar del hecho, resuelve cuestión incidente;

3) Despachos de mero expediente, llamados por el Código de Proceso Civil, en el § 3º del artículo 162, simplemente de despachos, son todos los demás actos que el juez practique en el curso de la demanda, de oficio, o atendiendo requerimiento de los litigantes, a cuyo respecto la ley no establezca otra forma.

Hay, aún, el “acórdão”, que consiste en los juicios o decisiones proferidas por los tribunales, por los órganos juzgadores de segunda instancia.

6.2.1.1. Decisión interlocutoria

Decisión viene a ser todo y cualquier pronunciamiento del juez que resuelve una controversia, abarcando el término “sentencia”. Sobre este asunto, José Frederico Marques enseña que “*Decisión, en sentido lato, es todo y cualquier pronunciamiento del juez, resolviendo una controversia, con lo que abarca, en su significado, las propias sentencias*”³⁷⁸.

Entretanto, decisión interlocutoria tiene un significado específico en los términos de lo que fue establecido, explícitamente, por el Código de Proceso Civil, como anteriormente analizado. Consiste, pues, en el “*acto por el cual el juez, en el curso del proceso, resuelve cuestión incidente*”.

reo; XI – en los demás casos prescriptos en este Código.

§ 1º El juez ordenará, en los casos de los ns. II y III, el archivo de los autos, declarando la extinción del proceso, si la parte, intimada personalmente, no suplir la falta en 48 (cuarenta y ocho) horas.

§ 2º En el caso del párrafo anterior, cuanto al nº II, las partes pagarán proporcionalmente las costas y, cuanto al nº III, el autor será condenado al pago de las despensas y honorarios de abogado (art. 28).

§ 3º El juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, mientras en lo proferida la sentencia de mérito, de la materia constante de los ns. IV, V y VI; aún, el reo que no alegarla, en la primera oportunidad en que le quepa hablar en los autos, responderá por las costas de retraso.

§ 4º Después de recurrido el plazo para la respuesta, el autor no podrá, sin el consentimiento del reo, desistir de la acción”.

377 CÓDIGO DE PROCESO CIVIL, art. 269: “Art. 269. Habrá resolución de mérito: I - cuando el juez acoge o rechazar el pedido del autor; II - cuando el reo reconoce la procedencia del pedido; III - cuando las partes transigieren; IV - cuando el juez pronunciar la decadencia o la prescripción; V - cuando el autor renunciar al derecho sobre que se funda la acción”.

378 MARQUES José Frederico. Manual de Derecho Processual Civil. Vol. III. 1ª ed., nº 537, p. 41.

En el Derecho Romano era evidente la diferenciación entre sentencias e interlocuciones. Las sentencias solucionaban el mérito, acogiendo o repeliendo el pedido del autor. Las interlocuciones consistían en todos los demás actos del juez, que sin solucionar la lid, eran lanzados en el tramitar del hecho.

Ocurre que esta idea vino a ser deformada por el derecho germánico y por el derecho canónico, creándose un concepto de sentencia interlocutoria para los actos que, sin juzgar el mérito de la causa, juzgaban otras cuestiones incidentes, preparando la demanda para un juicio final³⁷⁹. En este sentido, tenemos Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR., Humberto. Curso de Derecho Processual Civil. 47ª ed., v. I. n° 217, p. 262-3.)³⁸⁰.

6.2.1.2. Despachos

Constituyen despachos las órdenes judiciales que impulsan el proceso. **Estos disponen sobre el andamio del hecho sin que se decida incidentes cualesquiera.**

³⁷⁹ ARAGÃO Moniz de, Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. 1ª ed., , n° 30, p. 39.

380 “La decisión interlocutoria tiene un contenido específico, delante del concepto que el Código le prestó de forma expresa. Corresponde así, al “acto por el cual el juez, en el curso del proceso, resuelve cuestión incidente”.

“La idea de decisión interlocutoria remonta al Derecho Romano, donde se hacía una contraposición entre *sentencias* e *interlocuciones*. Mientras aquellas resolvían el mérito, acogiendo o rechazando el pedido del autor, las interlocuciones abarcaban todos los demás pronunciamientos del juez, emitidos en el curso del proceso, sin solucionar el litigio.”

“Por tergiversación del derecho germánico, acogida por el derecho canónico e intermedio, se adoptó el concepto de sentencia interlocutoria para algunos pronunciamientos que, sin juzgar el mérito de la causa, solucionaban, entretanto, cuestiones otras surgidas durante el trámite del proceso, visando preparar la sentencia final, como, por ejemplo, las relacionadas con el gravamen de la prueba, con la tempestividad de la defensa, el cupo de una prueba especial etc.”

“Chiovenda demostró la impropiedad de la expresión *sentencia interlocutoria*, pues, en su significado propio, sentencia tiene por objetivo el resultado final del proceso, mientras *interlocución* es apenas el medio de preparar la solución última del hecho.”

“Buscando huir de esa lúcida crítica, el Código adoptó la denominación “decisión interlocutoria” para caracterizar las deliberaciones que solucionan cuestiones incidentes en el curso del proceso, distinguiéndolas de los simples “despachos”, de los cuales el juez se sirve cuando apenas tiene que dar andar al proceso, en su trayectoria normal rumbo a la sentencia.”

“Hay posibilidad de inúmeros incidentes en el curso del proceso y hasta se puede deparar con algunos que provoquen el cierre de la propia relación procesal, sin solución del litigio, como el de la falta de representación o de la ilegitimidad de parte.”

“La solución de tales incidentes, entretanto, no se da por medio de decisión interlocutoria, pero sí de sentencia *terminativa* (decisión que pone fin al proceso sin juzgar el mérito).”

“Realmente, sólo ocurre la decisión interlocutoria cuando la solución de la cuestión incidente no lleva al encerramiento del hecho.”

“Bajo pena de nulidad, toda decisión interlocutoria deberá ser adecuadamente fundamentada (Constitución Federal, art. 93, inc. IX; CPC, art. 165).”

“Que se note, también, que no apenas el juez singular profiere decisión interlocutoria. El Tribunal, también, cuando juzga recurso sobre cuestión incidente, sin extinguir el proceso, profiere “acórdão” con posible clasificación como decisión interlocutoria.”

Son llamados de despachos de mero expediente o de despachos ordenatorios.

Así enseña Gabriel Rezende Filho: “Despachos son las órdenes judiciales disponiendo sobre el andamio del proceso”. El mismo autor las denomina de “despachos ordinativos o de expediente”³⁸¹.

De los despachos de mero expediente no cabe recurso alguno, en términos de lo que estandariza el artículo 504 del Código de Proceso Civil. De otra banda, tratándose de acto decisorio – diverso, pues, de los despachos – el Estatuto Procesal Patrio reza que el acto comporta un segundo análisis, por órgano juzgador de instancia superior, por medio de la proposición de recurso denominado de agravio. Es lo que establece el artículo 522 del Código de Proceso Civil.

Es exactamente en este sentido la enseñanza de la lección de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR., op. Cit., p. 263)³⁸².

6.2.1.3. Sentencia

El Estado satisface el derecho del sujeto de la lid, a la prestación jurisdiccional,

³⁸¹ REZENDO FILHO, Gabriel. Curso de Derecho Processual Civil. 5ª ed. Vol. III, nº 804, p. 15.

³⁸² “Tanto pueden ser proferidos *ex officio*, como a requerimiento de las partes. Se debe, a propósito, recordar que, por la sistemática de nuestro Código, el proceso comienza siempre por iniciativa de la parte. No hay instauración *ex officio* de la relación procesal. Pero, una vez provocada la actividad jurisdiccional por la parte interesada, el proceso se desarrolla por impulso del juez, independientemente de nueva provocación del litigante (art. 262).

Son ejemplos de despachos ordenatorios: el que recibe la contestación, el que abre vista para parte, el que designa fecha para audiencia, el que determina intimación de los peritos y testigos etc.

Es importante distinguir entre *despacho* y *decisión*, porque del primero no cabe recurso alguno (art. 504), mientras de esta cabe siempre agravio (art. 522).

Para tanto, se debe considerar despacho de mero expediente los que visen únicamente la realización del impulso procesal, sin causar ningún daño al derecho o interés de las partes. Caso, sin embargo, pasen ese límite y causen gravamen o afecten derechos, causando algún daño (máxime se irreparable), dejarán de ser de mero expediente y proporcionarán recurso. No configurarán, en verdad, en *despachos*, pero verdaderas *decisiones interlocutorias*.

Como el despacho no puede ser objeto de recurso, ninguna preclusión recurre de ese acto del juez. Así es que la citación ordenada en el despacho liminar no impide que el juez, posteriormente, declare inepta la petición inicial en que el referido despacho fue requerido.

Para liberar el juez del peso inútil de despachos meramente ordinativos y sin cualquier contenido valorativo, como los relativos a la “juntada” y a la “vista obligatoria”, la Ley nº 8.952, de 13.12.1994, añadió al art. 162 o § 4º, para permitir que el notario o secretario, de oficio, los practique.

La Enmienda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, añadiendo el inciso XIV al art. 93 de la Constitución, determinó que se transforme en regla en los juicios la delegación a los servidores “para la práctica de actos de administración y actos de mero expediente sin carácter decisorio”. Con eso, los *despachos* a que alude el art. 162, § 3º, del CPC, pasan, en regla, a ser actos de rutina de las secretarías judiciales.”

a través de la sentencia. Esta hace desaparecer el conflicto de intereses calificado por la pretensión resistida - de que ocupa el polo pasivo de la relación jurídico procesal – declarando la voluntad concreta de la ley.

La sentencia constituye prestación del Estado. Este asume el deber de, en último análisis, “hacer justicia”, prestando jurisdicción, que vendrá a culminar y tendrá su ápice por ocasión de la enunciación de la sentencia, terminando la actividad del juez al sentenciar el proceso.

Las sentencias son clasificadas en definitivas y terminativas. Esas ponen fin al proceso sin que el mérito de la demanda sea apreciado por el Poder Judicial, mientras que aquellas deciden el mérito de la causa. Existen también sentencias en lo que solucionan el litigio puesto “sub iudice”, otorgando la prestación de justicia pleiteada, y aquellas que solamente irán a encerrar el proceso, conteniendo en su interior una simple declaración de que no se puede admitir la tutela jurisdiccional en aquellas condiciones en que fue propuesta la lid. Vale decir, teniendo en cuenta las circunstancias en que la demanda fue propuesta, esta segunda modalidad de sentencia, tal vez, defina el proceso, no por la solución de su mérito, pero poniendo fin en este y, al contrario de lo que se podría esperar, sin juicio del mérito, configurada la reconocida extinción del proceso sin examen de mérito.

6.2.2. Forma de los actos decisorios

En los términos de lo que preceptúa el artículo 164 del Código de Proceso Civil Brasileño, los despachos, decisiones y sentencias serán redactados, fechados y señalados por los jueces. La excepción a esta regla viene establecida en el artículo que sigue, 164, segunda parte, del Estatuto Procesal Civil. Refiere que cuando las decisiones son orales, lanzadas en audiencia, el mecanógrafo los registrará, pasando por el análisis, revisión y firma del juzgador.

La búsqueda por la prestación jurisdiccional más celerada creó la posibilidad de que el juez pueda valerse de medio electrónico, en todos los grados de jurisdicción, juez en los actos de su oficio. Esta posibilidad está sacramentada y se tornó ley con la modificación del Código de Proceso Civil, a través de la introducción de un párrafo único a su artículo 164.

6.3. Actos no decisorios

No solamente los despachos de mero expediente son actos practicados por el juez sin cuño decisorio. En su actividad, como miembro de poder, practica una serie de otros actos que son despropriadados de naturaleza decisoria.

Al presidir una audiencia, no practica, en tesis, actos decisorios, pero de administrador público, dotado de poder de policía, con la preocupación primera de garantizar la lisura y legalidad del acto, en la busca de un tratamiento idéntico a todos los contendientes.

Al inquirir testigos, realiza el acto destinado a la elucidación de los hechos, busca saber la verdad, conocer la verdad. En esta práctica, en tesis, nada decide, pero orienta personas en el sentido de que digan todo lo que conocen sobre los hechos importantes al deslinde del caso en cuestión.

Al realizar inspección judicial, de la misma forma, busca, “in loco”, averiguar respecto cosas, personas, vestigios y todo más que pueda auxiliar en la búsqueda de lo que habría, de hecho, ocurrido.

6.4. La diferente incidencia de la atribución de responsabilidad de acuerdo con la respectiva naturaleza del acto jurisdiccional

En el Derecho Español ha imperado siempre el pensamiento de que el

magistrado podrá ser responsabilizado, independientemente de la naturaleza del acto que esté a practicar.

La Constitución Española no hace cualquier diferenciación cuando trata de actos jurisdiccionales en el campo de la responsabilidad civil. De la misma forma, las leyes ordinarias españolas no contienen previsiones diferenciadas tratándose de la actividad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad. No fue hecha cualquier distinción en lo que versa sobre los actos practicados por el juzgador, tratándose de la responsabilidad civil, como prestador de justicia. Esta fue la opción hecha por el Legislador Español. Parece, así, que la conclusión única y razonable es que el Constituyente y el Legislador infraconstitucional, al no hacer mención, pretendieron que fuesen tratados de igual forma todos los actos practicados por los juzgadores. Habiendo decidido por no admitir excepciones, la Ley estandariza y lo hace de forma bastante clara. En esta hipótesis, la única exégesis es la que ordinariamente se hace, siempre en el sentido de atribuir tratamiento igualitario a las más diversas circunstancias abarcadas. Podemos concluir que existe una verdadera prohibición legal a que se trate de manera diferente situaciones en que no hay excepcional previsión por parte del legislador. En este sentido la Doctrina Española³⁸³ enseña que "donde la ley no distingue no se debe distinguir".

A toda evidencia, se puede extraer conclusiones en este mismo sentido de la lectura de los artículos 260 LOPJ y 903 LEC. Emerge cristalina la necesidad de expandir la responsabilidad civil del juez a toda especie de decisión judicial, sean sentencias, decisiones interlocutorias, despachos de mero expediente, pudiendo ser decisiones finales u otras. Que se destaque que el legislador no pretendió atribuir al artículo 262 LOPJ una índole taxativa de los presupuestos de la responsabilidad civil del magistrado judicial. Buscó apenas enfatizar una presunción que ciertos y determinados comportamientos del juzgador presupondrían una actuación negligente o un desconocimiento que no podría ser perdonado, vale decir, un desconocimiento inaceptable, imperdonable.

383 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil dei juez*, cit, p. 39.

Específicamente en relación al magistrado judicial es necesario averiguar cuando estamos ante *un hecho voluntario practicado por el juez* pasible de generar responsabilidad civil, además, el juzgador tiene que tener capacidad para practicar el acto perfectamente válido y eficaz³⁸⁴. **En otras palabras, algunas proposiciones se nos levantan sobre la determinación precisa de los actos judiciales pasibles de ocasionar la responsabilidad civil del juez.**

Nos parece que al aludir la responsabilidad civil del juez, nos referimos solamente a la responsabilidad civil recurrente de actos practicados en el ejercicio de sus funciones³⁸⁵, o sea, en el ámbito judicial o jurisdiccional.

Por lo tanto, siempre podemos afirmar que, en el Derecho Español actual, por ejemplo, para cierta doctrina, cualquier comportamiento doloso o culposo del juez puede originar responsabilidad civil. No es, por lo tanto, necesario que este comportamiento se materialice en una decisión judicial, a pesar de ser el más conveniente. Además la LOPJ de 1985 puso fin a una polémica que vino a desembocar en el Art.º 262 de la LOPJ que se refiere a "*providencias*" (término utilizado por la jurisprudencia y por la doctrina como sinónimo de sentencias). A propósito del hecho voluntario determinante de responsabilidad civil del magistrado judicial dice MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO³⁸⁶, "*Esa posibilidad alinea el Derecho español con las últimas tendencias legislativas europeas. Así, en la reciente Ley italiana, n. 117/1988, sobre la responsabilidad civil del juez, el art. 2. 1 señala: "Quien ha sufrido un daño injusto como consecuencia de un comportamiento, de un*

384 A propósito de la capacidad del juez se volcó CLÁUDIO FARANDA, *La capacita dei giudice*, Milano DottAGiuffrè editore, 1959.

385 Sobre algunos aspectos específicos de la responsabilidad civil del magistrado judicial existen algunas consideraciones tejidas en obras extranjeras. Por ejemplo, GUIDO ALPA, *Responsabilià civile e danno lineamenti e questioni*, II Mulino, 1991, p. 456 a 461, MÁRIO GUIMARÃES, *O Juiz e a função jurisdiccional*, Forense, Rio, 1ª Edição, 1958, más específicamente el Capítulo XVII p. 239 a 248, y RUI STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 88. Axiomático que podrá existir responsabilidad civil del magistrado judicial fuera del ejercicio de la función jurisdiccional sólo que en esas circunstancias el juez deberá responder civilmente en los términos generales de derecho y como hombre común que también es.

386 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 72

acto o de una resolución judicial (...) o como consecuencia de la denegación de justicia tiene derecho al resarcimiento de los daños." Sugiere dicha autora que en el Derecho italiano no se asiste a ninguna fórmula limitativa del comportamiento judicial una vez que cualquier conducta del juez, que en el ejercicio de sus funciones, ocasione perjuicios, podrá determinar el resarcimiento del ofendido en términos civiles.

Como realiza ANTUNES VARELA³⁸⁷ existe una responsabilidad especial del juez en lo que atañe al juicio de la materia de *hado*. Este otro lado de la decisión judicial podrá determinar una responsabilidad del juez a que aquel Profesor optó por designar de "responsabilidad social específica del juzgador". Esto porque, marca el autor, por más "correcta que sea la interpretación de las normas examinadas en la sentencia o en el despacho, y por más completo y exacto que sea el conocimiento del sistema revelado por el juzgador, la sentencia será siempre injusta si ella da como verificado el *hado* esencial que en realidad no se verificó...".

Fuertemente conectado al concepto de función jurisdiccional³⁸⁸ tenemos la noción de *jurisdicción*³⁸⁹, como poder de hacer justicia, simultánea con el derecho de acción, que es, en el fondo, el derecho a pedir justicia. Dentro de la función jurisdiccional y con respecto a la jurisdicción³⁹⁰, nos enseña CHIOVENDA³⁹¹, que

387 ANTUNES VARELA, *A responsabilidad personal dos juizes*, RLJ, 130, p. 34.

388 Sobre la función jurisdiccional leerse igualmente las digresiones escritas en el Ac STA 13-05-1999: *BMJ*, 487, p. 170 a 175. Serán raras las veces en que podemos deparar con un acto jurisdiccional practicado *a non iudice* conforme se decidió en el Ac STJ 01-04-1964: *BMJ*, 136, p. 232 a 237. La Ley no se refiere expresamente al vicio de la inexistencia de las sentencias. Aunque la doctrina no deja de considerar esta posibilidad.

389 Para mayores profundización sobre el concepto de jurisdicción *vid* FERNANDO LUSO SOARES, *Derecho Processual civil de declaração*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 166 a 169. Sobre la comisión de servicio de naturaleza no judicial en que se pueden encontrar ciertos magistrados judicial consultarse el Ac STJ 16-12-1999: *BMJ*, 492, p. 248 a 251.

390 La jurisdicción podrá ser definida, en el rastro de lo que enseñaba CHIOVENDA, citado por FERNANDO LUSO SOARES, *Processo civil de declaração, História - Teoria - Prática*, Almedina, Coimbra, 1985, nota de pie de página n.º 349, p. 164, *in fine*, y 165, como "una serie de facultades que, en sí mismas, pueden pertenecer también a órganos no jurisdiccionales, pero que tienen carácter jurisdiccional por el fin a que se dirigen, o sea, la sustitución, por una actividad pública, de una actividad ajena. Nos aparecen como más estrictamente jurisdiccionales los actos con que se realiza esta sustitución, como la sentencia y las medidas ejecutivas; menos directamente, los actos simplemente dirigidos a prepararla o a tornarla posible."

391 Para mayores prolongamientos sobre estas tres realidades *vid* CHIOVENDA, *Princípios de derecho procesal civil*,

podemos distinguir, por los menos en el ámbito procesal civil, tres facultades jurisdiccionales: de "decisión, coerción, documentación". Asevera el ilustre autor; "En la decisión se afirma ante todo la existencia o inexistencia de una voluntad de ley. Pero de dos maneras y con efectos distintos: a) O se afirma una voluntad de ley concerniente a las partes: como hace siempre la sentencia de fondo y a veces la sentencia que pronuncia sobre una excepción procesal (Parág. 3). Tiene lugar aquí la forma más delicada y propia de actividad jurisdiccional, y le acompaña el efecto especial de la "cosa juzgada sustancia" (...) b) O se afirma una voluntad de ley concerniente al deber del juez de pronunciar el fondo. Y esta es una actividad jurisdiccional meramente preparatoria (...)"

Conforme subraya LUIGI PAOLO COMMOGLIO³⁹² "Non è possibile parlare di" responsabilità esclusiva", ma è più esatto configurare responsabilità "principali" o "complementari", nel contesto di un unico dovere di cooperazione. Ad esempio, la direzione formal del procedimento, affidata principalmente al giudice, non può fare a meno del rapporto secondario delle iniziative di parte...". La dirección formal del proceso está concatenada con el cumplimiento de los deberes de cooperación del juzgador para con las partes y de estas para con él conforme observa LEBRE DE FREITAS³⁹³. Así, cierto es que la dirección material y formal cabrá siempre al magistrado judicial a quien el proceso haya sido distribuido. Por otra parte nos parece manifiestamente inútil atribuir al juzgador determinados poderes de dirección del proceso, en la medida en que, en gran parte, su conducta procesal depende, muchas veces, de la diligencia y de la rectitud de las partes intervinientes en el pleito.

De un ángulo absolutamente distinto, y de cierta manera algo impropia, y meramente descriptiva, podremos arriesgar la designación de la expresión

Tomo I, Madrid, 1977, p. 492 a 500.

392 COMMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Università degli Studi di Milano, Volume Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979, p. 492 e 493.

393 LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Introdução ao Processo Civil Conceito e Princípios à luz do Código Revisto*, cit., p. 143.

"corresponsabilidad" entre las partes y el juez para traducir aquellas situaciones en que el comportamiento de ambos haya congregado para determinar cierta decisión judicial.

En paralelo con la función jurisdiccional, que en ocasiones llega a confundirse con ella por tratarse de una realidad muy próxima, nos deparamos con el poder jurisdiccional o, si queremos, la "*potestad*". Este instituto puede ser definido, en la esterilla de lo que sustentaba CARNELLUTTI³⁹⁴ como "*la potencia de comandar para la tutela de un interés ajeno (...) y su ejercicio es, también, y ni puede dejar de ser la prosecución de un interés*". Un ejemplo de esta *potestad del magistrado judicial se verifica* siempre que un juez se pronuncia en el sentido de condenación del reo, pues tutela el interés del autor, al paso que cuando absuelve el reo, protege el interés del reo, aunque sea en un caso o sea en otro, existe un interés superior que se designa como *interés público*.

Parafraseando MÁRIO GUIMARÃES³⁹⁵ "*tres personas son esenciales en el proceso: juez, que juzgue, autor, que demande y reo, que se defienda*". *Mutatis mutandis* en relación a los procesos crimen, donde, como regla general, existe un afectado, un juez, un delegado del MP, y donde puede coexistir un leso y un demandado civilmente.

Como se lógico, es extremadamente difícil enumerar todos los actos que el juez podrá proceder en el uso de sus atribuciones o todos los despachos a que por ley esté obligado en los procesos civiles, criminales, y de ahí por delante.

Una vez llegados aquí, y en términos generales, puede afirmarse, con seguridad, que el acto, por excelencia de los juzgadores, ya sea en el ámbito del proceso civil,

394 CARNELLUTTI, FRANCESCO, *Teoria general do Direito*, Traducción de A RODRIGUES QUEIRÓ y ARTUR ANSELMO DE CASTRO, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942, p. 258.

395 GUIMARÃES, MÁRIO, *O Juiz e a função jurisdiccional*, cit., p. 274 e 275.

criminal, laboral u otro, es la sentencia³⁹⁶ o el despacho, consonante los casos. Pero este(os) acto(s), en ese ámbito, no nace(n) espontáneamente. Hasta porque *nullum iudex sine aciór*.

Naturalmente que cualquier sentencia o despacho que el juez profiera deberá hacerlo con el merecido cuidado. Es igualmente verdad que algunos en algunos despachos deberá actuar con más profunda atención, específicamente en relación a los actos que importen la privación de libertad, en sede de proceso criminal. Ahora bien, colocamos la siguiente cuestión: ¿será que los despachos del juzgador son pasibles de hacerlo incurrir en responsabilidad civil?. Y a esta inquisición, levantamos otra igualmente pertinente: ¿será que cualquier despacho es pasible de determinar responsabilidad civil del juzgador? A esta pregunta responden afirmativamente algunos autores italianos. Según GIUSEPPE DE STEFANO³⁹⁷, citando otros autores afirma que "*(...) l'azione civile compete non solo per una sentenza, ma anche per qualunque altro atto che ai giudice sai imputabile nell'esercizio delle loro funzioni*". En el mismo sentido vemos ELIO FAZZALARI³⁹⁸ cuando afirma que "*(...) Foriera di responsabililà può essere qualquiasi condotta (ovvia-mente, non solo quella che consiste nel sentenziare) tenuta dal magistrato nelVesercizio delia funzione (...)*".

Ciertos autores, nombradamente SOVERAL MARTINS³⁹⁹, consideran que la responsabilidad civil del juez no se restringe apenas a los actos cometidos por el

396 La sentencia podrá ser vista bajo diversos aspectos específicamente como expresión de la voluntad del Estado, como documento, como actividad humana y como realización de la justicia. Nos parece que estas dos últimas perspectivas constituyen, por ahora, el sentido que damos cuando nos referimos a las sentencias. Para mayores desarrollos sobre las varias modalidades verse CESÁRIO RODRÍGUEZ-AGUILERA, *La Sentencia*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1974. Alrededor de la sentencia en derecho penal y procesal se vuelcan los autores VICENZO SPIEZIA, *La sentenza nel processo penale*, Edizione "La Toga", Napoli, 1936, y VICENZO CAVALLLO, *La sentenza penale*, Casa Editrice Dott. Eugênio Jovenne, Napoli, 1936, entre otros.

397 STEFANO, GIUSEPPE DE, // *dolo dei giudice*, *Rivista de Diritto Processuais Civile*, Ano VIII, 1953, nota de pie de página n.º 2, p. 284. Existen igualmente opiniones contrarias, específicamente que entienden que el único hecho generador de responsabilidad civil del juez se resume en la sentencia, avanzadas por ese autor en esa misma p. 284.

398 FAZZALARI, ELIO, *Nuovi profili delia responsabilità dei giudice*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Año XLII, 1988, p. 1028.

399 MARTINS, SOVERAL, *A organização dos tribunales judiciales portugueses*, 1º Volumen, *cit.*, p. 45.

juzgador en la declaración final de los litigios, antes abarca toda la actividad de obtención de esos resultados igualmente cubierta por su deber de imparcialidad que, cuando violado con intención dañosa, lo deberá sujetar a la responsabilidad, aunque venga derivada de actos de mera tramitación o expediente.

Conforme enseña CÉSAREO RODRÍGUEZ-AGUILERA⁴⁰⁰ *"La sentencia es la expresión última y de mayor importancia de la actividad del juez o magistrado. Las demás actividades judiciales, o son preparatorias de esta decisión final del proceso, o tienen carácter secundario..."*. El proferir de la sentencia encierra el trabajo de **encarcarar** el mayor relieve en el menester del juzgador, y deberá ser precedida de una cuidada y correcta apreciación de los hechos⁴⁰¹ y de las normas aplicables al caso concreto.

Al apreciar cuidadosamente los hechos, el juez tendrá que, entre otras cosas, ejercitar sus conocimientos de orden general y con perspicacia, experiencia, buen sentido y objetividad. Tiene que proceder a las investigaciones, apreciar documentos, compulsar fechas, desmenuzar indicios, examinar declaraciones y levantar, con base en lo que existe en el proceso, la versión que tiene por verdadera. Es cierto y sabido que como refiere la vieja máxima *"Quid non est in actis, non est in mundo"*. O sea, una sentencia puede ser traducida como el *"acto jurídico a cuya práctica la ley reconoce el efecto de suprimir, con fuerza de verdad legal, una situación contenciosa"*⁴⁰², o *"la declaración indiscutible de la voluntad concreta de la ley para la hipótesis controvertida"*, o *"el resultado de la interpretación judicial del Derecho"*. No obstante, hay situaciones en que la decisión, aunque haya sido elaborada antes de la instrucción y decisión de la causa, asume la designación de

400 RODRÍGUEZ-AGUILERA, CÉSAREO, *La Sentencia*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1974, *La Sentencia*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1974, p. 61.

401 En tomo del juicio de la materia de hecho verse la doctrina de JOSÉ OSÓRIO, *Juicio de hecho*, RDES, Año VII, 1954, p. 196 a 219, que alerta *"Si el tribunal no desempeña con perfección de esa delicada función, si el juicio de hecho no consigue descubrir la verdad y describirla con precisión, la aplicación del derecho será necesariamente deturpada"*.

402 Noción traída por A. J.B, *Fenomenologia da Sentença*, BMJ, p. 305 e 313 citada por ARY ELIAS DA COSTA, FERNANDO DA SILVA COSTA, y JOÃO FIGUEIREDO DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado y comentado*, III Volumen, Libro III del Proceso (Arts. 137 a 301), Livraria Almedina, Coimbra, 1974, Anotación al Art.º 156.

sentencia. Son casos en que el proceso acaba con la confesión, desistimiento o transacción de las partes.

En el Sistema Legislativo Brasileño, entendemos que la responsabilidad por la prestación jurisdiccional solamente puede ser, **por regla general**, atribuida al magistrado, cuando los actos practicados tengan cuño decisorio.

Los despachos de mero expediente y los demás actos, arriba estudiados, que no tienen cuño decisorio, **difícilmente** podrán generar el deber de indemnizar del Estado y mucho menos del juzgador.

Los actos que no tienen naturaleza decisoria se limitan a impulsar el proceso y, en este diapasón, **vía de regla**, no generan perjuicio. Lo que se dice de esta especie de acto es, exactamente, que no generan perjuicio o beneficio para cualquiera de las partes. El concepto de despacho de mero expediente, para algunos, viene justamente haciendo esta diferenciación: beneficiar y perjudicar, o no, a cualquiera de las partes.

De esta forma, el presente trabajo busca el análisis de la responsabilidad civil, en especial, por la práctica de los actos decisorios del juez.

El egregio Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul ha entendido siempre el sentido de diferenciar los actos del juez, relacionando tal clasificación con la responsabilidad de ahí emergente, dividiéndolos entre actos jurisdiccionales propiamente dichos, que son actos de cuño eminentemente decisorio, y actos de jurisdicción “lato sensu”, vale decir, actos que no tienen naturaleza decisoria. En este sentido ha entendido el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul (Apelación Civil N° 70012303574, Nona Cámara Civil, Tribunal de Justicia de RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Juzgado en 12/07/2006)⁴⁰³.

403 “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO JUDICIAL TÍPICO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Coexisten dos normas aplicables a la responsabilidad del Estado por los actos judiciales: la primera, constante del art. 37, § 6º, de carácter general, o sea,

En la acción a que alude el Art.º 1083 del CPC Portugués es que en ocasiones es difícil averiguar, desde el inicio, si el comportamiento del juez, comprende ilicitud suficiente o capaz de responsabilizarlo a título *de pérdidas y daños* o si, por otro lado, estamos ante simple lapsos en la apreciación de las pruebas o interpretación de las normas de derecho, siendo nuestra preocupación manifestada en el Ac STJ 11-11-1975⁴⁰⁴, aunque, en el CPC Portugués de 1995, más específicamente de la lectura del Art.º 1083, tal percepción no es inmediata. El caso previsto en la alinea *a)* de esa disposición jurídica, que hace alusión a la condenación del juzgador por crimen de cohecho, soborno, concusión o prevaricación, presupone que, cuando a la fecha de la práctica del ilícito criminal, el magistrado judicial en cuestión se encontraba en funciones. La conjetura mencionada en la alinea *b)* de la misma norma, no confiere cualquier pista para la averiguación del problema ahora levantado, al paso que la línea *d)* del Art.º 1083 del CPC Portugués de 1995, que se prende con la denegación de justicia, presupone la semejanza de lo que ocurre en los pasajes previstos en la línea *a)*, que el magistrado judicial se encontraba en funciones a la fecha de la práctica del hecho. Apretadamente el Art.º 1084 del CPC Portugués de 1995 es más conclusivo en la medida en que se puede retirar del precepto la siguiente ilación: *"La acción será propuesta en la circunscripción judicial a que pertenezca el tribunal en que el magistrado ejercía sus funciones al tiempo en que ocurrió el hecho que sirve de fundamento al pedido"*. Esta norma, por su turno, previene expresamente que a la fecha de la práctica del hecho, el juzgador se encontraba en funciones. De forma comprensible, el Art.º 1091 del CPC Portugués de 1995, a propósito del tribunal competente para la ejecución, ya alude a la eventualidad del juez no encontrarse en

aplicable a toda administración, incluido ahí el Poder Judicial cuando en el ejercicio de actividades meramente administrativas; y la segunda, prevista en el art. 5º, LXXV, de naturaleza específica y restringida a la actividad jurisdiccional típica. El caso de los autos se amolda al reglamento contenido en el artículo 37, § 6º de la Constitución Federal. DANOS IN RE IPSA CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. El valor arbitrado en la indemnización por daños morales debe atender a la dupla finalidad: reparación y represión. Debe ser observada la capacidad económica del atingido y también de los ofensores, de manera que no haya enriquecimiento injustificado, pero que también no lastren indemnización que no alcance el carácter pedagógico a que se propone. TERMOS INJURIOSOS CONSTANTES DAS RAZÕES DE APELAÇÃO. Deben ser rayadas de los autos declaraciones injuriosas que aportan a los autos en la petición presentada por el apelante. APELO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL."

funciones cuando del proceso de ejecución. Demarca, por lo tanto, el dicho precepto que "(...) *la ejecución corre por adjunto al proceso donde fue proferida la condenación, ante el tribunal de comarca del domicilio del ejecutado o ante el de la comarca más próxima, si él es juez de derecho en funciones.*"

A colación llamamos a lo preceptuado en el Art.º 156, n.º 1, del CPC Portugués de 1995 que divulga que "*los jueces tienen el deber de administrar justicia*⁴⁰⁵, *profiriendo despacho o sentencia sobre las materias pendientes (...)*". Visto esto, lo que es cierto es que, sin esta interpretación nunca se alcanzaría la respuesta a la cuestión de saber si el procedimiento aludido en los Artículos 1083 y siguientes del CPC Portugués de 1995 presupone, o no, el ejercicio de la función jurisdiccional a la fecha de la práctica del ilícito civil. Imperioso definir *función jurisdiccional*⁴⁰⁶ que subyace en el objetivo del Art.º 156, n.º 1 del CPC Portugués de 1995, lo que haremos de inmediato. Esto porque, conectada a este aspecto, está la problemática de averiguar si en relación a los jueces se aplica el régimen de la responsabilidad extra-contractual o objetiva consignada en el Art.º 483, n.º 1 del CC Portugués, si se aplican las normas sobre la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, o, se aplica otro régimen jurídico específico⁴⁰⁷. Son esencialmente dos las razones que llevan a optar por la tercera solución: la primera pasa por la necesidad de existir un régimen especial para reglamentar la responsabilidad civil del juez, constante en el CPC Portugués de 1995 como proceso especial, y por otro lado, el hecho de entender que el régimen de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, en la actualidad,

405 Conforme mencionó ARALA CHAVES en una cierta comunicación efectuada a los Jueces en práctica de Lisboa, *CJ*, Año III, Tomo 1º, p. 10, a los juzgadores se espera que sean honestos, que sean imparciales, que sean sensatos según los paradigmas comunes, que sean valientes y firmes y que sean humildes.

406 GUIMARÃES, MÁRIO, *O Juiz e a função jurisdiccional*, Forense, Rio, 1ª edição, 1958. Esta obra, brasileña, contiene algunos conceptos y esclarecimientos sobre el juez y la función jurisdiccional. En lo que toca a la compleja naturaleza de la función jurisdiccional se aconseja aún la lectura del trabajo de ALBERTO XAVIER, *El fundamento del derecho, la naturaleza de la función jurisdiccional, la misión del juzgador en la vida jurídica contemporánea*. Conferencia realizada en la Orden de los Abogados el día 29 de Enero de 1948, Edición del autor, p. 20 a 23. Sobre la sustitución de un sistema relativo a la organización judicial por otro inspirado en nuevos principios constitucionales y la exigencia del mantenimiento del viejo ordenamiento hasta la adaptación a efectuar por el legislador ordinario bajo pena de paralización de la función jurisdiccional leerse el Ac. De la Comisión Constitucional n.º 155, de 29 de Mayo, *BMJ*, 289, p. 147 a 165. Para una explicación un poco más desarrollada de la función jurisdiccional leerse lo vertido en el Ac STA24-01-1990: ADSEÍ, 347, p. 1391 a 1398.

407 Esta constituye convicción de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ citado por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 72.

no es extensible a los magistrados judiciales.

En Portugal no se encuentra ninguna alusión directa en la ley al hecho voluntario generador de responsabilidad civil del juzgador. Así, allá, la reglamentación legal de la responsabilidad civil del juzgador se encuentra aún en una fase algo embrionaria, de ahí que es más seguro referir solamente a la función que el juez ejerce, y su acto por excelencia, que es la resolución judicial⁴⁰⁸, entendida en su sentido más abarcador.

No constituye una tarea precisa la delimitación del concepto de función judicial o jurisdiccional⁴⁰⁹ en el ordenamiento jurídico Portugués, ni siempre es utilizada con el mismo significado o contexto. En la suposición de OLIVEIRA ASCENSÃO la función jurisdiccional o judicial constituye la "*función, esencial e insustituible en el Estado moderno, de decir cual es el derecho, en los términos de la orden jurídica establecida*". MARCELO REBELO DE SOUSA⁴¹⁰, en el mismo sentido a propósito de esa característica, que denomina de "*material esencial de la función jurisdiccional es, naturalmente, la aplicación del Derecho*". En la definición legal de *función jurisdiccional* patente en el Art.º 202, n.º 1 y 2 de la CRP Portuguesa deparamos con lo siguiente: "*7 - Los tribunales son los órganos de soberanía⁴¹¹ con competencia para administrar la justicia⁴¹² en nombre del pueblo. 2-En la administración de la justicia incumbe a los tribunales asegurar la defensa de los derechos e intereses*

408 Tomada con base en la ley y en las demás fuentes de derecho al alcance del juzgador específicamente las constantes en el Art.º 4º del CC. Sobre la decisión según la equidad leerse ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *La decisión según la equidad, Separata da Revista "O Direito"*, Año 122, 1990, II, p. 261 a 280.

409 Cuanto a la función jurisdiccional (refiriéndose al Art.º 206 de la CRP) puede consultarse los esclarecimientos sumarios pero preciosos de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Função jurisdiccional*, Estudos sobre a Constituição, p. 395 y 396.

410 REBELO DE SOUSA, MARCELO y GALVÃO, SOFIA, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª Edição, Revista e aumentada, Biblioteca Universitária, Publicações Europa-América, p. 119.

411 Para considerandos sumarios *vid* J. J.GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 222 a 225.

412 Esta función jurisdiccional podría ser introducida en la función instrumental, ya que en el entender de ciertos autores, los tribunales poseen otras funciones, específicamente funciones instrumentales, funciones políticas y funciones simbólicas, en el entender de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, JOÃO PEDROSO y PEDRO LOPES FERREIRA, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, *cit.*. Las funciones instrumentales de los tribunales serían las siguientes: resolución de los litigios, controle social, administración y creación del derecho.

legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad democrática y dirimir los conflictos de intereses públicos y privados" Nos conduciría muy lejos arriesgar la exégesis profundizada de esta norma. Y más aún numerar las sinnúmero altercaciones⁴¹³ que se han levantado a propósito de la función jurisdiccional. No lo efectuaremos, porque para nuestras digresiones y inmediatas intenciones, los sintéticos esbozos que pasamos a referir son, pensamos nosotros, bastantes. Este precepto carece de algunas explicaciones previas y sumarias en lo que concierne al ámbito de este trabajo. Antes de más, en el Art.º 202 de la CRP, Portugal, no se preside a la noción directa de lo que se debe entender por función jurisdiccional. Antes encontramos la descripción, en términos finales, de tal función. Este concepto pasa por el hecho de esta disposición jurídica reservar a los tribunales, y por consiguiente, a sus titulares, los magistrados judiciales, el ejercicio de la función jurisdiccional⁴¹⁴. Como corolarios de este principio de la función jurisdiccional ciertos autores, en el rastro de la teoría preconizada por LOPES-CARDOSO⁴¹⁵, incluyen la regla de la prohibición de la abstención de juzgar y el acceso a la justicia. La primera inferencia se prende con el deber de los juzgadores de decidir con base en el "*Derecho cognoscíver*", para aprovechar las palabras de LOPES-CARDOSO⁴¹⁶, o sea, aplicando las normas positivadas o los usos cuando ellos sean aplicables al caso concreto, una vez que la jurisprudencia, que se traduce en las tendencias derivadas de precedentes decisiones judiciales, apenas podrá valer como elemento indicativo de interpretación, excepto si se trata de un caso de uniformar la jurisprudencia⁴¹⁷.

413 Este hecho es fuertemente marcado por la doctrina, *vid* Acórdão do TC n.º 455/89, de 5 de Julio de 1989, *Acórdãos do TC*, 14º Volumen, 1989, p. 89 a 130.

414 En este sentido GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Derecho Constitucional*, 4º Edição, p. 587 y 588, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976, Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, p. 479, Ac TC n.º 365/91, de 7 de Agosto de 1991 *Acórdãos do TC*, 19º Volumen, 1991, Ac TC n.º 455/89, de 5 de Julio de 1989, *Acórdãos do TC*, 14º Volumen, 1989, p. 89 a 130, Parecer da Comissão Constitucional, Ac n.º 155, de 29 de Mayo de 1979, *BMJ*, n.º289, p. 147 a 165, Ac TC n.º 443/91, de 20 de Noviembre de 1991, *Acórdãos do TC*, 20 Volumen, 1991, p. 477 a 494, MARCELO REBELO DE SOUSA y SOFIA GALVÃO, *Introdução ao estudo do direito*, *cit.*, p. 118 a 124.

415 LOPES-CARDOSO, AUGUSTO, *Organização e estatuto social dos Juizes e dos Advogados*, *SI*, Tomo 40, Ene./Dic. 1991, números 229/234, p. 74.

416 LOPES-CARDOSO, AUGUSTO, *Organização e estatuto social dos Juizes e dos Advogados*, *cit.*, p 74.

417 Proclama el Art. º 732-A, n.º I, del CPC de 1995 (*Uniformar jurisprudencia*):

“El Presidente del Supremo Tribunal de Justicia determina, hasta la proclación del “acórdão”, que el juicio del

En lo que se refiere a la no abstención de juzgar con fundamento en la falta, obscuridad o ambigüedad de la ley, o en duda insanable, difundida en el Art.º 8º del CC Portugués y reiterada en el Art.º 3º, n.º 2 del EMJ, esta deberá ser encarada en el seno de todos los medios lícitos de interpretación de la ley y de integración de sus vacíos, conforme lo dispuesto en el Art.º 4º, n.º 2 del EMJ, Art.º 8º, n.º 2 y Art.º 10, n.º 3 ambos del CC Portugués, que puede conducir a la creación de Derecho⁴¹⁸, siempre que aquellos procesos no sean satisfactorios. Una vez que estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, concordamos enteramente con la afirmación de ALMEIDA COSTA cuando refiere que *"Sobre el ilícito civil extracontractual, aunque, el problema de la responsabilidad por omisiones o abstenciones tiene mayores melindres"*⁴¹⁹. Para una mejor comprensión de las conjeturas en que una omisión puede acarrear la responsabilidad civil⁴²⁰ vigora lo preceptuado en el Art.º 486 del CC Portugués que reporta lo siguiente: *"Las simples omisiones dan lugar a la obligación de reparar los daños, cuando, independientemente de los otros requisitos legales, había, por fuerza de la ley o negocio jurídico, el deber de practicar el acto omitido"*. Y es imperioso, en estos casos, acrecentar al requisito

recurso se haga con intervención del plenario de las secciones civiles, cuando tal se revele necesario o conveniente para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia. - *El juicio ensanchado, previsto en el número anterior, puede ser requerido por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público, y debe ser sugerido por el relator, por cualquiera de los adjuntos, o por los presidentes de las secciones civiles, específicamente cuando verifiquen la posibilidad de vencimiento de solución jurídica que esté en oposición con jurisprudencia anteriormente firmada, en el dominio de la misma legislación y sobre la misma cuestión fundamental de derecho."*

Antes de eso propalaba lo dispuesto del Art.º 2º del CC (Asientos): "En los casos declarados en la ley, pueden los tribunales fijar, por medio de asientos, doctrina con fuerza obligatoria legal. Esta disposición jurídica, prevenía los asientos, "permitidos" por la Constitución, por lo menos, como actos interpretativos de eficacia interna y externa. En este sentido Ac del STJ de 18-04-1969, RLJ, 103º Año, p. 356 y siguientes. Sobre la validez constitucional de los asientos del STJ vid Ac del TC n.º 40/84, de 3 de Mayo de 1984, publicado en el BMJ, 346, p. 179 a 189. Aunque, actualmente se asistió a la derogación expresa de este Art.º 2º del CC, mediante el n.º 2 del Art.º 4º del DL n.º 329-A/95, de 12 de Diciembre. Sobre la declaración de la inconstitucionalidad de los asientos propagada en el Acórdão del TC n.º 810/93, de 7 de Diciembre, publicado en el DR, II Serie, n.º 51, de 2 de Marzo de 1994, p. 1984 y siguientes, y la conveniencia del uniformar de la jurisprudencia, a que apela lo consignado en el Art.º 732-A del CPC de 1995 vid ISABEL ALEXANDRE, Problemas recentes da uniformização da jurisprudencia en proceso civil, ROA, Año 60, p. 103 a 163. Aconsejamos la lectura de los considerandos recientes colocados sobre los asientos del STJ por CARDONA FERREIRA, Poder Judicial: Leis de Processo: Subsídios para a reforma do Código de Processo Civil, que puede ser visitado en O poder judicial na viragem do século (En línea). ASJP- Associação dos Juizes Portugueses, 1997 (citado en 11 de Noviembre de 2001) Disponible en la Internet en: <http://www.cidadevirtual.pt/asjp/congresso/cardona_ferreira.html>."

⁴¹⁸ En lo que toca sobre la problemática de apurar si el ejercicio de la función jurisdiccional *crea derecho* o sólo lo *aplica* vid MARCELO REBELO DE SOUSA y SOFIA GALVÃO, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 120.

⁴¹⁹ ALMEIDA COSTA, MÁRIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 467.

⁴²⁰ Existe un estudio relativamente reciente sobre este problema de PEDRO PITTA y CUNHA NUNES DE CARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito Civil, Contributo para uma teoria geral de responsabilidade civil por omissão*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

general ahora citado - **consustanciado** en el deber jurídico de practicar el acto - lo aventado en el Art.º 563 del CC citado, o sea, se exige igualmente que el acto omitido lograra obstar el daño (nexo de causalidad⁴²¹).

Nos parece crucial que la responsabilidad civil de un juez tanto puede provenir de una omisión como de una acción de aquel⁴²². El Art.º 1083 del CPC Portugués de 1995 en ninguna parte se refiere expresamente a la acción u omisión, al contrario de lo que sucede *máxime* en la ley italiana⁴²³, aunque de la lectura mesurada de aquel precepto se nota que el crimen de denegación de justicia podrá provenir de una omisión, al paso que, en los restantes casos consagrados en las alineas *a*), y *b*), de dicha ley, generalmente se asocian a una actuación positiva del juzgador.

En relación a este poder de decisión LUSO SOARES⁴²⁴ esclarece que *"Merced del poder de decisión, la autoridad a quien la jurisdicción está atribuida declara si existe o no una voluntad concreta de la ley sobre el caso litigioso - con la particularidad, sin embargo, de, en unos casos, tal declaración pueda producir caso juzgado material o substancial (artículo 671 del Código de Proceso Civil) en el sentido de que el resultado tiene eficacia, dentro del proceso y fuera de él, en los límites fijados por los artículos 497 y sigs, y en otros, cuando la declaración no versa sobre la relación material controvertida, la decisión no produce verdadero caso juzgado, pues si es causa de preclusión dentro del propio proceso (el caso juzgado formal del artículo 672º)".* Al poder de decisión, coacción y documentación

421 Este es el sentido predominante que la doctrina portuguesa da al Art.º 486, nombradamente MÁRIO ALMEIDA COSTA *Direito das Obrigações*, cit., p. 467.

422 Por ejemplo un juez podrá firmar una sentencia aunque no haya asistido a la discusión de la causa a la semejanza de lo que ocurrió en el Ac STJ 27-03-1962: *BMJ*, 115, p. 455 a 463, una vez que no existe ley expresa en sentido contrario. LUÍS ESTEBAN DELGADO DEL RINCON, en su libro *Constitución, Poder Judicial u responsabilidad*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. Madrid, 2002, p. 321 también es de la opinión que el comportamiento del juzgador tanto puede revestir la modalidad de la acción como de una omisión, como se constata en la p. 321 de su obra.

423 En la ya aludida Ley n.º 117, de 13 de Abril, en el Art.º 2º el legislador italiano distingue con clareza el daño como consecuencia de un acto o de una resolución judicial o como consecuencia de denegación de justicia.

424 LUSO SOARES, FERNANDO, *Processo civil de declaração*, cit., p. 164.

ya aludidos, LUSO SOARES⁴²⁵ adiciona una cuarta aptitud que es el poder de ejecución⁴²⁶. Junto a estos cuatro poderes añadiríamos más uno que se traduce en el poder de dirección del proceso⁴²⁷. Este último podrá venir a responsabilizar al juez y a las partes cuando actúan en colaboración y cooperación con aquel titular. Pende sobre el juzgador el poder/deber de jurisdicción, que se consigna en el deber de administrar justicia a las partes en litigio, a través de despacho o sentencia sobre las materias pendientes, en forma absolutamente sincopada prevista en el Art.º 156 del CPC Portugués de 1995. Este deber del juez, espejado en el proceso⁴²⁸, **emerge mientras contrapartida del derecho de acción del autor y el derecho de contradicción que asiste al reo. Establecido, para el proceso civil de Portugal⁴²⁹, en el Art.º 3º, cuando refiere que la resolución tendrá que ser solicitada por una de las partes⁴³⁰, en clara observancia del principio del dispositivo.**

En la esterilla del Derecho Positivo Portugués, cualquier despacho no puede conducir la responsabilidad civil del juzgador. Comenzando por los despachos de meros expediente, a que se refiere el Art.º 156, n.º 4 del CPC Portugués. Reza este artículo que *"los despachos de meros expediente se destinaron a proveer el andamio regular del proceso, sin interferir en el conflicto de intereses entre las partes; se consideran proferidos en el uso legal de un poder discrecional los despachos que decidan materias confiadas al prudente arbitrio del juzgador"*. A este propósito enseña LEBRE DE FREITAS⁴³¹ que los despachos de mero expediente

425 LUSO SOARES, FERNANDO, *Processo civil de declaração, cit.*, p. 164.

426 El poder de ejecución constituye el poder a través del cual la autoridad que dictó el derecho lleva a efecto aquello que decidió.

427 Sobre este asunto se sugiere la lectura del trabajo de LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Direzione dei proceso e responsabilità dei giudice, Rivista di Diríto Processuale*, Año XXXII (II Serie), n.º 1, Gennaio - Marzo 1977, Padova, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antônio Milani, p. 14 a 56.

428 Sobre la problemática de apurar si el juez debe, o no, ser encarado como parte en el proceso tenemos FERNANDO LUSO SOARES, *Direito Processual Civil, cit.*, p. 80 a 87.

429 A propósito de la sentencia en proceso civil se sugiere la lectura de ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Volumen III, *cit*, p. 91 a 100.

430 Nos parece obvio que el impulso procesal, principalmente en los procesos civiles, incumban a las partes. Pero este hecho no significa que ellas tengan que promover, momento a momento, todos los términos del proceso, pues el impulso en ese caso cabrá al juez. Sobre esta cuestión verse el Ac RL 22-01-1975, RT, 93, p. 422 a 423 y BMJ, 243, p. 314.

431 LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, JOÃO REDINHA, y RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, cit.*, Anotación al Art.º 156, p. 277.

comprenden los despachos internos, traducándose en aquellos despachos que son proferidos en el ámbito de las relaciones jerárquicas establecidas con la secretaria y los despachos que digan respecto a la mera tramitación del proceso. Son innumerables los casos de despachos de mero expediente ya tratados en nuestra jurisprudencia. A título meramente enunciativo *vid* algunas decisiones más antiguas principalmente los Ac. STJ de 29-10-1948⁴³², Ac STJ 31-3-1950⁴³³, Ac STJ 11-4-1950⁴³⁴, Ac RL 19-7-1950⁴³⁵, Ac RC 28-11-1950⁴³⁶, Ac STJ 29-4-1952⁴³⁷, Ac STJ 15-1-1954⁴³⁸, Ac STJ 30-10-1956⁴³⁹, Ac STJ 10-11-1959⁴⁴⁰, Ac STJ 26-10-1962⁴⁴¹, Ac STJ 26-11-1963.⁴⁴² Estamos ante despachos proferidos en el uso legal de un poder discrecional, de acuerdo con la orientación adoptada por el mismo autor siempre que el "(...) juez libremente profiere al abrigo de una norma que, ante determinado circunstancialismo, le confiere "una o más alternativas de opción (...)"⁴⁴³".

No parece que se pueda configurar, **en regla**, estos actos ahora citados para efectos de responsabilidad civil, una vez que muy difícilmente se puede **avecindar**, en términos prácticos, una situación que determine daños resarcibles a las partes litigantes. De ahí que la propia Ley Portuguesa determine que los despachos no definitivos, como son, por ejemplo, los despachos de mero expediente, no son recurribles. Es sentencia, de acuerdo con el n.º 2 del Art.º 156 del CPC Portugués de

432 Ac. STJ 29-10-1948: *BMJ*, 9, p. 208 a 211.

433 Ac. STJ 31-03-1950: *BMJ*, 18, p. 305 a 308.

434 Ac. STJ 11-04-1950: *BMJ*, 18, p. 371 a 372.

435 Ac. STJ 19-07-1950: *BMJ*, 20, p. 303 a 307.

436 Ac. RC 28-11-1950:5M7, 27, p. 212 a 214.

437 Ac. STJ 29-04-1952:5M7, 30, p. 254 a 256.

438 Ac STJ 15-01-1954:5M7, 41, p. 211 a 216.

439 Ac STJ 30-10-1956-.*BMJ*, 60, p. 470 a 472.

440 Ac STJ 10-11-1959:5M/, 91, p. 468 a 470.

441 Ac STJ 26-10-1962:5M7, 120, p. 375 a 378.

442 Ac. STJ 26-11-1963: *BMJ*, 131,p.335 a 338.

443 LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, REDINHA, JOÃO, y PINTO, RUI, *Código de Processo Civil Anotado, cit.*, Anotación al Art.º 156, p. 278. Según estos autores caben en esta categoría de despachos a través de los cuales el juez decida no conocer de cuestión prejudicial de la competencia del tribunal criminal o administrativo (Art.º 97, n.º 1 del COC 1995), suspende la causa por la decisión depender de juicio de otra ya propuesta o por ocurrencia de otro motivo justificado (Art.º 279, n.º 1 del CPC de 1995), invitar las partes a suplir las insuficiencias o imprecisiones de la alegación de hecho (Art.º 508, n.º 3 del CPC de 1995) y decida proceder la inspección judicial (Art.º 612, n.º 1 del CPC de 1995).

1995, todo el acto por el cual el juzgador decide la causa principal o algún incidente que presente conforme con la ley. A este respecto ANTUNES VARELA⁴⁴⁴ habla en la *"responsabilidad específica del juez en la elaboración de la sentencia"*. Este insigne Profesor, después de recordar que las decisiones judiciales son, en la gran mayoría, pasibles de ser impugnadas por la vía del recurso⁴⁴⁵, refiere que *"son tan graves los daños inamovibles de una sentencia injusta y tan contingentes las posibilidades de su corrección de los errores en ellas cometidos, que todo juez, sea cual sea la naturaleza o el valor de la acción, debe decidir, para quedar quite con su consciencia, y no con el ánimo de que, por escasez de tiempo o por acumulación de servicio, tiene que confiar al coche--escoba del tribunal superior la enmienda del error que eventualmente haya practicado, pero con la convicción de quien puede estar enviando, por su mano, para la secretaría judicial el instrumento de la última palabra de la justicia sobre el caso en disputa"*. Como se dice, en el cuerpo de dicha norma, la noción de despacho, en términos generales, será obtenida por exclusión de partes. Sobre esta cuestión afirma JOSÉ ALBERTO DOS REIS⁴⁴⁶ que *"se atendió, pues a la función o al fin"*⁴⁴⁷. *Si el acto del juez se destina a decidir la causa, principal o incidental, tiene el nombre de sentencia; si se destina a otro fin - a ocurrir al expediente de la causa o a decidir dudas o controversias levantadas en el recurrir del proceso - tiene el nombre de despacho. No se tomó, para criterio de distinción, la circunstancia de la decisión poner, o no, término a la causa"*.

Pero hay situaciones en que la decisión, no obstante antes de haber sido elaborada la instrucción y decisión de la causa, asume la designación de sentencia. Son casos en que el proceso finaliza con la confesión, desistencia o transacción de las partes, en la esterilla de lo que viene sustentado en el Art.º 300 del CPC

444 ANTUNES VARELA, *A Responsabilidade pessoal do juiz*, RLJ, 129, p. 356 a 359, 130, p. 9 a 11, y p. 34 a 35.

445 Sobre las actas de las sesiones de la Comisión de la Revisión del CPC, en la parte relativa a los recursos, *vid BMJ*, 369, p. 85 a 159.

446 REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil explicado*, *cit.*, Anotación al Art.º 156, p. 101.

447 Según la orientación adoptada por JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, Lisboa, 1963, en anotación al Art.º 156, *"El criterio usado por el legislador, en el n.º 2 del Art.º 156, para definir sentencia, es bastante incierto"*. Sobre el raciocinio subyacente a la diferenciación entre despacho y sentencia *vid* igualmente los desarrollos suministrados por JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Volumen II, Coimbra Editora, Lim., Coimbra, 1945, Anotación al Art.º 156, p. 152 a 155.

Portugués de 1995. La misma designación asume el despacho que conoce inmediatamente del mérito de la causa, siempre que el estado del proceso lo permita, ahora referido en el Art.º 510, n.º 1, alinea *b*) de la misma norma.

Otro ejemplo más de sentencia es el patente en los Artículos 658 a 675 del CPC Portugués. Una vez instruida y discutida la causa, el proceso es enviado al magistrado judicial para que aprecie, siendo la decisión judicial que elabora la llamada sentencia. Definitivamente en relación a los requisitos externos de la sentencia y del despacho, en el ámbito del proceso civil, tenemos lo dispuesto en el Art.º 157 del CPC Portugués⁴⁴⁸. En proceso penal dispone, sobre esta materia, el Art.º 374 del mismo. En relación a las sentencias condenatorias, las mismas deberán ser hechas al abrigo de lo preceptuado en el Art.º 375 del CPP de Portugal mientras que las sentencias absolutorias deberán observar lo prescrito en el Art.º 376 del CPP. Sobre la elaboración de la sentencia prescribe el Art.º 659 del mismo CPC de 1995 (Sentencia) lo que sigue: "*7 -La sentencia comienza por identificar las partes⁴⁴⁹ y el objeto del litigio⁴⁵⁰, fijando las cuestiones que al tribunal cumple solucionar. 2 – Se siguen los fundamentos, debiendo el juez discriminar los hechos que considera probados e indicar, interpretar y aplicar las normas correspondientes, concluyendo por la decisión final (...)*". Para seguir el raciocinio consagrado en la ley la sentencia presenta la siguiente estructura: informe, fundamentos y decisión⁴⁵¹. En el informe de la sentencia, el juez trae en confronto las pretensiones de las partes en litigio, y relaciona las pruebas traídas para los autos, indicando sobre que puntos irá incidir la

⁴⁴⁸ Art.º 157 del CPC de 1995 (requisitos externos de la sentencia y del despacho):

"Las decisiones judiciales serán fechadas y firmadas por el juez o relator, que deben rubricar aún las hojas no manuscritas, y proceder a los resguardos considerados necesarios; los "acórdãos" serán también firmados por los otros jueces que hayan intervenido, salvo si no estuvieron presentes, lo que se hará mención. - Las firmas de los jueces pueden ser hechas con nombre abreviado. - Los despachos y sentencias proferidos oralmente en el transcurso de acto de que deba labrarse auto o acta son ahí reproducidos. La firma de auto o de la acta, por parte del juez, garante la fidelidad de la reproducción. Las sentencias y los "acórdãos" finales son registrados en libro especial." Específicamente en relación a la sentencia emanada de proceso laboral debe atenderse a lo consignado en los Artículos 73 a 78 del CPT actualmente en vigor, al abrigo de la ley de autorización n.º 42/99, aprobado por el DL n.º 480/99, de 9 de Noviembre.

449 Mediante la correcta identificación de las partes en el pleito

450 Donde se incluye el pedido del autor, el pedido reconvenional del reo, si es caso de eso, y la posición de la parte contraria.

451 Para mayores desarrollos sobre la estructura y límites de la sentencia *vid* ANTÔNIO MONTALVÃO MACHADO y PAULO PIMENTA, *O novo Processo Civil*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 240 a 245.

sentencia y cuales son los elementos que se encontraban a disposición del juez. A nivel moral, este informe sirve para demostrar que el magistrado judicial leyó y estudió bien el proceso y le atribuyó algunos aspectos primordiales. La sentencia no deberá ser fruto del libre arbitrio del juzgador. Al contrario, ella se trata de una decisión que deberá obedecer las reglas jurídicas que le son aplicables y las pruebas producidas en el proceso en aprecio. La tercera parte de la sentencia es, en el fondo, la más importante, y ella se traduce en la conclusión. Y el punto esencial de la sentencia ya que es en ella donde el juez ordena la aplicación de la ley al caso concreto.

Siendo así, podemos concluir que ese hecho del juez, en la cualidad de **lesionador (causante del daño)**, sólo podrá tratarse, **ordinariamente**, de una sentencia, transitada en juzgado.

6.4.1. La conducta ilícita del juez

En segunda línea, el Art.º 483, n.º 1, del CC Portugués exige que esa conducta sea antijurídica o ilícita. La doctrina tradicional portuguesa y la jurisprudencia dominante de tal país reclama la presencia de este requisito para que pueda nacer el derecho al resarcimiento. En el apuntalamiento bibliográfico portugués sobre este tema se señala el principio de que todo el perjuicio ocasionado por alguien, sin que exista una causa de justificación⁴⁵² que lo abone, genera la obligación de indemnizar. Así siendo, la forma como este elemento es apreciado en sede general, puede

452 Las causas de justificación admitidas por la doctrina y consagradas en la ley son: el ejercicio o la ejecución de un derecho, cumplimiento de un deber, la obediencia jerárquica, la acción directa (*cf.* Art.º 336 del CC), la legítima defensa (*cf.* Art.º 337 del CC), el estado de necesidad (*c/r.* Art.º 339 del CC) y el consentimiento del lesado (*cf.* Art.º 340 del CC). Pensamos que no es este el momento para realizar un examen minucioso sobre las mismas. Sobre este tema es extensa la doctrina *v.g.* ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade civil, Lisboa, 1959*, Separata do *BMJ*, n.º 85, p. 5 a 104, JOÃO ANTUNES VARELA, *Obrigações em geral*, Volumen I, *cit.*, p. 571 a 582, MÁRIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 475 a 484, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II Volumen, *cit.*, p. 355 a 365, FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, cit.*, p. 158 a 281, e BAPTISTA MARQUES, que habla en causas justificativas de hecho, *Da responsabilidade civil extracontratual, na lei (Novo Código Civil), na doutrina, na jurisprudencia*, Edição do Autor, Alíjo, 1967, p. 58 a 67.

trasladar para el ámbito jurisdiccional. Será antijurídico todo y cualquier comportamiento del juez, en el seno de sus funciones, que, sin que exista una causa justificativa, ocasione perjuicios a otro. Por ejemplo, la sentencia judicial, de acuerdo con el derecho positivo, **puede presentarse muy bien vestida por la justicia cuando, de hecho ella es totalmente desvestida de esa realidad. Por la vestimenta del caso juzgado puede configurarse un genuino abuso del juez.**

La ilicitud no se trata de una realidad estática, al contrario. Se traduce en una reprobación del comportamiento del agente, y se revela ya sean en los comportamientos activos o en los comportamientos pasivos del agente. Para PESSOA JORGE⁴⁵³ el "*acto ilícito representa la violación de un deber jurídico*". Pero este autor levantó la cuestión de saber si la omisión de todo y cualquier deber constituye, o no, el agente en responsabilidad civil o, al contrario es necesario restringir esta violación a ciertos y determinados deberes. Nos parece claro el raciocinio de este insigne autor cuando restringe la responsabilidad civil al campo de los deberes cuya violación es susceptible de ocasionar lesiones. Ya OLIVEIRA ASCENSÃO nos recuerda que: "*£..) La ilicitud es una categoría general de la orden jurídica. Todo el hecho es lícito o ilícito, y si es ilícito lo es ante todos los ramos de la orden jurídica*"⁴⁵⁴. Apud BAPTISTA MARQUES⁴⁵⁵, de una forma más simple, son *lícitos* los hechos jurídicos que son conformes con la orden jurídico-social que los aprueba y consiente al paso que son *ilícitos* los que, entrando en conflicto con la orden jurídica preestablecida, sufren de esta una reacción que se cifra en una sanción que es impuesta al violador. En las siempre preciosas enseñanzas dadas por ANTUNES VARELA⁴⁵⁶, el cual subscribimos integralmente, el CC actualmente en vigor nos da

⁴⁵³ PESSOA, JORGE, *Ensaio sobre os presupostos da responsabilidade civil, cit.*, p. 283.

⁴⁵⁴ ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *A teoria finalista e o ilícito civil, Separata da Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1987, p. 11.

⁴⁵⁵ MARQUES, BAPTISTA, *Da responsabilidade civil extracontratual, na lei, cit.*, p. 10.

⁴⁵⁶ ANTUNES VARELA, JOÃO, *Das Obrigações em geral*, Volumen I, *cit.*, p. 551. Argumenta sabiamente el ilustre Profesor: "*Más que limitar el arbitrio del juzgador, en un instituto en que tan largo apelo se hace a sus criterios de buen sentido y equilibrio, y hasta a sus juicios de equidad, hubo la intención de auxiliar el intérprete de la ardua tarea de delimitar el campo de actuación ilícita ante la zona de los comportamientos que, aunque puedan causar daños a otros, son exigidos o sancionados por el derecho, o son por lo menos indiferentes a la orden jurídica o por ella tolerados.*"

una noción de *ilicitud*⁴⁵⁷. Esa definición puede ser obtenida a través de las dos hipótesis avanzadas en la ley civil. De acuerdo con el Art.º 483, n.º 1 del CC: "*Aquel que (...) violar ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos, queda obligado a indemnizar el lesado por los daños resultantes de esa violación.*" Así, la primera forma sistemática de ilicitud se traduce en la violación de un derecho de otro, donde se incluyen los casos más comunes y más simples de determinar⁴⁵⁸, al paso que la segunda constituye la violación de la ley que protege intereses ajenos, cuya delimitación ya no es tan accesible⁴⁵⁹. MENEZES CORDEIRO⁴⁶⁰ clasifica el acto lícito como todo acto que se procesa al abrigo de una permisión específica, genérica o irrelevante para el Derecho, al paso que el acto es posible configurarlo como ilícito, siempre que se traduzcan conductas humanas desconformes con el Derecho, por corresponder a comportamientos prohibidos o por que redundaren en la no observancia de actitudes prescritas.

Existirán opiniones que propugnen que, caso a caso, tendremos que aseverar si ese acto practicado por el juzgador, en el ámbito de sus funciones, se **consustancia** en un acto lícito o ilícito, teniendo en cuenta que parece pacífica la tesis, en sede general, de que ciertos actos lícitos son igualmente pasibles de ocasionar

457 Que se note que el concepto de ilicitud en la ley civil no coincide con la noción de ilicitud, bastante más abarcadora, constante en el Art.º 6º del DL 48 051, de 21 de Noviembre de 1967, que regula la responsabilidad civil extra-contractual del Estado y demás personas colectivas públicas, en el ámbito de los actos de gestión pública. De acuerdo con el citado precepto. "*Se consideran ilícitos los actos jurídicos que violen las normas legales y reglamentares o los principios generales aplicables y los actos materiales que infrinjan estas normas y principios o aún las reglas de orden técnica y de prudencia común, que deban ser llevadas en consideración.*"

458 Esta primera coyuntura se prende con los derechos subjetivos, generalmente los derechos absolutos de los cuales resaltan los derechos sobre las cosas, los derechos de personalidad, derechos familiares y derechos de la propiedad industrial.

459 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Volumen I, cit., p. 554, inviste con la siguiente definición: "*Se trata de la infracción de las leyes que, aunque protejan intereses particulares, no confieren a los respectivos particulares un derecho subjetivo a esa tutela; y de leyes que, teniendo también o hasta principalmente en vista la protección de intereses colectivos, no dejan de atender a los intereses particulares subyacentes (de individuos o de clases o grupos de personas). Además, la previsión de la ley abarca aún la violación de las normas que visan prevenir, no la producción del daño en concreto, pero más el simple peligro del daño, en abstracto.*" Según este autor existen tres requisitos especiales en esta segunda variante de la ilicitud, a saber, que a la lesión de los intereses del particular corresponda la violación de una norma legal, que la tutela de los intereses particulares figure, de hecho, entre los fines de la norma violada y que el perjuicio se haya verificado en la esfera de intereses privados que la norma visa proteger.

460 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Derecho Civil Portugués*, I, Parte Geral, Tomo I, 1999, Livraria Almedina, p. 242 a 243.

responsabilidad civil⁴⁶¹. Obsérvese que, en tesis, podría inclusivamente alegarse que si cierto juez actúa motivado por un interés particular, ya se justificaría la aplicación del régimen de la responsabilidad civil que rige el derecho privado, ahora bien, esta cuestión no es tan simple conforme veremos a su tiempo. Se considera que cierto acto o hecho es antijurídico cuando se asiste a la violación de un precepto legal que impone o prohíbe cierto comportamiento.

Pero, claro está que, si entendemos que las sentencias de los juzgadores que ocasionen daños para las partes se tratan de actos lícitos, estaremos ante un caso de responsabilidad civil por actos lícitos. Por otro lado, si entendemos que tales actos merecen un tratamiento más intenso, y son contrarios a la ley, sólo podremos hablar de responsabilidad por hecho ilícito.

Específicamente en relación a la responsabilidad *personal* o civil del juzgador se levantan una serie de dudas. Por ejemplo, tal responsabilidad, objeto del presente estudio, parece inicialmente incluirse en el régimen espejado en los Artículos 1083 a 1093 del CPC de 1995. La cuestión es si esa reglamentación excluirá, o no, los casos en que esa responsabilidad civil también es igualmente del Estado. Sobre esto, revela GUILHERME DA FONSECA que la ilicitud que subyace en tales situaciones puede arrastrar la responsabilidad civil del Estado, *v.g.*, en caso de denegación de justicia

461 Esta cuestión nos parece pacífica. Sobre la problemática del fundamento constitucional y presupuestos científicos de la responsabilidad del Estado por actos legislativos lícitos *vid* MANUEL AFONSO VAZ, *A responsabilidade civil do Estado — Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, 1995, p. 11 a 16, y RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil por atos legislativos, cit.*, principalmente p. 235 a 354.

A nivel jurisprudencia verse, entre otros, los Ac STJ 23-09-1999: *BMJ*, 489, p. 320 a 329 y p. 341 a 358, Ac STA10-03-1999: *AD STA*, 449, p. 675 a 684 y Ac RL 23-01-1996: *CJ*, XXI, Tomo 1º, p. 102 a 103, Ac RL 14-12-1995: *BMJ*, 452, p. 481, Ac STJ 24-02-1994: *BMJ*, 434, p. 396 a 403, Ac STJ 09-02-1993: *BMJ*, 424, p. 582 a 586, Ac STJ 11-06-1987: *BMJ*, 494 a 498, Ac STJ 02-12-1987: *BMJ*, 372, p. 390 a 398 (todos sobre la competencia para apreciación de este problema en que se determinó que competía a los tribunales civiles) y Ac STJ 24-02-1994: *BMJ*, 434, p. 396 a 403.

La ausencia de legislación específica sobre seguridad en los parques acuáticos consiste una omisión del Estado en su producción legislativa. Atenta la característica fáctica conocida de las actividades desarrolladas en esos parques y de acuerdo con los intereses en juego en la utilización que las personas hacen de esos parques, tal hecho es pasible de responsabilizar el Estado. Sobre el caso Aquaparque verse ANABELALUNA DE CARVALHO, *Aquaparque, Sub Judice*, 17, 2000, p.107 a 121.

El Estado puede ser responsabilizado civilmente por haber emitido una ley, aunque general y abstracta, desde que ofenda derechos de tercero. Y esa responsabilidad continuará a existir aunque la norma jurídica no se encuentre inquinada de cualquier vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad (cfr. Ac STJ 14-02-1991: *BMJ*, 404, p.403 a 410). Basta que se constaten los presupuestos de la responsabilidad civil por la práctica de actos ilícitos.

con fundamento en la omisión absoluta de condiciones de trabajo, una vez que la existencia de instalaciones condignas en un tribunal constituye una obligación a cargo del Estado. Además, no es de todo inusitado asistir a una cierta "*revuelta de los jueces*" por falta de medios y condiciones de trabajo insostenibles (fue lo que sucedió en el TIC de Lisboa⁴⁶²). Otro caso que cabe apreciar, y en caso afirmativo, es averiguar hasta que punto cierta decisión judicial⁴⁶³ podrá, o no, haber atentado contra el buen nombre de cierta persona, en el caso de la misma venir a ser absolutoria en sede criminal y, aún así, haber "*manchado el buen nombre*". ¿Será que este caso concreto podrá ser incluido en la esfera a que versa el Art.º 484 del CC sobre hechos ofensivos al crédito y buen nombre de las personas?, o ¿antes deberá considerarse que hace parte del aparato donde el juez es parte integrante y decisiva? Nos parece, salvo mejor opinión, que este hecho difícilmente podrá ser imputado a un magistrado judicial. Otra situación de difícil encuadramiento se prende con aquellos casos en que determinado juez profiere un despacho sin tener jurisdicción para hacerlo. Fue lo que ocurrió en la situación concreta subyacente a la decisión contenida en el Ac RE 13-04-1993⁴⁶⁴. Resumidamente, lo que sucedió fue que en el Tribunal de Beja el MP dedujo acusación contra determinada persona y el Juez en despacho fechado de 20-09-1991 no recibió la acusación, con base en el CPP de 1929, determinando el archivo de los autos. El MP recurrió de esa decisión, levantando en las alegaciones la cuestión previa de la nulidad del despacho, en virtud de que el magistrado judicial no se encontraba en el ejercicio de sus funciones por haber sido transferido para otro lugar. Como es sabido, la regla es que al día siguiente al conocimiento de la nueva situación el juzgador cesa funciones, por lo que estaba vedado al mismo proferir cualquier decisión. Como este caso no se encuentra englobado en las situaciones consagradas en el Art.º 668 n.º 1 del CPC, consideró esta sentencia "acórdão" que estábamos ante un caso que irradiaba la figura de la

462 Observarse a este propósito el texto de JOÃO CEPEDA, publicado en la p. 18, del *Diário de Notícias* de 6 de Fevereiro de 2001 intitulado "*Revolta dos Juizes no TIC*". Cierta fuente judicial habrá afirmado, en esa pieza, que "*sólo es posible responsabilizar quien tiene hipótesis de cumplir plazos*" y que "*Hasta que se tome una decisión que consiga adecuar los plazos legales de los procesos de instrucción a la realidad del TIC, los jueces garantizan que los plazos son pura mitología*".

463 El lenguaje "colorido" que caracteriza las decisiones de los magistrados de la *common law* para emitir su opinión personal es algo inadecuada pues puede ocurrir de exigirse sobriedad e impersonalidad en las sentencias.

464 Ac RE 13-04-1993: *CJ*, Ano XVIII, Tomo 2º, p. 287 a 288.

inexistencia jurídica, acabando por concluir que esta hipótesis traducía un vacío a rellenar por aplicación del régimen establecido en el Art.º 668. La hipótesis más grave que se colocó recientemente está relacionada con el caso de un magistrado judicial que aunque se encontraba en suspenso, continuó en actividad por veinte días. Esta situación fue noticiada⁴⁶⁵ por los medios sociales. Todas las decisiones propaladas tuvieron que ser consideradas sin efecto y las personas que se encontraban en prisión preventiva, en situaciones validadas por juez, tuvieron que ser liberadas. De igual manera el caso en que determinado juez de un Tribunal de Familia y Menores⁴⁶⁶, en lugar de decretar o negar un pedido de adopción, resolvió volver a analizar los presupuestos de las confianzas judiciales, ya transitadas en juzgado, mediante un despacho realizado por otro juez anterior, y entre otras providencias, vuelve a oír los padres biológicos de los niños para concluir que no existían cualesquiera ventajas con las dichas adopciones. Además, cierto juez habrá considerado que los menores en cuestión, cerca de siete, siempre tuvieron padres a quienes fueron *"retirados por prácticas ilegales y con la (des)cubierta judicial; que la identidad plena de estos menores es su bien más valioso (...) y que no hay razón para macularla o para artificialmente alterarla"* hasta porque *"no hay nada que pague la belleza de la relación natural."* En consecuencia, en todos los procesos mencionados, el juez juzgó⁴⁶⁷ los pedidos de adopción improcedentes, pero mantuvo a los niños confiados a la guardia y cuidados de los requeridores. Además, el juez resolvió decretar una medida que se desarrollo con consentimiento de los padres biológicos del derecho a visitas quincenales a ser ejecutadas de forma gradual y orientada, sin perjuicio de futuras alteraciones⁴⁶⁸. *Prima fade* estamos ante un caso de un juez que es contra la adopción o que hace una interpretación *"muy propia"* de la legislación sobre adopción. Aquí, si determinada madre o padre, candidatos a padres adoptivos sentirse lesionados con la actuación de determinado(s) juez(ces),

465 LARANJO, TÂNIA, *Juiz estava suspenso e continuou a julgar*, *Jornal de Notícias*, 15-07-2000.

466 Esta situación fue blanco de un reportaje de CÉLIA ROSA publicada en la *Notícias Magazine*, n.º 462, Abril de 2001 (Suplemento do *Jornal de Notícias*), *Adoção em Braga II, Era uma vez um juiz...*, p. 24 a 33.

467 Con alguna morosidad según cierto candidato a padre adoptante de tres hermanos biológicos.

468 Resaltarse que algunas decisiones fueron declaradas nulas por el Tribunal de la Relación y STJ, aseverando que las sentencias de aquel juez enfermaban de violaciones legales, ofensa del caso juzgado y de nulidad de la sentencia.

capaz(es) de originar lesiones patrimoniales y no patrimoniales (máxime angustia), ¿podrán o no, instaurar la competente acción contra el juez que los califica como insensibles e incapaces de adoptar? ¿Y qué decir de los derechos del niño envuelto? ¿Y en relación a las circunstancias en que cierto juzgador consideró ciertos hechos para sustentar la resolución judicial con total inobservancia del principio del dispositivo plasmado en el Art.º 264 del CPC, como, por ejemplo, el hecho de considerar hechos que ni siquiera fueron invocados por las partes litigantes por tener la simple apariencia de tratarse de hechos notorios? ¿Y si en cierto proceso civil u otro, el magistrado judicial resuelve decidir y juzgar reiteradamente con infracción del *principio de lo contradictorio* (Art.º 3º del CPC) o *de la igualdad* (Art.º 3º-A del CPC)? *Quidluris!* Otra situación es la patente en el Art.º 508 del CPC (*De la audiencia preliminar*). Como se sabe esta norma otorga poderes más intervencionistas al juez. Ahora bien, ¿esta disposición jurídica no dará una gran amplitud al concepto común y tradicional de responsabilidad? Principalmente una vez que podrán, o no, existir actos u omisiones de los jueces que hayan sido practicados en el ejercicio de sus funciones, capaces de determinar responsabilidad de aquel magistrado. Más, habiendo un caso de error conjunto, sea del Abogado de la parte sea del juzgador del proceso (que tiene el deber de corregir las pretensiones de aquel), ¿no se podrá aquí configurar una responsabilidad civil de ambos? Esto en el ámbito de la colaboración que pasó a existir entre los abogados y los Jueces, que es salubre, ¿será que es correcto, o no, hablar en responsabilidad civil por violación de esa colaboración o cooperación? En términos de atribución de responsabilidad, ¿será que el nuevo CPC Portugués no vino a crear una nueva figura de responsabilidad? Esto porque, ¿cómo se puede apurar donde comienza la falla de uno y el deber del otro? Más, ¿cómo es que se articula el hecho del abogado ser responsable civilmente por los actos que practica al paso que los jueces no lo son? Así siendo, ¿cómo figurará una hipótesis, en términos teóricos y prácticos, de responsabilidad civil conjunta del juez y del abogado? ¿Y qué decir en los casos en que el juzgador tarda excesivamente y de forma intencional a emitir la sentencia cuando estaba en condiciones de hacerlo en tiempo, provocando con ello daños⁴⁶⁹?

469 Repararse que en algunos ordenamientos jurídicos tales como en Francia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda y

6.4.1.1. El daño provocado por la conducta de un juez

Según JOÃO AVEIRO PEREIRA⁴⁷⁰ "Nuestra ley, al prever la indemnización por facto de la función jurisdiccional, no restringe ese resarcimiento sólo a una o a otra de estas dos categorías de daños. Por lo tanto, donde la ley no distingue ni restringe, debe entenderse que tal indemnización tanto abarca los daños patrimoniales (daños emergentes y lucros cesantes) como los daños no patrimoniales o morales, desde que estos últimos, por su gravedad, merezcan la tutela del derecho (artículo 496, n° 1, del CC)". Frente al encuadramiento de esta materia, anteriormente descrita, puede discutirse sobre la aplicabilidad del principio de la restauración natural como principio base de la responsabilidad civil, en términos comunes, a los comportamientos ilícitos, dolosos o negligentes de los juzgadores⁴⁷¹ que hayan provocado daños a los particulares. Esta cuestión gana mayor acuidad si nos referimos, por ejemplo, a los daños no patrimoniales⁴⁷², donde se nos colocan aún mayores dificultades. Esta problemática retomará todo el interés siempre que tengamos en mira la reparación de lesiones derivadas de actos de jueces, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Atenta la especificidad de esos perjuicios, se tendrá que evaluar, creemos nosotros, caso por caso, sobre la posibilidad, o no, de la reconstitución *in natura*. En el caso de no ser posible tal reconstrucción, lo que parece que ocurre en la gran mayoría de las situaciones, para no decir todas, consideramos que nos resta socorrer del resarcimiento mediante la atribución de la correspondiente indemnización.

Alemania, siempre que se constate un excesivo atraso en la aplicación de la justicia es posible apurar la responsabilidad individual del juzgador mediante el competente proceso de apuramiento de su culpa. En los países de la *commom law* la inmunidad de los magistrados judiciales es aplicable a las situaciones de atraso en la aplicación de la justicia. Aunque, en los Estados Unidos el juzgador podrá ser responsabilizado si sabe o debería saber que su comportamiento fue injustificado.

⁴⁷⁰ AVEIRO PEREIRA, JOÃO, *A Responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, cit. p. 136.

⁴⁷¹ En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, *vid* a respecto JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A Responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, cit., p. 138 y nota de pie de página n.º 238.

⁴⁷² Curiosamente decía HANS ALBRECHT FISCHER *La reparación de los daños en el Derecho Civil*, traducción de ANTÓNIO FERRER CORREIA, cit., p. 277 "no va a juzgarse que todo el daño moral sea irreparable...", refiriéndose a las lesiones corporales en que es susceptible de cura.

Si estamos ante un caso de denegación de justicia, se tornará difícil, en la gran mayoría de las hipótesis, procederse a la reconstitución de la situación como si la lesión nunca hubiera ocurrido. En estas coyunturas, la indemnización en equivalente pecuniario, al que alude el Art.º 566 del CC Portugués, preconizará la única vía imaginable para el resarcimiento civil de aquel daño en especial.

6.4.1.2. El daño no patrimonial provocado por las decisiones judiciales

La temática de la responsabilidad civil del juez surge, lado a lado, con la cuestión del resarcimiento por los daños no patrimoniales ocasionados por aquel. La tendencia expansiva, en el sentido de ensanchar la responsabilidad del juez a los daños no patrimoniales fue igualmente aceptada, total o parcialmente, en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo el italiano. De ahí que en el Art.º 2.1 de la Ley italiana n.º 117/1988 se señale que son resarcibles los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales que se producen como consecuencia de privaciones de libertad personal. Esta disposición jurídica italiana debe ser interpretada en conexión con el Art.º 2.059 del CC italiano que declara que los daños no patrimoniales deben ser resarcidos en los casos previstos en la ley.

Un asunto interesante constituye la posibilidad, o no, de la responsabilidad que puede surgir como consecuencia de las lesiones provocadas por las decisiones judiciales que violen el derecho a la personalidad⁴⁷³, al honor, a la intimidad o a la

473 De acuerdo con el Art. 70 del CC Portugués (*tutela general de la personalidad*): "1 - La ley protege los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral. 2 - Independientemente de responsabilidad civil a que haga lugar...". Sobre la responsabilidad civil común por violación de los derechos de personalidad, más precisamente en lo que tange a los presupuestos de la obligación de indemnización, las modalidades de la obligación y el proceso indemnizatorio puede verse RABINBRANATH V. CAPELO DE SOUSA, *O Direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 455 a 461, 463 a 471. Respecto a la bibliografía italiana sobre tutela y resarcimiento de los derechos de personalidad tenemos, por ejemplo, los varios trabajos de diversos autores, publicados sobre *La Lesione dell'identità personale* y *U danno nonpatrimoniale*, Università di Messina, Istituto Di Diritto Privato della Facoltà di Economia e Commercio, 5, Milano-Dott. A

imagen de las personas. Esta problemática fue estudiada con ahínco por ANGEL YAGUEZ⁴⁷⁴ que afirma que "*podrán constituir intromisiones ilegítimas y, por lo tanto, susceptibles del ejercicio de acciones contra ellas, aquellas expresiones vertidas en una sentencia que sean difamatorias o afecten a la intimidad de las personas, cuando tales expresiones no estén justificadas o no sean necesarias para fundamentar la sentencia*". Consideramos que se espera del juzgador un comportamiento perfectamente aséptico frente a los casos en apreciación. Ocurre que, a veces, surgen algunas sentencias que podrán contener términos difamadores o que afecten la intimidad de las personas, siempre que su utilización por el juez no sea justificada o no se configuren necesarias para fundamentar la sentencia. Pensamos que, no obstante, esta hipótesis, sea posible de configurarse en términos teóricos o, en términos prácticos, será de difícil ejecución ya que nos encamina para el aspecto subjetivo de la responsabilidad, esto es, para el elemento intencional o volitivo, lo que se presenta muy difícil de probar.

Ahora bien, el derecho constituido no nos ofrece cualquier esclarecimiento a este nivel. Así sólo podremos acentuar su urgente necesidad de apuramiento legal. *De iure constituendo* nos parece preferible, hasta por una cuestión de seguridad jurídica, que se cree una norma semejante al Art.º 2.1 de la Ley italiana n.º 117/88 de 13 de Abril sobre este asunto, en el sentido de preconizar cuales son los actos de los jueces capaces de determinar daños patrimoniales y no patrimoniales a las partes, y en qué medida es que pueden suceder.

Giuffrè Editore, 1985, CESARE SALVI, // *danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Biblioteca di Diritto Privato ordinata da Pietro Rescigno, 31, Jovene Editore Napoli, 1985, p. 225 a 253.

474 Autor recordado por MARIA LUISA ATIENZA NAVARRO, *La Responsabilidad civil del juez*, cit., p. 79.

CAPÍTULO III

ERROR JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD POR ERROR. INDEMNIZACIÓN

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

7.1. Introducción

La responsabilidad judicial, los presupuestos de su configuración y las condiciones de su exigencia, siempre fueron materias de difícil tratamiento jurídico, no solamente por el escepticismo que rodeaba todos los fundamentos teóricos de los estudiosos ante la evidencia de su escasa utilidad práctica, sino también por las limitaciones que el derecho imponía, ya en la orden jurídica material y procesal, la

obtención de resultados finales satisfactorios.

En los términos de lo que enseña José Almagro Nosete⁴⁷⁵ “*No obstante, desde que se vinculó el estudio de la responsabilidad judicial con las garantías constitucionales de la jurisdicción, la cuestión estaba llamada a proyectar un recorrido (si se quiere largo) que, al cabo, tenía, como destino, el logro de soluciones equilibradas y justas, lo que, desde luego, no significa que el sistema, al menos en España, no sea razonablemente mejorable, manteniendo, eso sí, sus líneas maestras*”.

En la actualidad, desde 1985, el escenario de la responsabilidad judicial probó un “giro Copernicano”, pues el centro principal de atención, ante la responsabilidad personal del Juez, pasó a ser ahora la responsabilidad del Estado-Juez, en la medida en que a este se le imputan las responsabilidades civiles por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, sin perjuicio de mantener, de forma acumulativa, aquella. Se vislumbra, así, la llegada próxima de la conclusión que venía exponiendo Cappelletti al referirse a la responsabilidad de los Jueces, tomando como modelo aquel que reconocía la idea principal del sistema democrático, vale decir, un sistema que considera la responsabilidad una función a disposición de los usuarios de los servicios de Justicia.

7.2. Responsabilidad estatal y modalidad de responsabilidad civil del juez

Es trivial diferenciar la responsabilidad civil⁴⁷⁶ en responsabilidad civil

475 José Almagro Nosete y otros in “La Responsabilidad Civil e su Problemática Actual”, 2007, p. 16

476 Entre la numerisísima colección de monografías, tratados, y estudios sobre el tema de la responsabilidad civil, en general, destacamos los siguientes trabajos. En España puede verse EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Traducción y notas de Derecho Español por JUAN V. FUENTES LOJO y JOSÉ PERÉ RALUY, José M A. Bosch Editor, Barcelona, 1958, SANTIAGO CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, SÁ, Pamplona, 1987, p. 133 a 137, JAIME SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, Séptima edición, nuevamente revisada y actualizada, tomo I y II, Editorial Montecorvo, S.A, Madrid, 1993, y RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993. En Francia M. A SOURDAT, *Traité General de la Responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts*, Sesième édition, Tome premier y second, Marchai & Godde,

Sucesseurs Éditeurs, Paris, 1911, LOUIS GARDENAT y SALMON-RICCI, *De la responsabilité civile*, Libraire des juris-classeurs-Editions Godde, Paris, 1927, B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile consideres en as double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstei Libraire - Editeur, Paris, 1947, HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, sixième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1962, ROGER DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, deuxième édition, I, Maison Ferdinand Larcier (S.A) Éditeurs, 1967, PHILIPPE LÊ TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, 3. eme édition, dalloz, 1982, GENEVIEVE VINEY *Traité de Droit Civil, Lês obligations, La responsabilité: conditions, Généralités, Dommage, causalité, Fait presonnel, Fait dès choses, Fait d'autrui* L.G.D.J., Paris, 1982, y de la misma autora *Traité de Droit Civil, Lês obligations, La responsabilité: effets*, L.G.D.J., Paris, 1988, PATRICE JOURDAIN, *Lês principes de la responsanilité civile*, Dalloz, 1992, Paris, específicamente sobre *Réparation en nature, Dommage et intérêts, Aménagements conventionnels et légaux de la réparation, Assurance de la responsabilité*, y SUZANNE CARVAL, *La Responsabilité civile dans as fonction de peine privée*, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit Prive Tome 250, Paris, 1995, y PHILIPPE LÊ TOURNEAU y LOIC CADIET, *Droit de La responsabilité*, Dalloz, 1996. En Italia, GIOVANNA VISINTINI, *Tratato breve delia responsabilità civile, Fatti iUeciti.Inadempimento.Danno risarcibile*, Cedam Casa Editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1996, GUIDO ALPA y MARIO BESSONE, *La responsanbilità civile, una rassegna do dottrina e giurisprudenza*, Volúmenes I a V, 1987, Torino, y GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno lineamenti e questioni*, II Mulino, 1991. En Brasil, puede verse ANTÔNIO LEZ DA CÂMARA LEAL, *Dos efeitos civis do julgamento criminal*, específicamente la parte I, subordinada a la teoría de los actos ilícitos y la parte II, sobre a reparación civil del daño, Livraria Acadêmica, Saraiva y Companhia Editores, São Paulo, Brasil, 1930, p. 13 a 138, ORLANDO GOMES, *Obrigações*, Forense, Rio, São Paulo, 1º Edição, 1961, p. 338 a 427, RUI STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 2ª Edição. Revista y Ampliada, Editora Revista dos Tribunais, p. 45 a 95, y FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil, Introdução*, 3ª Edição Revista y actualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 531 a 556. En Uruguay, JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabiüidad extracontractual*, Montevideo, Barreiro y Ramos SÁ, 1954. En Argentina RAFAEL DURÁN TRUJILLO, *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa)*, Editorial Temis Bogotá, 1957, Buenos Aires. Sobre la responsabilidad civil en Hungría, Rumanía, Yugoslavia, Checoslovaquia, verse *La responsabilité civile dans lesEtats deL'Est*, Centre d'etude dès Pays de L'Est, Journées d'étude du 16 a 18 novembre 1965, Université Libre de Bruxelles, Editions de UInstitute de Sociologie, 1967. En Portugal, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, RDES, 4, P. 313 a 415, J. DIAS MARQUES, *Noções elementares de Direito Civil*, 5ª edição, Lisboa, 1973, p. 92 a 113, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade civil na Internet*, ROA, Ano 61, Lisboa, Janeiro de 2001. p. 171 a 192. Especificamente, por ejemplo, sobre la responsabilidad civil de tercero por lesión de crédito, tenemos E.SANTOS JÚNIOR, *responsabilidade civil de terceiro por lesiön de crédito*, Lisboa.

477 Para mayores desarrollos sobre la noción y presupuestos de la responsabilidad civil contractual, *vid*, entre otros trabajos, SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2005, p. 349 a 390, ABÍLIO NETO, MIGUEL PUPO CORREIA, *Obrigações*, Aditamentos à Teoria Geral das Obrigações de MANUEL DE ANDRADE, según las instrucciones de PEREIRA COELHO, 3ª Edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1964, p. 388 a 507, e JAIME GOUVEIA, *Da responsabilidade contractual*, Edição do Autor, Lisboa, 1932.

478 En Portugal, sobre la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual *vid* los discernimientos elaborados en términos sumarios por CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 2a Edición actualizada, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1983, p. 122, ADRIANO VAZ SERRA, *Culpa do devedor ou do agente*, Lisboa, 1957, *Separata do BMJ*, n.º 68, p. 13 y 14, PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, *Boletim da Faculdade de Direito*, Separata do volume IX, Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1950, p. 34 a 39, MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volumen I, Lisboa, 1944, p. 189 a 211, y JAIME GOUVEIA, *Da responsabilidade contractual*, Edição do Autor, Lisboa, 1932, p.171 a 213.

En España tenemos CARLOS ROGEL VIDE, *La responsabilidade civil extacontractual en el Derecho Español*, Editaria Civitas SÁ, Primera edición, Madrid, 1977, p. 41 a 45. Esta diversidad ha sido frecuentemente ventilada por la doctrina, al punto de ser cuestionada su división. Sobre la afluencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual *vid* ALMEIDA COSTA, *AB VNOASOMNES*, 75 anos de Coimbra Editora, p. 555 a 565, ADRIANO VAZ SERRA, *BMJ*, n.º 85, Abril, 1959, p. 210 a 239, JAIME GOUVEIA, *Da responsabilidade contractual*, *cit.*, p. 214 a 240, CARLOS ROGEL VIDE, *La responsabilidade civil extracontractual en el Derecho Español*, *cit.*, p. 45 a 48. A otro nivel se habla de responsabilidad *objetiva* y *subjetiva*, en Portugal conforme discursan de forma asaz interesante JÚLIO GOMES, *Responsabilidade objectiva e responsabilidade subjectiva*, RDE, 13, 1987, p. 97 a 123, y RAMOS DE SOUSA y SILVA PINTO, *Da responsabilidade civil*, Instrucciones son hechas por el Eximo. Prof. Dr. Jaime Gouveia, en el año lectivo de 1933/34, al Curso complementar de Derecho Civil, Lisboa, 1933, p. 9, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, *cit.*, p. 74 a 78, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, Lições dadas ao 3º ano no ano lectivo de 1978/1979*, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979, III Volumen, p. 59 a 62, p. 74 a 76, y del mismo autor, más recientemente, *Direito das Obrigações*, II

Respecto a la responsabilidad civil del juzgador nos inclinamos por la teoría que profesa que la misma debe ser subsumida en la responsabilidad extracontractual, por el hecho de que el origen de la referida responsabilidad se traduce en la no existencia de un contrato o en un negocio jurídico unilateral.

El Derecho Español sacramentó la responsabilidad civil del juez y magistrados integrantes del Poder Judicial como sometida al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual en el artículo 1902 del Código Civil Español. Estatuido está que se trata de responsabilidad por culpa extracontractual, pudiendo convertirse en “conducta antijurídica constitutiva de *un non liquet*, legalmente inadmisibile”,⁴⁷⁹.

Dispone el artículo 1902 del Código Civil Español:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

En España se entiende que, evidentemente, al prestar jurisdicción y causar perjuicio, el juez, o practica acto, o se omite de practicarlo. Si al actuar causa daño, estaremos autorizados a cuestionar sobre la indemnización. Por cierto, se trata de un proceso que habrá de pasar por el examen de todos los demás requisitos necesarios a la caracterización del deber de reponer las cosas al “status quo ante”. **Pero verdad es**

Volumen, 1994, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 271 a 273, AMÉRICO MARCELINO, *Do concurso do risco e da culpa, Alguns aspectos da responsabilidade civil*, SI, Tomo "XXX", 1981, p. 117 a 130, y JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, p. 17 a 35. De grueso modo la responsabilidad subjetiva se verifica siempre que, en determinadas circunstancias, alguien provoque perjuicios a otro con dolo o mera culpa, al paso que la responsabilidad se dice objetiva siempre que alguien produzca lesiones independientemente de haber actuado con culpa.

En España leerse MARIANO MARTIN-GRANIZO, *Los danos y la responsabilidad objetiva en ei Derecho Positivo Espanol*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972. En Venezuela RENÉ DE SOLA, *Opinion jurídica, Um caso de responsabilidad objectiva*, Publicaciones de la facultad de Derecho, Volumen XXIV, Caracas, 1960, p. 65 a 85.

479 Tribunal Supremo Español, en la sentencia número 51/2004, fechada de 23 de enero de 2004 (RJ/2004/1).

que el actuar del magistrado caracteriza actuar desvinculado de encuentro de voluntades, actuar extracontractual. Desempeñando su actividad judicial no está obligado al cumplimiento emergente de acuerdo de voluntades. El juzgador tiene la libertad de prestar jurisdicción de forma absolutamente exenta de lo que sea la expectativa de las partes envueltas en un conflicto de interés calificado por una pretensión resistida. Cristalino resta que su actuar no puede, jamás, ser tenido como recurrente de obligación que tiene como origen un contrato.

Para el ordenamiento jurídico español, la caracterización del actuar judicial indemnizable no recurrirá de simple acto diverso del que hubiera sido reglado en la esfera privada. Se determina en práctica que solamente será considerada justificadora de recomposición cuando son atendidos los requisitos caracterizadores de la responsabilidad civil extracontractual, que son más difícilmente suplidos. El magistrado estará resguardado de imputación civil y hasta mismo de inicio de pretensión en este sentido hasta que sea demostrada la existencia del acto u omisión lesiva, contraria la Ley, así como el nexo de causalidad atinente a la ligadura que habrá de existir entre el actuar u omitir y el resultado lesivo. Es lo que se extrae del voto del Magistrado del Tribunal Supremo Español, Relator de la sentencia 51/2004 Exmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de La Cuesta, que así decidió: “Centrada ya el área en la que se va a desenvolver la petición de responsabilidad civil, será necesario estudiar, uno por uno y muy detenidamente, los requisitos que, fijados por la Jurisprudencia de esta Sala y reconocidos por moderna doctrina civilística, son necesarios para la determinación de una declaración de responsabilidad civil extracontractual, y que, si se dieran en la conducta de los Magistrados demandados, les haría merecedores de una declaración de la existencia de responsabilidad civil en su actuación, y, por ende, de las consecuencias económicas pertinentes.”

Así, en España, el acto lesivo del juez, practicado mientras presta jurisdicción, ya sea por culpa o negligencia, podrá generar derecho de la víctima a ser indemnizada con base en la responsabilidad civil extracontractual, aplicándose la norma prevista

en el artículo 1902 del Código Civil Español. De la misma forma, la omisión recurrente del juzgador, no practicando el acto jurisdiccional, que habría de haber sido realizado por imposición legal, podrá generar derecho de la víctima a ser indemnizada con base en la responsabilidad civil extracontractual. Se aplicará, también, la norma prevista en el artículo 1902 del Código Civil Español.

Y fue en este sentido que el Tribunal Supremo Español enmendó la sentencia número 51/2004, fechada de 23 de enero de 2004 (RJ/2004/1):

“RESPONSABILIDAD CIVIL DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: inaplicabilidad de las normas de responsabilidad civil de jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial: sujeción al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC: inexistencia de singularidades o especialidades en su estatuto orgánico; **RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL:** procedencia: conducta antijurídica constitutiva de un «non liquet» legalmente inadmisibile: negativa lisa y llana a entrar a resolver una petición de amparo bajo pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal: omisión de razonamiento alguno que fundamente o motive seriamente dicha negativa: imputación a título de culpa o negligencia profesional grave: ausencia de base para la apreciación del dolo; relación de causalidad: existencia; **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES:** procedencia: frustración de las creencias del peticionario como ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho ante la privación antijurídica del derecho al amparo constitucional; **SOLIDARIDAD:** inexistencia: condena individualizada de los diez magistrados demandados al pago de la indemnización establecida. **DERECHOS FUNDAMENTALES: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:** alcance del derecho: comprende el derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y congruente con la pretensión deducida: comprende un pronunciamiento de inadmisión siempre que esté fundado en una causa legal y responda a una interpretación de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad de dicho derecho fundamental.”

Se puede decir que la responsabilidad civil del juez se encuadra dentro del ámbito en que alguien realiza un hecho que causa lesiones a otro y, por eso mismo, queda obligada, por ley, a indemnizar esos perjuicios. Este es el entendimiento

defendido por PEREIRA COELHO⁴⁸⁰ cuando afirma "Nos parece ser este el sentido técnico de la expresión responsabilidad civil, tal como él resulta del análisis de la disposición legal que la define. Dentro aún de estos moldes – en el desorbitando de este sentido técnico - son aún varias las acepciones particulares en que es corriente el empleo de nuestra designación." Sobre este asunto este autor cita PAULO CUNHA⁴⁸¹, narrando que, ciertas veces, se da la designación de responsabilidad civil a la *situación*⁴⁸² en que se coloca el agente causante del daño, otras veces a la *propia obligación de indemnizar*⁴⁸³ a que nos referimos, otras, al propio instituto o *institución*⁴⁸⁴ fundado en la idea que vinimos esclareciendo. El Código Portugués, en el Art.º 483, n.º 1, del CC, parece adoptar la designación responsabilidad civil para significar la obligación de resarcir recurrente de la violación de los derechos de otro que haya causado daños.

La responsabilidad contractual, como la propia denotación inculca, resulta de la violación de un derecho de crédito o de una obligación. *Prima face* comprobamos inmediatamente que la nomenclatura generalmente asentida no es muy justiciera en la medida en que existen otras matrices generadoras de efectos jurídicos⁴⁸⁵, que no se **consuntancien** en un negocio jurídico bilateral, y que aún así son germinadoras de responsabilidad civil en esta modalidad. De ahí que ciertos autores prefieran adoptar la terminología *responsabilidad obligacionista o negocial*. En contraposición a esta vía tropezamos con la responsabilidad extracontractual que despunta para abarcar los demás géneros de responsabilidad derivada de ilícitos⁴⁸⁶ civiles, o sea, para emplear

480 PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, Boletim da Faculdade de Direito, cit., p. 29.

481 PAULO CUNHA recordado por FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, BFB, cit, p. 29 e 30.

482 Itálico del autor.

483 Itálico del Autor.

484 Itálico del Autor.

485 *Máxime* cualquier negocio jurídico unilateral.

486 En la esterilla de lo que sustenta el Profesor GALVÃO TELLES, es, aún, posible germinar ciertos casos en que la ley imponía responsabilidad en las hipótesis de actos lícitos (y también siempre que alguien haya creado un riesgo a otro), INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito Das Obrigações*, 7ª Edição (revista y actualizada), Coimbra Editora, 1997, p. 215. Alerta el insigne Profesor que "Se trata de acto que la ley consiente por considerarlo justificado en atención a la naturaleza del interesado que visa satisfacer. Pero de ese acto resulta perjuicio para otro. Y la ley considera de justicia que

la elocuencia de VAZ SERRA⁴⁸⁷ "*responsabilidad por la violación de una regla general relativa a la conducta*"⁴⁸⁸. Merced de la razón apuntada en esta circunstancia podemos incluir la infracción de deberes generales o vínculos jurídicos impuestos a todas las personas y que se manifiestan en derechos absolutos, o inclusive, la práctica de determinados comportamientos que, aunque lícitos, puedan acarrear perjuicios a otras personas. Cierta doctrina apoda esta segunda vicisitud de responsabilidad *delitual, aquiliana, extranegocial o extraobligacional*. La Ley citada escogió la designación de *responsabilidad extracontractual*.

Al incumplir una obligación contractual un individuo puede acarrear lesiones a otro. Por ejemplo, quien toma un ómnibus implícitamente celebra un pacto, llamado contrato de adhesión, con la empresa de transporte. Ésta, tácitamente, asume la obligación de llevar al pasajero a su destino, sano y salvo. Si, en el camino, ocurre un accidente, y el pasajero sufre un daño, se da el incumplimiento contractual, que acarrea la responsabilidad de indemnizar las pérdidas y daños. Ocurre lo mismo cuando el comodatario no devuelve la cosa prestada porque, por su culpa, ella pereció; En fin, con todas las especies de contratos no cumplidos.

Cuando la responsabilidad no recurre de acuerdo, se dice que ella es extracontractual. En este caso, se aplica lo dispositivo en el art. 159 del Código Civil Brasileño. Todo cual que causa lesión a otro, por culpa en sentido estricto, o dolo, queda constreñido a repararlo. Es la responsabilidad procedente de ilícito extracontractual, también llamada "aquiliana". En la responsabilidad extracontractual, el actuante desobedece una obligación legal, y, en la contractual, incumple lo ajustado, tornándose incumplidor. En esta hay una combinación anticipada entre los miembros, que no es desempeñada y en la responsabilidad

el titular de aquel interés, pudiendo aún realizar el acto, no deje a pesar de indemnizar el tercero por los daños que le cause."

487 VAZ SERRA, ADRIANO, *BMJ*, 85, p. 115 a 239.

488 VAZ SERRA, ADRIANO, *BMJ*, 85, p. 16.

extracontractual, no existe ninguna conexión jurídica entre el agredido y el generador del daño, cuando este comete el acto ilícito.

El Código Civil Brasileño marca las dos clases de responsabilidad, disciplinando de forma genérica la responsabilidad extracontractual en los arts. 159, 160 y 1518 y s.; y la contractual en los arts. 956 y s. 1.056 y s. omitiendo cualquier referencia diferenciadora. Es certero, sin embargo, que en los artículos en que versa de forma genérica de los actos ilícitos, de las obligaciones de los actos ilícitos, y de la liquidación de las obligaciones, el código no adecuó la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación, de la prestación con deformidad o de la mora en el cumplimiento de las obligaciones provenientes de contratos. Además, de esas suposiciones, la responsabilidad contractual, comprende al mismo tiempo el incumplimiento o mora respectivos a cualquier obligación, aunque oriundo de un negocio unilateral, o de la ley. La responsabilidad extracontractual, abarca por su turno, la transgresión de las obligaciones generales de abstención u omisión, como los que obedecen a los derechos reales, a los derechos de responsabilidad o a los derechos del autor. Hay autores que recriminan esa duplicidad de tratamiento. Son los simpatizantes de la tesis unitaria o monista, que perciben que poco implica los aspectos sobre los cuales se depara la responsabilidad civil en el escenario jurídico, pues invariables son sus resultados. De hecho, fundamentalmente las soluciones son similares para los dos aspectos. Tanto en uno como en otro caso, lo que, en cerne, se solicita para el dibujo de la responsabilidad, son estas tres categorías: el daño, el acto ilícito, y la causalidad, esto es, el nexo entre causa y efecto entre los últimos elementos. Esta convicción es, hoy, predominante en la teoría. En los códigos de diversos países, hasta mismo en Brasil, ha sido, sin embargo, amparada la tesis dualista o clásica, aunque ampliamente condenada.

Algunas codificaciones modernas, sin embargo, tienden a aproximar las dos variantes de la responsabilidad civil, sometiendo a un régimen uniforme los aspectos

comunes a ambas. El Código Civil Alemán y el Portugués, por ejemplo, incluyeron una serie de disposiciones de carácter general sobre la “obligación de indemnización”, al lado de las normas privativas de responsabilidad del deudor por el no cumplimiento de las obligaciones y de las reglas específicamente aplicadas a los actos ilícitos. Quedaron, así, fuera de la reglamentación unitaria apenas los aspectos específicos de cada una de las variantes de la responsabilidad.

Hay, en efecto, aspectos privativos, tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, que exigen reglamentación propia. Y el caso típico de la excepción del contrato no cumplido. Por esta causa y por los aspectos objetivos que la distinción ofrece, será esta notada en este trabajo. Veamos así, cuales las distinciones en regla señaladas entre las dos clases de responsabilidad.

La última, y tal vez la más expresiva, dice sobre el gravamen de la prueba. Si la responsabilidad es contractual, el acreedor sólo está obligado a demostrar que la prestación fue incumplida. El deudor no solo será condenado a reparar el daño, sino que tendrá que probar la ocurrencia de algunas de las causas excluyentes admitidas en ley. Sin embargo, si la responsabilidad es extracontractual, el autor de la acción se queda con el gravamen de probar que el hecho se dio por culpa del agente. La víctima tiene mayores posibilidades de obtener la condenación del agente, la prestación del resarcimiento cuando su responsabilidad emana del incumplimiento del contrato, o sea, cuando la responsabilidad es contractual, no precisa probar la culpa. Basta probar que el contrato no fue cumplido y, en consecuencia, existió el daño.

Otra caracterización que se coloca entre la responsabilidad contractual y extracontractual versa sobre las fuentes de que promanan. Mientras la contractual tiene su origen en el contrato, la extracontractual la tiene en la inobservancia del

deber genérico de no lesionar, de no causar lesión a nadie.

Otro artefacto de distinción entre las dos clases de responsabilidad civil se refiere a la capacidad del causante generador del daño. Se entiende que la capacidad sufre barreras en el terreno de la responsabilidad puramente contractual, siendo más amplia en el campo de la responsabilidad extracontractual. El ajuste establece actuantes plenamente capaces al tiempo de su celebración, bajo pena de insignificancia y de no producir consecuencias indemnizatorias. En la suposición de obligación derivada de un delito, el acto del inhábil puede dar procedencia a la reparación por aquellos que legítimamente tienen su guarda. La intención de los ordenamientos jurídicos es aumentar la responsabilidad delictiva de los incapaces, pretendiendo responsabilizar los incapaces en total por los daños que ocasionen, cuando las personas por ellos responsables no tengan la obligación legal de hacerlo o no dispongan de maneras satisfactorias.

Conforme el Código Civil Brasileño, el menor entre 16 y 21 años es igualado a los mayores respecto de las obligaciones resultantes de acciones ilícitas en que sea responsable. Aún así, en el campo contractual, este propio menor exclusivamente se ligará si concluye el contrato debidamente asesorado por su representante legal, salvo si maliciosamente se afirmó mayor. Por lo tanto, la aptitud jurídica es mucho más limitada en la responsabilidad contractual que en la procedente de actos ilícitos, porque estos pueden ser cometidos por incapaces y por menores y pueden causar el daño indemnizable, al paso que exclusivamente las personas enteramente capaces son aptos de celebrar contratos legítimos.

Otro medio de distinción podría ser apuntado en lo que atañe a la graduación de la culpa. En regla, el encargo ya sea extracontractual, como contractual, se funda

en la culpa. El comprometimiento a resarcir, tratándose de crimen, fluye de la ley, que vale “erga omnes”. Resultado de eso sería que, en la responsabilidad delictiva, la deficiencia sería más rigurosa, mientras que en la responsabilidad contractual ella cambiaría de magnitud, en consonancia con los diversos casos, sin que, a pesar de eso, aquellos últimos pudieran llegar a la suposición de culpa “aquiliana”, en que vive el principio del *in lege aquilia et levíssima culpa venit*. En el sector de la responsabilidad contractual, la culpa satisface a un cierto escalonamiento, en concordancia con los diferentes casos en que ella se configure, al paso que, en la delictiva, él iría más lejos, alcanzando la falta ligerísima.

Como regla general, la obligación de indemnizar se basa en la práctica de un hecho ilícito. Es el caso, por ejemplo, del conductor, que tiene que pagar los dispendios médico-hospitalarios y los lucros cesantes de la víctima que atropelló, por haber actuado de forma imprudente, practicando un acto ilícito. Otras veces, sin embargo, esa obligación puede recurrir, como vimos, del ejercicio de una actividad peligrosa. El daño de la máquina que, en actividad haya causado daño a alguien (accidentes de trabajo, p. ex.) responde por la indemnización no porque haya cometido propiamente un acto ilícito al utilizarlo, pero por ser quien, utilizándola en su provecho, soporta el riesgo (principio en que se funda la responsabilidad objetiva). En otros casos, la obligación de indemnizar puede nacer de hechos permitidos en la ley y no abarcados por el riesgo social. Algunos ejemplos expresivos pueden ser mencionados, entre otros: el de los actos practicados en estado de necesidad, considerados lícitos por el art. 160, II, del Código Civil Brasileño, pero que aún así obligan el autor a indemnizar al dueño de la cosa, como previene el art. 1.519 del mismo diploma; el dueño del edificio enclavado que exige pasaje por el edificio vecino para hacer limpieza, reformas y otros servicios considerados necesarios (art. 587 del CC Brasileño).

De esta forma, como ya dijimos, la responsabilidad civil del juzgador esta en conformidad con la teoría que profesa que la misma debe ser subsumida en la

responsabilidad extracontractual por el hecho del origen de la referida responsabilidad no traducirse en la existencia de un contrato o en un negocio jurídico unilateral.

7.3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado ante la atribución de responsabilidad del juzgador

En el universo doctrinal, y mediante el apoyo bibliográfico que encontramos, podemos, con toda certeza, afirmar la existencia de acentuadas divergencias en la enumeración y designación de los presupuestos⁴⁸⁹ de la responsabilidad civil del juez⁴⁹⁰.

El Código Civil Español, en su artículo 1902, estandariza que aquel que, por acción u omisión, causa perjuicio, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

489 Se podrá preguntar qué son los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil. Sobre este asunto *vid* los copiosos esclarecimientos formulados por FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, BFB, cit., p. 59. Según este autor la diferenciación entre los elementos propiamente dichos y las condiciones legales que la ley requiere para que la responsabilidad civil pueda operar es cosa puramente arbitraria.

490 PESSOA JORGE, FERNANDO, *Ensaio sobre os presupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1995, p. 53. Cuanto al adoctrinamiento puede aún consultarse SIDÓNIO PEREIRA RITO, *Elementos da Responsabilidade civil delitual*, Lisboa, Tipografia Freitas Brito, Ltda, 1946, Lisboa, *Separata do "Jornal do Foro"*, Ano 10°. Para este autor era posible diferenciar la ofensa de un derecho, el daño, el acto ilícito y la culpa y el nexo de causalidad. Esta enumeración de los presupuestos existe igualmente en el Derecho Español v.g. EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Traducción y notas de Derecho Español por JUAN V. FUENTES LOJO y JOSÉ PERÉ RALUY, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1958, principalmente p. 27 e siguientes. Esos requisitos son: "1) Un acto ilícito doloso o culposo; 2) Un daño; 3) El nexo de causalidad entre la culpa o el dolo y el daño cuyo resarcimiento se pide". En el Derecho Francés LUÍS GARDENAT y SALMON-RICCI, *De la Responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, Librairie des jurisclasseurs, Editions Godde, Paris, 1927, p. 9 a 62. Se habla a nivel de los fundamentos en la "faute", en el "prejudice", y en la "relation de cause a effet entre la faute et le prejudice". En Uruguay, JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, Barreiro y Ramos SÁ, 1954, p. 221 a 482, discrimina en el Art.º 1319 del CC, "el hecho ilícito, el dolo, culpa o negligencia, el daño el nexo causal".

Considerando el artículo arriba transcrito, así como que ya nos posicionamos por la responsabilidad extracontractual del juez, podemos concluir que en España los requisitos que ocasionan la responsabilidad civil del juez son: a) la existencia de una conducta activa o pasiva en el ejercicio de la función jurisdiccional, que sea antijurídica e impregnada de culpabilidad; b) la acusación de un daño mensurable pecuniariamente; c) la existencia de un nexo o relación causal entre la conducta antes dicha y el daño causado.

Para el Derecho Español, el primer requisito necesario para que se pueda imputar una responsabilidad extracontractual a los magistrados es que estos mantengan comportamiento antijurídico o ilícito en el ejercicio de su cargo. Significa decir que será indispensable que vengán a vulnerar el ordenamiento jurídico.

El Código Civil Español, en su artículo 1-7, proclama que:

Artículo 1 (...)7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido."

Este precepto tiene como base una evolución histórica y uno de los grandes triunfos de la civilización, cual sea, que el hombre abandone de amparar sus derechos por sus propias fuerzas he así que el Poder Judicial tendrá siempre que apreciar los pleitos de las partes, decidiendo en todas las situaciones. Aunque este incumplimiento del deber de resolver toda contienda judicial parte de una actitud de conducta negativa fundamentada en una manifestación de que no se va a resolver la pretensión ejercida, sin expresar razón alguna que fundamente o motive específicamente dicha posición negativa a dar para la decisión procedente, salvo la existencia de un hipotético tribunal. Lo que supone siempre una resolución judicial en este sentido, en cualquiera de sus modalidades: providencia, sentencia, despacho de mero expediente, decisión interlocutoria u homologación de acuerdo. Comporta referir que esta posición negativa podrá ocurrir de forma motivada, sin embargo, con base sin cualquier apoyo legal, arbitraria o ilógica – siempre en el sentido de una legalidad ordinaria. En otras palabras, si no fue dada respuesta a la pretensión puesta en juicio,

sin cualquier fundamento legal o judicial para tanto, la omisión que genera perjuicio puede proporcionar deber de indemnizar. Todo esto, además, está corroborado por la doctrina constitucional española pacífica y consolidada emanada de numerisísimas sentencias del Tribunal Constitucional, que determina que el artículo 24-1 de la Constitución Española garantiza a todos los ciudadanos el derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y congruente con la pretensión puesta en juicio. Referido artículo de la Constitución Española reza que:

“Artículo 24-1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, puedan producirse situaciones en que alguien quede sin defensa.”

De esta forma, nada impide, según determinada doctrina Española, que deba entenderse también insatisfecho tal derecho, con una resolución de no admisión, si es postulado de forma fundamentada, legal y jurídicamente correcta, especialmente en lo pertinente al contenido constitucional.

El derecho a un proceso constituye uno de los principios procesales esenciales propios de un estado de derecho y cuya raíz se encuentra en los derechos y libertades fundamentales garantizadas en dicho estado de derecho. Además, el origen de este derecho parte de la base de una obligación de asistencia del Poder Judicial en relación a una determinada pretensión que merece respuesta adecuada y que, en el derecho procesal español se fundamenta en una especial garantía aprobada en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (RCL 1999, 1190,1572). Por todas estas razones, especialmente en el ordenamiento jurídico español, no se admite una decisión judicial fundamentada en consideraciones que manifiestamente no guardan cualquier relación con la cuestión puesta en juicio. La jurisprudencia

constitucional alemana es claro ejemplo de lo que viene siendo expuesto⁴⁹¹.

En Brasil, el art. 159 del Código Civil consagra una regla universalmente aceptada: todo aquel que cause daño a otro está obligado a repararlo. Establece el aludido dispositivo legal, informativo de la responsabilidad objetiva “aquiliana”: “aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho, o causar daño a otro, queda obligado a reparar el daño”.

El análisis del artículo supra transcripto evidencia que cuatro son los elementos esenciales de la responsabilidad civil: acción u omisión, culpa o dolo del agente, relación de causalidad, y el daño experimentado por la víctima. En relación a la acción o a la omisión, inicialmente, se refiere la ley a cualquier persona que, por acción u omisión, venga a causar daño a otro. La responsabilidad puede variar de acto propio, de acto de tercero que esté bajo la guardia del agente, y aún de daños causados por cosas y animales que le pertenezcan. El Código Civil Brasileño prevé la responsabilidad por acto propio, entre otros, en los casos de ofensa al honor de la mujer; de calumnia, difamación e injuria; de la demanda de pago de deuda no vencida o ya pagada, de abuso de derecho. La responsabilidad por acto de tercero ocurre en los casos de daños causados por los hijos, tutelados y curatelados, quedando responsables por la reparación de los padres, tutores y curadores. También el patrón responde por los actos de sus empleados. Los educadores, hoteleros y hosteleros, por los educandos y huéspedes. Los farmacéuticos, por sus prepuestos. Las personas jurídicas de derecho privado, por sus empleados, y las de derecho público, por sus agentes. Y, aún, aquellos que participan del producto del crimen. En lo que se refiera a la responsabilidad por daños causados por animales y cosas que estén bajo guardia del agente es, en regla objetiva: independiente de prueba de culpa. Esto se debe al aumento del número de accidentes y de víctimas, que no deben quedar sin resarcir, recurrente del grande desarrollo de la industria de máquinas.

⁴⁹¹ Sentencia Mülhein-Kärlich, de 20 de diciembre de 1979.

En Brasil, en lo pertinente a la culpa o dolo del agente, todos concuerdan que el art. 159 del Código Civil Brasileño presenta el dolo luego al inicio: “acción u omisión voluntaria”, pasando, en seguida a referirse a la culpa: “negligencia o imprudencia”. El dolo consiste en la voluntad de cometer una violación de derecho, y la culpa, en la falta de diligencia⁴⁹². Dolo, por lo tanto, es la violación deliberada, consciente, intencional, del deber jurídico.

Para obtener la reparación del daño, la víctima generalmente tiene que probar dolo o culpa *stricto sensu* del agente, según la teoría subjetiva adoptada en nuestra norma civil. Sin embargo, como esa prueba muchas veces es difícil de ser conseguida, nuestro derecho positivo admite, en hipótesis específicas, algunos casos de responsabilidad sin culpa: la responsabilidad objetiva, con base especialmente en la teoría del riesgo, abarcando también casos de culpa presumida. La teoría subjetiva realiza varias distinciones sobre la naturaleza y la extensión de la culpa. Culpa lata o “grave” es la falta impropia al común de los hombres, es la modalidad que más se acerca del dolo. Culpa “leve” es la culpa evitable con atención ordinaria. Culpa “levísima” es la falta sólo evitable con atención extraordinaria, con especial habilidad o conocimiento singular. En la responsabilidad “aquiliana”, la más ligera culpa produce la obligación de indemnizar “in lege aquilia et levissima culpa venit”⁴⁹³. La culpa puede ser aún *in eligendo*: recurre de la mala elección del representante, del prepuesto; *in vigilando*: recurre de la ausencia de fiscalización; *in committendo*: recurre de una acción, de un acto positivo; *in omittendo*: recurre de una omisión, cuando había el deber de no abstenerse; *in custodiendo*: recurre en la falta de cuidados de la guardia de algún animal, alguna persona o algún objeto.

⁴⁹² Savigny, le droit des obligations, trad. Gerardin et Jozon §82.

⁴⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil. v. 5. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 414.

En el Derecho Español tenemos como segundo requisito de la responsabilidad civil del juez la necesidad de un daño o perjuicio a un particular, sea moral, sea material, pero siempre cuantificado de forma pecunaria. Entienden que una persona, la que se privó antijurídicamente de un derecho esencial, como el amparo constitucional, no resta la menor duda de que fue causado un daño moral, al menos del punto de vista de sus creencias de pertenecer a un estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna justicia como valor superior. España es un Estado que reúne estas características, según el artículo 1-1 de la Constitución Española. En el mismo sentido es la jurisprudencia, hoy ya consolidada en España, especialmente en el Tribunal Supremo, donde viene siendo reiteradamente declarado que la conducta negligente del abogado y del procurador determinada por la interposición de un recurso fuera del plazo genera la producción de un daño moral al cliente que debe de ser valorado económicamente⁴⁹⁴.

En el derecho brasileño, el otro requisito indispensable para la imputación de responsabilidad civil del juez se refiere a la relación de causalidad, tenemos que se trata de la relación de causa y efecto entre la acción u omisión del agente y el daño verificado. Viene expresa en el verbo “causar”, utilizado en el art. 159. Sin ella, no existe la obligación de indemnizar. Si hay daño pero su causa no está relacionada con el comportamiento del agente, no existe la relación de causalidad y también la obligación de indemnizar. Si, *verbi gratia*, el motorista está conduciendo correctamente y la víctima, queriendo suicidarse, se tira bajo las ruedas del vehículo, no se puede afirmar haber él “causado” el accidente, pues en verdad fue un mero instrumento de la víctima, esta sí responsable exclusiva por el evento.

En lo que dice sobre el daño, sabemos que sin la prueba del daño, nadie puede ser responsabilizado civilmente. El daño puede ser material o simplemente

494 Sentencia 543/2003, de 29 de mayo (RJ 2003, 3914) .

moral, o sea, sin repercusión en la órbita financiera del ofendido. El Código Civil Brasileño consigna un capítulo sobre la liquidación del daño, o sea, sobre el modo de averiguarse los perjuicios y la indemnización admisible. Aunque haya violación de un deber jurídico, haya existido culpa o, incluso dolo por parte del infractor, ninguna indemnización será debida, si no se ha verificado algún perjuicio. La inexistencia de daño es óbice a la pretensión de una reparación, además sin objeto⁴⁹⁵.

Observa Mario Moacyr Porto que el deber de reparar asume, aunque raramente, el carácter de una pena privada, una sanción por el comportamiento ilícito del agente. Así, el acreedor no precisa probar un perjuicio para pedir y obtener pago de una cláusula penal (art. 927 del CC Brasileño); **quien demandar deuda ya pagada queda obligado a pagar en doble al deudor** (art. 1.531 del CC Brasileño); las ofensas al derecho de la personalidad autorizan una reparación pecuniaria aunque ningún perjuicio material advenga de las ofensas (temas, cit., p. 12). Son hipótesis de infracción a una norma jurídica tutelar de intereses particulares. En casos de ofensas al honor de la mujer (art. 1.548 del CC Brasileño), el daño no precisa ser demostrado, porque la ley lo presume.

En España, el tercer requisito es la existencia de un nexo causal entre la acción antijurídica, origen de una posible exigencia de responsabilidad, y el daño, el perjuicio producido. Tiene que ser clara la relación de causa y efecto, debe ser incuestionable, de forma que desapareciendo la causa, desaparezca el efecto perjudicial producido en la víctima del daño. No basta, pues, en este sistema jurídico, que haya el juzgador practicado acto jurisdiccional lesivo para ser responsabilizado civilmente, sino que es necesaria e indisociable que exista una conexión entre el actuar y el perjuicio, pena de no poder ser responsabilizado quien haya practicado el acto. Todo y cualquier acto practicado por el juzgador, como prestador de justicia,

⁴⁹⁵ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências cit, p. 181, n. 143

será legítimo e inatacable en el campo de la responsabilidad civil mientras no sea este el causador de daño que se haya operado para cualquier jurisdiccional. De otro lado, pero en el mismo sentido, podemos concluir que el perjuicio experimentado por la parte, sea litigue en el polo activo, sea litigue en el polo pasivo, en el curso del servicio judicial prestado - guardando o no relación con la prestación jurisdiccional "stricto sensu" - no podrá ser atribuido al magistrado, en términos de responsabilidad civil, a no ser que esté debidamente probada la directa conexión entre el daño experimentado y el acto judicial. Solamente sufrir perjuicio, aunque derivado de ilegalidad o antijuridicidad, no otorga, por si sólo, el derecho de ser resarcido. Es indispensable que el nexo de causalidad esté presente, uniendo acto o hecho al resultado prejudicial. La parte, litigando en juicio, que, en razón de este litigio, sufre una pérdida indebida, no puede volverse contra quien quiera que sea, excepto probando cabalmente que su disminución moral o patrimonial se operó como derivación de cierto actuar, compitiéndole, también, apuntar el autor del acto.

Independientemente de la divergencia doctrinaria que surge, nos deparamos con un aspecto: todos los presupuestos analizados derivan, más o menos, del principio general de la responsabilidad por hechos ilícitos. Esta regla está bien patente en el derecho portugués, CC, en la Sección V, a propósito de la responsabilidad civil, en la Subsección I, denominada "*Responsabilidade por hechos ilícitos*". El Art.º 483, n.º 1, del CC Portugués⁴⁹⁶ dice lo siguiente: "*Aquel que, con dolo o mera culpa, viole⁴⁹⁷ ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al lesado por los daños resultantes de la violación*". Esta norma es, y tiene que ser siempre, el

496 Esta norma corresponde al Art.º 731 del Anteproyecto de ADRIANO VAZ SERRA *Direito das Obrigações (con excepción de los contratos en especial)*, Anteproyecto, Lisboa, 1960, Separata del BMJ, p. 598 e 599, que disponía de la siguiente forma: "1 - Aquel que, con dolo o culpa, viola antijurídicamente, los derechos de otro se constituye en la obligación de indemnizar al lesado los daños resultantes de esa violación; 2 - También aquel que, con dolo o mera culpa, viola antijurídicamente una disposición legal destinada a la protección de intereses y de otro se constituye en la obligación de indemnizar a este los daños de ahí derivados en el bien jurídico que tal disposición quiera proteger y en consecuencia de un peligro que ella se proponía impedir. 3 - La lesión de derechos o de disposiciones de protección de intereses de otros se presume antijurídica. Esta presunción puede ser refutada por alguna causa justificativa del hecho, en los términos legales".

497 En lo que tange a la violación de los derechos de otro y a la infracción de una disposición legal de protección *vid* JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coleção teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, más específicamente las páginas 181 a 300.

punto de partida en lo que toca a la apreciación de la responsabilidad civil resultante de hecho ilícito.

Volviendo al **adoctrinamiento** de los autores, más precisamente en lo que se refiere a los presupuestos, el autor PESSOA JORGE optó por distinguir apenas dos presupuestos: *el acto ilícito y perjuicios reparables*⁴⁹⁸. MENEZES CORDEIRO, por su vez, también discrimina apenas dos elementos, a saber, *el daño* y *la imputación*⁴⁹⁹. ALMEIDA COSTA⁵⁰⁰ enumera *el hecho voluntario, la ilicitud* de ese hecho, *la culpa, el nexo de imputación del hecho al lesionador*, que de la violación del derecho subjetivo o de la ley derive un *daño*, y *la existencia de un nexo de causalidad* entre el hecho practicado por el agente y el perjuicio sufrido por la víctima. GOMES DA SILVA narra como presupuestos de la responsabilidad civil un *daño, la violación de un derecho* donde derive el *daño, hecho u omisión* que determine esa infracción, un *nexo de causalidad*, y un *nexo de imputación* de los restantes elementos a ciertas personas⁵⁰¹. MANUEL DE ANDRADE⁵⁰² apunta cuatro elementos a saber, *el hecho, el nexo de imputación, el daño* y *el nexo de causalidad*. PEREIRA COELHO⁵⁰³ sigue esta inclinación acentuada por MANUEL DE ANDRADE. INOCÊNCIO GALVÃO

498 PESSOA JORGE, FERNANDO, *Lições de Direito das Obrigações*, Edição da AAFDL, Lisboa, 1975-1976, p. 513 a 514, y del mismo autor, *Ensaio sobre os presupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 55 a 57. Este autor preconiza que "no significa que se tornen innecesarios el nexo de imputación y el nexo de causalidad, pero entendemos que el primero se integra en el acto ilícito, como su elemento inseparable, y el segundo pertenece a la caracterización del perjuicio reparable." Este autor sintió aún necesidad de adicionar otro componente negativo consubstanciado en la *ausencia de causas de exención de la responsabilidad civil*".

499 MENEZES CORDEIRO, ANTÔNIO, *Direito Das Obrigações*, Lições dadas ao 3º Ano no ano lectivo de 1978/1979, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979, III Volumen, p. 80 e 81. Advierte el Profesor: "Los presupuestos de la responsabilidad civil son, simplemente: - el daño ; - la imputación. Consiguiéndose de esta forma, una cobertura integral de todas sus modalidades". Del mismo autor puede consultarse esta orientación, y más próximamente en su trabajo intitulado *Direito das Obrigações*, II Volumen, reimpressão, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 280 e 281.

500 ALMEIDACOSTA, JÚLIO, *Direito das Obrigações*, 6ª Edição, Revista y actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, p. 465.

501 GOMES DA SILVA., *O dever de prestar e o dever de indenizar*, Volumen I, Lisboa, 1944, p. 63 a 156.

502 ANDRADE, MANUEL, *Teoria Geral das Obrigações*, con la colaboración de RUI ALARCÃO, Livraria Almedina, Coimbra, 1966, p. 337 a 377.

503 PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, BFB, cit, p. 57 a 178.

TELLES⁵⁰⁴, acoge esta división en cuatro componentes, específicamente el *acto ilícito*, la que atribuye la designación de no ejecución de la obligación, *la culpa*, *el perjuicio* y el *nexo de causalidad* entre la no ejecución de la obligación y la lesión. ADRIANO VAZ SERRA⁵⁰⁵ discrimina cinco presupuestos, nombradamente la *acción* o el acto humano, la *antijuridicidad*, *la culpa*, *el daño* y el *nexo causal*. Para PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA⁵⁰⁶ es necesario un hecho voluntario del agente, hecho ilícito, nexo de imputación del hecho al lesionador, la existencia de un daño, y nexo de causalidad entre el hecho practicado por el agente y el daño sufrido por la víctima. Igualmente en el sentido de la necesidad de cinco componentes tenemos LUÍS MENEZES LEITÃO⁵⁰⁷, que defiende el cumplimiento de *el hecho voluntario* del agente, *la ilicitud*, *la culpa*, *el daño* y *el nexo de causalidad* entre el hecho y el daño. *Hoc sensu* tenemos también diversas decisiones judiciales de las cuales abultamos el Ac de la RP de 5-4-1974⁵⁰⁸ cuyo sumario es el siguiente: "*Del Art. 483 del Código Civil resulta que el deber de indemnizar por la práctica de ilícito civil exige la concurrencia de los siguientes requisitos: el hecho, su ilicitud, el vínculo de imputación del hecho al agente, el daño y la relación de causalidad. El requisito de la culpabilidad sólo es dispensable en los casos especificados en la ley-n. 2 de dicho artículo. II-a ilicitud no puede ver-se a través del daño, pues ella tiene que reportarse al propio hecho, conforme se deduce de la ley y es lección corriente de los civilistas. (...)*". La tesis resaltada por ANTUNES VARELA es, de lejos, la que ha obtenido mayor acogida⁵⁰⁹. Conviene llamar a colación que el análisis de la

504 GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito Das Obrigações*, cit, p. 331 a 422. Anteriormente, en su trabajo *Direito das Obrigações*, Lições dadas ao 3º Ano do curso jurídico de 1948-1949, coligidas por FERNANDO PESSOA JORGE, cit., p. 349 a 350, este brillante Profesor había presentado la siguiente enumeración: *conducta*, *voluntariedad* (donde incluía el dolo o culpa.) *perjuicio* y *nexo causal* (o *causalidad*).

505 VAZ SERRA, ADRIANO, *Responsabilidade civil*, Separata do BMJ, 92.

506 PIRES DE LIMA, FERNANDO y ANTUNES VARELA, JOÃO, *Código Civil Anotado*, Volumen I (Artículos 1 a 761), 2a Edição revista y actualizada, con la colaboración de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Limitada, anotación al Art.º483 del CC, p. 416. De JOÃO ANTUNES VARELA puede consultarse aún sobre la obligación de indemnización su trabajo intitulado *Das Obrigações em Geral*, Volumen I, 9a Edição, Almedina, Coimbra, 1996, p. 543 y siguientes.

507 MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito das Obrigações*, Volumen I, Introdução, Da constituição das Obrigações, Almedina, 2000, p. 254 a 308.

508 Ac. de la RP de 05-04-1974: *BMJ*, 239, p. 264 a 265.

509 Por ejemplo JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, *Primeiro Volumen*, *Apontamentos das lições*

responsabilidad civil del magistrado judicial es ejercitable en los mismos términos y con los mismos presupuestos que el régimen de la responsabilidad civil, en el mismo sentido de lo que fue dicho por GUILHERME DA FONSECA⁵¹⁰. El instituto de la responsabilidad civil del juez, en Portugal, está sometido a un régimen legal especial, lo que no significa que, para su estudio, no es necesario partir de ciertos elementos que se pueden retirar del régimen común constante en el Art.º 483 del CC Portugués. Esos componentes comunes son el *hecho voluntario del lesionador*, la *ilicitud* del acto o comportamiento, la *imputación*, el *nexo de causalidad* y el *daño*.

En relación al magistrado judicial es preciso averiguar cuando estamos ante *un hecho voluntario practicado por el juez* pasible de generar responsabilidad civil. El juzgador tiene que tener capacidad para practicar el acto perfectamente válido y eficaz. Algunas cuestiones se nos plantean en relación a la determinación precisa de los actos judiciales posibles de ocasionar la responsabilidad civil del juez. En la acción a que alude el Art.º 1083 del CPC Portugués es en ocasiones muy difícil averiguar, desde el inicio, si el comportamiento del juez, comprende ilicitud suficiente o capaz de responsabilizarlo a título *de pérdidas y daños* o si, por otro lado, estamos ante simples lapsos en la apreciación de las pruebas o interpretación de las normas de derecho.

El promotor primordial de la responsabilidad civil, en general, se traduce *en el hecho del agente*⁵¹¹. Los hechos del agente pueden o no ser voluntarios. Para que

proferidas na Universidade Católica do Porto, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, p. 413, también discrimina estos cinco presupuestos.

510 FONSECA, GUILHERME DA, *A responsabilidade do Estado pelos atos da função judicial e as crises da justiça*, *Justiça em crise, Crises da Justiça*, cit., p. 194 e 195.

511 DE CUPIS, ADRIANO, *Ifatti illeciti*, Seconda edizione, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Volumen IV, 1970, Milano, principalmente p. 3 a 12. Como es sabido, los hechos jurídicos pueden tratarse de hechos naturales que consubstancian, en las palabras de ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil, Volumen I, Introdução e Parte Geral*, *Direito das Pessoas*, traducción de ARYDOS SANTOS, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1934, p. 240, "... hechos de la naturaleza

cierta actuación pueda determinar responsabilidad civil nos interesan solamente aquellos hechos *de dominio de la voluntad*⁵¹² humana. Este facto jurídico voluntario o *acto jurídico* puede distinguirse en acciones humanas o negocios jurídicos. Por su propia naturaleza este facto, y en relación a su contenido, podrá constituir un facto *positivo*⁵¹³ u *omiso*⁵¹⁴. En esta última coyuntura se dice que la omisión puede generar responsabilidad civil siempre que es causa del daño, o sea, "*siempre que exista el deber jurídico especial de practicar un acto que, seguramente, o muy probablemente, habría impedido la consumación de ese daño*"⁵¹⁵". La obligación de reparar los perjuicios derivados de una omisión, en los términos del Art.º 486 del CC Portugués, no existen siempre que el acto omitido haya sido sustituido por otras precauciones consideradas idóneas por la generalidad de las personas para prevenir el acto dañoso. Así *vid* el Ac STJ 02-06-1977⁵¹⁶.

Algunos autores también tienen costumbre diferenciar los *factos jurídicos simples*, que se traducen en una eventualidad única, en contraposición con los *hechos complejos*, para significar todos aquellos que requieren el concurso de diversos hechos simples⁵¹⁷.

capaces de producir consecuencias en la esfera jurídica de una persona, como la muerte, el aluvión, la caída de un edificio...".

512 Es innegable que cuando nos referimos a un hecho voluntario no nos estamos a ceñir a los actos efectivamente pretendidos por el agente causador de la responsabilidad. Hasta porque hay circunstancias que generan responsabilidad mismo cuando no existe cualquier representación mental de los efectos del acto. Esta circunstancia visa excluir los hechos naturales productores de daños, en la esterilla de lo que viene sustentando la mayoría de la doctrina portuguesa. En este sentido MÁRIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 466, y ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 545.

513 En otras palabras, la violación u ofensa de un derecho de otro puede **consustanciar un *facere* o un *non facere*, consonante la obligación violada, tratarse de una obligación de hacer algo o de abstenerse de algún comportamiento**, así la violación asumirá la forma de omisión o acción positiva. Verse INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito Das Obrigações*, cit., nota de pie de página I, p. 546.

514 Curiosamente para RAMOS DE SOUSA y SILVA PINTO, *Da responsabilidade civil*, Preleções feitas pelo Exmo. Prof. Dr. Jaime Gouveia, no ano lectivo de 1933/34, cit., p. 25 existirían cuatro categorías de *omisión*: la omisión de deberes legales en el ejercicio de cierta actividad, la mera omisión en la acción, la omisión pura y simple prevista en la ley y la omisión pura y simples. Para más allá de responsabilidad civil, puede igualmente cierta omisión ocasionar igualmente responsabilidad criminal. Sobre esta temática se pronunció MARIA DO CÉU DE SARO NEGRÃO, *Sobre a omissão impura no atual Código Penal Português e em especial sobre a fonte do dever que obriga a evitar o resultado*, Trabalho apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 1986.

515 GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito Das Obrigações*, T Edição, cit., p. 546.

516 Ac STJ 02-06-1977: *BMJ*, 268, p. 208 a 210.

517 En este sentido ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil, Volumen I, Introdução e Parte Geral*, *Direito das Pessoas*, cit., p. 241.

Recientemente GERALDES DE CARVALHO⁵¹⁸ parece individualizar aún el *hecho-fuente* que constituye la fuente que da origen a la obligación de indemnizar⁵¹⁹. Determinada doctrina procura evitar la utilización de la terminología "*facto ilícito*"⁵²⁰, exactamente por el enredo que es la noción de ilicitud⁵²¹, optando claramente por la utilización de la expresión legal "*facto que viola u ofende los derechos del otro*", como es el caso de PEREIRA COELHO⁵²². Otros portugueses optan claramente por la designación "*facto ilícito*" y esclarecen la razón de su preferencia, como es el caso de JAIME GOUVEIA⁵²³, aplicable, *mutatis mutandis*, a la responsabilidad contractual y extracontractual. Para este autor el *facto ilícito* se traduce en el *facto*, positivo o negativo, que infringe los intereses del otro, por ser contrario a la regla del derecho objetivo o a la finalidad de los poderes legales por este atribuidos. Según ROBERTO DE RUGGIERO⁵²⁴ "*El acto jurídico puede ser o no conforme con el derecho objetivo. Si es conforme es un acto lícito, visto que el ordenamiento jurídico consiente que se haga y le atribuye efectos jurídicos; si no es conforme, puede ser (sin que lo sea necesariamente) un acto ilícito.*" La noción de

518 GERALDES DE CARVALHO, *Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral*, CJ, Año XII, 1987, Tomo I, p.21 a 24.

519 Parafraseando el insigne autor GERALDES DE CARVALHO, la p. 22 de ese trabajo, a este respecto: "*La infracción es el hecho voluntario cuyo núcleo esencial está constituido por una realización de voluntad dirigida a la producción de un efecto que la ley prohíbe y para el cual estatuye una consecuencia que, a grosso modo, niega el efecto producido y la voluntad que en él se realizó.*" De acuerdo con SIDONIO RITO, *Elementos da responsabilidade civil delictual*, cit., p. 28, el hecho de analizarse el acto ilícito como uno de los elementos de la responsabilidad civil delictual no significa que sólo se pueda hablar en responsabilidad civil en relación a los actos ilícitos. A propósito del carácter ilícito del acto es común hablarse en el criterio que sustenta que aquel es apurado por su resultado. En este sentido tenemos BRUNETTI, SOURDAT, CHIRONI, JAIME GOUVEIA, ROCCO, CARNELUTTI, GUILHERME MOREIRA. En este ámbito entiende CARNELUTTI que es ilícito todo y cualquier acto que lesa un interés. Otros, específicamente PLANIOL y GRISPIGNI, optan antes por el hecho del carácter ilícito no resultar de la ofensa de un derecho. Para PLANIOL el carácter ilícito del acto proviene de la violación de una obligación, legal o convencional. En el seno del derecho brasileiro, consultarse FERAZ ALVIM, *De los actos ilícitos*, Livraria libertad, São Paulo, 1932.

520 Sobre la noción de hecho ilícito *vid.*, entre otros, RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en General, Sources des Obligations*, Volumen III, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 357 a 364.

521 Es problemática la concreta definición de ilicitud, sea en términos civiles, sea en el ámbito penal. A ese propósito inscribieron, *máxime*, FREDERICO CASTEJON y MARTINEZ DE ARIZALA, *Teoría de la continuidad de los derechos Penal y Civil*, Nuevas aportaciones al ensayo sobre la determinación del concepto de ilicitud en ambos Derechos, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal Y Criminología de La Universidad de Barcelona, Bosch - Casa Editorial, Barcelona, España, 1949, p. 13 a 65.

522 PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O nexos de causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 66 a 69.

523 GOUVEIA, JAIME, *Da responsabilidade contratual*, Edição do Autor, Lisboa, 1932, p. 41 y siguientes.

524 RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituições de Direito Civil, Volumen I, Introdução e Parte Geral, Direito das Pessoas*, cit., p. 241.

ilicitud deberá ser tratada dentro de un concepto *quizá* más abarcador, que denominamos de *antijuricidad*. En esta podremos englobar toda y cualquier no conformidad con el ordenamiento jurídico, considerado en su globalidad. Podemos comenzar por decir que siempre que alguien practica un hecho ilícito, significa que, en algún momento, infringió una norma de conducta. El cerne estará, por lo tanto, en la no observancia de un deber jurídico *latu sensu*.

Al contrario de lo que ocurre en el Derecho Penal, en el Derecho Civil el hecho ilícito está sujeto al principio de la atipicidad. Lo mismo no quiere decir que no existan ciertos y determinados casos tipificados como hechos ilícitos. A respecto MENEZES CORDEIRO⁵²⁵ opta claramente por nombrar tales hechos ilícitos típicos por "*delitos específicos*", así como MENEZES LEITÃO⁵²⁶ que por su turno utiliza la terminología "*tipos delituales específicos*", en contraposición con los "*delitos atípicos*". MENEZES CORDEIRO evitó, de esta forma, hablar en delitos típicos, prefiriendo elegir una designación que no lance cualquier tipo de confusión doctrinal. Según MENEZES LEITÃO⁵²⁷ existen cuatro tipos delituales específicos; el abuso de derecho, la no cesión en caso de colisión de derechos, la ofensa al crédito y al buen nombre y, por último, la responsabilidad por consejos, recomendaciones e informaciones. La norma contenida en el Art.º 483, n.º 1 del CC tiene la capacidad de abarcar tanto los hechos ilícitos "*tipificados*" (v.g. Art.º 484 (*la ofensa al crédito y al buen nombre*), 485 (*responsabilidad por consejos, recomendaciones e informaciones*), 492 y 493, todos del CC) como los no tipificados en nuestra ley. La *communis opinio* sugiere que hecho ilícito traduce un hecho prohibido, o reprobable en ley. Es con este alcance que el concepto de ilicitud es utilizado, *quizá* con mayor propiedad, en el ámbito penal. Si nos detenemos en la función reparadora de la responsabilidad civil no parece tener mucho sentido incluir tal noción en su seno. Parece que la decisión más acertada, si bien por una cuestión de facilidad práctica, es

525 MENEZES CORDEIRO, ANTÔNIO, *Direito das Obrigações*, Volumen II, *cit.* p. 348.

526 MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito das Obrigações*, Volumen I, Introdução, Da constituição das Obrigações, Almedina, 2000, p. 264.

527 MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito das Obrigações*, Volumen I, *cit.*, p. 264 a 270.

adoptar *ex ante* la designación "*facto ilícito*" (así como acabó por adoptar PEREIRA COELHO⁵²⁸).

El deber que no se ha cumplido es el elemento objetivo de la culpa. Para Savatier "culpa es la no ejecución de un deber que el agente podía conocer y observar⁵²⁹". Por su parte, el elemento subjetivo de la culpa consiste en la imputabilidad del agente.

El concepto de culpa para Clóvis Beviláquia, donde el autor destaca su elemento subjetivo, es:

"Culpa, en sentido lato, es toda violación de un deber jurídico⁵³⁰".

Según Rabut:

"el estudio de la jurisprudencia no permite duda alguna sobre la existencia de un primer elemento de culpa: ella supone la violación de un deber anterior⁵³¹".

Para Marton, la responsabilidad es una respuesta advenida de la violación de un deber preexistente. La verdadera fuente de la responsabilidad es la obligación preexistente, que surge de factores sociales aptos a crear normas de conducta⁵³².

⁵²⁸ PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil, cit.*, -p. 67.

⁵²⁹ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, v. 1, n. 4.

⁵³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves. obs. n. 1, al art. 1.057.

⁵³¹ *De la notion de faute en droit privé*, p. 26.

⁵³² *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, n. 84, p. 84.

Para el inducimiento de culpa, ¿cuál la naturaleza del deber jurídico? Tratándose de culpa contractual, el deber jurídico se limita a la obediencia a lo pactado. Y, en la extracontractual, consiste en seguir la ley o reglamento correctamente. Si la hipótesis no existe en la ley o reglamento, aún existirá el deber de no lesionar a nadie, conforme se encuentra implícito en el art. 159 del Código Civil Brasileño, que no trae la expresión “violación de la ley”, pero sí “ violar derecho”.

En el caso de que se haya dañado un derecho, aunque el perjudicado no haya sufrido ningún perjuicio o daño material emergente comprobado, se deberá imponer al ausante el deber de indemnizar, a título de pena privada (art. 927 del CC Brasileño: hipótesis de pena convencional; en los casos de violar los nombrados derechos de la personalidad, como la salud, el honor, la libertad y etc.).

Se excluye la responsabilidad civil, cuando el daño sea causado por la fuerza de la naturaleza, o los ejercidos en estado de inconsciencia, salvo los practicados por dementes o niños. La esencia de la acción u omisión, es que ella sea controlable por el hombre, teniendo la capacidad de discernir lo cierto y lo errado. Este es el concepto de hecho voluntario⁵³³.

En cuanto a la acción u omisión del agente, según enseñanza de Silvio Rodrigues, en la mayoría de los casos se origina por el no cumplimiento de un deber, pudiendo este ser: legal (contrario a ley), contractual (prestación de un servicio menor de lo que el contrato prevé) y social (con abuso de derecho)⁵³⁴. Por ejemplo, si un motorista atropella a alguien, aunque este accidente haya ocurrido por culpa exclusiva de la víctima, aquel puede ser responsabilizado por omisión de socorro, si

⁵³³ LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, II, 11. ed., apud Antunes Varela, La responsabilidad del derecho, p. 17-8.

⁵³⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil cit, p. 22, n.9.

esta falta de ayuda fué la que resultó ser la causa muerte de la persona, porque tiene el deber legal de socorrerla. No obstante, la responsabilidad civil por omisión es vista más frecuentemente en el ámbito contractual.

Para configurar la responsabilidad por omisión, obviamente tiene que existir el deber de practicar un hecho (no omitirse), y que, practicándolo, el daño no ocurriría. El deber de actuar (no omitirse) podrá ser impuesto por ley o convención, por ejemplo, el deber de vigilancia, y también de la creación de situación de peligro.

En el Derecho Español actual, por ejemplo, para cierta doctrina, cualquier comportamiento doloso o culposo del juez puede originar responsabilidad civil. No es, por lo tanto, necesario que este comportamiento se materialice en una decisión judicial, a pesar de ser lo más apropiado.

En el Derecho italiano no se asiste a ninguna fórmula limitativa del comportamiento judicial, una vez que cualquier conducta del juez, que en el ejercicio de sus funciones, ocasione perjuicios, podrá determinar el resarcimiento del ofendido en términos civiles.

En Portugal no se encuentra ninguna alusión directa en la ley al hecho voluntario generador de responsabilidad civil del juzgador. Así, la reglamentación legal de la responsabilidad civil del juzgador se encuentra aún en una fase algo embrionaria, de ahí que es más seguro referir sólo a la función que el juez ejerce, y su acto por excelencia, que es la resolución judicial⁵³⁵, entendida en su sentido más abarcador.

7.4. De la Irresponsabilidad a la Responsabilidad

535 Tomada con base en la ley y en las demás fuentes de derecho al alcance del juzgador específicamente las constantes en el Art. 4º del CCP. Sobre la decisión según la equidad leerse ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A decisão segundo a equidade*, Separata da Revista "O Direito", Año 122, 1990, II, p. 261 a 280.

En España, si miramos atrás, con la intención de entender el presente panorama jurídico veremos que, como en todos los países vecinos, se partía del entendimiento del siglo XIX de que el Estado nunca respondía, no pudiendo ser responsabilizado, como consecuencia del viejo principio de que “The King can do not wrong”.

La Legislación Española, de otro lado, desde hace mucho, viene previniendo situaciones muy especiales en que el Estado podría ser responsabilizado civilmente. Es lo que estuvo previsto en el artículo 14 de la “Ley de Policía Ferrocarriles”, de 1877, que preveía la responsabilidad estatal en los casos en que los particulares fueran víctimas de daños causados por los “ferrocarriles”. Otro ejemplo clásico encontrado en la Legislación Española está en el artículo 132 de la “Instrucción de Sanidad” de 1904, previendo la obligación de destrucción de objetos en epidemias. De cualquier forma, la regla general era, como ya puesto, la de la irresponsabilidad.

En este sentido es muy reveladora la interpretación dada a la norma de pretensiones generales como es el Código Civil Español de 1889 (aún vigente). En este, el artículo 1.902 regula la responsabilidad civil extracontractual, declarando que está obligado a reparar “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia”. En el artículo siguiente, 1.903, añade que la obligación prevista en el artículo arriba parcialmente transcrito es exigible “no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”. Este último artículo prevé, justamente, el caso del Estado, en los siguientes términos: “El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”. Pues bien, la jurisprudencia partía de reconocer dos posibilidades: La primera, en el sentido de que el Estado solamente respondía cuando actuaba por medio de agente especial. El problema es que esta situación nunca se configuraba, dado que lo lógico y usual era que actuase por medio de funcionarios. Y

la segunda, era que cuando actuase por medio de funcionarios eran estos los responsables. Para exigirles que respondieran civilmente fue editada la ley de 5 de abril y el reglamento de 23 de setiembre, ambos de 1904, sobre responsabilidad civil de los funcionarios de orden gubernamental o administrativa. En estas normas fueron previstos requisitos de tal orden que quedó imposible la exigencia de responsabilidad. Basta tener en cuenta que el requisito principal era de exigir por escrito y previamente fuese observada la norma cuyo no cumplimiento originaba la producción de daños y perjuicios.

El paso siguiente, en España, fue de la Constitución Republicana de 1931. En el artículo 41 estaba establecida la responsabilidad subsidiaria del Estado por la infracción de los deberes de los funcionarios con perjuicio de terceros. Se trataba de una mera declaración de principios que no llegó a desenvolverse. De ahí resultó una notable alteración de entendimiento y reglamento atinente a la responsabilidad civil, especialmente en las legislaciones locales. En el artículo 209 de la Ley Municipal Española de 31 de octubre de 1935 fue estandarizado que las entidades municipales responderían civilmente por los perjuicios y daños que ocasionaren a los derechos de los particulares por la actuación de sus órganos de gobierno o de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según cada caso. En este camino también la “Ley de Régimen Local” fechada de 16 de diciembre de 1950, que distinguía entre: A) responsabilidad directa: cuando los daños se producen por ocasión de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables a autoridades, funcionarios o agentes; B) responsabilidad subsidiaria: cuando los daños sean causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio del cargo.

Es importante destacar que, como solía ocurrir, el Estado impuso a los municipios y provincias lo que negaba para su propia administración. De cualquier suerte, la alteración general estaba a punto de producirse.

El escenario jurídico estaba preparado para afrontar el cambio de pensamiento que vino entonces a prevalecer, vale decir, la asunción plena de la responsabilidad objetiva, aunque siendo sorprendente, desde el punto de vista político, la declaración general de responsabilidad patrimonial objetiva del Estado se produjo, en España, en 1954, complementándose pocos años después, en 1957.

En el primer año, el 16 de diciembre, fue promulgada la “Ley de Expropiación Forzosa” y en su artículo 121 se establecía que daría también lugar a indemnización, asegurándose el mismo procedimiento, toda lesión que los particulares sufrieran en los bienes y derechos a que la ley citada se refería, siempre que fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizable en la vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pudiera exigir de sus funcionarios con tal motivo. De esta forma parecían excluidos únicamente los daños morales y corporales, sin embargo estos, a su vez, fueron inmediatamente incluidos en el artículo 133 del reglamento de la ley anterior, de 26 de abril de 1957, dado que se refería a “toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluadas económicamente”.

Resulta así, que por la vía de la expropiación forzosa se produjo una verdadera revolución en el campo de la responsabilidad patrimonial de todas las administraciones públicas.

El próximo paso, fue la edición de la “Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”, de 26 de julio de 1957. Esta fue editada para ajustes y declaración con un mayor énfasis de los derechos ya sacramentados en la legislación. Sobre esta “Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado” importa distinguir dos situaciones: A) responsabilidad patrimonial objetiva del Estado: el artículo 40 parte del principio de la responsabilidad objetiva al decir que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,

siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”; B) responsabilidad de las autoridades y funcionarios. Importa explicar sobre dos alternativas dentro de esta misma segunda situación ahora estudiada. B1) Acción de los particulares: según el artículo 43, los particulares podrán también exigir de las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan ocurrido por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos; B2) Acción de regreso: según el artículo 42.1, sin perjuicio del Estado indemnizar a los terceros lesionados, en los casos a que se refería el capítulo anterior de tal ley (artículo 40), podrá la Administración exigir de sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieran incurrido por culpa o negligencia graves, con previa instrucción del procedimiento adecuado con oída de los interesados.

Es evidente que el particular lesionado no irá a demandar directamente a la autoridad o funcionario civil, he aquí que dispone de una vía más cómoda de la responsabilidad patrimonial directa del Estado, pero no podemos olvidarnos de que existe esta posibilidad.

Importante destacar que desde 1954 y sobretodo a partir de 1957, existe el entendimiento de que el Estado (en verdad todas las Administraciones Públicas) responde por toda lesión que los particulares vengan a sufrir a cualquiera de sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y siempre que el daño sea efectivo, económicamente estimable y esté individualizado. Se percibe la pérdida de la idea de culpa y que no es requisito que la actividad sea antijurídica, basta la existencia del daño, la relación de causalidad entre la actividad de la Administración, el daño y la inexistencia de fuerza mayor, para que surja la obligación de indemnizar, excepto, naturalmente, cuando hay disposición legal imponiendo que sea soportado el daño sin tener derecho de ser indemnizado.

La Constitución de Española de 1978 no añadió nada nuevo, salvo el sentido de las normas que estaban vigentes. Consta en el texto constitucional que los poderes públicos están sujetos a responsabilidad (artículo 9º.3, CE) y que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 106.2, CE). Reza, aún, el texto Constitucional que el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.18, CE).

En los términos de lo que enseñan García de Enterría y T.R.Fernández⁵³⁶, el sistema español se caracteriza por dos bases bastante sólidas: A) Se trata de responsabilidad directa, no siendo apenas una cobertura subsidiaria de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y de los entes públicos; B) Se trata de responsabilidad puramente objetiva, prescindiendo totalmente de la idea de ilicitud o culpa.

La responsabilidad general del Administrador fue extendida, en España, al llamado Estado-Juez. Establecido el cuadro general de la responsabilidad patrimonial del Estado, **restó evidentemente también emanado de la legislación que los autores de los daños responden por estos en los términos de lo que trataremos**, tomando el cuidado de distinguir entre el período anterior a la Constitución Española de 1978 y el período que siguió a la promulgación de esta.

En Brasil, la responsabilidad del Estado, por error judicial, trasparece, a toda evidencia, emergiendo de lo cuanto reza el artículo 5º, inciso LXXV, de la Constitución de Brasil, *in verbis*:

“LXXV – el Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como el que se quede preso más allá del tiempo fijado en la

sentencia;”

El texto constitucional tiene como objetivo primero reglar las sentencias proferidas en la esfera criminal. En especial, su segunda parte, trata claramente de la figura del penado, cuando ya posee el derecho a la libertad, por el cumplimiento integral de la pena privativa de libertad.

La primera parte del inciso LXXV de la Constitución de la República puede ser aplicada tanto a las cuestiones penales como a las civiles. Se verifica que el texto trata de condenación generada por error. Esta condenación puede ocurrir tanto en proceso criminal como en proceso civil. En la esfera criminal irá generar la aplicación de las sanciones penales atinentes a la especie, pudiendo ser penas privativas de libertad, de multa, restrictivas de derechos. En el ámbito civil, la condena podrá decir respecto a la procedencia del pedido formulado por el autor, imponiendo la derrota al demandado o mismo estar relacionada con la condenación del propio demandante al gravamen de **sucumbencia**.

De cualquier forma, sumado a la condena deberá estar presente el error judicial. Dicho error determinará la posibilidad de solicitar una indemnización, a ser pagada a cualquier persona, que sea víctima de daño producido por el Poder Judicial, en las hipótesis en que este haya obrado en equívoco al prestar jurisdicción.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre el tema, trae la siguiente lección:

Con relación a los actos practicados por el Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, también existen divergencias doctrinarias. Los que refutan esta responsabilidad alegan que:

1. El Poder Judicial es soberano;
2. Los jueces tienen que actuar con independencia en el ejercicio de las funciones, sin el temor de que sus decisiones puedan ocasionar la responsabilidad del Estado;

3. El magistrado no es funcionario público;
4. La indemnización por daño recurrente de decisión judicial infringiría la regla de la inmutabilidad de la cosa juzgada, porque implicaría el reconocimiento de que la decisión fue proferida con violación de la ley⁵³⁷.

7.5. Responsabilidad Estatal Constitucional

En los términos de lo que ya estudiamos y estudiaremos con más profundidad en el presente trabajo, el Estado, antiguamente, no respondía, aunque mínimamente, por eventuales perjuicios impuestos a los jurisdicionados en razón de cualquier especie de error en el desarrollo de la actividad prestadora de Justicia. Aún cuando la Administración de la Justicia fallaba y producía daño grave al ciudadano, el ente estatal no estaba obligado a la reparación del daño. Por más evidente que fuera el error y el perjuicio, restaba al lesionado simplemente soportar la lesión que le fue impuesta. Aunque el derecho se desarrolló, en todas las naciones cultas, en el sentido de reconocerse que el Estado debería ser responsabilizado siempre que el jurisdicionado fuese perjudicado por un fallo en la distribución de la Justicia. Sin perjuicio de la discusión que se instaló sobre los requisitos subjetivos y objetivos necesarios para caracterizar esta responsabilidad, verdad es que este derecho del ciudadano pasó a constar de la legislación ordinaria infraconstitucional y los constituyentes de las más diversas naciones trataron de consagrar esta garantía en los textos de sus Leyes Supremas. En el actual panorama legal constitucional mundial es imprescindible que se haga el estudio de la responsabilidad civil del Estado en razón de daño producido en la Administración de la Justicia con análisis primera de los textos constitucionales.

7.5.1. Fundamentos Constitucionales

La constituciones Españolas del siglo XIX (1812, 1837, 1845, 1856, 1869, 1876) y siglo XX (1932), anteriores a la vigente (Constitución Española de 1978), reconocían, de modo general, la responsabilidad personal de los jueces por las infracciones de Ley que cometieran, irreparables por medio de los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico. Aunque por más increíble que pueda parecer, solamente en la Constitución Española de 1978 (con el fundamental precedente consistente en el artículo 106 de la Constitución Española de 1932), fue reconocida la responsabilidad del Estado-Poder Judicial en relación a la reparación de los daños causados al ciudadano por los errores judiciales y funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, renovando profundamente el sistema.

Destacar, en este sentido, el artículo 9.3, que garantiza a los ciudadanos la responsabilidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre los cuales, por cierto, el Poder Judicial. El artículo 121, al establecer que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme la Ley. Y, por fin, el artículo 117-1, que determina la calidad de responsable de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

El jurisdiccional que pleitea ante el Poder Judicial, pero como ciudadano o legitimado en el sentido procesal, clama por Justicia. Por cierto la Justicia es un concepto en gran parte “metajurídico”. Pero, a los efectos relativos a su vinculación con el derecho positivo, esto significa que pide, en última análisis, una decisión que esté de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Para que se garantice que la decisión esté de acuerdo con el ordenamiento jurídico existen los recursos. Se constituyen en sucesivos controles establecidos para que se consiga, en la medida de lo posible, que el “decisum” esté correcto, que esté de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. No obstante, la necesaria seguridad jurídica ocurre de la firmeza de las decisiones judiciales y la institución de la cosa juzgada impidan el procesamiento de los recursos. De esta forma, habrá situaciones en que la injusticia de la decisión importará en la seguridad del derecho establecido para el caso concreto, de tal forma

que su reparación sea más importante que tal seguridad.

Por tales motivos, el ciudadano, mientras sea jurisdicionado, es el destinatario final de los preceptos constitucionales que lo protegen ante la injusticia, aunque tal tenga que ocurrir por medio de caminos compensatorios.

7.5.1.1 Desarrollo y Perfeccionamiento de la Carta Magna

En España, antes de la Constitución de 1978, la opinión mayoritaria venía sustentando que el artículo 40 de la LRJAE no era aplicable al “Estado-Juez” en las hipótesis de ejercicio de la prestación jurisdiccional. Aunque el artículo 40 se refería a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en sentido estricto, pero con evidente exclusión del “Estado-Legislator y del Estado-Juez”.

El argumento fundamental era que la responsabilidad de los jueces tendría regulación propia y distinta, que se encontraba, primero, en los artículos 245 a 266 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” de 1870, después en los artículos 903 a 918 de la “Ley de Enjuiciamiento Civil” para responsabilidad de esta especie y, por último, en los artículos 757 a 778 de la “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, con la disposición especial del artículo 960.II, para el caso de la revisión penal.

En el campo jurisprudencial de España, el Tribunal Supremo, la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Ministerio de Justicia venían distinguiendo dos situaciones: a) daños derivados del ejercicio de la prestación jurisdiccional en sentido estricto, que estaban previstos en el artículo 40 LRJAE como puesto; b) daños derivados de la actuación personal de los funcionarios de la Justicia, no dotados de jurisdicción.

Absolutamente importante destacar que a partir del advenimiento de la Constitución Española de 1978, hasta la entrada en vigor de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”, de 1985, la CE preveía en su artículo 106.2 el principio general de la

responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. Sin embargo, de otro lado, en el artículo 121, establece la indemnización a cargo del Estado en los casos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia.

De pronto, tenemos que establecer que la doctrina Española venía insistiendo en controversias sobre el alcance del artículo 40, LRJAE al “Estado-Juez”. Lo que se ha admitido, de manera general, es que mismo después del artículo 121 de la CE, considerando que la Administración es el soporte estructural básico del Estado mismo en el plano interno y, por lo tanto, el único centro de imputación posible dentro de las relaciones jurídicas que pueden surgir de la actuación de los demás órganos estatales, se tiende a atribuir a aquellas las consecuencias lesivas que pueden resultar de dicha actuación y esto con el fin de garantizar la plenitud de la cobertura patrimonial de los ciudadanos.

Pues bien, lo anterior supone simplemente el órgano de imputación, pero no la normativa reguladora. Sobre las actuaciones jurisdiccionales de los jueces y magistrados se sigue haciendo alusión a que este es un requisito especial de responsabilidad, sujeto a las normas especiales de la LOPJ de 1870, de la LEC de 1881 y de la LECRIM de 1882 de modo tal que cuando el artículo 121 de la CE dice “conforme a las leyes” se está remitiendo a las citadas leyes y no al artículo 40 de la LRJAE.

Desde la entrada en vigor de la Constitución Española hasta la promulgación de la LOPJ de 1985 fueron postulados en juicio una serie de alegadas responsabilidades patrimoniales. La gran mayoría fue juzgada improcedente por el Ministerio de la Justicia y estas decisiones siquiera fueron objeto de recurso ante los tribunales del contencioso-administrativo.

Así, sobre la responsabilidad patrimonial judicial del Estado, antes de la Constitución Española de 1978, podemos decir que la idea predominante era aquella expresa en el artículo 40 de la LRJAE, con sus antecedentes en la Ley y en el

“Reglamento Expropiación Forzosa”, que era aplicable a la Administración y que comprendía los daños derivados de la actuación de los servidores del poder Judicial que no estuvieran revestidos de carácter de prestación jurisdiccional. En último caso podía extenderse, como máximo, la actuación de jueces y magistrados desde que no fuera en razón de actuación jurisdiccional propiamente dicha. La jurisprudencia y la doctrina eran unánimes en afirmar que tratándose de jueces y magistrados actuando jurisdiccionalmente solamente podrían ser aplicadas las normas específicas reguladoras de las responsabilidades de estos que se encontraban en la LOPJ de 1870, en la LEC de 1881 y en la LECRIM de 1882.

Con el advenimiento de la Constitución Española de 1978, el artículo 121 vino a revolucionar, al menos aparentemente, las bases de la responsabilidad judicial del Estado. Se trata de un precepto sin precedentes en el Derecho Constitucional Español.

Hasta 1978, en todas las constituciones españolas se partía de la responsabilidad personal de los jueces. Así se estableció ya en la primera constitución española, de 1812. En el artículo 254 estaba expreso que: “Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren.”

Precepto similar, aunque referido a la infracción de todas las leyes, estaba en todas las constituciones siguientes. El artículo 67 de la Constitución Española de 1837 preveía: “Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan”. Con las mismas palabras fue redactado el artículo 70 de la Constitución Española de 1845, el artículo 98 de la Constitución Española de 1869 y el artículo 81 de la Constitución Española de 1876.

El primer paso se dio en la Constitución Española de 1931. Se aludía en el artículo 106 a la responsabilidad del Estado, aunque atribuyendo solamente carácter subsidiario. Así disponía el texto legal: “Todo español tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los

funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinan las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones.”

Este contexto legal viene a sufrir la verdadera y profunda alteración en 1978 con el advenimiento de la actual Constitución Española. El artículo 121 pasó a rezar que:

“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”

7.5.1.2 Comprendiendo el contenido de la norma constitucional

Para comprender el contenido de la norma constitucional en pantalla y las bases establecidas de interpretación que condujeron a su edición, es necesario analizar el “iter” parlamentario que condujo a este resultado.

El primer texto del artículo 111 del anteproyecto en cuestión se limitaba a decir: “Los errores judiciales darán derecho al perjudicado a una indemnización conforme las leyes”. A esta redacción fueron presentados varios apuntes y la admisión de algunas de ellas condujo al texto definitivo del artículo 121, sin embargo lo que importa es que una enmienda pretendía añadir un párrafo relativo a los daños producidos por el funcionamiento normal de la Administración de la Justicia, estableciendo que debería ser mantenida la responsabilidad del Estado, aplicándose también al Poder Judicial, aunque limitando su aplicación a los errores judiciales y al funcionamiento anormal de la administración de justicia, sin tener cabida, como en general ocurría en la Administración, un principio de responsabilidad objetiva.

No hay duda de que el contenido de la propuesta legislativa partía de un claro error, sin embargo, partiendo de este, se llegó a la diferenciación de los artículos 106.2 y 121. El primero, relativo a la responsabilidad de la Administración Pública,

en la distinción entre funcionamiento normal o anormal, entretanto, el segundo, el del Poder Judicial, alude solamente al funcionamiento anormal. Esto, naturalmente, produjo consecuencias en el desarrollo legal y en la aplicación de las leyes.

Entre 1978 y 1985, en muchas decisiones, fue afirmado que la Constitución Española no podría ser aplicada retroactivamente. Así se dijo en la decisión de 27 de abril de 1979, reiterándose en las posteriores, lo que llegó a convertirse en “cláusula de estilo”.

Más grave es el hecho de que las decisiones ministeriales entendían, continuamente, que el artículo 121, para ser aplicado, necesitaba de disposición legal normativa de la aplicación. Para empeorar, el Tribunal Supremo (sala 4), en su sentencia fechada de 5 de febrero de 1986 entendió que el artículo 121 era una norma limitada a establecer el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de la Justicia, pero sin precisar en que suposiciones, ni como o de que manera, las reclamaciones podrían ser formuladas en términos hábiles. Entendieron los magistrados de este tribunal que se trataba de una norma incompleta, necesitada de desarrollo legal, sin lo que su vigencia sería imposible.

Las decisiones ministeriales, al final de la referida época, fueron forzadas a reconocer que el artículo 121 se trataba de una norma directamente aplicable (decisiones de 14 de mayo de 1984 y de 24 de mayo de 1985). Equivocadamente, este reconocimiento vino ligado a la falsa idea de que la aplicación de este dispositivo constitucional debería ocurrir por medio de las normas legales ordinarias vigentes en el momento, o que, por obvio, conducía a inutilidad y aplicación de la LOPJ de 1870, de la LEC y de la LECRIM, o sea, responsabilidad personal de los jueces.

En último caso se decía, una y otra vez, que el error judicial y el funcionamiento anormal deberían ser declarados por el órgano competente del Poder Judicial, pero sin siquiera informar de qué órgano se trataba, conduciendo el

ciudadano a una calle sin salida. Solamente en la decisión de 24 de mayo de 1985 fue decidido que para declarar el funcionamiento anormal era competente el Consejo General del Poder Judicial. Aún así, ya estaba por entrar en vigor la LOPJ de 1 de julio de 1985, que se constituye en la verdadera norma de desarrollo del panorama legal.

De esta manera, puede ser afirmado que en España, desde 1978, cuando entró en vigor la Constitución Española, pasando a ser aplicable su artículo 121, no siendo aplicada esta norma hasta 1985. En ningún momento su existencia y vigencia llevó a condenación de cualquier tipo de indemnización. Las pocas indemnizaciones percibidas por víctimas, en tal período, fueron fundamentadas en el artículo 106.2 de la Constitución Española y artículo 40 LRJAE.

Después de seis años y medio de vigencia de la Constitución Española fue promulgada la “Ley Orgánica del Poder Judicial” de 1 de julio de 1985 y en esta estaba finalmente contenido el reglamento ordinario entendido necesario del artículo 121 de la CE., recogido en los artículos 292 a 297.

El artículo 292.1 contiene verdadera declaración de principios al afirmar que los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, resguardando que hacía referencia a lo que disponía aquel Título de la Ley en pantalla, regulándose, por lo tanto, dos presupuestos generales: error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y un presupuesto especial: la prisión provisional o preventiva. Se establecieron dos casos de responsabilidad judicial: el relativo a dolo o culpa grave de jueces y magistrados, que originará responsabilidad directa del Estado y la responsabilidad civil personal también de jueces y magistrados.

En Brasil, desde el Imperio, la doctrina y la propia legislación han oscilado

entre las doctrinas subjetiva y objetiva de la responsabilidad civil del Estado, género. Desde referida época, los juristas proponían que fuera adoptada la responsabilidad de la Administración sin culpa, fundada, por lo tanto, en la llamada teoría del riesgo. Esta teoría se iniciaba en Francia. Encontró fuerte resistencia de los civilistas, acostumbrados con la idea de tener que relacionar la responsabilidad a la culpa, dominante en el derecho privado.

La Constitución Federal de 1988 consagró la idea de la responsabilidad objetiva del Estado. En el artículo 37, inciso VI, la Magna Carta estableció que:

§ 6°. Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurado el derecho de regreso contra el responsable en los casos de dolo o culpa.

Lo que se verifica, pues, en términos de responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público y de las personas jurídicas de derecho privado, prestadoras de servicios públicos, es la responsabilidad objetiva del Estado. La Administración responde por los perjuicios causados por estas de forma objetiva.

El § 6° del artículo 37 de la Constitución Federal siguió lo que ya venía expreso en las constituciones anteriores, abandonando la privada teoría basada en la culpa, en la subjetividad. Se orientó, la Magna Carta, por la doctrina publicista, asegurando la responsabilidad objetiva del Estado. La modalidad de esta responsabilidad es la del riesgo administrativo. No se trata, sin embargo, de riesgo integral.

El constituyente normaliza en el sentido de que la obligación de indemnizar daño causado a tercero, por sus servidores, no depende de la prueba de culpa en la práctica del acto lesivo. Esto instituyó el principio objetivo, consistente en la responsabilidad sin culpa por la práctica de acto lesivo por los agentes integrantes de

la Administración. En la Constitución de la República se utilizó, con propiedad, de la expresión agente, dando sentido genérico al “servidor público”. Así, abarcó, para fines de responsabilidad, todas las personas que prestan cualquier tipo de servicio público, en carácter permanente o mismo transitoriamente.

Para la atribución de responsabilidad objetiva de la Administración es imprescindible que el agente haya practicado el acto lesivo, o la omisión, en el efectivo ejercicio de su actividad como integrante del Estado. Si el agente estaba a servicio de la Administración, poco importa que haya actuado con exceso o en **descompaso** con su competencia.

El exceso, o abuso, en el desempeño de la función, no es hecho que venga a alejar la responsabilidad objetiva del Estado. En este sentido, las enseñanzas de Hely Lopes Meirelles, cuando refiere que el examen de este dispositivo revela que el constituyente estableció para todas las entidades estatales y sus desmembramientos administrativos la obligación de indemnizar el daño causado a tercero por sus servidores, independientemente de la prueba de culpa cuando se ha cometido la lesión. Firmó, así, el principio objetivo de la responsabilidad sin culpa por la actuación lesiva de los agentes públicos. En ediciones anteriores, influenciados por la letra de la norma constitucional, entendemos excluidas de la aplicación de este principio las personas físicas y las personas jurídicas, que ejerzan funciones públicas delegadas, bajo la forma de entidades paraestatales, o de empresas concesionarias o permisivas de servicios públicos. Aunque evolucionamos en el sentido de que también estas responden objetivamente por los daños que sus empleados, en esa calidad, causaren a terceros, pues, como dijimos previamente (Cap. II, ítem I), no es justo y jurídico que la sola transferencia de la ejecución de una obra o de un servicio originariamente público a particular desmaquille su intrínseca naturaleza estatal y libere el ejecutor privado de las responsabilidades que tendría el Poder Público si lo ejecutara directamente, creando mayor gravamen de prueba al lesionado.

La Constitución actual usó con razón el vocablo *agente*, en el sentido genérico

de servidor público, abarcando, para fines de responsabilidad civil, todas las personas incumbidas en la realización de algún servicio público, de carácter permanente o transitorio. Lo esencial es que el Agente de la Administración haya practicado el acto o la omisión administrativa en el ejercicio de sus atribuciones o a pretexto de ejercerlas. Para la víctima es indiferente el título por el cual el causador directo del daño esté vinculado a la Administración; lo necesario es que se encuentre a servicio del Poder Público, aunque actúe fuera o más allá de su competencia administrativa.

El abuso en el ejercicio de las funciones, por parte del servidor, no excluye la responsabilidad objetiva de la Administración. Antes, la agrava, porque tal abuso trae ínsita la presunción de mala elección del agente público para la misión que le fue atribuida. Desde que la Administración difiere o posibilita a su servidor la realización de cierta actividad administrativa, la guarda de un bien o la conducción de un vehículo, asume el riesgo de la ejecución y responde civilmente por los daños que ese agente venga a causar injustamente a tercero. En esa sustitución de la responsabilidad individual del servidor, por la responsabilidad genérica del Poder Público, cubriendo el riesgo de su acción u omisión, es que se basa la teoría de la *responsabilidad objetiva* de la Administración, vale decir, *de la responsabilidad sin culpa*, sólo por la ocurrencia de la falta anónima del servicio porque esta falta, precisamente, en el área de los riesgos asumidos por la Administración, para la consecución de sus fines⁵³⁸.

7.6. “La Responsabilidad del Estado como Poder Judicial”

Con el objetivo de regular ordinariamente el artículo 121 de la Constitución Española, la “Ley Orgánica del Poder Judicial” (“Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio”) regula (Libro III, título V) la llamada “responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia” (artículos 292 a 297), relativa al derecho de todos los perjudicados a recibir una indemnización por los daños

538 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 551-2.

causados, en cualquiera de sus bienes o derechos, por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia (artículo 292-1).

En consonancia con estas normas la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992)” establece que “la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia” será regida por la Ley Orgánica del Poder Judicial Español. El artículo 293-2 de la dicha Ley dispone que “tanto en el supuesto error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tratando la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado”, lo que implica la remisión al procedimiento regulado en los artículos 139 a 144 de la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en especial los artículos 142 y 143 relativos a la responsabilidad de la Administración Pública y, consecuentemente, a sus normas, específicamente al “Real Decreto 429/1993” de 26 de marzo, que aprobó el “Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial”, tomando en consideración, dentro de esta última norma, que la “disposición adicional segunda” que ratifica el carácter preceptivo del informe, en estos expedientes, del “Consejo General del Poder Judicial”.

Destacar que, como un presupuesto lógico y propio del error judicial, el artículo 294-1 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” reconoce, también, derecho a indemnización a quien haya sufrido prisión preventiva indebida.

En España, a pesar de que algunos consideran incorrecta la terminología – “Administración de Justicia por Poder Judicial” – no hay duda de que están incluidos los jueces y magistrados integrantes de lo que podemos llamar de Poder Judicial.

En la Constitución Española creemos que podemos atribuir a la

expresión “Poder Judicial” un duplo significado. Por un lado, se refiere a un Poder Judicial político en que están incluidos todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuido poder jurisdiccional. En este sentido se comprende el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, a los jurados, vale decir, todos los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la Constitución Española emplea la expresión “Poder Judicial” en un sentido más restricto que el anterior, en un sentido que podemos llamar de organizador. En este segundo sentido el “Poder Judicial” es una parte organizada del conjunto de jueces y magistrados que tienen poder jurisdiccional. El artículo 117.1 de la CE se refiere a jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. Esta parte organizada es la reglada en la LOPJ de 1985. Estos jueces y magistrados forman un cuerpo único, con estatuto jurídico común, siendo técnicos y de carrera, y su gobierno se confiere al “Consejo General del Poder Judicial”.

Existen órganos jurisdiccionales que a pesar de no estar incluido en el Poder Judicial como organización que es, sus titulares de jurisdicción están comprendidos en la responsabilidad tratada en este punto. Es el caso del jurado (a que se refiere el artículo 125 de la Constitución Española) o de los tribunales militares (artículo 117.5, CE). Esta realidad siquiera es contestada en la doctrina de España. Sin embargo, hay otros órganos jurisdiccionales españoles con respecto de los cuales se mantiene la discusión. Es el caso del “Tribunal Constitucional”. En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 existe una alusión a la responsabilidad civil (artículo 23.1) y otra a la responsabilidad criminal (artículo 26), sin embargo todos los demás caen en el vacío.

La actividad a que se refiere la responsabilidad patrimonial judicial es la actividad jurisdiccional en sentido estricto, esto es, aquella que se desarrolla por medio del proceso. Se puede decir, en cierto aspecto, que actividad jurisdiccional y proceso son semejantes en la medida en que el proceso es el único camino de ejercicio del poder jurisdiccional. El artículo 117.4 de la Constitución Española permite atribuir a los jueces y magistrados, además de la función de juzgar y hacer

cumplir las decisiones, otras funciones siempre que haya previsión legal y se busque garantizar el derecho. En este sentido el artículo 2º .2 LOPJ se refiere al registro civil y aún permite alusión a funciones electorales y disciplinarias. En todas estas actividades el juez el magistrado no ejerce jurisdicción y, por lo tanto, los daños que ocasiona a los particulares podrán ser resarcidos por vía de los artículos 106.2 de la CE y 40 LRJAE. La función jurisdiccional no se ejerce solamente en la declaración de derecho – en el “juzgar” de la terminología constitucional española – pero también en la ejecución del derecho declarado. En el Derecho Español esta cuestión siquiera es cuestionada con relación a todas las órdenes jurisdiccionales. El artículo 117.3 de la CE se refiere a hacer ejecutar lo juzgado y en el mismo sentido el artículo 2º.1 de la LOPJ. Los artículos 55 y 919 LEC atribuyen a los jueces la ejecución de las sentencias. Lo mismo ocurre con el artículo 200 LPL.

El texto Constitucional Brasileño hace, así, diferenciación entre daño causado por los agentes de la administración, de los daños ocasionados por actos de terceros o, por fenómenos de la naturaleza.

El artículo 37, en su § 6º, de la Constitución de la República de Brasil, establece que el Estado es responsable, objetivamente, por daño que los agentes causen a terceros. Siendo esta la regla constitucional, el constituyente estableció el *riesgo administrativo*, no llegando al extremo del *riesgo integral*. Se consagró la responsabilidad objetiva de la Administración, aunque limitada a estas circunstancias. No obstante, no fue creada la responsabilidad objetiva del Estado en relación a todo y cualquier perjuicio que venga a ser impuesto a los particulares.

Tratándose de actos predatorios de terceros, en lo que se refiere a los fenómenos de la naturaleza, no se puede considerar, en este caso, de responsabilidad objetiva del Estado. Para estas circunstancias impera la subjetividad. Debe aplicarse el principio de la culpa civil, donde se hace necesaria la demostración de negligencia, imprudencia o impericia en la prestación de la actividad del agente público que pueda haber generado el evento dañoso.

Exactamente en este sentido son las enseñanzas de Hely Lopes Meirelles en *Direito Administrativo Brasileiro*, 15^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 552-3⁵³⁹. En el mismo sentido se ha posicionado la aplastante jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul⁵⁴⁰.

539 “Lo que la Constitución distingue es el daño causado por los agentes de la Administración (servidores) de los daños ocasionados por actos de terceros, o por fenómenos de la naturaleza. Obsérvese que el art. 37, § 6º, sólo atribuye responsabilidad objetiva a la administración por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros. Por lo tanto, el legislador constituyente sólo cubrió el riesgo administrativo de la actuación o inacción de los servidores públicos; no responsabilizó objetivamente la administración por actos predatorios de terceros, ni por fenómenos naturales que causen daños a los particulares. Para la indemnización de estos actos y hechos extraños a la actividad administrativa se observa el principio general de la culpa civil, manifestada por la imprudencia, negligencia o impericia en la realización del servicio público que causó o ocasionó el daño. De ahí por que la jurisprudencia, con razón, ha exigido la prueba de la culpa de la Administración en los casos de depredación por multitud y de inundación y vendavales que, superando los servicios públicos existentes, causan daños a los particulares. En esa hipótesis la indemnización por la Hacienda Pública sólo es debida si se comprueba la culpa de la Administración. Y, en la exigencia del elemento subjetivo *culpa*, no hay cualquier afronta al principio objetivo de la responsabilidad sin culpa, establecida en el art. 37, §6º, de la Constitución de la República, porque el dispositivo constitucional sólo abarca la actuación funcional de los servidores públicos y en los actos de terceros y los hechos de la naturaleza. Para situaciones diversas, fundamentos diversos.”

540 SUMARIO: APELACIÓN CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. COLISIÓN. VEHÍCULO DE PROPIEDAD DEL MUNICIPIO. RESPONSABILIDAD APARTADA POR LA DEMOSTRACIÓN DE LA EXCLUYENTE. HECHO DE TERCERO. INEXISTENCIA DEL DEBER DE INDEMNIZAR. - Tratándose de acción de reparación de daños recurrentes de accidente de tráfico envolviendo vehículo de propiedad del Municipio, se tiene que la responsabilidad de este por los daños causados por acto de su agente es objetiva, estando basada en la teoría del riesgo administrativo, en los exactos términos del artículo 37, § 6º de la Constitución Federal. - Tal especie de responsabilidad, al contrario de lo que preconiza la teoría del riesgo integral, admite perquirir sobre la culpabilidad de la víctima, a fin de excluir o mitigar el deber indemnizatorio del ente público; sin embargo, crea, en disfavor de este, una presunción de culpa, solamente elidida mediante comprobación de culpa exclusiva o concurrente de la víctima, de fuerza mayor, de caso fortuito o de hecho de tercero. - En el caso, demostrada la culpa del conductor del vehículo en que transitaban los autores, que, según deposición de policial militar (testigo ocular), invadió la pista contraria para probablemente desviar de los agujeros de la pista, viniendo a chocar de frente en el vehículo del Municipio, no hay hablar en deber de indemnizar de este. Apelo no-provisto. (Apelación Civil Nº 70018528562, Décima Segunda Cámara Civil, Tribunal de Justicia de RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Juzgado en 26/04/2007).

SUMARIO: RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO APARTADA. La atribución de responsabilidad del ente público exige el nexo causal entre el daño y la conducta del agente, que, en la condición de funcionario, haya contribuido de algún modo para la práctica del acto dañoso, aunque esa condición simplemente le haya proporcionado la oportunidad para el comportamiento ilícito. La teoría del riesgo administrativo, adoptada en la Constitución (art. 37, § 6º), no se confunde con la del riesgo integral y dispensa la prueba de culpa de la administración, porque objetiva, donde no se cogita sobre culpa, sino de relación de causalidad, pero permite al Estado alejar su responsabilidad en los casos de exclusión del nexo causal (hecho exclusivo de la víctima, caso fortuito, fuerza mayor y hecho exclusivo de tercero). Al ente público incumbe el gravamen de la prueba, para demostrar que la víctima o tercero contribuyó para el evento, o que incidió el caso fortuito o la fuerza mayor. Evidenciado el comportamiento doloso del co-demandado, cuya culpa restó evidenciada en la esfera criminal, y comprobado en los autos que las lesiones provocadas en el demandante, por ocasión de situación donde no había vínculo indispensable a la atribución de responsabilidad del Estado, aliado al hecho de que el co-demandado no estaba ejerciendo actividad relacionada con su función de policial, resta excluida la responsabilidad del Estado por los daños causados al demandante. Mismo que el arma pertenezca al Estado, el equipo suministrado por el Estado-empleador estaba bajo la custodia del soldado y, caso haya mal uso del arma, es gravamen que no puede ser adeudado al ente público, pero al propio policial faltoso. La responsabilidad del Estado resta integralmente alejada porque el soldado no estaba ejerciendo su munus público en el momento del ilícito. Correcta la sentencia cuando impone al reo el pago de corrección monetaria y juros de 6% al año hasta la edición del nuevo Código Civil, a partir de que serán aumentados para 12% al año. Apelación del Estado provista, para juzgar improcedente la acción, y Recurso Adhesivo improvisto. Unánime. (Apelación y Reexamen Necesario Nº 70010382562, Décima Cámara Civil, Tribunal de Justicia de RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Juzgado en 22/12/2005).

8. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN FUNDAMENTADA EN LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

8.1. Competencia en la acción de indemnización. Requisitos.

En España, cuando se trata este tema, los autores tienen el cuidado de siempre hacer referencia expresa “al reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad del Estado Legislador y por funcionamiento de la administración de justicia”. Es que en la Legislación Española, la responsabilidad por el error practicado por el Poder Judicial se trata de consecuencia del principio general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3, Constitución Española), expresión que incluye tanto la Administración como el Poder Legislativo o Judicial. Interesa, pues, conocer el tratamiento legislativo que fue otorgado al “reparto jurisdiccional” en estos casos, puesto que la exigencia de responsabilidad de los Poderes Legislativo y Judicial se canaliza a través de las Administraciones Públicas, siendo susceptibles de recurso jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando todo dentro de la responsabilidad administrativa extracontractual.

Ingresando en el cerne de la cuestión, el artículo 139.3 LRJ-PAC dispone que:

“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiadora de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

A pesar de que esta modalidad de responsabilidad deber ser imputada al Estado Legislador, la ley canaliza la indemnización a través de las Administraciones Públicas, determinando la conveniencia de analizar la competencia jurisdiccional al respecto para que se trace un paralelo con la competencia tratándose de error judicial⁵⁴¹.

Pues bien, cada acto legislativo abarcado por la regulación de este artículo establece su propio procedimiento de exigencia de responsabilidad, pero en la falta de previsión expresa tiene que ser aplicado el procedimiento general regulado por la Ley 30/1992⁵⁴². Por consiguiente, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para conocer los litigios sobre este particular.

En el error judicial ocurre de forma diversa y de ahí la importancia de términos como esta introducción. No se puede confundir las dos posibilidades distintas que pueden suceder. Cuando se trata de “el reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad del Estado Legislador y por funcionamiento de la administración de justicia” tenemos que atender para el hecho de que la Legislación Española posee reglamentación especial “del reparto jurisdiccional” en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración de la Justicia. Esta materia abarca el error judicial que está conectado, con más propiedad, al contexto de la responsabilidad general de los poderes públicos.

Así, en lo que atañe a la jurisdicción competente por funcionamiento anormal de la administración de justicia, el artículo 293.2 LOPJ establece que cuando haya existido funcionamiento anormal de la administración de Justicia el interesado dirigirá su pleito indemnizatorio directamente al Ministerio de Justicia, tramitando este procedimiento con los mismos reglamentos atinentes a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado Español. Contra la decisión cabrá recurso

541 Eduardo Gamero Casado, in “Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción”, 1997, pp. 206.

542 González Perez, J., in Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1996.

contencioso-administrativo. Este mismo régimen se aplica a lo previsto en el artículo 294 LOPJ que previene:

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa hayan irrogado perjuicios”.

En los dos casos deberá ser seguido el procedimiento regulado por el artículo 142 LRJ-PAC, por medio de acto administrativo susceptible de recurso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sobre el tema, Eduardo Gamero Casado, en “Responsabilidade Administrativa: conflitos de jurisdição”, 1997, pp. 208, enseña que “no hay duda pues en este punto, adscribiéndose todos los procedimientos al conocimiento de un mismo orden jurisdiccional, con independencia de que el funcionamiento anormal o la prisión preventiva traigan causa de la actuación de otros órdenes jurisdiccionales diferentes. Esto no determina la atribución al orden contencioso-administrativo de competencia en materias propias de otros órdenes diferentes, pues no se trata aquí de revisar el derecho de fondo aplicado por el órgano judicial causante del daño, sino que se persigue analizar precisamente este último (el daño o lesión), conforme parámetros específicos que vienen regulados por la propia LOPJ y por la LRJ-PAC. Si existe el daño o lesión con arreglo a este derecho sustantivo específico, el Ministerio de Justicia reconocerá la indemnización; y si no lo hace, el asunto puede ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa, que conoce específicamente la materia en examen (sistema de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos”).

En la misma línea, tratándose de “jurisdicción competente por error judicial” debemos recordar que este tipo de responsabilidad depende de la previa declaración de error, para cuya determinación el artículo 293.1 LOPJ obliga a interponer un recurso de revisión que deberá ser discutido ante Sala del Tribunal Supremo correspondiente a mismo orden jurisdiccional del órgano a que se imputa el error, y si

este es atribuido a una Sala o Sesión del Tribunal Supremo, la competencia corresponderá a Sala que se establece en el artículo 61 LOPJ. Una vez proferida la llamada “sentencia estimatoria” estaría el particular habilitado para exigir la responsabilidad patrimonial, siguiendo para tanto el procedimiento analizado, vale decir, el procedimiento general previsto por la Ley 30/1992, dirigiendo la reclamación al Ministro de Justicia. En consecuencia, el orden jurisdiccional competente para conocer el asunto es el “contencioso-administrativo”, siendo la intervención de otros órdenes judiciales de carácter instrumental, limitándose a determinar si hubo o no el error judicial. De esta manera se consigue que cada cuestión de fondo sea analizada por orden jurisdiccional especializado en la materia: Aquel en que supuestamente ocurrió el error determinará si, de hecho, este ocurrió, conforme el derecho sustantivo cuyo conocimiento corresponde al propio orden jurisdiccional. Una vez analizada esta cuestión previa, que sirve como presupuesto determinante de la responsabilidad del Estado, el asunto se desvía para otro derecho sustantivo diferente, que es el que regula la responsabilidad administrativa extracontractual y establece los requisitos del daño así como su alcance y cuantificación. El procedimiento para determinar todas estas cuestiones es el que viene regulado por la LRJ-PAC, y el orden competente para conocer de los litigios que sean suscitados por este segundo tipo de cuestiones es el contencioso-administrativo.

Ya en el Derecho Portugués la competencia del tribunal para apreciar los pedidos de indemnización fundados en detención o prisión preventiva injustificadas o ilegales debe ser determinada teniendo en atención los términos en que la acción fue propuesta.

En la base de la competencia en razón de la materia está el designado el principio de la especialización, con el reconocimiento de la ventaja de reservar para órganos judiciales diferenciados el conocimiento de ciertos sectores del Derecho, por la grandeza y por la especificidad de las normas que lo componen. Ahora bien, si

estamos ante un proceso fundado en el pedido de indemnización civil demandado contra el Estado, el problema de la competencia jurisdiccional para el efecto, se coloca en términos de optarse por el campo de los tribunales judiciales o los tribunales administrativos⁵⁴³. Para la mayoría de los autores y jurisprudencia, con esto nos estamos refiriendo a los actos inseridos en la función jurisdiccional, por lo que el tribunal competente⁵⁴⁴, en razón de la materia, se trata del tribunal civil, **mientras tribunal común, y en el foro administrativo**. Esta es la opinión preponderante, sustentada por MAIA GONÇALVES⁵⁴⁵ y en el **parecer** votado el día 30 de Marzo de 1992 n.º 19/92 de la PGR.⁵⁴⁶, principalmente en las conclusiones n.º 4, 9º y 10º que pasamos a transcribir: "4ª. *Las causas que no sean atribuidas por ley a jurisdicción especial son de la competencia de los tribunales comunes (artículos 66 del Código de Proceso Civil y 14º de la Ley n.º 38/87, de 23 de Diciembre 547)*....9ª. *El conocimiento de las acciones relativas a la indemnización de los daños recurrentes del ejercicio de la función jurisdiccional y parajurisdiccional a que se reportan las conclusiones 2ª y 3ª no compete, pues, a los tribunales administrativos; 10ª. *Compete a los tribunales comunes de jurisdicción civil conocer de las acciones intentadas contra el Estado por daños recurrentes de la prisión preventiva o detención ilegales o de la prisión preventiva injustificada.*" Esta es igualmente la posición seguida por nuestra más reciente jurisprudencia (por lo menos desde 1993), conforme se puede verificar en los Ac del STA 16-04-1997⁵⁴⁸, Ac STA 30-05-1996⁵⁴⁹, Ac Tribunal de Conflictos 22-02-1996⁵⁵⁰ y Ac RP 13-04-1993⁵⁵¹, Ac STA 26-01-1993⁵⁵².*

543 Sobre la oposición de juzgados leerse el Ac STA 25-10-1994: *AD STA*, 399, p. 336 a 339

544 Son variadas las soluciones legales que fueron encontradas por diversos ordenamientos jurídicos que analizamos. Fue el caso belga que siguió nuestra orientación predominante eligiendo los tribunales comunes. Diferentemente, en España se optó por requerirse el pedido de la indemnización al *Ministério de Grada y Justicia*, según el Art.º 293, n.º 2 y 294, n.º 2 de la LOPJ, en Francia ese pedido es apreciado por una Comisión compuesta según el Art.º 149, n.º 1 del CPP francés.

545 MAIA GONÇALVES, MANUEL LOPES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12ª Edição, 2001, Anotación al Art.º 225, p. 486.

546 Parecer de la PGR n.º 12/92, publicado por la PGR, *Pareceres*, Volumen I, c/f., p. 481.

547 Notarse que este parecer, votado en 1992 se refería, claro está, a la LOTJ entonces en vigor.

548 Ac STA 16-04-1997: *BMJ*, 466, p. 276 a 283.

549 Ac STA 30-05-1996: *AD STA*, 422, p. 213 a 228. Son verdaderamente interesantes las digresiones producidas a favor de una u otra tesis.

550 AcTrib. Confl. 22-02-1996: *AD STA*, 413, p. 1051 a 1058.

551 Ac RP 13-04-1993: *CJ*, Año XVIII, Tomo 2º, p. 213 a 215.

552 Ac STA 26-01-1993: *CJ*, Año XVIII, Tomo 2º, p. 5 a 8.

Existe aún jurisprudencia contraria que considera que el tribunal competente para apreciar y juzgar una acción contra el Estado por daños derivados de una situación preventiva que haya cesado únicamente con la absolución del preso injustamente, es el tribunal administrativo. Nos parece que estos autores y la jurisprudencia podrán fundamentarse en la interpretación histórica retirada de la redacción primitiva del Art.º 225, n.º 1 del Proyecto del CPP que rezaba lo siguiente: *"Quien haya sufrido detención o prisión preventiva manifiestamente ilegal puede requerir, en el proceso penal que tenga lugar o ante el tribunal administrativo competente, indemnización por los daños sufridos con la privación de libertad."* Aunque es cierto que esta disposición no pasó en la redacción final de aquel precepto. En el Ac STA 12-01-1988⁵⁵³ se decidió igualmente que ese acto jurisdiccional determinante de la prisión preventiva se tratase de un acto de gestión pública. Ya fue decidido que el pedido de indemnización fundado en prisión preventiva que se revele injustificada por error grosero en la apreciación de los presupuestos de hecho de que dependía, a la luz del Art.º 225, n.º 2 del CPP, deberá competir a los tribunales Administrativos. Esta inclinación fue preconizada en el Ac STA de 07-05-1991⁵⁵⁴. La noción de error grosero nos fue dada por la sentencia del Juez del TAC de Coimbra, Dr. Victor Gomes, de 04-11-1992⁵⁵⁵, de la siguiente manera: *"... II-Para haber lugar a indemnización por privación de la libertad ilegal o injustificada, es necesario que la prisión se haya enfocado a deber a error calificado de grosero, o sea, indisculpable, en el sentido de ser intolerable, escandaloso, craso; es necesario que haya habido una falsa representación de la realidad en que no habría caído una persona dotada de normal inteligencia."* En el

553 Ac STA 12-01-1988: *EMJ*, 373, p. 349 a 355. Notarse en ese "acórdão" la declaración de voto de vencido de LUCIANO DOS SANTOS PATRÃO que considera que el tribunal competente para apreciar esta cuestión es el tribunal común.

554 Ac STA 07-05-1991: *BMJ*, 407, p. 236 a 243. Señalarse los esclarecimientos efectuados por MANUEL DE OLIVEIRA MATOS que votó vencido considerando que los tribunales judiciales son los que técnicamente se encuentran mejor preparados para decidir sobre estas cuestiones.

555 Sentencia del Juez del Tribunal Administrativo del Círculo de Coimbra, Dr. Victor Gomes, de 04-11-1992, *CJ*, 1992, Tomo 4º, p. 338.

Ac RE de 01-04-1993⁵⁵⁶, también se determinó que la competencia para los casos de indemnización recurrente de prisión preventiva cabe a los tribunales administrativos. Una conclusión que se puede retirar de la jurisprudencia pasará por entender que existe un hoyo entre la jurisprudencia anterior a 1993 y después de aquella fecha con entendimientos distintos sobre el tribunal competente para apreciar estas acciones⁵⁵⁷.

8.2. Legitimidades activa y pasiva en la acción de indemnización

En España, en lo que concierne a la legitimidad para figurar en proceso en que se busca indemnización en razón de error judicial tendremos en la parte activa aquel que haya sido perjudicado por el supuesto error, los que hayan sido parte en el proceso en que fue proferida la decisión que se apunta el error, el “Ministerio Fiscal” y la “Administración del Estado” representada por su abogado. Es lo que enseña Juan Montero Aroca⁵⁵⁸:

“Las partes en ese proceso especial habrán de ser el perjudicado por el supuesto error, los que hubieran sido parte en el proceso en que se dictó la resolución a que se imputa el error, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado representada por su letrado”.

En el Derecho Brasileño, la persona legitimada a pleitear indemnización en razón de error judicial puede ser una persona física o hasta mismo una persona jurídica, especialmente cuando se trata de daño material. Verificándose que la errada prestación jurisdiccional ocasionó evento dañoso y que este perjudicó, de cualquier forma, a una persona, siendo necesario que ese perjuicio sea reparado. La

556 Ac RE 01-04-1993: *CJ*, 1993, Tomo 3°, p. 275 a 276.

557 Señalarse que de acuerdo con el actual ETAF están excluidas de su ámbito las materias constantes en las alineas *b)* y *c)* del n.º 2 y *a)* del n.º 3 todos del Art.º 4º.

558 Juan Montero Aroca, 1998, in “Responsabilidad Civil del Juez y Del Estado por la actuación del Poder Judicial”, pp. 127.

indemnización se prestará, pues, para buscar retornar al “status quo ante” de la persona lesionada. Todo ciudadano, como también toda empresa, aún una sociedad personal, tendrá legitimidad para figurar en la parte activa de la relación jurídico procesal, buscando la reparación del perjuicio que le fue impuesto por el actuar erróneo del Estado que, al prestar jurisdicción, obró en error. Tanto la persona física como la jurídica, en tesis, pueden ser víctimas del error judicial y de este resultarle una disminución patrimonial. Esta disminución patrimonial deberá dar oportunidad a una acción indemnizatoria que, en juicio, deberá conducir a reparación del daño a través de la penalización de la Administración. Esta, una vez condenada en la demanda en cuestión, soportará una disminución patrimonial en favor del lesionado.

Es importante distinguir la naturaleza del daño producido en la persona. Daño material, como ya fue puesto, debe ser objeto de demanda que busque indemnización. El titular del derecho a tal indemnización podrá tanto ser una persona física como una persona jurídica. De otro lado, el daño moral no podrá ocasionar la propuesta de acción indemnizatoria por persona jurídica en la medida en que la doctrina, casi que unánimemente, y la jurisprudencia, de la misma forma, viene entendiendo que solamente la persona física puede experimentar el llamado daño moral.

El daño moral viene siendo entendido como una lesión al buen nombre, una lesión a la integridad moral, un daño a la imagen de la persona. También es aceptada la configuración del daño moral cuando un ser humano, en razón de la práctica del acto lesivo, experimente sufrimiento físico, dolor físico. Otra hipótesis en que se reconoce el daño moral es cuando es impuesta humillación al ser humano, cuando este se ve envuelto en situación vejatoria, vergonzosa. Aún se verifica el daño moral cuando la persona es víctima de sufrimiento relacionado a sus sentimientos. El sentimiento de la pérdida de una persona querida o, mismo, la desilusión amorosa profunda, hoy, son capaces de generar la configuración del denominado daño moral. Por su parte, la persona jurídica, por evidente que es, no tiene sentimientos, no tiene honor a defender, no siente pérdida de quien quiera que sea, no puede probar el dolor físico, no puede experimentar humillación ni siquiera constreñimiento.

En este diapasón, resta cristalino que el daño moral, generado en razón de decisión judicial errada, solamente podrá legitimar persona física la propuesta de demanda donde será pleiteada la condenación de la Administración al pago de indemnización capaz de compensar el perjuicio impuesto.

Otra cuestión que debe ser traído a colación es lo relativo a quien ocupará el polo pasivo de la demanda donde se busca indemnización por error judicial. Las mejores doctrina y jurisprudencia han siempre apuntado en el sentido de que solamente el Estado se habrá de situar en la parte pasiva, en la condición de demandado.

La figura del juzgador, en un primer momento deberá ser mantenida fuera de la relación procesal. La técnica jurídica apunta en el sentido de que el proceso de conocimiento, donde se busca demostrar el error judicial, debe ser instruido, con profunda fase de dilación probatoria. En esta, se debe obtener, el eventual perjuicio impuesto a la víctima, pero la práctica del error judicial. Es necesario verificar si la actividad estatal jurisdiccional perjudicó, pero también es imprescindible verificar si este perjuicio resultó de error en la prestación jurisdiccional.

La eventual procedencia de la demanda indemnizatoria, del lesionado en contra de la Administración, podrá dar la oportunidad de interponer la correspondiente acción de regreso del Estado contra juez que haya actuado con error grosero e injustificable. También deberá buscarse el resarcimiento del Estado contra el juzgador si este ha obrado con dolo. Tanto la culpa grave como el dolo han de demostrarse en la instrucción de la indemnizatoria movida en faz de la Administración.

8.3. Procedimiento y Plazos en la Acción de Indemnización por Daño en Razón de la Actividad Jurisdiccional

En España, el artículo 293.1 LOPJ prevé que antes de proceder a propuesta de la demanda buscando indemnización por causa de error, este debe ser declarado expresamente en una decisión judicial. La decisión puede ser obtenida por dos caminos procesales diferentes. En algunos casos bastará la decisión del “recurso de revisión”.

Acogidos los fundamentos de los recursos penales o civiles, la mera decisión de segundo grado no supone automáticamente el derecho a la indemnización. Por ejemplo, el artículo 954.1º LECRIM establece como motivo que hayan sido condenadas dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no pueda haber sido cometido por más que una persona, y en el juicio del recurso resta decidido que hubo una contradicción entre las sentencias, anulando ambas y determinando que se instruya nuevamente en el juicio donde deba ser conocido el delito. En esa situación, sólo después de nuevo proceso penal se podrá saber cual de las dos sentencias estaba errada y causó el daño que debe ser reparado.

Lo mismo se dice sobre el artículo 1.796.4º de la LEC cuando la sentencia sea lanzada con base en fraude. En esta hipótesis, la mera declaración de existencia de esta situación y la rescisión de la sentencia recurrida no supone que se hayan producidos daños indemnizables, pues aquel que haya recurrido puede lograr, con la revisión del “decisum”, satisfacción completa de su derecho.

De esta forma, debemos dejar claro que, en los términos del artículo 292.3 de la LOPJ, la mera modificación o desconstitución de las sentencias no presupone, por si sólo, derecho a la indemnización.

En otros casos, existiendo error judicial, este no podrá ser declarado por medio de la modificación del juzgado. Se trata, pues, de aquellas situaciones en que el vicio que maculó el juicio no puede ser objeto del recurso. Para estas situaciones la LOPJ previó un procedimiento especial, pudiendo ser destacada la siguiente

reglamentación: a) la pretensión para reconocimiento del error tiene que ser interpuesta en el plazo de tres meses a contar del día en que este derecho pueda ser ejercido. Se **consustancia**, pues, en plazo de caducidad, en el plazo de prescripción; b) el órgano jurisdiccional competente es siempre el Tribunal Supremo, pero deben ser hechas algunas ponderaciones a respecto. Si el error se imputa a cualquier órgano jurisdiccional que no sea el Tribunal Supremo, la competencia será de la “sala” de orden judicial correspondiente. Cuando se trate de tribunales militares la competencia se atribuye a la Sala Quinta. Si el error se imputa a una sala o sesión del propio Tribunal Supremo la competencia corresponde a una sala especial del mismo, formada por el Presidente del Tribunal, demás presidentes de salas y los magistrados más antiguos y más modernos de cada una de ellas. El proceso deberá atender a los trámites establecidos para el recurso, vale decir, a los artículos 1.801 y 1.802 LEC. El último de los artículos citados contiene, a su vez, otra remisión al procedimiento de los incidentes, en los artículos 749 a 758 de la misma LEC: La sentencia deberá ser proferida en el plazo de 15 días. Como trámite específico se añade que el Tribunal Supremo pedirá informaciones al órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error. Contra la sentencia del Tribunal Supremo no cabe, obviamente, recurso alguno. Si la decisión es en el sentido de que no hubo error judicial, las costas procesales serán soportadas por el postulante, siendo computadas en el momento de fijar el importe de la indemnización. El mero pleito de declaración de error judicial en nada impide la ejecución del juzgado al cual se atribuye la condición de estar contaminado de error, pero puede ser formulado y, eventualmente, deferido pedido en este sentido.

El Art.º 226 de la CPP Portugués determina cual el plazo de accionamiento de una acción de indemnización y la legitimidad para hacerlo. Según la ley el pedido de indemnización no puede ser instaurado después de recurrido un año sobre el momento en que el detenido o preso fue libertado o definitivamente decidido el proceso penal respectivo. En el caso de deceso del injustificadamente desprovisto de la libertad y desde que no se haya verificado a la renuncia de ese derecho, puede el montante indemnizatorio ser requerido por el cónyuge no separado de personas y bienes, ascendentes y descendientes. De cualquier manera, la indemnización atribuida

a esas personas que la hayan solicitado, en su conjunto, jamás podrá exceder la cantidad que sería atribuida al detenido o preso.

De aquí podemos con toda certeza formular, por lo menos, los siguientes breves comentarios. El n.º 1 del Art.º 226 del CPP Portugués nos presenta un plazo bastante corto de prescripción del derecho de indemnización, contado de acuerdo con los dictámenes espejados en el Art.º 306 del CC Portugués. De la lectura del n.º 2 del Art.º 226 salta a la vista el carácter renunciable de este derecho a indemnización y que la determinación de su *quantum* apenas podrá ser fijada teniendo en cuenta las lesiones efectivamente soportadas por el detenido o preso preventivamente. En relación a la transmisión de ese derecho a la indemnización al cónyuge en separado, ascendentes y descendientes, no vislumbramos cualquier especialidad de mayor, con las debidas alteraciones, frente al encuadramiento general que se deduce del Art.º 233 del CC Portugués.

9. ERROR JUDICIAL

9.1. CONCEPTUACIÓN

Gramaticalmente, error es un “concepto equivocado” o un “juicio falso” y, también, “una acción desacertada o equivocada”, o, como resultado, “cosa hecha erróneamente”. Existen, en suma, varias indicaciones que, aún no son suficientes para dar un concepto rígido de “error”.

En el caso de error judicial, la fuente generadora del daño es un acto proveniente de los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales⁵⁵⁹. El error judicial tanto puede ser accidental como imputable a la culpa o dolo de los jueces y magistrados y puede referirse tanto a forma como al contenido de las decisiones judiciales⁵⁶⁰.

La Constitución Española no determina – ni la Ley Ordinaria – un concepto delimitado de lo que sería el “error judicial”, aún si consideramos que la Ley, por su propia naturaleza, opta por fórmulas que podrían ser constitucionalmente diversas, fijando un modelo condicionado a los requisitos del ejercicio del derecho, delimitación del daño y otras connotaciones procesales, que, por su abertura, encaja perfectamente en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, cuya precisión corresponde a los tribunales, y por eso, la jurisprudencia, como complemento del ordenamiento jurídico.

En principio, el error comprende tanto lo disculpable, – que admite disculpa – como lo inexcusable – para el cual no hay disculpa – al error de hecho, o sea, a lo que supone equívoco con relación a la materia fáctica del proceso (alegaciones, pruebas), como al error de derecho o juicio equivocado sobre las normas aplicadas. El error no puede perjudicar al jurisdiccional en aquello que este no tiene el deber de soportar, aunque no haya ocurrido culpa o negligencia en el órgano jurisdiccional en su producción. Habiendo culpa grave de los juzgadores, o dolo, el artículo 296 reza que

559 GARRIDO FALLA Y FERNÁNDEZ PASTRANA: Régimen Jurídico... (3ª), p. 421; En sentido contrario, GODED: Poder Judicial I, p. 330.

560 SSTS (2ª), 28 de octubre de 1992, (RJ 1992, 8544) y (3ª), 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 5200). Es necesario que la decisión judicial “haya incurrido en un error palmario o evidente, en una equivocación tan manifiesta y patente que rompa la armonía del orden jurídico” (STS 1ª, 24 de mayo de 2001, RJ 2001, 3377).

el Estado responderá también por los daños producidos por culpa grave o dolo de los jueces y magistrados. Se extiende, así, la cobertura del error a las situaciones de dolo causador de este, pues, en estos casos, la decisión que determina el error no es errónea, pero voluntariamente torcida, aunque se pueda sustentar que no deja de ser errónea, en términos objetivos, por su inadecuación al ordenamiento jurídico.

El elemento decisivo para que un error judicial sea indemnizable consiste en la exigencia de que el error debe ser expresamente reconocido por una decisión judicial. Las decisiones judiciales han dado el perfil, describiendo un concepto de error judicial: “la acción de declaración de error judicial productor de daños en bienes o derechos de persona o personas determinadas, tiene que ser previa a su indemnización por el Estado, regulada en los artículo 292 y siguientes de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” (R.C.L. 1985, 1578 y 2635), requiere para su viabilidad, siguiendo la interpretación jurisprudencial desarrollada por las distintas Salas de este Tribunal, y, en concreto, en las sentencias de esta Sala de 1 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, la existencia de un error de derecho o de hecho, cometido en una actuación de un juzgador o tribunal, en el ejercicio de su función jurisdiccional, tanto en la fase declaratoria como ejecutiva, frente a cual ya se agotaron todos los recursos previstos por el ordenamiento. También que como consecuencia del error, se produzca un daño efectivo, estimable económicamente e indemnizable con relación a una persona o grupo de personas. Además de que el error no sea debido a conducta dolosa o culposa del perjudicado y, por último, que la acción se ejercite en el plazo establecido en el artículo 293-1. a) de la citada “Ley Orgánica”⁵⁶¹.”

La decisión que resuelve demanda de error judicial no alcanza el acierto o desacierto de la decisión judicial en cuestión, o de todo que en ella fue fundamentado o decidido, sino la ocurrencia o no del error que justifica, junto de los restantes requisitos legales, la reparación indemnizatoria al jurisdicionado por parte de la Administración del Estado. Dicho error calificado no es, según doctrina jurisprudencial consolidada (últimamente, sentencia de esta Sala del Tribunal

561 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989.

Supremo de 13 de julio de 1993), la mera desaplicación o aplicación indebida de una norma, o la simple falta de ajuste a la verdad material de una valoración fáctica, sino un error “manifiesto, indudable, incontestable” (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 5 de octubre de 1987), que contradice lo que es evidente en los hechos o que hace una aplicación nada sensata o absurda del derecho (sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 16 de junio de 1988), actuando abiertamente fuera de los cauces legales (sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 11 de octubre de 1989). En suma, decíamos en la sentencia citada de 13 de julio de 1993, que el proceso de error judicial tiene por objeto exclusivo la constatación de existir o no flagrante equívoco en una decisión judicial, para los efectos de que se repare el daño, eventualmente causado por la misma, en los términos de lo que establece el artículo 121 de la Constitución Española y los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁶²”.

La cuestión de error judicial ha sido reiteradamente analizada por este Tribunal, con un criterio muy concreto y términos bastante precisos. Así, la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resume la doctrina con estas palabras⁵⁶³: “según el concepto de error judicial consolidado por una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo cabe apreciar aquel cuando los órganos judiciales hayan lanzado decisión que exprese una evidente y notoria confusión de las bases de hecho de esta decisión y resulte en un juicio donde se verifica la desatención del juzgador con relación a datos de carácter indiscutible – sentencias de 22 de enero y 1 de marzo de 1996, 19 de noviembre de 1998 y 23 de febrero de 2002 – así como cuando se contradice lo que es evidente o cuando se lleva a cabo una aplicación de derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de forma ilógica fuera de su sentido o alcance. Por esto, como se declara en la antes aludida sentencia de 23 de febrero de 2002, no se comprende en esta figura el análisis de los hechos y pruebas, ni su interpretación de la norma, que acertada o equivocadamente, obedezca a un proceso

562 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1994.

563 Sentencia de 4 de julio de 2003 de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo.

lógico, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, debiendo observarse que no es el desacierto el que lleva a declaración de error judicial, pero sí el desapego a datos de carácter indiscutible que hayan generado una decisión teratológica, absurda al romper la armonía del orden jurídico, por lo que el error judicial será reconocido si se trata de decisión injustificable desde el punto de vista del derecho (sentencia de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 27 de noviembre de 1998, que cita las de la Sala Primera de 11-1-1997...). La doctrina expuesta es reiteración de lo declarado por esta Sala Especial en términos claros en el sentido de que “sólo un error craso, evidente e injustificado, puede dar lugar a declaración de error judicial, pues este procedimiento, no es, de modo alguno, una nueva instancia.”

Esta Sala Primera también dijo en el mismo sentido y reiterando la doctrina jurisprudencial⁵⁶⁴: “es reiterada la doctrina de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988 ...entre otras) la de que el error judicial no se configura ni como una nueva instancia ni como un claudicante recurso de casación, en razón de lo que solamente cabe su apreciación cuando el Tribunal de Justicia respectivo haya actuado abiertamente, no pudiendo ampararse en conclusiones que no sean ilógicas e irracionales. Por otro lado, la demandante también parece desconocer la igualmente reiterada y notoria doctrina de las diversas Salas de este Tribunal Supremo, con relación a cual el llamado error judicial viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la norma legal, siendo necesario que se trate de un error craso, evidente e injustificable o, lo que es lo mismo, un error evidente, indudable e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales”.

9.2. De la naturaleza del error causado por la prestación jurisdiccional

564 Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 24 de febrero de 2000.

El llamado error judicial consistiría, en tesis, en la aplicación no correcta del ordenamiento jurídico como un todo. Sin embargo, no se puede alejar la independencia del juez que, al juzgar, forma su convencimiento, no solamente por el análisis de los hechos debidamente probados, pero por la aplicación de la ley general y abstracta a incidir en la especie.

Existe verdadero conflicto entre el llamado “error judicial” y la independencia de la actividad prestadora de jurisdicción del magistrado. La figura del juez, vista como quien “hace justicia”, ha sido comprendida bajo una óptica de que no erra jamás. La conclusión es derivación lógica de un raciocinio jurídico-legal, desarrollado con base en el sistema jurídico-judicial. Pasamos al análisis de este.

9.2.1. De la naturaleza del perjuicio impuesto por la prestación jurisdiccional errónea

No basta que la persona haya sido lesionada por la aplicación de la ley. Es necesario que esta tarea esté maculada de práctica equivocada. La actividad jurisdiccional, como es de su más íntima naturaleza, siempre habrá de perjudicar los intereses de, al menos, una de las partes integrantes del proceso. No raramente, el “decisum” impone a ambos contendedores lo que les parece ser una derrota y de ahí deriva el sentimiento de perjuicio. No se puede olvidar que la sentencia que difiere el pedido del autor irá a chocar contra las expectativas del demandado. **La sentencia que impone al autor el gravamen que sucumba, por haber restado vencido, siendo juzgado improcedente el pedido, por si sólo, jamás puede ser interpretada como sentencia que causa perjuicio capaz de ser indemnizable.**

Toda decisión de mérito trae como consecuencia la derrota de uno de los litigantes y, por consiguiente, un perjuicio a este.

9.3. Error judicial en conflicto con actividad del juez en la aplicación de la Ley

La primera premisa a ser considerada es que el juez tiene el deber de aplicar la ley general y abstracta. Verifica, en el ordenamiento jurídico, cual regla se incorpora a la situación puesta *sub judice* y crea la regla para normalizar la situación de conflicto que fue puesta bajo su observación.

La segunda premisa consiste en que el magistrado, al juzgar, no se limita a un aislado texto de ley. Tiene que verificar cual la norma aplicable. Ocurre que, en la gran mayoría de las veces, más de una norma tiene que incidir, de manera concomitante, en la cuestión puesta en juicio.

La tercera premisa dice respecto al hecho de que el juez tendrá que componer el juzgado por la suma de las directrices trazadas por cada una de las normas aplicables a la especie. La solución de mérito – por no decir sentencia – emerge de la combinación de diferentes preceptos legales.

Como cuarta premisa, tenemos la actividad del juzgador en identificar cual es la norma más específica, cual es la más moderna – en una escala de tiempo – y cual la norma jerárquicamente superior, para repeler las más genéricas, las que hubieran restado derogadas – abrogadas o derogadas - por textos más actuales y las inferiores jerárquicamente. La cuestión de la jerarquía tendrá en la posición más elevada el texto constitucional federal. En segundo lugar, las leyes que complementan la Constitución de la República. Y por último, las leyes federales ordinarias seguidas de las constituciones provinciales, leyes provinciales, leyes orgánicas municipales y legislación de los municipios. También se tendrá que considerar las leyes creadas por las partes contratantes.

No menos importante, es la premisa donde el juzgador habrá de interpretar toda

y cada una de las normas que irán incidir en la especie. Este tiene la función de entender el significado de la ley, aplicarla de acuerdo con su fin social, entenderla dentro del sistema legal, verificar en qué contexto histórico esta surgió y debe despreciar imperfecciones resultantes de eventual práctica de legislatura equivocada.

Como último, tiene el juez el encargo de decidir aún cuando la ley es por omisión. Vale decir, que ante la falta de previsión legal para regular la situación puesta *sub judice*, tiene que decidir y crear la norma a incidir en la especie, dando un fin al conflicto de intereses. El vacío legal no lo exime de prestar jurisdicción. En estas hipótesis, tiene que socorrerse de la costumbre, de los principios generales de derecho, de la analogía y de la equidad.

El resultado de todo este proceso será el juicio de la lid. El juez irá solucionar el litigio que fue puesto bajo su apreciación.

Por lo tanto, evidentemente, que el juez puede, al juzgar, contrariar determinado texto de ley, aplicar más de una norma, desconsiderar determinado precepto, valerse de un principio contrariando derecho positivado. Toda esta actividad tiene cuño subjetivo. Lo que puede parecer errado, para una persona, será lo correcto para otra. No se puede decir que cualquiera de las dos esté equivocada. Este proceso de prestación jurisdiccional es, todo él subjetivo, en todo momento ocurre una valoración de las variables y esta valoración tiene contenido humano. El juez es, antes de nada, un ser humano. Sus conclusiones estarán siempre siendo influenciadas por sus valores mientras persona, por su interpretación del mundo de los hechos, por sus sentimientos, conceptos y prejuicios. Aunque su conclusión no puede ser tomada por errada. Puede constituir, eso sí, opinión diversa y de otras personas. Pero aún cuando hay personas a divergir de su opinión, de su juicio, tantas otras tendremos a concordar con sus ideas y conclusiones. ¿Y quién estará errado? Se osa responder: ¡nadie!

En este contexto, restan, pues, algunas preguntas: ¿Cómo entender que el juez

erró?, ¿Cómo decir que fue practicado error judicial?, ¿Decir que erró porque no aplicó determinada ley? ¡Imposible!. ¿Afirmar que se equivocó en razón de haber mal interpretado el texto legal? ¡Evidente que inviable! ¿Aseverar que su error derivó de engaño exegético? ¡Evidente que no puede ocurrir!

De esta forma, esta actividad, ejercida con lisura y honestidad, tendrá resultado considerado siempre correcto. En este diapasón, no se admite el error del juzgador. El juez, así actuando, no erra.

La conclusión única posible es la de que solamente el dolo podrá conducir a error judicial en lo pertinente a la actividad prestadora de justicia *stricto sensu*.

Otro aspecto a considerar es el de que no sería posible concluir por el error en la medida en que su acierto deriva de juicio por el propio Poder Judicial. Si no, veamos. Juzgado en todas las instancias determinada lid, habiendo pasado por el cribo de juzgadores de primero y de segundo grado, estará sacramentado el actuar del magistrado. Tiene que ser considerado correcto, ya fue considerado correcto, juzgado correcto por jueces, desembargadores y ministros. No hay órgano capaz de contradecir lo que ya está sacramentado. Concluir en contrario iría subvertir todo el orden jurídico instalado. De esta forma, el mal análisis del contexto probatorio, las conclusiones apuntadas como incorrectas, la aplicación errada del texto de ley, no pasan de una opinión, además, opinión diversa de aquella emitida por quien juzgó.

Hechos nuevos, traídos a superficie después del tránsito en juzgado de determinada demanda, con más razón aún, jamás pueden ocasionar el error judicial. Si el hecho es nuevo, al menos para el Judicial, por obvio que el juzgador, al decidir, no tenía acceso a este y, vía de consecuencia, este no podría hacer parte de la ecuación utilizada para solucionar el proceso. Así, el proceso fue decidido con fundamento en lo que “existía para el juez”, recordando que “lo que no está en los autos, no está en el mundo”. Si, en los términos de lo que fue estudiado arriba, no hay error en la prestación jurisdiccional *stricto sensu*, mucho menos habrá cuando

solamente fueron disponibles al juzgador algunos elementos de convicción. Entonces, si la prueba es nueva o si solamente fue posible tener acceso a ella después del juicio, no se puede afirmar que erró el juzgador, al lanzar decisión que contraría lo que este elemento “olvidado” viene a demostrar de forma contundente.

Hipótesis diversa es aquella en que el juicio deja de considerar elementos de convicción por no haber sido traídos a los autos del proceso por la parte interesada. Si hay error, es de quien no trajo a los autos, siendo posible, lo que debería ser analizado por el magistrado para formar su convencimiento. Consecuencia lógica es que la indemnización por error judicial jamás será defendida si tiene como fundamento la actividad de prestación jurisdiccional propiamente dicha, excepto en la hipótesis de dolo, fraude – que contiene el dolo – o culpa gravísima. Dolo este que deberá ser cabalmente probado.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul:

SUMARIO: APELACIÓN CIVIL. DAÑO MORAL. PRISIÓN PREVENTIVA. CONCESIÓN DE HABEAS CORPUS POR EL TRIBUNAL. **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL APARTADA.** La jurisprudencia dominante de la Corte ha entendido que solamente es posible la atribución de responsabilidad del Estado en el ejercicio de la jurisdicción cuando actuar el juzgador con dolo, fraude o culpa grave, lo que aquí no se verifica. Por otro lado, compulsando los autos, se verifica que la prisión preventiva, fue decretada con fundamento en el art. 312 del CPP y 193 de la Ley de Quiebras, en vista de la evidencia de indicios de autoría y de la materialidad de crimen de bancarrota fraudulenta. APELO IMPROVISTO. . (Apelación Civil N° 70012378410, Décima Cámara Civil, Tribunal de Justicia de RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Juzgado en 24/11/2005).

9.4. Error judicial y la actividad del juez en la práctica de actos no decisorios

La práctica de actos clasificados como no decisorios puede dar oportunidad al error judicial. Los actos no decisorios, antes ya estudiados en este trabajo, practicados por el juzgador en la condición de Administrador, representante del Estado, y no como prestador de jurisdicción, pueden, fácilmente, estar contaminados de error que los macule.

Actos, maculados de error, administrativos *latu sensu*, actos envolviendo el ejercicio de poder de policía, aunque practicados por autoridad judicial, crean oportunidad a la interposición de acción indemnizatoria contra el Estado, con fundamento en el derecho del lesionado en ser resarcido de todo lo que perdió.

Si, de un lado no se consigue visualizar error en la actividad jurisdiccional honesta, de otro lado, fácilmente, se puede percibir la posibilidad de que el juez obra en error al actuar en la condición de representante del Poder Público, practicando actos diversos a los de aplicar la ley para la solución de conflictos de intereses calificados por pretensión resistida. Aquí, el juzgador tiene que ser equiparado a otro agente público investido del poder de decidir y administrar.

En el Derecho Español prevalece la idea de que el magistrado podrá ser responsabilizado, independientemente de la naturaleza del acto que esté a practicar. Tanto la Constitución Española como la legislación infraconstitucional no hacen cualquier remisión a los actos judiciales en términos de responsabilidad. El Legislador Español prefirió no distinguir los actos practicados por el juzgador, tratándose la responsabilidad civil, como prestador de justicia. Parece que la única conclusión viable es en el sentido de que al no hacer mención pretendió que fueran tratados de igual forma todos los actos de los juzgadores. No excepcionando, la Ley tipifica y lo hace de forma bastante clara. La exégesis, en estas hipótesis es más que conocida, ordinaria, siempre en el sentido de atribuir tratamiento igualitario a las más diversas circunstancias abarcadas. Importa, se puede decir, en verdadera prohibición legal a que se trate de manera diferente situaciones en que no hubo excepcional tratamiento legislativo.

En este sentido la Maria Luisa Atienza Navarro⁵⁶⁵ enseña que "*donde la ley no distingue no se debe distinguir*". Esta conclusión puede ser extraída, aún de forma más evidente, de la previsión de los artículos 260 de la LOPJ y 903 de la LEC. Del análisis de estos, resta bastante clara la necesidad de expandir la responsabilidad civil del juez a todo tipo de decisiones judiciales, finales u otras. Añadir, por último, que la autora refiere que el legislador no pretendió atribuir al artículo 262 una índole taxativa de los presupuestos de la responsabilidad civil del magistrado judicial, pero apenas una presunción que ciertos y determinados comportamientos del juzgador presupondrían una actuación negligente o una *ignorancia inexcusable*.

9.5. Carácter previo de la declaración de error

La demanda que busca indemnización fundada en el hecho de haber habido juicio corrompido de error judicial deberá ser, siempre y necesariamente, precedida de una decisión judicial que, de manera expresa, venga a reconocer este hecho. Esta previa decisión podrá resultar, directamente, de una sentencia proferida en virtud de un recurso de revisión.

En este punto importa que si una parte, litigante en una contienda judicial, ha sido vencida en su pretensión puesta ante el Judicial, entendiéndose que haya sido víctima de una actuación de este Poder corrompida de error grosero, exhibido, inexcusable, no tendrá derecho, de pronto, a proponer una demanda con objetivo de buscar ser resarcida. Vale decir, el litigante, aunque entienda y haya sido, efectivamente, víctima de error judicial, no estará autorizado a proponer, directamente, la demanda de cuño indemnizatorio.

La Legislación de España impone que el Poder Judicial, por la vía judicial, no

565 ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil del juez*, cit, p. 39.

administrativa – lo que siquiera se imagina – declare formalmente que el juzgador, al prestar jurisdicción, practicó error craso. Una vez declarado judicialmente el error, estará a parte, en este aspecto específico, habilitada a proponer la demanda indemnizatoria contra el Estado prestador de Justicia.

La previa decisión también podrá resultar del procedimiento especial que viene previsto en la “Ley Orgánica de Poder Judicial” de España, que tipifica la cuestión procedimental en los términos de las reglas insculpidas en el artículo 291, alineas “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” y “g”, todas del mismo dispositivo de ley citado.

9.6. Procedimiento judicial previo al proceso administrativo

En lo pertinente al procedimiento judicial necesario y previo a la propuesta de la demanda judicial, donde será pleiteada indemnización basada en la ocurrencia de error judicial, contenido en “decisum” de juzgador prestador de jurisdicción, debe ser puesto que además de la declaración de “error judicial”, producida en un proceso de revisión, es inapelable que referida declaración sea obtenida en el proceso, llamado en el Derecho Español, de “ad hoc”. Este consiste en el hecho previsto en ley, específicamente, en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español.

En este sentido viene entendiendo, casi que unánimemente, la doctrina y jurisprudencia de España. Las enseñanzas de José Almagro Nosete son justamente en este sentido. Enseña el eminente doctrinador que⁵⁶⁶:

“Aparte de la declaración de error producida en proceso de revisión, cabe que la referida declaración se obtenga en el proceso “ad hoc” que establece el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

566 José Almagro Nosete, en “La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual”, Dykinson, 2007, p. 21.

9.6.1. Objeto

La pretensión que estamos tratando se hace efectiva en una postulación de cuño eminentemente económico y que siempre tendrá como fundamento primero – si no único – el “error judicial” como causador de un perjuicio que venga a recaer sobre cualquier bien, componente del patrimonio de la víctima, o que haya lesionado un derecho a cualquiera de estas personas, ya sea física o jurídica. Este daño tiene que ser, necesariamente, efectivo. Debe ser una disminución, una alteración a menor en el “status quo ante” del lesionado por la actuación incorrecta del Poder Judicial. No basta que sea una amenaza a su patrimonio o al ejercicio de cualquiera de los derechos que compone el rol de sus garantías.

Por otro lado, se impone que el perjuicio sea, en el lenguaje de España, “evaluable económicamente”. Esta condición de ser económicamente evaluable tiene el significado de que la pérdida deberá ser pasible de ser transformada en pecunia, siendo viable atribuir un valor a la pérdida experimentada por el jurisdicionado lesionado entonces estará plenamente atendido a este presupuesto legal, jurisprudencial y doctrinal.

Otro requisito que dice respecto al daño es aquel atinente al hecho de que deberá ser posible individualizarlo, relacionando la disminución soportada por la víctima a una persona o aún a un grupo de personas. Para que sea pleiteada la indemnización deberá la parte autora demostrar ser titular del derecho puesto en juicio. Debe probar, por todo medio de prueba en derecho admitido, poseer legitimidad para figurar en la parte activo de la relación jurídico procesal. En la especie, tiene la obligación de demostrar que la lesión sufrida causó daño en algún bien perteneciente a su patrimonio o en el ejercicio de derecho que podría haber ejercido.

Todas estas ponderaciones emergen de textos doctrinales, jurisprudencia española y, especialmente, de la Ley. Es exactamente en estos términos que vienen reglados los requisitos de la demanda en pantalla, por los artículos 292 y 293 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” de España. Es importante destacar que se trata, como ya examinamos, de norma precisa y cogente, no permitiendo ser acogidas tesis divergentes por estar absolutamente desamparadas de substrato legal.

9.6.2. Plazo para ejercicio de la acción

La acción judicial para reconocimiento del error deberá ser propuesta, inexcusablemente, en el plazo de tres meses, a contar del día en que pueda ser ejercido tal derecho. Este plazo es de caducidad y no admite interrupción.

La Sala Primera del Tribunal Supremo de España ha entendido, reiteradamente, que el referido plazo no tiene prescripción, pero es de caducidad, en razón de que no cabe su interrupción, “así como que el adverbio que utiliza el precepto mencionado viene a poner de manifiesto la idea de que la naturaleza de la acción que regula exige una interpretación estricta y hasta restrictiva, por cuanto la misma – al igual que el recurso o juicio de revisión, que es el cauce procesal a través del cual debe sustanciarse – constituye un remedio extraordinario que ataca el principio de cosa juzgada, poniendo en entredicho la seguridad de las situaciones que han sido reconocidas y de los derechos declarados en una determinada sentencia⁵⁶⁷”.

El ejercicio de esta acción en pantalla no puede dilatarse incondicionalmente en el tiempo y, por esta razón, el Legislador Español circunscribió un plazo determinado para su ejercicio, con todo rigor, un plazo breve y definido. Son, pues, tres meses contados a partir del día en que la pretensión puede ser ejercida, lo que equivale a decir que necesariamente tiene que comenzar a correr desde el momento en que haya sido intimado de la decisión la cual está siendo atribuido el error. Este

567 Juan Antonio Moreno Martínez, en “La Responsabilidad Civil”, Dykinson, 2007, p. 21.

momento consiste en la situación exacta en que se va a presumir que el perjudicado tuvo cabal conocimiento de la existencia del daño judicial. Este criterio restrictivo de determinación del primer día del plazo, obliga a excluir toda posibilidad de que los interesados puedan manejar en su favor el “dies a quo” del mencionado plazo, a través de artificial interposición de recursos cuya inadmisión sea demasíadamente evidente por no atender a mínimos requisitos legales⁵⁶⁸.

9.6.3. Partes

En la parte activa de la demanda judicial de indemnización en razón de la ocurrencia de “error judicial” deberá figurar la persona que haya experimentado una lesión, de cualquier grado o aquel que haya sufrido una lesión impositora de un impeditivo a que venga ejercer derecho de que era titular. Pero tal no basta. Tiene que ser titular del derecho puesto en juicio en la medida en que consiga demostrar ser la víctima perjudicada por la actividad equivocadamente desarrollada por el juzgador mientras prestador de jurisdicción.

Son partes, necesariamente, que deben figurar en la parte pasiva de la relación jurídico procesal, “el Ministerio Fiscal” y “la Administración del Estado”. Es lo que está expreso en el artículo 293 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” de España.

9.6.4. Suspensión procesal de la pretensión

Existe, aún, como presupuesto procesal para el ejercicio de la acción de indemnización en razón de haber sufrido daño causado por “error judicial”, la necesidad de que se informe al órgano jurisdiccional al cual se atribuye el error.

José Almagro Nosete, en la obra “La Responsabilidad Civil y Su Problemática Actual”, página 23, enseña que “Se sigue, como causa procesal, el propio del recurso

568 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005.

de revisión previamente a dictar sentencia, es preceptivo que informe el órgano jurisdiccional al que se atribuye el error.

9.6.5 – Sentencia y costas

El Tribunal competente, al final de la demanda de indemnización por daño producido por error judicial, dictará sentencia definitiva. Este “decisum” tiene que ser entendido como decisión inapelable. No hay recurso que se puede interponer contra esta sentencia y, por consiguiente, siendo juzgado procedente el pedido, **no existe necesidad de que se aguarde decurso de plazo para que se opere la cosa juzgada**. De pronto la sentencia proferida podrá ser objeto de realización en el mundo de los hechos de su contenido. La ejecución de este juzgado, siendo favorable al demandante, puede ser inmediatamente iniciada.

En la hipótesis de la demanda indemnizatoria ser juzgada en disfavor del autor, el Tribunal irá condenar al demandante al pago de las costas procesales. Aún esta condenación que, por obvio, no ocurre en perjuicio de la parte reo, pero de la parte autora, no podrá ser atacada por recurso, restando al demandante solamente cumplir lo juzgado honrando el pago de las costas procesales.

9.6.6. “Ejecución del Asunto Resuelto Erróneamente”

Aquí no se está tratando de la ejecución del juzgado emergente de la sentencia que juzga la acción de indemnización por daño causado en razón “del error judicial”. Debe ser destacado que la decisión que ya se encuentra apta a ser objeto de un proceso de ejecución es aquella lanzada por el órgano juzgador al cual está siendo atribuido error judicial.

Importa percibir una cuestión procesal verdaderamente relevante. La acción de

indemnización por error judicial no tiene el don de suspender, de cualquier forma, el cumplimiento del “decisum” al cual se imputa estar corrompido de error. Vale decir, que el jurisdiccional alega haber sufrido un daño en razón del equívoco del juzgador, no siendo suspensa por la proposición de la acción de indemnización, donde la instrucción probatoria buscará demostrar el error judicial.

Así ocurre en términos procesales, porque la acción en fomento no tiene efecto suspensivo del juzgado supuestamente corrompido de “error judicial”. El Legislador Español, con mucho acierto, entendió por legislar en este sentido, con lo que evitó que tales demandas indemnizatorias pudieran ser utilizadas como instrumento procesal de procrastinación. De lo contrario, aquel que, de mala-fe, pretendiera una prestación jurisdiccional lenta, podría valerse de la acción indemnizatoria por error judicial como mecanismo de producción de una mayor demora del proceso ya juzgado.

CAPÍTULO IV

FUNCIONAMIENTO ANORMAL

10. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

10.1. Conceptuación

“Anormal” es el infrecuente o aquel que está fuera de las condiciones que son inherentes al sistema. Así, si la Administración de Justicia funciona a los márgenes de lo que sería una prestación dentro de la normalidad, estaremos delante de situaciones indemnizables por resultar de funcionamiento desordenado.

La Jurisprudencia Española enseña que “Han de incluirse en estos supuestos las dilaciones indebidas⁵⁶⁹ y ello porque la dilación por omisión de resolución judicial es reversible pues puede ponerse fin a la misma, no exige actividad judicial y es achacable al defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia⁵⁷⁰”.

De la misma forma que ocurre con el “error judicial”, el concepto jurídico pertenece, también, al ámbito de los conocidos como conceptos jurídicos indeterminados, siendo, además, tarea difícil establecer un catálogo cerrado de casos.

El concepto de error judicial es más amplio, ya que engloba el “error” que constituye una especie dentro del género “funcionamiento anormal”. Característica diferencial, aún así importante, es que el error judicial requiere una actuación errada, sin embargo positiva del órgano jurisdiccional. Debe existir una acción, un acto judicial que pueda ser tenido como erróneo. Ya el funcionamiento anormal se configura, generalmente, cuando ocurren omisiones causantes del resultado lesivo.

10.2. Innecesariedad de declaración judicial previa

569 SSTS (3ª), 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 7283) – dilaciones en una causa penal.

570 COBREROS: La Responsabilidad del Estado..., p. 31.

La reclamación indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no necesita de una previa declaración judicial de su existencia, como ocurre con el error judicial, conforme resulta del artículo 293-1, en relación con el 293-2 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Esta diferencia está plenamente justificada por el principio constitucional de separación de los poderes. La determinación, de hecho, del error judicial, mientras supone un juicio a respecto de una decisión judicial, que se cree estar errada, no puede ser confiada a órganos administrativos, puesto que interferirían con las tareas de la jurisdicción, sobreponiéndose a sus órganos al declarar el error judicial. Por esto, se acepta el criterio de exigir, como carácter previo, la declaración judicial del error. En contrapartida, el funcionamiento anormal, basado en omisiones de la Administración de la Justicia, conjunto más amplio que el órgano jurisdiccional, relacionado en suma, con la “oficina judicial” no precisa de declaración judicial previa, pues su constatación no interfiere con el núcleo decisorio del Poder Judicial, preservado por la independencia, especialmente cuando la actuación administrativa, a su turno, esté sometida a control judicial por vía contencioso-administrativa.

10.3. “Reclamación al Ministerio de Justicia”

10.3.1. Plazo para reclamación

El perjudicado, sea por error judicial ya declarado, sea por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, o prisión preventiva indebida, dispone del plazo de un año (plazo de prescripción, no de caducidad) para ejercitar su derecho a reclamar la indemnización correspondiente. El plazo contará a partir del día en que pueda ser ejercitada la reclamación (artículo 293-2).

10.3.2. Procedimiento administrativo

10.3.2.1. Inicio

El solicitante perjudicado debe dirigir su petición, conteniendo los datos indicativos del error o del funcionamiento anormal de la Justicia, con precisión en lo pertinente al valor del daño impuesto, al Ministerio de Justicia, explicando la relación directa, el nexo causal entre el funcionamiento anormal o error judicial y los daños invocados por los reclamantes. Si no existe la relación causa-efecto, no se irá indemnizar. Los requisitos que deben ser atendidos para propuesta del pleito en pantalla son los previstos en el artículo 70 de la “Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y P.A.C”.

10.3.2.2. “Instrucción”

La instrucción del expediente se ajusta a las normas de procedimiento administrativo contenidas en la Ley antes referida y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

En la hipótesis de funcionamiento anormal de Administración de la Justicia, cuyos casos más frecuentes se refieren a la morosidad en la prestación jurisdiccional, o también – con menos incidencia – al desaparecimiento de piezas del proceso, deterioro de bienes o vehículos aprendidos y devueltos en precarias condiciones a sus propietarios, demora en el recibimiento del valor consignado por aseguradora en favor del perjudicado o aún la prescripción de delito, entre otras, por inactividad del Juicio, se ha de pedir, primeramente, el informe del “Consejo General del Poder Judicial” que determina si en el procedimiento judicial que dio lugar a reclamación fue producido funcionamiento anormal, analizando los antecedentes del caso.

El poder de informe del “Consejo General del Poder Judicial” viene reconocido por la disposición adicional segunda del “Real Decreto” 429/1993, de 26 de marzo,

combinado con el artículo 10 del propio “Real Decreto”, que sanciona la práctica administrativa anterior, refrendada por acuerdos del Pleno del referido Consejo de 16 de abril de 1986 y 26 de febrero de 1992. También, tanto en los casos de error judicial como en los de funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, la propuesta de resolución que se elabora debe someterse al dictamen normativo (no vinculante) del Consejo de Estado (artículo 22, “proposición 13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado). Si surge desconformidad entre la propuesta del Ministerio y el dictamen, el asunto se delibera, antes de ser adoptada la resolución definitiva, por el Colegio de Ministros.

10.3.2.3. Resolución y Recursos

El asunto se decide mediante resolución del Ministerio de la Justicia, que es impugnabile por vía contenciosa-administrativa ante la Sala del Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 11, a, de la Ley J.C.A.); contra la sentencia cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

11. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN TÉRMINOS CONSTITUCIONALES, PROCESALES Y DE DERECHO MATERIAL

El Derecho Español sacramentó la responsabilidad civil del juez y magistrados integrantes del Poder Judicial como sometida al régimen jurídico del artículo 1902 del Código Civil Español y normas constitucionales atinentes a la especie. Se trata de responsabilidad prevista en derecho ampliamente positivado, pudiendo transformarse en “conducta antijurídica constitutiva de *un non liquet*, legalmente inadmisibles”.

Dispone el artículo 1.902 del Código Civil Español:

“Artículo 1.902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Emerge evidente que el Legislador Español infraconstitucional se preocupó, diligenció y tipificó eficientemente la cuestión de la responsabilidad civil. Lo que más releva destacar es que lo hizo de forma general, ilimitada, con lo que fue muy hábil en obtener un reglamento que, por cierto, tiene que ser entendido como abarcando las esferas privada y pública. La Ley en apreciación creó obligación a ser

soportada por toda y cualquier persona una vez que haya impuesto perjuicio a otro. El artículo no haciendo distinción entre persona jurídica y persona física, con mucho acierto, impone la obligación a cualquiera de estas, indistintamente, con regla única a ser observada por las dos especies. El mismo tiene que ser afirmado con relación a las personas de derecho público o de derecho privado. General y abstracta como es de su naturaleza, tal reglamento legal alcanza, sí, los entes públicos. La responsabilidad es la misma en el orden público o privado. La actuación lesiva del Estado genera obligación de indemnizar. En este diapason, resta evidente que la actividad jurisdiccional impositora de disminución patrimonial o de daño de otro orden hace surgir el deber de indemnizar a quien quiera que haya soportado la injusta agresión en su patrimonio o derecho de cualquier naturaleza.

El Código Civil Español, en su artículo 1-7, proclama que:

“Artículo 1 (...)

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.”

Esta norma legal se **consustancia** en una seguridad jurídica para todo el jurisdicionado, cual sea, que el hombre abandone de buscar justicia por las propias manos, he aquí que el Poder Judicial tendrá siempre que apreciar los pleitos de las partes, decidiendo en todas las situaciones.

En el mismo sentido, además, el artículo 24-1 de la Constitución Española garantiza a todos los ciudadanos el derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y congruente con la pretensión puesta en juicio. Referido artículo de la Constitución Española reza que:

“Artículo 24-1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela

efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, puedan producirse situaciones en que alguien quede sin defensa.”

En términos constitucionales, la responsabilidad personal del juzgador se tradujo en una constante en el Derecho Constitucional Español a lo largo de los tiempos. Tal significa que el juez responde civilmente por los daños que ocasione a otro siempre que, en el ejercicio de sus funciones, proceda con dolo o culpa. Esa tendencia se reafirmaba en las diversas Constituciones Españolas que se siguieron, a saber la de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931. Ya en la Constitución de 19 de Marzo de 1812, en su Art.º 254, se proclamaba expresamente la existencia de responsabilidad civil del magistrado judicial por *toda la falta y observancia de las leyes que reglan el proceso civil y criminal*. Esta noción acabó por ser ampliada en la Constitución de 18 de Junio de 1837, en su Art. 67 que establecía la responsabilidad personal de los juzgadores por todas las infracciones a la ley que cometieran. En la Constitución de 23 de Mayo de 1845 (Art.º 70), en la Constitución de 1 de Junio de 1869 (Art.º 98571), en la Constitución de 30 de Junio de 1876 (Art.º 81), en la Constitución de 9 de Diciembre de 1931 (Art.º 99572), esta materia se mantuvo incólume previendo *ipsis verbis* la responsabilidad personal del juzgador.

Actualmente, en España, este blanco encuentra su sede constitucional en los Artículos 117⁵⁷³, que consagra expresamente la responsabilidad de los jueces, y Art.º

571 Art.º 98 de la Constitución de 1 de Junio de 1869: "*Los Jueces son responsables personalmente de toda la infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces o magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo*".

572 Art.º 99 de la Constitución de 9 de Diciembre de 1931, dictaba: "*La responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los Jueces, Magistrados y Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo con intervención de un Jurado especial, cuya designación, capacidad e independencia regulará la ley. Se exceptúa la responsabilidad civil y criminal de los Jueces y Fiscales municipales que no pertenezcan a la carrera judicial (...)*".

⁵⁷³ Art.º 117, n.º 1, de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, inserido en el Título VI *Del Poder Judicial*: "*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*".

121 de la CE⁵⁷⁴, sobre la responsabilidad del Estado del deber de indemnizar por error judicial y por el funcionamiento anormal de la justicia, ambos de la actual Constitución.

En Brasil, establece el Código de Proceso Civil Brasileño, en su artículo 133, que:

“Art. 133. Responderá por pérdidas y daños el juez, cuando:

I – en el ejercicio de sus funciones, proceder con dolo o fraude;

II - recusar, omitir o retardar, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio, o a requerimiento de la parte.

Parágrafo único. Se reputarán verificadas las hipótesis previstas en el n^o II sólo después que la parte, por intermedio del notario, requiera al juez que determine la providencia y este no atenderle el pedido dentro de 10 (diez) días.”

Al referir que el juzgador responderá por pérdidas y daños, está estatuyendo que este deberá de indemnizar a la víctima del acto lesivo, practicado en el desempeño de su actividad jurisdiccional. La expresión “pérdidas y daños” tiene el significado referente al perjuicio impuesto a la víctima por el evento que le causó el daño. No solamente nos rederimos a la disminución patrimonial que pueda haberle sido causada, sino tambien a los desdoblamientos maléficis y mensurables de ahí advenidos, donde se incluyen los lucros cesantes.

El Código de Proceso Civil establece que el juez responderá por los actos practicados en el ejercicio de su función. La función del magistrado, como ya fue abordado en el presente estudio, puede consistir en actos decisorios o actos de cuño administrativo, no decisorios, por así decir. **La atribución de responsabilidad de que trata el artículo 133 del Estatuto Procesal abarca tanto actos decisorios como los actos no decisorios.** El requisito es que el acto haya generado perjuicio, no

⁵⁷⁴ Art." 121 de la Constitución española: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

guardando relación con la naturaleza de aquello que haya realizado el juzgador.

El dolo, a que hace mención el texto legal, tiene que ser interpretado como el dolo directo. No se puede permitir exégesis que entienda por la aplicación de la norma en cuestión en razón de haber sido practicado acto corrompido de dolo eventual. Es que el legislador, claramente, busca responsabilizar, en situación excepcionalísima, al juez, en el caso de que haya obrado con la intención de perjudicar o con el objetivo de enriquecer a su propia o tercera persona. En este diapasón, no basta que el juzgador haya asentido con el resultado perjudicial a la víctima. No es de esto que trata el artículo en estudio. El hecho de que el juez haya actuado y de esta actuación resulte un perjuicio, absolutamente previsible, no puede imponer su atribución de responsabilidad. Sería el absurdo de los absurdos. Es que incontables son las circunstancias donde el magistrado decide y práctica actos que causan perjuicio, para cualquiera de las partes, siendo esto parte de su actividad laboral cotidiana. Actuar como juez también envuelve decidir por la constricción de bienes y restricción del ejercicio de derechos. Estas decisiones, casi que invariablemente, generan perjuicio, aunque constituyen la más regular práctica de la actividad del magistrado, nada de ilegal, nada de inmoral, nada de irregular contiene en su interior. Así, si el juez practica tales actos, en el regular ejercicio de su función, en el resguardo del derecho de una de las partes, poco importa que genere perjuicio y que este perjuicio sea previsible. También no interesa que sea cierto que irá ocurrir el perjuicio. Por todas estas razones, el dolo de que trata el inciso I del artículo 133 del Código de Proceso Civil tiene que ser el dolo directo, jamás el eventual, donde prever el resultado dañoso ya podría configurarlo.

En el inciso II del artículo 133, el Código de Proceso Civil establece que cuando el juez se niega a ordenar, ya sea de oficio o a instancia de parte, alguna providencia, será por este acto responsabilizado, en la hipótesis de que ocasiona perjuicio para cualquiera de los litigantes. No se puede incluir en esta situación los actos que el juzgador entienda que deban ser denegados. El juicio de valor sobre la anuencia o denegación de los pleitos constituye actividad del juez y este proceder

jamás puede generar el deber de indemnizar. No se puede entender que el juzgador será responsabilizado por consentir o denegar un pedido para que sea tomada providencia. Este punto es realmente relevante y tiene que ser comprendido. La ley, que no fue redactada de forma correcta, o que, como mínimo, fue mal redactada, puede llevar a engaño, ya que el simple hecho de que el magistrado deniegue la solicitud irá a generar deber indemnizatorio por parte de este. No, volvemos a decir. Inviabile esta interpretación. La única exégesis posible, es en el sentido de que la recusa, a omisión o el retraso, en la práctica del acto jurisdiccional, ocurra de forma injustificada, sin que sea decidido en este sentido. Consiste en el magistrado, ciente del pleito, mantenerse inerte, injustificadamente. Comporta examen, aún, la influencia de la carga de trabajo, invencible en nuestros días, en la omisión del juzgador, como se pasa a examinar en el punto siguiente.

La Constitución Española del año de 1978 reza en el sentido de que, una vez cometido y reconocido el error practicado por el prestador de justicia, o aún los que resulten del mal funcionamiento del Poder Judicial, el Administrador será condenado a indemnizar.

El artículo 121 de la Constitución de España tipifica que:

Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

Se extrae del texto constitucional español la certeza de que el Estado es responsable por indemnizar actos practicados por el juez, como aplicador de la ley, así como responsabilizarse por daños emergentes de un funcionamiento inadecuado del Poder Judicial como un todo. Es lo que encontramos *in* “Poder Judicial y responsabilidad”, Ignacio Díez-Picazo Giménez:

“El art. 121 de la Constitución de España de 1978 dispone: ‘Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del

funcionamiento anormal de la administración de la justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme la ley'. Esta vino a ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1985, que versa la materia en los arts. 292-297. El sistema por ella implantado se caracteriza por la atribución de responsabilidad directa y objetiva del Estado, reunidos los siguientes requisitos: a) un comportamiento dañoso, calificable como error judicial o como funcionamiento anormal de la administración de la justicia, independiente de culpa o caso fortuito ; b) daño injusto, esto es , el que el lesionado no está obligado a soportar; c) la relación de casualidad.”⁵⁷⁵

Aquí debe ser destacado que la prisión preventiva injusta tiene que ser incluida entre las posibles situaciones que darán ocasión a la reparación.

Los estudiosos del derecho español, de forma unánime, parece que han llegado al entendimiento de que la ley regló, de manera diversa, el error practicado por el juez como prestador de justicia *stricto sensu* y el funcionamiento anormal del organismo judicial. El error sería aquel derivado de la actividad propia del juez, siendo compuesto por el error accidental y el error culposo. De cualquier forma, consistiría no solamente en el acto sentencial propiamente dicho, sino también en cualesquiera actos judiciales decisorios lanzados en el proceso. Entendimiento diverso conduciría a equivocada interpretación del texto constitucional en la medida en que vendría a limitar, sobremanera, la norma de la Constitución Española de 1978.

Ya sea error derivado de la prestación jurisdiccional, como error emanado de la actividad del Poder Judicial como un todo, este será indemnizable. Los operadores del derecho español tienen, pues, el mismo entendimiento sobre el tema. Así, cualquiera que sea el error, si debidamente configurado y demostrado, advenido del Judicial, tendrá que ser indemnizado a los que sufrieron eventuales consecuencias dañosas.

575 GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Appunti sulla responsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia. RTDPC, 1990, año 44, n. 1/2, p. 581.

Tratándose de cuestiones legales del Derecho Español, es imprescindible que se destaque la LOPJ de 1870. En esa época aparecerá de forma absolutamente innovadora, la responsabilidad civil del juzgador, en sus Artículos 260 a 266. Entre esas normas cabe destacar el Art.º 260 de la LOPJ que consagró la responsabilidad civil de los jueces y magistrados que, con su actuación, hubiesen causado lesiones en el desempeño de sus funciones, por haber violado las leyes, por "negligencia o ignorancia inexcusable". La noción de "negligencia o ignorancia inexcusable" era innovadora, por la propia ley. Es lo que emerge, claramente, del texto legal en aprecio (Artigo 262 LOTJ):

“Cuando, aunque sin intención, se hubiera dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado algún trámite o solemnidad, mandado observar por la misma bajo pena de nulidad”.

En verdad, la LOPJ no tipificó de forma objetiva en qué casos se debería entender que el magistrado judicial actuó con culpa grave. Lo que hizo fue servir para tornar aún más severa la polémica y división en la doctrina española. En esta división de la doctrina, había autores que predicaban una interpretación más restrictiva de los presupuestos de la responsabilidad civil del juez, pero, por otro lado, otros entendían por una exégesis en el sentido de deber ser más amplia la interpretación. Esta cuestión, como no podría dejar de ser, ocurría, también, con respecto a una armonización entre la Constitución entonces vigente, la reglamentación establecida por la LOPJ, el Código Penal de 1870 y la *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* de 1881.

Es importante destacar que, en este diapasón, la responsabilidad civil de los juzgadores podría asumir un carácter criminal siempre que el hecho cometido por el juez fuera punido como crimen, o civil, o podría ser simultáneamente civil y criminal. El Art.º 18 del Código Penal Español, entonces en vigor, tipificaba que toda la persona responsable criminalmente era, en simultáneo, responsable por los

perjuicios de ahí derivados, excepto en caso de renuncia del perjudicado.

Destacar, por ser realmente importante, que los crímenes eventualmente cometidos por los juzgadores, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, se encontraban tipificados en la Ley Penal Española. Los Artículos 361 a 368 del Código Penal Español tipificaban sobre el crimen de prevaricación judicial. Los Artículos 396 a 401 contenían la previsión legal recriminadora en lo que decía respecto crimen de *cohecho* y en otras leyes especiales. En este sentido determinaba el Art.º 245 de la LOPJ. El *recurso de responsabilidad civil* instaurado contra el magistrado judicial, independiente del Tribunal a que perteneciera, demandaba, forzosamente, un ante juicio (Art.º 757 y siguientes de la LECrim.).

Como complemento de la LOPJ, la LEC de 1881, aún en vigor en España, reglamenta lo que designaba, de forma errada, por "*recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados*" en sus Artículos 903 a 918. Inicialmente que se diga que se trata de proceso, y no recurso. De cualquier forma, preveía que la responsabilidad civil tenía su origen "*cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables*". Recordemos la vieja máxima "*donde la ley no distingue no se debe distinguir*", la lección desvelada retirada de los Artículos 260 de la LOPJ y Art.º 903 de la LEC, revela la necesidad de expandir la responsabilidad civil del juez a todo tipo de decisiones judiciales, finales u otras. El legislador no tenía la intención de atribuir al Art.º 262 una norma taxativa de los presupuestos de la responsabilidad civil del magistrado, pero apenas la presunción de que ciertos y determinados comportamientos del juzgador presupondrían una actuación negligente o una *ignorancia inexcusable*.

Sobre el asunto, enseña Ruy Rosado de Aguiar Júnior, tratando del tema, en "A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdiccional no Brasil", v.

En lo pertinente a la responsabilidad civil por acto judicial, en Brasil, lo que encontramos es la responsabilidad del Estado, que absorbe la eventual responsabilidad del juzgador. Se trata de mecanismo que busca mantener la independencia del Judicial. Esta sistemática y le confiere libertad a la figura del magistrado, necesaria para que pueda aplicar la ley sin temer cualesquiera consecuencias, excepto cuando obra con dolo. Es lo que, ordinariamente, ocurre en los países del sistema romano-germánico, aunque en España e Italia, pese estar inseridas en el sistema romano-germánico, el entendimiento es en el sentido de que habrá una atribución de responsabilidad solidaria entre el prestador de jurisdicción y el Estado. Esta posición no considera relevante el hecho de que ambas las responsabilidades tienen como origen el mismo hecho o acto.

Es lo que enseña Kátia Magalhães Arruda:

“La responsabilidad, en el Derecho patrio, difiere muy poco de los países que adoptan el sistema romano-germánico. Por ejemplo, en lo tocante a la responsabilidad civil, es absorbida por la responsabilidad del Estado como forma de resguardar la independencia del Judicial. Que se informe que, en Italia y España, es distinta: la responsabilidad es solidaria entre el Estado y

576 “La ley trató el error y el funcionamiento anormal como dos cosas distintas, pasando la doctrina a discutir tales conceptos. El error podría acontecer apenas en la actividad propia del Juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional, y comprendería el error accidental y el culposo.

Sin embargo, el error culposo o doloso es modo de funcionamiento anormal de la justicia, y en esa clase debe ser incluido, reservando para la categoría ‘error’ apenas el accidental, pues este hace parte de la esencia del actuar judicial, cuyo sistema está montado en la presunción de esa falibilidad.

Limitado al concepto de error verificado en resolución judicial, Rebollo esclarece que tal resolución no es apenas la sentencia firme, pero todo tipo de actuación judicial, incluyendo otras decisiones, providencias, sentencias. Al no atribuirse esa amplitud al concepto, el sistema regresaría al error judicial reconocido en la revisión de la sentencia, lo que sería reducir demasadamente la norma constitucional.

También hay debate sobre si el funcionamiento anormal sería (a) apenas el de la administración de la justicia en su actividad jurisdiccional *stricto sensu*, desplazadas para el sistema de la responsabilidad de la administración en general las faltas cometidas por la administración de la justicia en su aspecto no jurisdiccional, o (b) se extiende en él sólo para la actividad jurisdiccional como para cualquier tipo de actuación ejercida en el complejo orgánico de la administración de la justicia, en ella incluida la participación de todos sus auxiliares y colaboradores.

Funcionamiento anormal corresponde al funcionamiento defectuoso del Derecho francés, ocurriendo cuando la justicia no funciona, funciona mal o tardíamente, evaluado según standard de actuación y rendimiento normalmente exigibles.

La indemnización por prisión preventiva (art. 294 de la LOPJ) sólo es debida al reo que venga a ser condenado por la inexistencia del hecho imputado. La regla ha sido criticada por excluir la absolución por otro fundamento, como el de inexistencia de la autoría, lo que tal vez venga a justificar interpretación extensiva, para considerar que ella apenas provee un ejemplo.”

el juez, postura jurídica que recibe constantes críticas, visto que ambas acaban por originarse de la misma causa⁵⁷⁷”.

Otra diferencia consiste en el hecho de que en España el Estado es responsabilizado por el funcionamiento anormal del Poder Judicial. Importante destacar que tal responsabilidad viene estampada en la propia Constitución Española, no dando margen a cualquier duda a respecto. Ya en Brasil, esta hipótesis no se configura, como ya fue ampliamente estudiado, cuando enfrentamos el tema de la **procrastinación** de la prestación jurisdiccional. Aquí, son limitadas las ocasiones en que se configura la responsabilidad del Estado por error judicial. Son limitadas a aquellas hipótesis previstas en ley y en la Constitución Federal. En la Carta Magna Brasileira encontramos la responsabilidad expresa del Estado cuando sucede el error judicial que genera la condenación –donde no está incluido el funcionamiento anormal del Poder Judicial– o cuando la prisión se extiende más allá del tiempo fijado en la sentencia.

Es lo que enseña Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“En España, tenemos la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal del Poder Judicial. En Brasil, las hipótesis de atribución de responsabilidad solamente son aquellas expresamente previstas en ley, como ocurre con la previsión constitucional por el error judicial, error judicial ese apurado en una acción de revisión.”⁵⁷⁸

Otro aspecto a ser observado en relación a la responsabilidad civil del juez frente a la Constitución Federal de Brasil trata sobre la igualdad absoluta de derechos entre hombres y mujeres a vigorar por imposición de la Magna Carta desde 1988. La tan soñada paridad entre los géneros masculino y femenino vino consagrada en la Carta Magna de 1988, más específicamente en el capítulo de los derechos y garantías fundamentales. En virtud de esa previsión expresa, cualquier dispositivo de ley

577 ARRUDA, Kátia Magalhães. A responsabilidade do juiz e a garantia da independência. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a. 34 n. 133 jan./mar, 1997.

578 AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. V. 36. Edição Especial. Porto Alegre: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2004. p. 86-90.

ordinaria que revele una desigualdad entre hombres y mujeres será considerada derogada tácitamente.

Analizando, por ejemplo, el artículo 1.548 del CCB bajo ese prisma, la primera conclusión sería la de que el comando era inconstitucional, pues colocaba la mujer en un nivel privilegiado en relación al hombre; vale decir, que le concedía un derecho (percibir el dote) que no estaba previsto para los hombres. De hecho, el art. 1.548 del CC Brasileño de 1916 ya se encontraba derogado tácitamente después del inicio de la vigencia de la CF/88, así como otros dispositivos de la norma Civil tampoco eran aplicados. Prueba de eso es que el Gobierno Federal percibió el contraste entre esos dispositivos del Código Civil y la nueva Constitución, encaminando al Congreso Nacional un proyecto de ley para derogarlos.

La igualdad impuesta por la Magna Carta es regla intangible y los reflejos de este reglamento constitucional se aplican inalterados al juez cuando de la prestación jurisdiccional.

12. NÚMERO DE PROCESOS, MOROSIDAD DEL JUDICIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988, vigente, el escenario jurídico-social brasileño se modificó profundamente. Cuando se elaboró el texto constitucional, los Constituyentes llevaron hasta la población la discusión sobre los variados temas. Los derechos y deberes de los ciudadanos fueron ampliamente debatidos, las garantías colectivas e individuales fueron objeto de estudio, siendo ampliamente divulgada esta actividad.

De este panorama histórico resultó un crecimiento para toda la población, en términos de conocimiento sobre sus derechos, garantías y deberes. El debate hizo a la población conocer los más variados aspectos de aquello que les es asegurado en el texto constitucional. Esta cultura vino de encuentro al sentimiento de necesidad de libertad, resultante del fin de la represión impuesta por la dictadura militar. Teníamos un pueblo ávido por libertad. Libertad de leer lo que quiera que fuera, de reunirse con quien bien entendiera, cuando fuera conveniente y con cuantas personas se juzgase oportuno, libertad de viajar, comprar y vender sin ser cuestionado, necesidad de libertad de prensa, poder leer la verdad sobre los hechos y, quien sabe, participar del proceso de hacer pública la verdad respecto todo lo cuanto fuera del interés de la colectividad. Se sentía en el aire un verdadero horror a la prepotencia y una fuerza inmensa en el sentido de que actos de esta naturaleza fueran expulsados del medio social.

12.1. Aumento Alarmante del Número de Procesos Judiciales

Como resultado de este proceso, del anhelo por libertad con un conocimiento mayor sobre los derechos y garantías de las personas, tuvo como consecuencia un aumento expresivo e inesperado del número de demandas judiciales, siendo de proporciones catastróficas. Incluso los procesos llevados por los magistrados se multiplicaron por veinte, llegando, en cuestión de pocos años, a que el servicio se transformara en absolutamente “invencible”. Toda la llamada “máquina judicial” estuvo desfasada para suplir las demandas. Y no solo eso, además, los trabajadores de la justicia, en número infinitamente inferior al mínimo necesario, no tenían la menor condición de continuar con los hechos que fueron distribuidos. La estructura material de los tribunales y foros no suplía, ni en parte, las necesidades. Los jueces, que hasta entonces no disponían de ninguna especie de asesoramiento, se vieron a merced de la verdadera avalancha de procesos surgidos prácticamente “de la noche para el día”. El “descubrimiento” de la posibilidad de ser indemnizado por daño moral, por el ciudadano común, fue uno de los marcos de la multiplicación de los procesos judiciales.

Se hace necesario destacar, por relevante que es, que en la nueva realidad, el ciudadano pasó a buscar con mucha frecuencia el abrigo del Poder Judicial, incluso a pesar de el pequeño número de jueces que había en relación al número de brasileños. En razón de términos un magistrado para cada veintitrés mil habitantes, aproximadamente, y que estos habitantes pasaron a buscar, con frecuencia, el judicial, la situación restó insostenible.

12.2. Morosidad de la Justicia

El aumento de los procesos, en la forma descrita, generó, como no podría dejar de ser de otra forma, la máxima morosidad procesal. Se trata de una profunda alteración en el tiempo de espera por la prestación jurisdiccional.

Los procesos fueron surgiendo por todo el territorio nacional y aumentando en hasta veinte veces el trabajo a ser desarrollado por los trabajadores de la justicia y magistrados. Las críticas, en poco tiempo surgieron y fueron las más severas. Los operadores, acostumbrados con un servicio de prestación de justicia que sucedía en tiempo razonable, se depararon como una lentitud nunca antes probada. La “vida media” de un proceso fue aumentada en años y estos años representan, de manera directamente proporcional, el tiempo dilatado para el jurisdiccional alcanzado el bien de la vida, cuando eventualmente fuera juzgado procedente el pedido.

El problema, de gravedad jamás vista en el ámbito de la jurisdicción patria, agitó las estructuras del propio Poder Judicial. La lentitud extrema tuvo como consecuencia el nefasto descrédito del poder. Personas litigando por años y años, sin perspectiva de ver el deslindar de las demandas que intentaron, generó mucho más que incomodidad. La prensa, en su papel legítimo, inició ataques que también contribuyeron, sobremanera, para el desgaste de la imagen del Estado.

En este contexto, nació el empeño de los tribunales, que buscaban combatir la incredulidad. Esta tenía que ser enfrentada con respuestas eficientes. El jurisdiccional habría de volver a ver respetado su derecho de obtener en juicio la tutela legal y el Judicial tenía que actuar con vigor. Varias fueron las medidas bien sucedidas, intentadas por el Estado, y el problema fue, en gran escala, amenizado.

El aumento del número de jueces y de empleados de la Justicia fue uno de los primeros pasos tomados con acierto. Sin embargo, la alteración no era suficiente para suplir la demanda. Esta era tanta, que el Administrador, disponiendo de pocos recursos, no tenía capital suficiente para solucionar definitivamente el problema. No había capital necesario que permitiera el ingreso de un número adecuado de personas, en los cuadros del Poder Judicial, para solucionar la cuestión. También merece que se destaque la creación de cargos de asesoramiento a los magistrados, permitiendo que decisiones y actos repetitivos fueran delegados.

También tuvo inicio la modernización de las instalaciones de los tribunales y foros. Fueron construidos nuevos edificios para abrigar, suficientemente, la masa de personas que ahora recorrían al Judicial. En especial, fue realizada la informatización de los tribunales. Esta medida en mucho contribuyó para el suceso de la tarea. Los desembargadores y jueces recibieron micro computadoras actualizadas y en número suficiente para que toda la actividad fuera prestada con cierta tecnología. Muchos actos pasaron a ser practicados dentro del sistema informatizado. Surgió el proceso virtual y muchos jurisdicionados ya se benefician de esta modalidad de procedimiento. Fueron creados programas que facilitaron las más variadas rutinas de archivo y registro, generando mayor productividad con menor esfuerzo.

El Legislador, impulsado por el clamor público, trató de hacer su parte. Atendiendo a la necesidad general de la población, reformó todo el Código de Proceso Civil, con una reforma, que pasó a ser implementada en los idos de 1994 – cuando sucedió su primera fase – que alteró la legislación procesal civil patria. Estos cambios reflejaron en los ámbitos de la justicia especializada del trabajo y en la esfera criminal, donde son aplicadas las reglas del Código de Proceso Civil siempre que no haya reglamento específico. El objetivo primero de la reforma impuesta por el Poder Legislativo fue el de tornar la prestación jurisdiccional más célere. Grandes avances fueron alcanzados. Con mucha propiedad y acierto, fueron siendo modificadas las reglas procesales, los actos excesivamente burocráticos fueron eliminados, los procesos dejaron de existir entre la sentencia de mérito y la realización en el mundo de los hechos, específicamente los hechos ejecutorios lastrados en títulos ejecutivos judiciales. Esta modalidad de título, vía de regla, dejó de lado el proceso de ejecución, que fue sustituido por una simple y menos compleja fase de ejecución de la sentencia.

Con todos estos avances, el problema de la morosidad aún está lejos de una solución definitiva. Los procesos continúan tramitando a velocidad mucho más allá de lo razonable. **Remanece inviable cobrar de los prestadores de justicia, “lato sensu”, el atendimento a los plazos impropios.** Ha sido, reiteradamente, desconsiderada toda

y cualquier mención del Estatuto Procesal Civil referente a tiempo a ser observado por el juez o funcionarios en la práctica de sus actos. Las partes y procuradores ya tienen por costumbre aguardar, sin interponer recurso, que sea realizada la actividad, aún cuando en mucho excede a la previsión legal.

No obstante, el esfuerzo continúa y también los cambios. El sistema procesal atraviesa nueva reforma y nuevos cambios están por llegar. En el campo de la informática, no son pocas las novedades ya implementadas y por ser puestas en funcionamiento. El asesoramiento de los magistrados viene aumentando y las condiciones materiales de trabajo siguen el mismo rumbo. Lo que se espera, pues, es que, en razonable período de tiempo, ya esté disponible una prestación jurisdiccional dotada de rapidez y eficiencia.

12.3. Responsabilidad del Juez frente al Cuadro Judicial

El panorama fue trazado. Una triste visión de la dura realidad del Poder Judicial Brasileño fue pasada. En cima de estas informaciones, hipótesis han de ser hechas, en un paralelo entre la falta de condiciones de trabajo y estructura funcional y una posible, o no, atribución de responsabilidad del juez.

El juez, como ya fue estudiado, habrá de responder por daño causado en virtud de la prestación jurisdiccional, desde que haya actuado dolosamente. La omisión, el retraso o la recusa en practicar acto, de oficio o a requerimiento, también podrá, en los términos del Código de Proceso Civil, ocasionar su penalización. Es lo que reza el artículo 133 de la Ley en pantalla:

“Art. 133. Responderá por pérdidas y daños el juez, cuando:

I – en el ejercicio de sus funciones, proceder con dolo o fraude;

II - recusar, omitir o retardar, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio, o a requerimiento de la parte.”

El retraso en la práctica de un acto puede, entonces, generar deber del juez de indemnizar. Pregunta que emerge, y que no quiere callar, es: ¿este dispositivo vigora? ¿Habrá quien diga que vigora, que no habiendo sido derogado tiene plena aplicación? Nueva pregunta es formulada. ¿De hecho este precepto vigora? La respuesta es no.

Evidente que la norma, donde está previsto que el juez responderá por demorar en su actividad, cayó en el más completo desuso. ¿Quién, en sana consciencia, podría pretender imponer al magistrado la observancia de dichos plazos impropios, aún penalizando el juez cuando no los observa?

El artículo 133 tiene que ser interpretado en consonancia con la realidad social y jurídica que vivimos. No se puede penalizar al juzgador, excepto por actuar doloso, cuando la prestación de la justicia no sucede en el tiempo debido. Siendo regla la demora exacerbada en el tramitar de los procesos, todo el cuidado es poco antes de concluir que el juez recusó, omitió o retardó la práctica de acto. Ordinariamente se estará delante de demora atribuible a nuestra realidad.

CAPÍTULO V

ACCIÓN DE REGRESO

13. ACCIÓN DE REGRESO DEL ESTADO CONTRA EL CAUSADOR DEL DAÑO JUDICIAL

13.1. Fuentes Normativas

El examen del panorama legislativo Español sobre el tema pasa, no muy profundamente, por el artículo 117-1 de la Constitución Española. Dedicó su contenido a esta cuestión, sin embargo limitándose a declarar que “los Jueces y Magistrados del Poder Judicial” son “responsables”, teniendo lugar en la “Ley Orgánica del Poder Judicial” (LO 6/1985) y, particularmente, en el Título III (“De la Responsabilidad de Jueces y Magistrados”), dentro del Libro IV (“De Los Jueces y Magistrados”), cuyo Capítulo II se dedica expresamente a “Responsabilidad Civil” (artículos 411, 412 y 413).

Las referidas disposiciones coexistieron con la reglamentación que la “Ley de Enjuiciamiento Civil” de 1881 había dado a la materia en el denominado “recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados” (artículos 903 a 918), Título VIII, Libro II, hasta que se promulgó la actual “Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero)” que derogó la precedente mientras reguladora de la jurisdicción contenciosa. La Ley vigente no establece ningún procedimiento especial y solamente incluye dos dispositivos que se debe tener en cuenta en el procedimiento que versa sobre reclamaciones fundadas en la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados: son los artículos 266, nº 1, sobre “documentos exigidos en casos especiales” y 403-2 “admisión y casos excepcionales de inadmisión de demandas”.

El § 6º del artículo 37 de la Constitución de la República de Brasil prevé la posibilidad del Estado a interponer acción regresiva contra el servidor causador del daño a tercero, mientras desarrolla su actividad laboral. En Brasil, dos son los requisitos para el ejercicio de esta especie de demanda. El primero de ellos consiste en que el Administrador haya sido, previamente, condenado al pago de indemnización por el perjuicio causado por el servidor. Este actuar lesivo del servidor debe haber sucedido mientras actuaba en nombre del Estado, mientras practicaba acto en la condición de perteneciente al cuadro de agentes públicos. El segundo requisito es la necesidad de probar la culpa del servidor que practicó el acto, causando la responsabilidad del Estado.

La diferenciación entre la responsabilidad del Estado Brasileño y la responsabilidad del servidor se basa, justamente, en esa necesidad de probar, o no, la culpa del responsable para que venga a emerger el deber de indemnizar. Mientras el Estado responde con responsabilidad objetiva, siendo innecesario demostrar que haya actuado con culpa o dolo, el agente público solamente podrá ser responsabilizado cuando esté cabalmente probada su culpa o comprobado que practicó el acto con dolo. Para el servidor vale, pues, la teoría de la responsabilidad subjetiva. En este sentido, Hely Lopes Meirelles viene doctrinando reiteradamente en “Direito Administrativo Brasileiro”, 15ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 557-579
560 .

En el Derecho de Brasil, el proceso movido por el ente público en disfavor del servidor, que haya practicado el acto que generó el deber de la hacienda pública a indemnizar, buscando el resarcimiento de los cofres públicos, tramitará por el procedimiento común ordinario. Estará caracterizado por la fase de cognición – conocimiento de la verdad – dilatada, con producción de toda modalidad de prueba en derecho admitida, especialmente pericial, testimonial y documental.

El servidor, acusado de haber generado el perjuicio al erario público, tiene el derecho de buscar defenderse de todas las formas permitidas en ley. De otro lado, tenemos el interés público en buscar probar la responsabilidad del servidor, para enriquecerse de este y resarcir la hacienda pública .
580

579

“La acción de regreso de la Administración contra el causador directo del daño está instituida por el § 6º, del art. 37, de la Constitución de la República, como mandamiento a todas las entidades públicas y particulares prestadoras de servicios públicos, y cuanto a los servidores de la Unión, la Ley Federal 4.619, de 28.4.1965, impone su enjuiciamiento por el Procurador de la República, dentro de sesenta días de la fecha en que transitar en juzgado la condenación impuesta a la Hacienda (arts. 1º e 2º), bajo pena de incidir en falta funcional (art. 3º). Para el éxito de esta acción se exigen dos requisitos: primero, que la Administración ya haya sido condenada a indemnizar la víctima del daño sufrido; segundo, que se compruebe la culpa del funcionario en el evento dañoso. Mientras para la Administración la responsabilidad *no depende de la culpa*, para el servidor la responsabilidad *depende de la culpa*: aquella es objetiva, esta es subjetiva, y se apura por los criterios generales del Código Civil.”

580

“La acción de regreso contra el servidor culpado es de rito ordinario sujeta a las normas procedimentales comunes del Código de Proceso Civil. Conviene frisar, aún, que tal acción sólo se puede instaurar entre la persona de derecho

13.2. Los requisitos legales indemnizatorios

Conforme establece el artículo 411 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” los “Jueces y Magistrados” responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones incurren en dolo o culpa.

En los términos de lo que enseña Juan Antonio Moreno Martínez⁵⁸¹, la norma, tipifica por lo tanto, como uno de los presupuestos de la responsabilidad, que la conducta del órgano jurisdiccional, causadora de los daños y perjuicios, haya sido culposa, sin, aún así, especificar cual es la modalidad de culpa (leve, media o grave) y sin ajustar su relación con el artículo 296 de la misma ley que menciona que para que se pueda ejercer por el Estado la “acción de repetición” que los daños se hubieran producido por culpa grave (por lo menos), con lo que se argumenta que las indemnizaciones habidas por daños ocasionados por culpa leve o culpa simple no son “repetibles”.

La “Ley de Enjuiciamiento Civil” que se refiere, aunque superficialmente, a la cuestión (artículo 226), tampoco exige que la culpa sea grave y, además, considera la “ignorancia inexcusable”, como causa de responsabilidad, de manera similar a lo que hacía la antigua “Ley de Enjuiciamiento Civil”, concepto que revela no una

público interesada y su servidor culpado, no siendo admisible el llamado del agente causador del daño en la acción de indemnización que el particular intentar contra la Administración para haber los perjuicios sufridos, una vez que el fundamento de esta causa es diverso del de la acción regresiva. Además, el propio nombre está indicando, que la acción contra el servidor debe suceder a la del lesionado contra la Administración, sin lo que no surge el *derecho de regreso*.

Como acción civil, que es, destinada a la reparación patrimonial, la *acción regresiva* se transmite a los herederos y sucesores del servidor culpado, pudiendo ser instaurada aún después de la cesación del ejercicio en el cargo o en la función, por disponibilidad, jubilación, exoneración o dimisión.

El *acto lesivo* del agente puede revestir al mismo tiempo aspecto civil, administrativo y criminal como es común en los atropellamientos ocasionados por vehículos de la Administración. En tales infracciones, el servidor público responsable por el desastre se sujeta a la acción penal y a la acción civil regresiva de la Administración, para haber la indemnización pagada a la víctima, en los términos ya analizados, del art. 37, § 6º, de la Constitución de la República, y al proceso interno da Administración, para fines disciplinares” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 63).

581

Juan Antonio Moreno Martínez y Otros, en “La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual”, 2007, Dykinson, pp. 27.

culpa leve o simple, sino una culpa grave. Partiendo de ahí, se entiende que la imprecisión legislativa consiste en verdadero error del Legislador, pero que este tenía la intención de incluir la culpa leve o de grado medio como presupuesto de la responsabilidad personal de los “Jueces y Magistrados”.

Lo que tiene que ser entendido es que la interpretación que parece ser más acertada va en el sentido de que no puede ser limitada al dolo la responsabilidad de los juzgadores, como sucede en muchas otras legislaciones que crean verdadera inmunidad judicial relativa.

13.3. PROCEDIMIENTO

13.3.1. Órganos judiciales competentes

El orden jurisdiccional y la competencia objetiva y territorial para la exigencia de la responsabilidad civil se establecen en razón de las “atribuciones” de los órganos jurisdiccionales, según cada caso, en la “Ley Orgánica del Poder Judicial”.

13.3.1.1. Personas que serán juzgadas ante la “Sala Primera del Tribunal Supremo”

Responsabilidad civil por actos practicados en el ejercicio del cargo de “Presidente del Tribunal Supremo, Magistrados del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional, cualquiera de sus salas, Presidentes de Los Tribunales Superiores de Justicia, Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia”: para todos estos, la competencia será de la “Sala Primera del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)”, como previsto en el artículo 56, 2º y 3º de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”.

13.3.1.2. Personas que serán juzgadas por la “Sala Primera del Tribunal Supremo”, en los términos del artículo 61 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”

Responsabilidad civil por demandas dirigidas contra los “Presidentes de Sala del Tribunal Supremo” o contra la mayor parte de los Magistrados de una “Sala del Tribunal”, por actos practicados en el ejercicio de su cargo: será competente a la Sala del Tribunal Supremo, llamada del artículo 61, formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los “Presidentes de Sala” y el Magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas.

13.3.1.3. Personas que serán juzgadas por las “Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia”

Responsabilidad civil dirigida contra todos o la mayor parte de los “Magistrados de una Audiencia Provincial” o de cualquiera de sus secciones: conocerá, en una única instancia la “Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia” correspondiente.

13.3.1.4. “Jueces de Primera Instancia e Instrucción y Magistrados de Audiencias Provinciales”

Ni la “Ley de Enjuiciamiento Civil” (como hacía la anterior), ni la “Ley Orgánica del Poder Judicial”, establecen cual es el órgano competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Jueces de primera instancia, o de instrucción, o contra alguno de los Magistrados de una “Audiencia Provincial” o de cualquiera de sus servicios. Por esta razón, ha sido dicho que existe verdadero vacío legal en los términos de lo que ha sido la jurisprudencia de la “Sala Primera del

Tribunal Supremo”. De hecho, ha sido entendido que habiendo defecto en la norma especial, como es el caso, es aplicable la regla de competencia genérica que atribuya el conocimiento de los asuntos a los Jueces de Primera Instancia correspondientes ⁵⁸².

13.3.2. Plazo para ejercicio de la acción

La “Ley de Enjuiciamiento Civil” guarda silencio sobre este tema, sin embargo, por el carácter extracontractual de la acción, tenemos que considerar que los plazos son de un año a contar del momento en que puede ser ejercitado (artículo 1.968 del Código Civil). Este plazo no es de caducidad, pero sí de prescripción y, por tal razón, admite interrupción.

13.3.3. Fundamento procesal

13.3.3.1. Demanda

La demanda que se fundamenta en el juicio ordinario no podrá ser propuesta hasta la decisión que ponga fin al proceso en que se supone haya ocurrido error judicial y perjuicio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo (artículo 413-1 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”).

13.3.3.2. Documentos que deben instruir el pleito.

Como documentos exigidos legalmente (artículo 266 de la “Ley de

582

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004 y Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005.

Enjuiciamiento Civil”) deberán estar los certificados y certificaciones de que el proceso acabó y que hubo recurso cuando se propone demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable (artículo 266-1 de la “Ley de Enjuiciamiento Civil”).

13.3.3.3. Inadmisión de la demanda

No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios que por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones a no ser que sea inmutable la decisión que pone fin al proceso donde se supone causado el daño. Tampoco se admitirán estas demandas si no hubiera sido reclamado lo ocurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños o perjuicios (artículo 403-2 de la “Ley de Enjuiciamiento Civil”).

13.3.3.4. Efectos de la sentencia

En ningún caso la sentencia proferida en el juicio de responsabilidad civil podrá modificar la decisión lanzada en el proceso donde habría ocurrido el error (artículo 413-2 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”).

13.4. Acción de repetición

En el caso en que el Estado indemnice al jurisdicionado por error o funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, si la causa de la indemnización se atribuyó a culpa grave o dolo del órgano jurisdiccional, puede repetir contra el Juez o Magistrado, según autoriza el artículo 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a cuyo efecto en su gestión se deberá promover la tramitación de la acción declaratoria para obtener la correspondiente orden de resarcimiento de lo que

eventualmente haya tenido que pagar a los perjudicados.

14. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE JUECES Y MAGISTRADOS

En Brasil, en la hipótesis de que el juez sea llevado a juicio en la esfera criminal, siendo este condenado, la consecuencia será la producción de efecto también en los procesos civil y administrativo. La cosa juzgada emerge en lo pertinente a la culpa del agente, quedando sujeto a castigo administrativo y reparación del daño.

Cuando, en el Derecho Brasileño, la sentencia criminal absuelve al agente por negativa de autoría, permanece el derecho de la Administración de interponer acción de regreso contra el servidor, así como investigar si el acto practicado debe dar ocasión a conminación de sanción administrativa.

Una tercera posibilidad prevista en el Sistema Legal de Brasil consiste en que en la sentencia se absuelva por ausencia de culpabilidad. En esta hipótesis es declarado que no hay ilícito penal a punir. Esta declaración no repercute en la esfera

de la responsabilidad civil o administrativa, así, podrá el servidor responder a la demanda indemnizatoria de regreso y, o, proceso administrativo donde se busque averiguar y, eventualmente punir la falta funcional. La absolución por falta de pruebas es más una de las posibilidades que se configura. Lógicamente que no produce efecto en la esfera de la responsabilidad civil o administrativa, y es que en estas podrá ser investigado y producidas nuevas pruebas sobre el actuar del servidor, de lo que, tal vez, resulte la condenación, en cualquiera de estas dos esferas.

Es exactamente lo que viene enseñando Hely Lopes Meirelles en “Direito Administrativo Brasileiro”, 15ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 64⁵⁸³.

⁵⁸³ “Habiendo juicio penal, pueden ocurrir cuatro hipótesis, a saber: 1ª) condenación criminal del servidor; 2ª) absolución por la negativa de la autoría; 3ª) absolución por ausencia de culpabilidad penal; 4ª) absolución por insuficiencia de pruebas o por otros motivos que veremos adelante.

En la primera hipótesis, la condenación criminal produce efecto también en los procesos civil y administrativo, esto es, faz cosa juzgada relativamente a la culpa del agente sujetándose a la reparación del daño y a los castigos administrativos (Código Penal, art. 92, I y Código del Proceso Penal, arts. 63 y 64). La culpabilidad reconocida por la Justicia Criminal no puede ser negada en cualquier otro juicio.

En la segunda hipótesis, la sentencia criminal también produce efecto alguno en los procesos civil y administrativo. Aunque el reo sea absuelto en el proceso criminal, la Administración le puede mover acción regresiva de indemnización y perquirir aún su culpa administrativa, para efecto de castigo funcional. Y la razón es esta: el ilícito penal es más que el ilícito civil y el ilícito administrativo. La sentencia criminal que absuelve un reo por ausencia de culpabilidad criminal, apenas declara que no hay ilícito penal a punir. Pero tal declaración no aparta la posibilidad de la existencia de ilícito civil en el acto del servidor, lo que podrá ser averiguado y declarado en la acción ordinaria de indemnización que le sea movida. Por igual, esa absolución penal no impide que la Administración averigüe en proceso interno la existencia de ilícito administrativo, y en consecuencia le aplique la pena disciplinar correspondiente. Desde que el ilícito civil y el administrativo corresponden a un *minus* en relación al ilícito penal, pueden existir aquellos, sin que exista este, pero no puede existir este (penal), sin que existan aquellos (civil y administrativo).

En la cuarta hipótesis, la absolución criminal también no produce cualquier efecto en el juicio civil o en la instancia administrativa, porque la insuficiencia de la prueba cogida en la acción penal, no impide que se demuestre, por otras pruebas, las culpas civil y administrativa (Código del Proceso Penal, arts. 66 y 67).

A propósito, la exposición de motivos del Código del Proceso Penal, esclarece: “No será perjudicial de la acción civil la decisión que, en el juicio penal: 1) absolver el acusado sin reconocer, *categoricamente*, la inexistencia material del hecho; 2) ordenar el archivo de la averiguación o de las piezas de información, por insuficiencia de prueba cuanto al existencia del crimen o su autoría; 3) declarar extinta la punibilidad; o 4) declarar que el hecho imputado no es definido como crimen”.

La Ley federal 4.898, de 9.12.1965, pasó a regular el derecho de representación y el proceso de responsabilidad administrativa, civil y penal, en los casos de *abuso de autoridad*. Ese nuevo diploma legal creó, así, un sistema especial de atribución de responsabilidad de los servidores, facultando a la víctima promover la acción civil, antes aún de la condenación de la Hacienda Pública por el daño causado por su agente (art. 9º). No se trata, pues, de acción regresiva, pero de acción directa del ofendido contra la autoridad que lo lesionó por abuso de poder.

Para la atribución de responsabilidad civil de los servidores, por perjuicios causados a la Administración Pública hay en el momento, por lo tanto, dos leyes especiales sobre la materia: la Ley 4.619, de 20.4.1965 y la Ley 4.898, de 9.12.1965.

La Ley 4.619/65 apenas difiere a los Procuradores de la República la competencia para proponer la acción regresiva contra los servidores declarados culpados por haber causado a terceros lesiones de derecho que la Hacienda Nacional sea condenada judicialmente a reparar (art. 1º). Se trata, pues, de un procedimiento que sólo alcanza los servidores de la Unión.

En relación a la Ley 4.898/65, su alcance es mayor, pues, confiere legitimidad a las víctimas para actuaren contra sus ofensores, sean ellos agentes federales, provinciales o municipales, y permite que la atribución de responsabilidad individual antecede a la condenación de la Hacienda Pública. No se trata, por lo tanto, de *acción regresiva*, pero sí de *acción autónoma* e no depende del procedimiento judicial contra la Administración (v. Cap.

14.1. Responsabilidad civil directa del Juez o Magistrado.

En los términos de lo que prevé el artículo 116-1 del Código Penal Español, la persona criminalmente responsable por un delito responderá por la reparación del daño y por la indemnización de los perjuicios materiales y morales de manera directa: “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre si por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno” (artículo 116-2 del Código Penal).

14.2. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado

En lo que dice sobre el tema, resulta aplicable el artículo 121 del Código Penal Español: “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo , y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en

el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

15. CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO E INAPLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL

15.1. Responsabilidad civil en el Código de Defensa del Consumidor

Pasaremos al estudio del Código de Defensa del Consumidor. Este comprenderá referida legislación en si misma, pero, antes de nada, traerá una visión innovadora sobre su surgimiento, alejándose de la ya “batida” idea de que habría surgido de la necesidad pura emergente del contexto social.

Vamos desenmascarar y desengañar esta equivocada idea, en un análisis verdadero de los elementos extranjeros y verdaderamente determinantes del surgimiento del Código Consumerista, en los moldes en que tal efectivamente vino a suceder.

15.2. Origen material del Código Consumerista Brasileño en Legislación del Mercado Común Europeo

El Código de Defensa del Consumidor Brasileño, Ley 8.078, de 11 de setiembre de 1990, en que pese no hacer referencia en su texto, tampoco consta explícitamente de su exposición de motivos, tuvo como fuente inspiradora la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentares y administrativas de los Estados-Miembros en materia de responsabilidad derivada de los productos defectuosos.

De inicio, podríamos estar equivocados con la idea de que no está corrompida de veracidad la afirmativa atinente al hecho de que el Código de Defensa del Consumidor Brasileño es fruto de estudio de la Directiva en cuestión. El equívoco costumbra tener como fuente la premisa de que el Código Brasileño Consumerista es una ley más abarcadora, que trata no apenas de la responsabilidad derivada de productos defectuosos, como ocurre con la Directiva, pero si de toda una relación de consumo donde están insertos los servicios prestados generadores de derecho a ser indemnizado por el motivo de no ocurrir como contratado, como propagandeado, o simplemente por lesionar el consumidor.

Sin embargo, atentando con la debida cautela a los matices de cada una de estas legislaciones, se extrae la certeza de que el norte creador del Código de Defensa del Consumidor es, sin sombra de dudas, la Directiva 85/374/CEE.

El estudio profundizado del tema hace percibir que la Directiva trae en su interior toda la carga material que vino a guiar la elaboración del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. Los principios inculpidos en la Directiva fueron reproducidos de forma obvia en la legislación brasileña. Algunos de forma clara, transparente y cristalina, otros de forma que buscaba dificultar que fueran percibidos. Sin embargo, la máscara no resiste y cae, cuando iniciado el estudio, desde luego va a

ser verificado que todos los “considerandos” de la Directiva dieron margen al nacimiento sistemático de, punto a punto, cada uno de los capítulos del Código de Defensa del Consumidor. Aún más sacramentada está esta idea cuando se verifica que la Directiva tipifica que la protección del consumidor exige que todos los participantes en el proceso sean responsabilizados si el producto acabado, la materia prima o el componente por ellos proveído presentan cualquier defecto. Y es que en esta hipótesis reside la base más sólida y real del Código Consumerista. Vale decir: la Directiva 85/374/CEE enuncia y proclama la dirección a ser seguida por el CDC Brasileño y este, indudablemente, sigue el norte que le es mostrado, en un acto de inspiración orientada, copia, si no plagio del trabajo de otro.

15.3. El espíritu de ambas legislaciones

Buscan, el Código de Defensa del Consumidor y la Directiva 85/374/CEE, la atribución de responsabilidad de quien produce las consecuencias dañosas resultantes de la calidad defectuosa de sus productos, por el motivo de restar forjada la competición por la disparidad, por estorbar gravando la circulación libre de los productos.

Atentan, ambas legislaciones, para el hecho de que solamente responsabilizando, aunque por actuar no culposo del productor, es el medio único y principal de resolver cuestiones atinente al deber de indemnizar, que se tornó como que característico de nuestra época, a través de una atribución de los peligros propios a la línea de producción. En la Directiva, ya en 1985, estaba cogentemente tipificada la idea de que la atribución de responsabilidad solamente podría ser atribuida en lo que dijera respecto a los bienes móviles fabricados, por así decir, con la exclusión de los productos agrícolas y que dijera respecto a la caza, exceptuándose las situaciones en que hubieran pasado por una efectiva industrialización y que esta sí fuera la verdadera generadora de defecto en el producto final llevado a quien consume como destinatario final. Por cierto, la Directiva también estatuyó sobre los bienes móviles insertos en el fabrico de inamovibles o, aún, cuando los móviles estuvieran como que

incorporados a los inamovibles, en las situaciones, evidentemente, donde tal sea posible, dada la naturaleza de los bienes.

En lo pertinente, específicamente, a daños causados por muerte o por lesión corporal, y lo que se debe indemnizar en razón de lesiones corporales, sin olvidar la indemnización en virtud de daños patrimoniales, ambas legislaciones en debate protegen a los consumidores. Ahora bien, la Directiva Europea fue vanguardista en disponer en el sentido de que el deterioro de ciertos productos, con el pasar del tiempo – año, meses, semanas, días o aún horas, dependiendo de la naturaleza del bien de la vida en cuestión – regla una necesidad de que no pueda ser ilimitada en el tiempo la responsabilidad del fabricante de un producto, debiendo desaparecer después de un cierto, determinado y razonable plazo que habrá de estar previsto en la legislación pertinente.

15.4. De la casuística atinente al origen material del Código de Defensa del Consumidor Brasileño

El artículo primero de la Directiva 85/374/CEE establece que el productor es responsable por daño causado por un defecto de su producto.

De otro lado, el artículo 12 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño estatuye que:

“Art. 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

§ 1º El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él legítimamente se espera, llevándose en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales:

I - su presentación;

II - el uso y los riesgos que razonablemente de él se esperan;

III - la época en que fue colocado en circulación.

§ 2º El producto no es considerado defectuoso por el hecho de otro de mejor calidad haber sido colocado en el mercado.

§ 3º El fabricante, el constructor, el productor o importador sólo no será responsabilizado cuando probar:

I - que no colocó el producto en el mercado;

II - que, aunque haya colocado el producto en el mercado, el defecto no existe;

III - la culpa exclusiva del consumidor o de tercero.”

Como se puede verificar, mientras la Directiva trata apenas de la cuestión del productor, en este su primer artículo, en el artículo 12 el Código de Protección y Defensa del Consumidor se refiere explícitamente al productor y al constructor, nacional o extranjero y al importador. Pero aún, ambos están a tipificar la atribución de responsabilidad de estos nominados. Importante es el hecho de que el Código Consumerista ya parte, desde luego, para la definición de las cuestiones atinentes a la naturaleza de la atribución de responsabilidad al mencionar que “*responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, bienes como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos*”.

Imperativo, es pues, que se registre la crítica, por más constructiva que sea. Mientras la Directiva establece las cuestiones pertinentes a situaciones donde varias personas vengan a ser responsables por los daños, mismos daños, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de derecho nacional, el Código del Consumidor Brasileño prevé situación análoga en el caput del artículo 12. Lo que resalta es la falta de objetividad de la Ley Brasileña que, en verdadero plagio, no refiere el término “solidaridad”, faltando con la seriedad que le habría de adjetivar. La expresión en pantalla no consta explícitamente del texto, motivo por el cual, en que pese estar presente su efecto, genera exasperadas e inútiles discusiones. Fácil

hubiera sido admitir el origen de la idea y mencionar que en estas hipótesis la atribución de responsabilidad será solidaria.

Inseparable el examen de la cuestión atinente a responsabilidad por vicio del producto o servicio prevista en la Sección III, artículo 18 del Código Consumerista Brasileño, “in verbis”:

“Art. 18. Los proveedores de productos de consumo durables o no durables responden solidariamente por los vicios de cualidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados al consumo a que se destinan o les disminuyan el valor, así como por aquellos derivados de la disparidad, con las indicaciones constantes del recipiente, del envase, rotulado o mensaje publicitaria, respetadas las variaciones recurrentes de su naturaleza, pudiendo el consumidor exigir la sustitución de las partes viciadas. § 1º No siendo el vicio sanado en el plazo máximo de treinta días, puede el consumidor exigir, alternativamente y a su elección: I - la sustitución del producto por otro de la misma especie, en perfectas condiciones de uso; II - la restitución inmediata de la cuantía pagada, económicamente actualizada, sin perjuicio de eventuales pérdidas y daños; III - el descuento proporcional del precio. § 2º Podrán las partes acordar la reducción o ampliación del plazo previsto en el párrafo anterior, no pudiendo ser inferior a siete ni superior a ciento ochenta días. En los contratos de adhesión, la cláusula de plazo deberá ser acordada en separado, por medio de manifestación expresa del consumidor. § 3º El consumidor podrá hacer uso inmediato de las alternativas del § 1º de este artículo siempre que, en razón de la extensión del vicio, la sustitución de las partes viciadas pueda comprometer la calidad o características del producto, disminuirle el valor o tratarse de producto esencial. § 4º Habiendo el consumidor optado por la alternativa del inciso I del § 1º de este artículo, y no siendo posible la sustitución del bien, podrá haber sustitución por otro de especie, marca o modelo diversos, mediante complementación o restitución de eventual diferencia de precio, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos II y III del § 1º de este artículo. § 5º En el caso de proveer productos in natura, será responsable ante el consumidor el proveedor inmediato, excepto cuando identificado claramente su productor. § 6º Son impropios al uso y consumo: I - los productos cuyos plazos de validez estén vencidos; II - los productos deteriorados, alterados, adulterados, averiados, falsificados, corrompidos, defraudados, nocivos a la vida o a la salud, peligrosos o, aún, aquellos en desacuerdo con las normas reglamentares de fabricación, distribución o presentación; III - los productos que, por cualquier motivo, se revelen inadecuados al fin a que se destinan.”

El Legislador Patrio no fue feliz al referir productos de consumo durables o no

durables y explicitar que los proveedores de estos responderían solidariamente por los vicios de calidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados. Evidentemente que tal ya se venía extrayendo de otras partes del texto de la Ley 8.078 del año de 1990. Cuando el texto de ley trae en su interior los principios orientadores de la relación consumerista, no se puede admitir que cuestiones sean repetidas a lo largo de la tipificación positivada, en un verdadero laberinto de leyes que solamente hace confundir y dificultar la exégesis judicial de todo y cualquier operador del derecho.

La misma falta de técnica legislativa vuelve a repetirse en el artículo 19 del Código del Consumidor:

“Art. 19. Los proveedores responden solidariamente por los vicios de cantidad del producto siempre que, respetadas las variaciones derivadas de su naturaleza, su contenido líquido sea inferior a las indicaciones constantes del recipiente, del envase, rotulado o de mensaje publicitaria, pudiendo el consumidor exigir, alternativamente y a su elección:

I - el descuento proporcional del precio;

II - complementación del peso o medida;

III - la sustitución del producto por otro de la misma especie, marca o modelo, sin los aludidos vicios;

IV - la restitución inmediata de la cuantía pagada, económicamente actualizada, sin perjuicio de eventuales pérdidas y daños.

§ 1° Se aplica a este artículo lo dispuesto en el § 4° del artículo anterior.

§ 2° El proveedor inmediato será responsable”

Ahora bien, como ya se ha dicho, es más que evidente que la solidaridad es marca patente y registrada de estas relaciones consumeristas, donde el productor o prestador del servicio no podrá eximirse de la obligación de indemnizar, bajo la alegación de que otro, coproductor o coprestador del servicio corrompido de defecto es que tendrá que soportar tal gravamen. Así, la única conclusión a que se puede llegar es que la copia de la Directiva Europea dejó a desear en términos técnicos jurídicos como no podría dejar de ser.

Lo que se espera es que tal postura sea abandonada por el legislador patrio que deberá tener más cautela bajo pena de ferir irreparablemente derechos de la colectividad.

15.5. Inviabilidad de aplicarse el CDD a la actividad jurisdiccional

Como arriba se ha estudiado y analizado, desde el origen del Código de Defensa del Consumidor Brasileño (Ley n° 8.078, de 1990), en Europa (“Directiva” 85/374/Comunidad Europea), jamás el Legislador tuvo en mente la idea de que podría ser, de cualquier forma, viable entender que la naturaleza de las relaciones consumeristas podrían estar relacionadas a la actividad del Poder Judicial mientras prestador de Justicia a todos los jurisdicionados.

De todo lo expuesto, emerge con mucha clareza la idea de que la relación de consumo, dada su esencia, no guarda cualquier punto de contacto con el ejercicio, por el Estado, de distribuidor de Justicia. El Poder Judicial integra de forma disociable el Estado Democrático de Derecho como uno de sus pilares. Junto con los Poderes Legislativo y Ejecutivo permite al ser humano la vida en sociedad organizada y pacífica, permitiendo su desarrollo tecnológico, religioso, social y cultural.

La distribución de Justicia emana del Poder Estatal y como tal no ocurre en favor o desfavor de una persona que pueda ser identificada como consumidor en el sentido correcto de la expresión. Al prestar Justicia el Estado, por medio de los órganos judiciales, en todas las instancias, en todo el territorio nacional, cualquiera que sea la nación, realiza una actividad necesaria al ser humano en su esencia. La ausencia del sentimiento de Justicia y la falta de credibilidad a recaer sobre esta institución tornarían inviable la vida en grupo de nuestra especie. Así, el primer punto que tiene que ser destacado en el sentido de que no hay, ni de lejos, cualquier vínculo

con actividad consumerista, está justamente en la esencia de la actividad prestadora de distribución de Justicia.

Un segundo fundamento a ser puesto en destaque se refiere al hecho de que una relación de consumo importa, necesariamente, en un intercambio de lícitos y espontáneos intereses de los envueltos en la relación, de parte a parte. En que pese la posibilidad – realidad – experimentada por el jurisdiccional, que viene a socorrerse del Poder Judicial de manera espontánea, no podemos olvidarnos de la posición de aquel que vaya a ocupar el polo opuesto de la relación jurídico procesal. Este, estará esperando por un servicio que jamás buscó. Ambos, demandante y demandado, estarán sujetos y obligados con relación al resultado de la prestación jurisdiccional independientemente de lo que venga a ser establecido como solución para el conflicto de intereses calificado por la pretensión resistida que llevó el autor a buscar el Poder Judicial.

La actividad jurisdiccional no puede jamás ser confundida con un acto de comercio. Su esencia dista un océano de distancia del cerne de lo que se convierte en una alienación de bien o prestación de servicios. El jurisdiccional no puede ser siquiera comparado a un consumidor. Este, diferentemente de aquel, procura por una contraprestación haciendo o pagando el precio con parcela de su patrimonio. Tiene derecho a que la otra parte contratante, que también adhirió libremente al negocio jurídico, realice los actos que le compitan y emanen como obligación de lo pactado. Recibe aquello que buscó o podrá pleitear la protección del Estado por la aplicación del Código de Defensa del Consumidor.

Por medio del Estado es distribuida Justicia. Aplicada la legislación constitucional e infraconstitucional en toda relación humana que de esta necesite. Nada hay para ser consumidor y la actividad está por encima de los intereses individuales, estos son despreciados, no raramente, ante la necesidad de prevalecer el bien común. La Justicia es impuesta, aunque para tanto el ciudadano tenga que buscar

su aplicación. La relación entre Estado prestador de Justicia y el jurisdicionado no parte de una igualdad de derechos entre estos. Parte, esto sí, de la desigualdad más absoluta donde lo particular tiene que someterse a los dictámenes judiciales. La equidad deseada por el prestador de jurisdicción dice respecto la aplicación de normas editadas por el Poder Legislativo – representante de la voluntad del pueblo – para hacer justicia en el caso concreto puesto en juicio. Solamente se va a hablar en igualdad entre las partes que litigan ante el Poder Judicial., no estando este último en situación de igualdad con el ciudadano. Está por encima de cualquier persona física, jurídica, privada o pública, para que impere el bien común y haya la tan buscada paz social, emergente del sentimiento de que vivimos en una sociedad justa.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ EN LA PRESTACIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA PENAL

16. PRISIÓN DEL DETENTO POR MÁS TIEMPO QUE EL PREVISTO EN SU CONDENA

La hipótesis del preso que permanece internado, aún después de ya haber cumplido integralmente su pena privativa de libertad, debe ser analizada en este tópico. Esta cuestión no guarda relación directa con el juicio del mérito de demanda civil o criminal. La actividad jurisdiccional propiamente dicha no está presente.

La prisión indebida del condenado que “ya pagó por su error ante la sociedad”, puede ocurrir por una serie de factores. Su permanencia en la cárcel tal vez tenga como motivo determinante por el error en la actividad del administrador de la entidad donde está encarcelado. Debido a la superpoblación de las cárceles brasileñas, no es raro, por más grave que sea este hecho, que los condenados continúen presos aún después de ya haber cumplido integralmente sus penas. Las condiciones subhumanas a que son sometidos los presos, en Brasil, permiten la ocurrencia de errores graves de esta especie. Hay situaciones en que, aún habiendo sido expedido el permiso de libertad, el desorden del sistema carcelario es tanto, que no es posible cumplir la determinación judicial contenida en el documento en discusión.

Los administradores de las cárceles, por incompetencia – rara – o por absoluta falta de recursos – común – no consiguen administrar mínimamente bien los establecimientos. Sus esfuerzos son dirigidos para la solución de las cuestiones más urgentes, como la salud de los condenados, la alimentación y la higiene de estos, siendo la seguridad también un problema gravísimo a ser enfrentado por los agentes penitenciarios. En este caso nos estamos refiriendo tanto a la seguridad que tiene la función de evitar la fuga del preso, como la seguridad que protege la integridad física de este. En nuestros días, se formaron verdaderas facciones criminales dentro de las cárceles brasileñas, dirigiendo la vida dentro de las rejas, dictando reglas y penalizando, aún con la muerte, quien no sigue lo que fue estipulado.

La superpoblación es algo inimaginable. No se trata de separar algunas personas más allá de los límites del presidio, pero lo que no puede hacerse es que en el mismo espacio, millares de personas, convivan más allá de la capacidad máxima para que fue planeado el establecimiento. Resultado de esto es una forma degradante de vida. Criminales de toda especie se interrelacionan y, más que todo, aprenden y enseñan el arte del crimen. Muy lejos de atender al objetivo resocializante para que fueron creados, los presidios se transformaron en universidades del crimen.

Es en este panorama de pura miseria humana que, incontables veces, el preso permanece internado por falla del sistema penitenciario. ¿Se trata de error? No hay duda. Constituye error grave que tiene que generar el deber de indemnizar del Estado, siendo la indemnización cuantificada en un nivel bastante elevado. No se puede olvidar que en razón de este error alguien vivió, por más tiempo que fue condenado, en un ambiente verdaderamente animalesco.

Otro de los motivos por el que se puede ocasionar la prisión del condenado, por más tiempo que constó en su condena, es el error atribuible al Poder Judicial. El PEC, proceso de ejecución criminal, tiene que ser conducido de modo que el apenado cumpla en la íntegra la sanción que le fue impuesta. Por otro lado, debe ser llevado de tal forma que el preso no esté, ni un día siquiera, preso indebidamente. La actividad judicial, al impulsar el proceso de ejecución criminal, tiene que ocurrir con la debida cautela, debiendo siempre tenerse en mente que la libertad de seres humanos está en juego.

La actividad del juez, errando en la determinación de la pena, de la cual resulta el montante de la pena cumplida y por cumplir, dará ocasión a una injusticia. Esta injusticia podrá transformarse en la libertad prematura de quien aún no cumplió toda su condena, pudiendo, también, generar el mantenimiento del condenado, en la prisión, por más tiempo de lo que debería.

Esta segunda hipótesis deberá ocasionar el deber de indemnizar del Estado. El Ente Público tiene el deber de recomponer el perjuicio causado al condenado. La acción de indemnización es el camino correcto para conmover y forzar al Administrador al pago del valor al lesionado. En los términos de lo que ya fue puesto, en esta grave hipótesis de una persona estar internada por más tiempo de lo que está previsto en el acto decisorio que lo condenó, la indemnización tiene que ser fijada en montante bastante elevado. Es que el sufrimiento impuesto, considerando el panorama de nuestro actual sistema carcelario, es verdaderamente absurdo.

No se puede olvidar la cuestión de la sobrecarga del Poder Judicial en razón de la carga de servicio reconocida como “invencible” por los jueces. Este elemento no puede ser retirado de la ecuación, de ahí que, en muchas ocasiones, es lo que irá a determinar una decisión equivocada. En la segunda parte del inciso LXXV del artículo 5° de la Constitución Federal de Brasil, genera el deber de indemnizar del Estado, desinteresando el hecho ocasionador del error.

17. LA PRISIÓN PREVENTIVA

17.1. Conceptuación

En el Derecho Español, un caso especial de la caracterización del error judicial es justamente que una persona, de manera indebida, haya sido sometida a una prisión preventiva. Por esta razón, se reconoce el derecho a una indemnización del afectado.

En este sistema legal Español, son requisitos indispensables para que surja tal derecho que el interesado haya sido absuelto por inexistencia del hecho imputado, o que, por esta misma causa, haya sido concedida libertad provisoria, desde que, obviamente, haya sido alegado que el ciudadano que fue preso sufrió perjuicios (artículo 294).

La acogida por el Estado de la responsabilidad civil derivada de prisión preventiva injusta fue más lenta que la responsabilidad derivada de error judicial. Los argumentos utilizados se prendían esencialmente con razones de tipo económico, ya que el perjuicio verificado es entendido como menor y temporal, para más allá de hacer parte del propio proceso de investigación.

La prisión preventiva es, de forma superficial, un acto lícito provincial⁵⁸⁴,

584

Sobre este propósito leerse ARTURO ROCCO, *Opere Giuridiche*, Volumen Secondo, *cit.*, p. 544 a 550 y del

emanado de un órgano jurisdiccional, bajo requerimiento o no del MP, 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 de la 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.

En otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en Portugal, la prisión preventiva esta constitucionalmente protegida en el Art.º 28 de su Constitución, se trata, como la propia expresión inculca, de la prisión efectuada para prevenir que el presumible autor de una conducta criminosa se escape de la justicia o la dificulte.

Llegados aquí, y transcribiendo el entendimiento desarrollado por el Profesor GOMES CANOTILHO⁵⁸⁵, tenemos dos opciones a elegir: o la decisión judicial que determina la lesión asume un cariz definitivo y, en esta hipótesis el ofendido podrá siempre interponer la acción especial a que alude el art.º 1083 del CPC Portugués de 1995 o un proceso de revisión criminal (Art.º 29, n.º 5 de la CRP, Portugal) de modo a obtener un resarcimiento por daños emergentes de un acto substancialmente jurisdiccional, o la decisión no es definitiva, pudiendo el lesionado interponer el correspondiente recurso. Concordamos con este autor. Sobre la prisión preventiva⁵⁸⁶

mismo autor (y la misma obra en separado), *La riparazione alie vitime degli errore guidiziari*, Napoli, Casa Editrice Cav. Nicola Maggiore, 1906, 245 a 250.

585

GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, cit., p. 226.

586

Sobre el régimen de la prisión preventiva en general es extensa la bibliografía. Tenemos, entre otros, los esclarecimientos tejidos por GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, cit, p. 243 a 248, JOSÉ PIMENTA, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 501 a 535, ALLEN GOMES, *liberdade provisória e prisão preventiva sem culpa formada (Breves Notas)*, Lisboa, 1973, JOSÉ RODRIGUES DOS SANTOS, *Prisão preventiva e o seu regime legal*, Rei dos Livros, EDUARDO CORREIA, *La détention avant jugement*, Centro de

mucho ya fue dicho y más aún quedó por decir.

17.2. Particularidades

En España, la cantidad a indemnizar se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

En el Sistema Legal Español, la verificación del presupuesto de que hubo funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, cuya tramitación remite

Direito Comparado da faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1971, FRANCISCO FERNANDES, *A prisão preventiva*, Coimbra, F. França Amado Editor, Coimbra, 1896. En lo que trata de las condiciones de aplicación y ejecución de la prisión preventiva a la luz de los derechos fundamentales se sugiere la lectura de la compilación de la Conferencia realizada en Macau, de 21 a 24 de Octubre de 1994, de los *Actes desjournées de la FIPP à Macau, subordinado al tema Lês Conditions d'application et Exécution de la Détention Préventive à la Lumière des Droits Fondamentaux*, Bajo la dirección de CUNHA RODRIGUES, Fondation internationale pénale et pénitenciaire, Abril 1995. Específicamente en relación a la tramitación procesal a seguir consultarse DAVID BORGES DE PINHO, *Da ação Penal e a sua tramitação processual*, Barbosa e Xavier Limitada Editores, Braga, 1977, p.19 a 26.

En España vid SILVIA BARONA VILAR, *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, 1988, principalmente p. 142A 150 donde la autora cita los regímenes jurídicos actuales relativos a la indemnización derivada de prisión provisional ilegal de Francia, Austria, Alemania, y España, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal Lectura constitucional*, librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 265 a 316, refiriéndose a las *medidas cautelares en el proceso penal* nombradamente, *restricciones de la libertad y proceso penal, la libertad provisional, la detención, la prisión provisional, estatuto jurídico de detenidos y presos, privación provisional del permiso de conducir y medidas cautelares de contenido patrimonial*, VICENTE GIMENO SENDRA, *El proceso de "Habeas Corpus"*, Temas clave de la Constitución Española, Editota Tecnos, Madrid, 1985, p. 15 a 40, y JOSÉ ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1984, p. 39 a 41 se refiere a las limitaciones y recursos contra esa medida.

Sobre la bibliografía más antigua, en Italia, consultarse POMPEO PEZZANTINI, *La custodia preventiva*, Milano Dott. A Giuffrè - Editore, 1954. principalmente p. 247 a 279 (sobre *gli errori giudiziari e la responsabilità dello stato* y p. 268 y siguientes, sobre la responsabilidad civil del sentenciador que haya actuado con dolo al abrigo de lo preceptuado en los Artículos 55 y 56 del CPC italiano). En Francia JEAN BORNECQUE, *La détention préventive et le Décret-Loi du 18 Novembre 1939*, Maurice Lavergne Imprimeur, Paris, 1942, ANDRÉ LAPEYRE, *La détention Préventive et la liberté Provisoire au cours du Procès Penal*, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1936, FRANÇOIS LUCHAIRE y GÉRARD CONAC, *La Constitution de la republique française*, Economica, 1987, p. 1171 a 1173, en relación al Art.º 66 de la Constitución francesa de 1958 que reza de la siguiente manera: "*Article 66 - Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.*" Destacarse que el proceso "*prise a partie*" francés, ya aludido, instaurado contra el juzgador prevaricador, seguía, en 1936, el régimen constante en los Artículos 505 y siguientes del CPC francés, alterado por la ley de 7 de Febrero de 1933 (específicamente sobre la responsabilidad civil del juez vid p. 163 a 167). En Bélgica, ACHILLE MARECHAL, *Manuel Pratique de la détention préventive*, Extrait des Nouvelles" procédure pénale", maison Ferdinand Larquier (SÁ), Bruxelles, 1947, p. 9 a 57.

Sobre la responsabilidad derivada de la detención ilegal en el ámbito de la Constitución Portuguesa de 1933 vid FRANCISCO SALGADO ZENHA, *A Constituição, o Juiz e a liberdade Individual*, Comunicación hecha en la sesión del Instituto de la Conferencia en 13 de Abril de 1972, Separata de la ROA, Lisboa, 1973, p. 19 a 26, ELIANA GERSÃO, *A detenção antes do julgamento em Portugal, Separata da RDES*, Año XVII, números 2, 3 y 4, Informe nacional al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 29 de Agosto - 5 de Setiembre de 1970), Coimbra, 1971, p. 36 a 39. En relación a la detención totó *court* vid JOSÉ MANSO-PRETO, *Regime legal da detenção (conteniendo la legislación aplicable, actualizada y anotada)*, Coimbra Editora, limitada, 1963. En España JOSÉ ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1984, p. 52 a 56 nos da las condiciones legales de las detenciones, y la responsabilidad derivada de las detenciones ilegales e indebidas y respecto del *habeas corpus*.

a la Ley, aludiendo que la decisión judicial previa debe contener error, es de fácil constatación. Los requisitos que permiten el derecho a la indemnización, en esta hipótesis en que alguien fue preso indebidamente y que, inicialmente, parecía estar justificada la prisión, emergen evidentes. Aún así, para poder hablar de responsabilidad del Estado, por acto practicado por un juez, por los perjuicios derivados de prisión preventiva, se levantan dos importantes interrogantes⁵⁸⁷. La primera pasa por averiguar si hubo un sacrificio especial y grave derivado de la aplicación de esa medida de coacción. La segunda se prende con la cuestión de fondo que es saber hasta que punto se puede aceptar una respuesta positiva al problema ahora levantado. Ciertamente es que difícilmente podremos concordar con los juicios analizados por PAUL DUEZ⁵⁸⁸ cuando asevera, para justificar el deber de reparación de la entidad estatal, que todos aquellos que pasan por las manos del judiciario después de haber sido retenidos durante más o menos tiempo, no son siempre modelos de honor y de virtud. No es igualmente correcto decirse que todos los casos de prisión preventiva constituyen siempre un sacrificio especial y grave, hasta porque la gran mayoría de los casos la prisión preventiva acaba por venir a cumplir las finalidades que la ley preveía.

17.3. Recurso y Característica del Daño

El hecho de que un recurso sea admitido no determina, en el sistema legal Español, por sí propio, la viabilidad de la reclamación, alegándose error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia. De hecho, la mera modificación de una decisión por el segundo grado de jurisdicción o mismo la

587

Estas dudas fueron colocadas por GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, cit., p. 9 y 220.

588

DUEZ, PAUL, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Librairie Dalloz, Paris, 1927, p. 150.

desconstitución de un “decisum” no presupone, por sí sólo, derecho de la parte a una indemnización (artículo 292.3).

En todas las situaciones, el daño alegado deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Lo mismo se dice a propósito de la detención, si bien a menor escala.

Los daños derivados de una prisión preventiva injusta podrán ser de enormes cantidades y de difícil estipulación⁵⁸⁹. A comenzar por la indudable privación, aunque meramente provisoria, de la libertad, la condena de ahí recurrente, el despojo o amortiguamiento de otros derechos fundamentales, y, aún, la incidencia sobre su inocencia. Frente a estos contornos, muchas son las dudas que nos planteamos. En primer lugar, no parece tener mucho sentido, de acuerdo con toda la reglamentación de la prisión preventiva (que es utilizada, según ciertas opiniones, más veces de lo que las necesarias), el fácil uso por determinados juzgadores de esta providencia. Esto porque son muchas las veces en que el mismo está sustentado en la posibilidad del error de la entidad judicial que lo ordenó. Habiendo, pues, ese presupuesto, constitucionalmente estipulado, no se comprende la razón por la cual ciertos jueces insisten en utilizarla reiteradamente en vez de guardarla para ciertas situaciones que mejor clarificadas se adapten precisamente a lo pretendido en la ley. Sobre la medida de coacción ahora en debate, el substrato de la responsabilidad podrá confundirse, en un primer análisis, con la problemática del error judicial penal. Esto porque las situaciones, perfectamente autónomas entre sí, presentan, de hecho, algunas similitudes. A comenzar por el hecho de estimarse la aplicación de una medida de privación de la libertad a una persona inmaculada y acabar en la circunstancia de, en ambas las situaciones, el perjudicado tener que soportar una pena injustamente. En el seno de esta providencia, que posteriormente no es seguida de una condenación,

589

A propósito de la responsabilidad criminal, disciplinar y civil (interesándonos principalmente esta última vertiente) resultante de privación ilegal o injustificada de la libertad (incluyendo la prisión preventiva) cometida por un juzgador leerse el trabajo fechado de 1971 de EDUARDO CORREIA, *La détention avant jugement*, Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1971, p. 44 a 46, que se refirió a la responsabilidad de los magistrados en Francia, Portugal, Suiza e Israel con base en la responsabilidad por dolo, fraude o culpa grave.

deparamos con una decisión judicial que la decretó, efectuada por el magistrado judicial a quien fue distribuido el proceso, producida sin la correspondiente veste legal.

La forma de resarcimiento civil encontrada por los operadores de Derecho fue en el sentido de reparar esas lesiones que derivaron de ese acto del juzgador. Y esa reparación se traduce en un genuino *derecho subjetivo*⁵⁹⁰ del lesionado, en la vertiente de derecho de crédito. La prisión preventiva tiene su base en la defensa de los intereses de la sociedad. En ese sentido, constituye una forma de esgrimirse contra la criminalidad. Ahora bien, es necesario no olvidar que este instituto ataca directamente a los derechos fundamentales⁵⁹¹ constitucionalmente

590

Alrededor del concepto de *derecho subjetivo* se pronunciaron, entre otros, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil-Parte Geral*, 4a Edição Revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 58 a 80, y CASTRO MENDES, *Direito Civil (Teoria Geral), de harmonia con as lições dadas ao 2º ano jurídico de 1967-1968*, Volumen II, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1968, p. 5 a 70. En el exterior, ELIO A. GALLEGU, *Tradición jurídica y Derecho Subjetivo*, Dykinson, 1a Reimpresión, 1999, A. VON TUHR, *Derecho Civil Teoría General del derecho Civil alemán, Volumen I, traducción de TITO RAVA, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales*, Madrid, 1998, p. 57 a 67, ARTHUR CAVALCANTI, La estructura lógica del Derecho, Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p. 103 a 115. Nos parece una tarea difícil hacer referencia a la existencia de un sólo concepto de derecho subjetivo. Podrá ser encarado como facultad de practicar un acto que no es obligatorio ni prohibido por ley, o puede ser perspectivado teniendo en cuenta ciertas situaciones jurídicas especiales faz a una cosa, podrá encarar aquellas hipótesis en que los deberes de otro son dirigidos a otro individuo (v.g. lo que se pasa relativamente a un derecho de crédito). Las doctrinas clásicas (máxime IHERING), no han abastecido grandes elementos para el esclarecimiento de este instituto, de ahí que las formulaciones presentadas son generalmente vagas y algo imprecisas. Estas dudas no van al punto de sustentar, como lo hace DUGUIT, que los derechos subjetivos no existen. Para un análisis histórico sugerimos la lectura de EDUARDO DÍAZ-OTERO y ENRIQUE OLIVAS, *Metafísica e historicidad en los Derechos Subjetivos*, Dykinson, Madrid, 1997.

591

Sobre la historia de los derechos fundamentales tenemos PECES-BARBA MARTINEZ y FERNANDEZ GARCIA, *Historia de los derechos fundamentales, Transito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las casas, Tomo I, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998, GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ, *Transito a la modernidad y Derechos Humanos*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982. Se amonesta la lectura de JORGE MIRANDA, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo IV, *cit.* y, del mismo autor, *El régimen de los derechos libertades y garantías, Estudios sobre la Constitución*, Volumen III, p. 41 a 102, y JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina. Coimbra, 1987. Específicamente, sobre la protección de los derechos del hombre en el proceso penal se profundizó JORGE FIGUEIREDO DIAS, *La protection des droits de L'Homme dans la procedure penale portugaise*, *BMJ*, 291, p. 163 a 191. En Brasil tenemos MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos fundamentais*, Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, 1999, ALMIR DE OLIVEIRA, *Democracia e Direitos Humanos*, Instituto Cultural Santo Tomás de Aquino, 1983. En Estados Unidos verse J.M. MILNE, *Human Rights and Human Diversity. En la Essay in the Philosophy of Human Rights*, State University of New York Press, New York, 1986, HAMILTON DE MORAES E BARROS, *A proteção jurisdiccional dos Direitos Humanos no Direito positivo Brasileiro*, *Revista de Informação Legislativa*, Octubre a Diciembre, Año VIII, Número 32, p. 65 a 82. En Tenerife leerse *Los derechos humanos para las generaciones futuras*, Reunión de expertos Unesco - Equipo Cousteau, La Laguna, Tenerife, 25-26 de Febrero de 1994, Bruylant, Bruxelles. En relación a la Unión Europea y los derechos fundamentales puede verse MARIA LUÍSA DUARTE, *A união europeia e os direitos fundamentais*, *BFD, STVDIA IVRIDICA* 40, Portugal Brasil Año 2000, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, p. 27 a 49, FRÉDÉRIC SUDRE, SABRINA QUELLIEN, NICOLAS RAMBOM, CAROLINE SALVIEJO, *Droit communautaire des*

consagrados en diversos países, tales como el derecho a la libertad personal⁵⁹² y el principio de la presunción de la inocencia⁵⁹³.

El duelo contra las supresiones de libertad arbitrarias es un recuerdo que ya viene de lejos. La obligatoriedad de constreñir cada una de las personas a "*un proceso debido*"⁵⁹⁴ constituye uno de los trazos distintivos de la Magna Carta de João Sem Terra de 21 de Junio de 1215 y de la Petición de Derechos fechada el 7 de Junio de 1628, del Art.º 7 de la DUDH de 1789, de la Constitución Americana de 1787 y de la Declaración de Derechos y Garantías (5ª Aditamento) el *Bill of Rights* de 13 de Febrero de 1689⁵⁹⁵. Curiosamente la reparación por infracción de estas normas, específicamente en Europa, no tiene la correspondiente historia ya que es de

droits fondamentaux, Recueil de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, Droit et Justice 26, Bruylant Bruxelles, 1999, ELISABETH LAMBERT, *Lés effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1999, GÉRARD COHEN-JONATHAN, *Aspects européens de droits fondamentaux, libertés et droits fondamentaux*, 2. eme édition, Monchrestien, Paris, 1999, SÔNIA TEIXEIRA, *A Proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Européia*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998. En lo que toca a la concatenación entre el Derecho Constitucional y los Derechos del Hombre se refirieron varios autores en el segundo Congreso Mundial cuyo tenor de las comunicaciones se encuentran publicadas en una obra de la *Collection Droit Public Positif*, subordinado al tema *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Presses Universitaires D'Aix - Marseille, Paris, 1987. En lo que concierne a la protección internacional de los derechos humanos verse RICARDO GOSALBO BONO, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Volumen I, 1, Enero/Junio, 1997, p. 29 a 68, ANTÔNIO VITORINO, *A proteção constitucional e proteção internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementaridade?*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1993, MARIA LUÍSA DUARTE, *O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos do Homem*, Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, 1991, PEDRO NIKKEN, *La Protección internacional de los Derechos Humanos su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, Primera edición, 1987, A H ROBERTSON, *Human Rights in National & International Law*, Manchester University Press, Oceana Publications, Inc., London, 1968.

592

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en casi todas las Constituciones. A propósito del "*derecho a la libertad y seguridad personales*" verse también FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, 1992, Madrid, p. 236 a 264.

593

Respecto este asunto véase RUI PINHEIRO y ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o processo penal*, 2ª Edição (Revista y actualizada), Rei dos Livros, Lisboa, 1976, p. 120 a 141. Sobre este derecho en España tenemos FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español, cit.*, p. 280 a 282. El principio de la presunción de inocencia y de los derechos de las víctimas fue blanco de una nueva cobertura legal dada por la Ley nº 2000-516, de 15 de Junio de 2000, en Francia. Es íntima la relación entre la prisión preventiva y el derecho a la presunción de la inocencia conforme reflexionan, entre otros, ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em processo penal*, Coimbra Editora, 2000, p. 96 a 100, y 113 a 116, y GERMANO MARQUES DA SILVA, *O Princípio da presunção da inocência*, RMP, *Direitos Fundamentais do cidadão da ley à realidade*, III Congreso del MP de 26, 27 y 28 de Abril, 1990, Cuadernos, 5.p.41a 49.

594

Existente igualmente en España como nos relata FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español, cit.*, p. 282 a 284.

595

ARNOLD HOFFMAN e PETER J. ALBERT, *The Bill of Rights*, United States Capitol Historical Society by the University of Virgínia, 1997, p. 274 a 386.

formación moderna. Para ARTURO ROCCO⁵⁹⁶ el resarcimiento basado en error judicial penal⁵⁹⁷ constituía una concesión equitativa y gratuita del Estado, del género de los beneficios concedidos en aquellas situaciones en que se asisten a las calamidades públicas. La privación de libertad confirmada mediante una decisión judicial surgía como una necesidad natural así como la necesidad del condenado injustamente de soportarla, como si de una fatalidad se tratara. Aunque, es cierto, si afirmamos que difícilmente se podrá extraer el raciocinio de que no existe una conducta mínimamente censurable de la parte de la entidad estatal o del juez, por detrás de toda y cualquier prisión y condenación injusta. Aún así, es igualmente verídico que el perjudicado no podrá (ni deberá), en buen rigor, soportar, él propio, la lesión que no dio lugar. Ya SANTI ROMANO⁵⁹⁸, portador de una concepción diametralmente opuesta, para el cual la tesis de ARTURO ROCCO era fundamentalmente "*paradossale*"⁵⁹⁹. Sostentaba que existía un genuino derecho a la reparación a ser soportado por el Estado en los casos de errores judiciales. Tratándose de una detención ilegal basada en un acto ilícito, esta responsabilidad era observada en la óptica de la responsabilidad derivada de actos ilegales. Para este autor la sentencia condenatoria no configuraría un mero caso fortuito, antes por lo contrario sería un acto imputable a la entidad estatal. La larga doctrina se recuesta en

596

Autor recordado por GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Livraria Almedina, Coimbra, T974, p. 210 y ARTURO ROCCO, *Opere Giuridiche*, Volumen Secondo, Società Editrice dei "Foro italiano", Roma, 1932, p. 536. Para este autor, la p. 396 a 397, "*l'error giudiziario è dovuto a un puro caso fortuito, ed allora non si tratta né di un fatto dello Stato né di un fatto del funzionario...*" o "*l'errore giudiziario è dovuto al dolo o alla colpa (negligenza, imprudenza) del funzionario, e allora si ha sì un atto giuridico, e un atto giuridico illecito, ma non un atto illecito dello Stato, bensì un atto illecito del funzionario*". En Portugal, podían leerse las digresiones formuladas por MARTINHO NOBRE DE MELO, *Teoria Geral da responsabilidade do Estado, Indenizações pelos danos causados no exercício das funções públicas*, Lisboa, Livraria Ferin, MCMXIV, p. 128 a 136.

597

Sobre las varias teorías, principalmente la teoría del contrato social o de la obligación contractual, la teoría de la utilidad pública o de la obligación casi contractual, tesis de la culpa contractual o aquiliana, doctrina de la responsabilidad sin culpa o del riesgo profesional, teoría de la negación de cualquier culpa, tesis de la obligación moral y de la concesión gratuita fundada en la equidad y posición adoptada, que tratan de la naturaleza y fundamento jurídico de la reparación de las víctimas de error judicial, se volcó ARTURO ROCCO, *Opere Giuridiche*, Volumen Secondo, *cit.*, 1932, p. 277 a 437.

598

SANTI ROMANO, *Scritti Minori*, Volumen Secondo, Diritto Administrativo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1950, bajo la designación *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, p. 157 a 169, ARTURO ROCCO, *Opere Giuridiche*, Volumen Secondo, *cit.*, p. 536 a 544, Para un mayor profundizado sobre el error judicial en la perspectiva histórica que nos es dada por ROCCO y SANTI ROMANO leerse igualmente GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, *cit.*, p. 209 a 212.

599

Expresión del autor retirada de ARTURO ROCCO, *Opere Giuridiche*, Volumen Secondo, *cit.*, p. 536.

la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Asegura LUÍS GUILHERME CATARINO⁶⁰⁰ que se traduce en un "*juicio de oportunidad dentro del poder discrecional del juez, en que se pondera el interés en perseguir los culpados, sacrificando de algún modo los particulares ante indicios de una situación aún no claramente definida. La ilegitimidad de la decisión no se quedaría a deber a facto imputable al juez, pero a la inexistencia del deber de soportar aquel particular daño, que se viene a revelar al final.*" En el mismo sentido tenemos GOMES CANOTILHO⁶⁰¹. Según esta teoría el Estado tiene la obligación de resarcir una lesión imputable a sus "*funcionarios*", y el condenado injustamente tiene el correspondiente derecho subjetivo de exigir judicialmente la indemnización fundada en *pérdidas y daños*. Aún así, existirán casos, por lo menos concebibles en términos teóricos, en que tal responsabilidad podría/debería ser asacada al juez autor del facto lesionador.

La compensación visa reparar el constreñimiento soportado por el lesionado en su derecho a la libertad. En Portugal, la ley procesal penal admite el llamado recurso de revisión consagrado en el Art.º 449 del⁶⁰² a 460 del CPP Portugués. Igualmente, vamos a encontrar ese entendimiento espejado en el Ac STJ de 09-07-1997⁶⁰³, según el cual el recurso de revisión penal, como medio extraordinario de una sentencia penal ya transitada en juzgado, presupone que la decisión esté viciada por un error de

600

CATARINO, LUÍS GUILHERME, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, o Erro Judiciário e o Anormal funcionamento*, cit., p. 346.

601

GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, cit., p. 211

602

Art. 449 (Fundamentos de admisibilidad de la revisión): "La revisión de sentencia transitada en juzgado es admisible cuando: a) Una otra sentencia transitada, en juzgado tenga considerado falsos medios de prueba que hayan sido determinantes para la decisión; b) Una otra sentencia transitada en juzgado haya dado como probado crimen cometido por juez o jurado y relacionado con el ejercicio de su función en el proceso; c) Los hechos que sirvieron de fundamento a la condenación sean inconciliables con los datos como probados en otra sentencia y de la oposición resultar graves dudas sobre la justicia de la condenación; d) Se descubren nuevos hechos o medios de prueba que, de por sí o combinados con los que sean apreciados en el proceso, susciten graves dudas sobre la justicia de la condenación."

Según MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado e Comentado, legislação Complementar, 13ª edição, 2002, Almedina, en anotación al Art.º449, p. 886, relativamente a la alinea b) existe una presunción júrís et de jure de que el crimen cometido por juez o jurado, y relacionado con sus funciones en el proceso, influyó la decisión, y de que, por lo tanto, esta fue inicua, por lo que no hay más a averiguar, específicamente si ese crimen tuvo o no influencia en el proceso, admitiéndose la revisión sin más retraso.

603

Ac STJ 09-07-1997: *BMJ*, 469, p. 334 a 343.

facto originado por motivos extraños al proceso. Esta revisión pretende obstar la existencia de resoluciones judiciales inicuas, rectificando errores judiciales, de manera a hacer prevalecer la justicia material bajo la justicia encarada simplemente en una perspectiva formal. Estamos en el ámbito de nuevos hechos o nuevos medios de prueba que no hayan sido apreciados en el proceso de que se recurre que condujo a la condenación y que, no habiendo sido conocidos de la jurisdicción en la fecha del juicio, sean susceptibles de levantar duda sobre la culpabilidad del condenado. Habiendo sentencia absolutoria en este recurso opera lo dispuesto en el Art.º 461 y el lesionado injustamente tiene derecho a la indemnización a que se reporta el Art.º 462 del CPP, Portugal. Es vasta la jurisprudencia sobre este asunto.

17.4. Exclusión del Derecho a la Indemnización

En ningún caso, la Legislación Española permite que la indemnización sea debida cuando el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia tenga por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

En este punto, importa destacar que el Estado, como prestador de Justicia, no puede ser víctima de un actuar corrompido de mala-fe. El ciudadano que actúa de manera inmoral, buscando simular haber sido víctima de la actividad jurisdiccional, no tendrá derecho a ser indemnizado de la disminución patrimonial o privación de derechos que haya experimentado. Si la conducta del jurisdicionado es la que da ocasión al error judicial o al funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia, aunque haya actuado con simple culpa – sin intención de simular – no surgirá el derecho de este ser indemnizado, aunque sea visible el perjuicio por él soportado.

17.5. Derecho de Repetición

El Estado Español responderá, también, por los daños que sean producidos por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los fundamentos del proceso donde sea declarada la falla estatal ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el “Ministerio Fiscal”.

Respecto a la compatibilidad con el ejercicio de acciones por responsabilidad contra jueces y magistrados, debe ser puesto que la reclamación fundada en los presupuestos examinados no obsta la exigencia de responsabilidad civil de los jueces y magistrados por los particulares (artículo 297).

17.6. Prisión preventiva ilegal

Refiriéndonos a la prisión preventiva injustificada o ilegal, hay que decir que el resultado de ambas es en ocasiones diferente.

Las tesis que sustentan el resarcimiento de las lesiones sufridas por la prisión preventiva son hodiernas. Hay que señalar que la concreción de la reparación remonta al período iluminista, donde se asistió a la difusión de la inviolabilidad de los derechos humanos fundamentales, de los cuales resalta luego, en primera línea, el principio de la presunción de la inocencia, y de las doctrinas a propósito de los fines de las penas. En el seno de la CEDH, Portugal, el Art.º 5º párrafo 5º estipula el derecho al resarcimiento en los casos de prisiones o detenciones efectuadas contra sus normas o fuera de las situaciones que la ley consagra⁶⁰⁴, previéndose incluso en su

604

Establece al Art.º 5º, n.º 5 de la CEDH: *"cualquier persona víctima de prisión o detención en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tiene derecho a indemnización."*

Este asunto fue igualmente tratado por IRENEU CABRAL BARRETO, *Notas sobre el derecho a la libertad y a la seguridad, Análisis del Artículo 5" de la Convención Europea de los Derechos del Hombre a la luz de la jurisprudencia de la comisión y del tribunal europeo de los Derechos del Hombre, RPCC, Año 2, Fase. 3, 1992, p. 443 a 475 (especialmente las p. 471 a 472).*

El n.º 2 del Art.º 5 de la CEDH confiere el derecho a una genuina indemnización, por daños morales y materiales, que se exige a las autoridades. Este montante resarcible no se confunde con la reparación pecuniaria prevista en el

Art.º 13 la posibilidad de recurso de la decisión que la determine. Si atentamos, por ejemplo, a las disposiciones relativas al Pacto Internacional fácilmente llegaremos a la conclusión de que su ámbito es bastante más restrictivo. Dicha Convención determina cuales son las circunstancias en que se puede hablar de una verdadera prisión preventiva. Para ello es obligatorio que se asista a una sospecha razonable contra determinado individuo del acometimiento de una conducta criminal, razones fundamentadas para considerar que es obligatorio contribuir de perpetrar otro crimen, o de interceptar su retirada después de la realización del crimen, en relación a las personas contra quien se encuentre a correr un proceso de extradición o evacuación o para impedir su entrada ilegal en el territorio. La acogida de una reglamentación que vise resarcir los casos de injusticia “*forma*” incluye las hipótesis de detención privativa ilegal. Esta norma de la CEDH es directamente aplicable en Portugal. Aunque, nos parece que quiere el n.º 5 del Art.º 27 de la CRP actual que las normas contenidas en los Art.º 225 y 226 del CPP Portugués posean la virtualidad de abarcar todo el régimen legal a propósito de las prisiones preventivas injustificadas o ilegales. Lo mismo no es decir que aquellas normas del CEDH no poseen su lugar propio en nuestro ordenamiento jurídico, más no sea, y entre otras funciones, en términos marcadamente interpretativos.

Actualmente la ley portuguesa admite dos casos de prisión preventiva. El primero se prende con la prisión preventiva derivada de flagrante delito en la esterilla de lo previsto en el Art.º 255 (detención en flagrante delito) y 256 del CPP Portugués (noción de flagrante delito). El segundo es en aquellas hipótesis en que existen pruebas serias de práctica de un crimen doloso grave, según los Artículos 202, 211, 213, 215, 216, y 217, todos del CPP Portugués. Específicamente a propósito de esta providencia, principalmente en lo que atañe esencialmente a sus aspectos formales⁶⁰⁵,

Art.º 50 de la CEDH que permite que el tribunal confiera una compensación razonable siempre que se infrinjan las normas de la Convención. En esta coyuntura deberá el Tribunal determinar una compensación siempre que verifique una violación al derecho a la libertad, y deberá tener en línea de cuenta lo que fue decidido a nivel interno de cada país.

605

Según GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V Edição, *cit.*, Anotación al Art.º 28, punto I, p. 189, los aspectos materiales se depararían en el Art.º 27, n.º 3, alinea a) de la CRP.

tenemos igualmente el cuadro legal derivado del Art.º 28 de la CRP. Este precepto legislativo es, aún, omiso, sobre la entidad competente para efectuar o determinar esa medida de coacción. En relación a las circunstancias de prisión preventiva derivada de flagrante delito, esta deberá ser perpetrada por cualquier autoridad judicial o policial, conforme se estatuye en el Art.º 255, n.º 1, *a*) del CPP Portugués (o, hasta por particulares *cfr.* Art.º 255, 1, *b*), y 3, del CPP). En los restantes casos, la única interpretación posible es que esa medida sea ordenada por un magistrado judicial, sin perjuicio de lo consignado en el Art.º 254 y siguientes de nuestro CPP. Esta medida será sometida, en el plazo máximo de 48 horas, a la apreciación judicial, para restitución a la libertad o imposición de medida de coacción adecuada, debiendo el magistrado judicial conocer de las causas que la determinaron y comunicarlas al detenido preventivamente, interrogarlo y darle la oportunidad de proceder a su defensa. (n.º 1 del Art.º 28 de la CRP). Así siendo, la prisión preventiva derivada, o no, de flagrante delito, precisa siempre ser confirmada por el juzgador en un cortísimo espacio de tiempo de forma a restringir al máximo la ausencia del derecho a la libertad por la fuerza policial. Cabe, de esta forma, al juez juzgar por la pertinencia y necesidad de la prisión preventiva, validándola o sustituyéndola por otra medida que considere más adecuada o, en última instancia, por la liberación del afectado. La prisión preventiva posee naturaleza excepcional en él debiendo ser decretada o mantenida siempre que pueda ser aplicada caución u otra medida más favorable definida en la ley (Art.º 28, n.º 2 de la CRP y Art.º 193, n.º 2 y 202 ambos del CPP Portugués). Infelizmente no ha sido esta la práctica de estos tribunales. En otras palabras, la prisión preventiva no debe ser aplicada siempre que su aplicación se muestre *innecesaria*, o sea, siempre que pueda ser sustituida por una medida más favorable y no observe las exigencias del principio de la *proporcionalidad* (Art.º 193, n.º 1 y 2 del CPP). Además, como esclarece el Art.º 213 del CPP, es imperioso que el magistrado judicial que venga a aplicar esta medida de coacción tenga en línea este requisito de la necesidad y de la proporcionalidad en el momento de la confirmación y durante toda la duración de la prisión preventiva. Que se note que en el Ac RL 04-

11-2004⁶⁰⁶ se decidió que no habiendo circunstancias incidentales que modifiquen las exigencias cautelares es suficiente la referencia a la persistencia del condicionalismo que la impuso. Determina el citado Art.º 213 (Reexamen de los presupuestos de la prisión preventiva): "7 -Durante la ejecución de la prisión preventiva el juez procede oficiosamente, de tres en tres meses, al reexamen de la subsistencia de los presupuestos de aquella, decidiendo si ella es de mantener o debe ser substituida o derogada." Dispone el n.º 3 de la disposición ahora en análisis que la decisión judicial que ordene o mantenga una medida privativa de la libertad debe ser comunicada a pariente o persona de la confianza del detenido indicado por este. Además, reza el n.º 4 del Art.º 28 de la CRP, que la prisión sin culpa formada⁶⁰⁷ está sujeta a los plazos estatuidos en la ley procesal penal portuguesa, en virtud del principio derivado del n.º 2 del Art.º 32 de la CRP⁶⁰⁸, y en armonía con lo determinado en el Art.º 215 del CPP Portugués. Nuestra ley optó claramente por no acoger la categoría de crímenes de prisión preventiva obligatoria, limitándose a enunciar aquellos que, por su especial gravedad o peligrosidad de los respectivos sospechosos o afectados y el respectivo alarme social, presuponen su necesidad.

Según lo preceptuado en nuestro Art.º 8º de la CRP, las reglas constantes de los normas internacionales a propósito de los derechos del Hombre que estipulan la presunción de inocencia del afectado, específicamente la DUDH, la CEDH en su Art.º 6º, n.º 2⁶⁰⁹, y el PIDCP, constituyen una parte del ordenamiento jurídico

606

Ac RL 04-11-2004: *CJ*, 2004, Tomo 5º, p. 128 a 131.

607

Nos dicen GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, *cit.*, Anotación al Art.º 28, punto II, p. 189, que nuestra CRP no nos da una noción de "formación de culpa" o de "culpa formada", cuyo sentido deberá entenderse como el acto por el cual se confirma la sospecha sobre el afectado, a través de un despacho de pronuncia, o equivalente.

608

Una de las vertientes más relevantes del principio de la inocencia pasa exactamente por la extrema e insoslayable necesidad de someter al presunto culpable, detenido preventivamente a la orden de cierto proceso, a un juicio en el más corto período de tiempo posible y de manera a salvaguardar sus más elementales derechos de defensa. El hecho de un proceso prorrogar infinitamente en el tiempo podrá traducir restricciones ilegítimas en los derechos de cualquier argüido así como acabar por vaciar el concepto pre-definido del principio de la presunción de inocencia.

609

Art.º 6º, n.º 2 de la CEDH: "cualquier persona acusada de una infracción se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido legalmente probada." Sobre este principio leerse IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, *cit.*, p. 160 a siguientes.

portugués. En consecuencia de eso, el principio de la presunción de la inocencia⁶¹⁰ se traduce en una regla formalizada, independientemente de consagración constitucional. La presunción de la inocencia hasta la decisión transitada en juzgado se encuentra prevista en el Art.º 11, n.º 1 de la DUDH⁶¹¹, Art.º 14, n.º 2 del PIDCP⁶¹² de 16 de Diciembre de 1966, Art.º 6º, n.º 2 de la CEDH⁶¹³. De manera más actual la CDFUE de 7 de Diciembre de 2000 proclama este principio en su Art.º 48, n.º 1⁶¹⁴. En la Ley Fundamental Portuguesa esta regla⁶¹⁵ está estipulada en el Art.º 32, n.º 2⁶¹⁶. La presunción de inocencia constituye uno de los aspectos más sobresaliente de

610

Sobre este principio, en Portugal y en Brasil, verse SÔNIA BRITO LIMA, *Princípio da presunção da inocência, reflexos sobre o estatuto do arguido no processo penal*, Relatório do curso de Doutorado, Faculdade de Direito de Lisboa, Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, 1996. En España ESTEBAN MESTRE DELGADO, *Desarrollo jurisprudencial del Derecho Constitucional a la presunción de inocencia*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVHL; Fase. III, p. 721 a 746.

611

Art.º 11, n.º 1: "*Toda la persona acusada de un acto delictivo se presume inocente hasta que su culpabilidad quede legalmente probada en el decurso de un proceso público en que todas las garantías necesarias de defensa le sean aseguradas...*"

La DUDH va a buscar su fuerza a lo preceptuado en el Art.º 8º de la CRP y, conforme se retira del Art.º 16, n.º 2 del mismo diploma, es un relevante instrumento para efectos de interpretación e integración de normas jurídicas sobre los derechos fundamentales, dado que el sentido de aquellas normas tienen que ser, como mínimo, compatibles con nuestra Ley Fundamental. Es esta la posición manifestada por ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em processo penal*, *cit.*, p. 69.

612

Art.º 14, n.º 2: "*Cualquier persona acusada de infracción penal es de derecho presumida inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.*" Son igualmente importantes las garantías en el ámbito de cualquier proceso penal establecidas en el n.º 3 a 7 de este Pacto.

613

Es muy extensa la bibliografía alrededor de esta Convención *máxime* JAKUES VELU y RUSEN ERGERC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Extrait du Répertoire pratique du droit belge complément, Tome VII, 1990, Bruylant, Bruxelles, 1990 (sobre el principio de la presunción de inocencia *vid* p. 469 a 482, los derechos mínimos del afectado constantes en la p. 482 a 509, y el derecho a la indemnización en caso de error judicial conforme citado en la p. 520 a 521), ROBERTO FACCHIN, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Institui Internazionale D'Etudes des droits De L'homme 7, Cedam, 1988, KAREL VASAK, *La convention Européenne des Droits de L'homme, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, Tome X*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, p. 20 a 26. Sobre la jurisprudencia del TEDH verse VICENTE BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme*, Sirey Editions, 5. Eme édition, 1996, p. 49 a 52. En Portugal existen igualmente muchos trabajos dedicados a los derechos del Hombre y a la CEDH. Así MÁRIO RAPOSO, *Uma Perspectiva sobre os direitos do Homem*, BMJ, 297, p. 11 a 18.

614

Art.º 48º, n.º 1, de la Carta: *Todo el arguido se presume inocente mientras no haya sido legalmente probada su culpa.*"

615

Respecto el principio de la presunción de la inocencia del afectado puede leerse ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em processo penal*, *At.*, p. 69. Sobre la fase de juicio tenemos RUI PATRÍCIO, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*, AAFDL, Lisboa, 2000. En este sentido, también encontramos la doctrina y jurisprudencia, españolas, v. g. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal Lectura constitucional*, librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 14 a 16, MANUEL JAÉN VALLEJO, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal/Iure. Madrid, 1987, para el cual el principio de la presunción de la inocencia funciona como principio constitucional e "*in dubio pró reo*" como principio general de derecho, JOSÉ LUÍS VASQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del tribunal*, Bosch Casa Editorial SÁ, Barcelona, "1984.

616

Mucho ya se dijo y más aún quedó por decir sobre este principio.

Para mayores desarrollos sobre este precepto verse ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção*

todo el proceso equitativo, cubriendo todo el proceso, dirigiéndose especialmente a los juzgadores, y específicamente a su actitud mental. Cuando el juez decide debe basarse solamente en las pruebas concretas, directas o no, pero debidamente convincentes, y no formular su raciocinio con base en prejuicios o en la convicción no fundamentada de que determinada persona es, a la partida, culpada de haber practicado determinado crimen⁶¹⁷. Como es sabido la sospecha que impende sobre el presunto culpable viene generalmente a tener efectos, reflejos graves y drásticos para el derecho al buen nombre, al honor y consideración, que son, derechos de personalidad⁶¹⁸.

Fuertemente aliado a este principio tenemos el principio del "*In dúbio pró Reo*"⁶¹⁹. Son extensas las decisiones de nuestros tribunales donde se hizo referencia a este indudable sustentáculo de nuestro proceso penal. A este respecto tenemos máxima los Ac STJ 16-03-1994⁶²⁰ y Ac STJ 31-03-1993⁶²¹. La problemática de la duda reaparece en el proceso penal en virtud del magistrado judicial a quien fue confiado la respectiva apreciación en presenciarlos. Así siendo, cumple averiguar la

de inocencia em processo penal, cit., p. 17 a 27, y JOSÉ SOUTO DE MOURA, *A questão da presunção de inocência do argüido*, RMP, Año 11, n.º 42, 1990, p. 31 a 47.

La presunción de la inocencia no impide las autoridades, específicamente judiciales, de, de forma discreta, informar el público sobre la existencia, o no, de averiguaciones penales en curso. Sobre este asunto se volcaron MÁRIO CHARIVÁRIO, *O impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal*, RPCC, Año 7, Fase. 3, 1997, p. 387 a 401 (especialmente p. 392 a 393).

617

A este propósito verse JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Arguido e imputado no processo penal português*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, p. 9.

618

Escusado será referir los efectos nocivos que podrá tener la misma sospecha cuando noticiada por la Comunicación Social. Muchos son los casos en que se hacen procesos de opinión pública contra determinadas personas que las pisotean y destruyen la familia y la imagen de esas personas. Y ese atropellamiento es casi siempre definitivo y irreparable. Por veces, los ofendidos prefieren no recurrir a los tribunales a fin de obtener una indemnización civil pues, por veces, la tutela indemnizatoria no es significativa.

619

Subordinado a este principio *vid* el informe presentado en la disciplina de Direito Processual Penal do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Lisboa (1998/1999) de ANDRESA CORREIA DE SÁ E VASCONCELOS, *O princípio In Dúbio Pró Reo na aplicação jurisprudencial portuguesa*, y CHRISTIANE SILVA, *O princípio In Dúbio Pró Reo e a sua aplicação no processo penal* (1997/1998). En Argentina se pronunció SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *In dúbio pró reo*, Ediciones jurídicas Europa-America, Breviarios de Derecho, 57, Buenos Aires, 1971.

620

Ac STJ 16-03-1994: *CJAc* 577,1994, Tomo 2º, p. 183 a 185. Aquí se determinó en su punto I del sumario: "*El principio "in dúbio pró reo" que establece que, en la decisión de hechos inciertos la duda favorece el argüido, es un principio de prueba que vigora en general cuando la ley, a través de una presunción, no establece lo contrario.*"

621

Ac STJ 31-03-1993: *BMJ*, 425, p. 353 a 359 donde se apreció, de forma aislada, creemos, en el ámbito de la jurisprudencia, que este principio vale tanto para la interpretación del derecho como también para la apreciación de los hechos.

realidad de los hechos frente a la producción de la prueba efectivamente realizada. En este foro es imperiosa la existencia de una infalibilidad, no siendo posible alcanzar tal certeza, y teniendo en cuenta que cualquier magistrado judicial se encuentra impedido de producir una decisión *non liquet*, el principio del "*in dúbio pró reo*" exige que, en la duda, se deba decidir en favor del presunto culpable. Se revela aún manifiestamente difícil profundizar en cual es el concepto riguroso de duda razonable. A este propósito el Ac de la RE 23-03-1993⁶²² valientemente decidió lo siguiente: "*1 - Por "duda" debe entenderse la incertidumbre sobre la realidad de un hecho y por "razonable lo equivalente a "suficiente" "aceptable o "considerable. 2- Así, al decirse que el argüido no logró crear "dudas razonables al juzgador" no puede sino significar que las dudas que el argüido pretendía crear no fueron suficientes ni aceptables y por eso no crearon la incertidumbre sobre la realidad de los hechos y, con ella, la aplicación del principio in dúbio pró reo". En una otra decisión jurisprudencial, en el Ac STJ 28-10-1992⁶²³, encontramos una aproximación a este concepto en un proceso relativo a un crimen de corrupción. En lo que dice respecto a la duda insanable aliada a este principio "*in dúbio pró reo*" se decidió en el Ac STJ 30-05-1996⁶²⁴ que el STJ apenas puede censurar el uso hecho de aquel principio si de la decisión de que se recurre resultar que el tribunal *a quo* llegó a un estado de duda insanable y, ante él, optó por los argumentos desfavorables a la parte recurrente. En relación a que este principio es extraño a la competencia del STJ tenemos el Ac STJ 04-07-1991⁶²⁵ y Ac STJ 16-11-1966⁶²⁶.*

En el ámbito del proceso civil, y según la regla de la prohibición del *non liquet*, habiendo una insuficiencia de la prueba, la situación es valorada según las normas

622

Ac RE 23-03-1993: *BMJ*, 425, p. 646.

623

Ac STJ 28-10-1992: *BMJ*, 420, p. 269 a 288 (específicamente en lo que toca al punto IV del sumario).

624

Ac STJ 30-05-1996: *SM*/457, p. 250 a 262.

625

Ac STJ 04-07-1991: *SM*/409, p. 622 a 632.

626

Ac STJ 16-11-1966: *BMJ*, 16, p. 333 a 339. En anotaciones a este "acórdão" *vid* las decisiones con referencias, a este propósito, en el punto II, p. 338.

jurídicas respectivas a la repartición del gravamen de la prueba, a la luz de lo consignado en el Art.º 342 a 348 del CC Portugués⁶²⁷. En la esfera del proceso penal las cosas suceden de forma necesariamente distinta. Aquí todos los intervinientes procesales, y el MP, deberán emprender sus esfuerzos en el sentido de intentar convencer el tribunal sobre la existencia, o no, de la responsabilidad criminal de determinada persona (*cf.* Art.º 11 del CP Portugués⁶²⁸) o de cierta persona colectiva⁶²⁹ (v.g. tratarse de un crimen contra la economía, en los términos del Art.º 3º del DL n.º 28/84 de 20 de Enero⁶³⁰, tal como sucedió en el Ac RL 14-01-1987⁶³¹). A veces, algunas decisiones juzgan en el sentido de entender que en proceso penal no existe, en buen rigor, cualquier gravamen de la prueba⁶³², cabiendo al magistrado judicial, *ex officio*, indagar y esclarecer el comportamiento, criminoso o no, sujeto a

627

En lo que concierne al derecho de disposición de las partes sobre la materia de hecho del proceso verse las críticas construidas por JAIME GILASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1943.

628

Art.º 11 del CP Portugués (carácter personal de la responsabilidad): "*Salvo disposición en contrario, sólo las personas singulares son susceptibles de responsabilidad criminal.*" Esta regla admite excepciones radicadas en fuertes razones programáticas que amonesten tal opción.

629

Alrededor de las personas colectivas en el CC Portugués verse LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral de Direito Civil*, I, Introdução presupostos da relação jurídica, 3ª Edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 416 a 657, CARLOS MOTA PINTO, *Notas sumárias sobre alguns aspectos da doutrina das pessoas coletivas no CCP de 1966*, RDES, Año XIV, 1967, n.º 1/2, p. 1 a 52. Sobre la responsabilidad criminal de las personas colectivas *vid* MÁRIO PEDRO MEIRELES, *Sanções das (e para as) pessoas coletivas*, RPCC, Año 10, Fase. 4º, p. 511 a 534, FRANCISCO CASTELO BRANCO GALVAO y ANA MARIA CASTELO BRANCO GALVAO, *Direito e Processo Penal (Compilação de Jurisprudência 1953/1980)*, Volumen II, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982, p. 482. En nuestra jurisprudencia leerse aún los Ac STJ 26-06-1974, RT, 93, p. 374 y BMJ, 238, p. 140 a 149, Ac STJ 07-06-1974 y Ac RL de la misma fecha, ambos publicados en el *Boletim* citado, la p. 150 a 159, Ac STJ 03-12-1952: BMJ, 34, p. 262 a 264, Ac STJ 13-12-1967: BMJ, 172, p. 143 a 148. Más recientemente tenemos aún el Ac RC 05-04-2000: CJ, Año XXV, Tomo 2º, p. 60 a 62. En el ámbito internacional consultarse ALBIN ESSE, GUNTER HEINE, BARBARA HUBER, *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, International Colloquium Berlin, May 4-6, 1998, edition iuscrim, 1999, Germany, PIERRE MÉHAIGNERIE, *Lê nouveau Code Penal enjex et perspectives*, Dalloz, 1994, p. 37 a 57.

630

Sobre la revisión de este DL n.º 28/84, de 20 de Enero se pronunció MIGUEL PEDROSAMACHADO, *Temas da legislação Penal especial, Revisão ao Decreto-Lei n.º 28/84*, Edições Cosmos, Direito, Lisboa, 1992, p. 14A25. La redacción actual consta de la Ley n.º 13/2001 de 4 de Junio, Ley n.º 18/2001 de 28 de Noviembre y DLn.º 143/2001 de 26 de Abril.

631

A nivel jurisprudencial atentarse la responsabilidad criminal de las personas colectivas por crímenes contra la economía en el Ac RL 14-01-1987: CJ, Año XII, Tomo 1º, p. 151.

632

Son interesantes las consideraciones tejidas alrededor de este asunto en el Ac STJ 28-10-1992: BMJ, 420, p. 277 y 278 y para allá remitimos. En lo que tange a las pruebas en nuestro derecho procesal penal consultarse EDUARDO CORREIA, *Les preuves en droit penal portugais*, RDES, Año XIV, 1967, n.º 1-2-, p. 1 a 52. En relación a la prueba obtenida mediante las declaraciones del argüido se volcó RODRIGO SANTIAGO, *Reflexões Sobre as "declarações do argüido" como meio deprava no Código de Processo Penal de 1987*, RPCC, Año 4, Fase. I, 1994, p. 27 a 62.

su apreciación. Así tenemos, por ejemplo, el Ac STJ 12-07-1989⁶³³ y Ac RC 16-06-1988⁶³⁴. El juzgador posee los poderes de investigación de los hechos tenidos por jurídicamente relevantes para la averiguación de esa responsabilidad, de ahí el principio de la verdad⁶³⁵ material o de la investigación judicial, expresamente acogido, en lo que atañe a la fase de la audiencia y discusión, en el Art. 340 del CPP. Según este artículo, en su n.º 1: "*El tribunal ordena, de oficio o a requerimiento, la producción de todos los medios de prueba cuyo reconocimiento se le configure necesario a la descubierta de la verdad y a la buena decisión de la causa.*" Añade el n.º 2 "*Si el tribunal considerar necesaria la producción de medios deprava no constantes de la acusación, de la pronuncia o de la contestación, da de eso conocimiento, con la antecendencia posible, a los sujetos procesales y lo hace constar de la acta.*" Esto es, en nuestro sistema, el juez no está restringido a la materia fáctica traída por los intervinientes procesales y por el MP, teniendo, antes, el juez la facultad/deber de proceder a la producción de prueba que entienda imperiosa o conveniente para el apuramiento de la verdad material⁶³⁶. Es igualmente esta la orientación asumida por los tribunales conforme se determinó en el Ac STJ 04-12-1996⁶³⁷ y Ac STJ 31-10-1991⁶³⁸. Nos parece que, sobre este punto en concreto, la

633

Ac STJ 12-07-1989: *AJ*, 1, p. 7 y siguientes.

634

Ac RC 16-06-1988: *BMJ*, 378, p. 805 y siguientes.

635

¿Qué es la verdad? Para intentar aprender este fenómeno puede comenzarse por leer GIORGIO DEL VECCHIO, *A verdade na moral e no Direito*, tradução de FRANCISCO JOSÉ VELOZO, Coleção "Scientia Iuridica", Editorial Scientia & ARS, Livraria Cruz, Braga, s.d., y GEORGES KALINOWSKI, *Lê problème de la vérité, en morale e en rfoií*, *Problèmes et doctrines*, Emmanuel Vitte Éditeur, 1967. Sobre el valor relativo de la verdad judicial leerse ENRICO ALTAVILLA, *Psicologia judiciaria, o proceso psicológico e a verdad judicial*, tradução de FERNANDO DE MIRANDA, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942, y E. CEREXHE, la locución de abertura del *Troisième Colloque du Departement des Droits del'Homme, Lapresentation de lapreuveella sauvegarde des libertes individuelles*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1977, p. 5.

636

Alrededor de la certeza criminal y de los varios tipos de prueba en el Derecho español se pronunció FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal Lectura constitucional*, librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 327 a 368, y PIETRO ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia criminal*, *Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros*, 7ª edición, Réus SÁ, Madrid, 1980. Sobre el régimen de prueba en el derecho francés y belga *vid* respectivamente M. LEVASSEUR y M. SCREVEENS, *Troisième Colloque du Departement des Droits de l'Homme, Lapresentation de la preuve ei la sauvegarde des libertes individuelles*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1977, p. 9 a 90. En México tenemos MARCO ANTONIO DIAZ DE LÉON, *Tratado sobre las pruebas penales*, Segunda edición, Editorial Porrúa SÁ, México, 1988,

637

Ac STJ 04-12-1996: *BMJ*, 462, p. 286 a 293.

638

Ac STJ 31-10-1991: *BMJ*, 410, p. 418 a 429. Así siendo, si el tribunal denegar determinada diligencia requerida, y si con esa denegación atacar los intereses del requiriente este podrá, interponer en acta, el competente recurso.

doctrina, *máxime* FIGUEIREDO DIAS, es constante al aseverar la inexistencia del gravamen de prueba, en su acepción formal, en el seno del proceso penal. En lo que se refiere al gravamen de la prueba en sentido material, hay autores que sustentan que él mismo impende sobre la pieza acusatoria⁶³⁹, esto es, sobre el MP, dado el principio de la presunción de la inocencia vertido en el n.º 2 del Art. 32 de la CRP. Esta es la posición protagonizada por RUI PINHEIRO y ARTUR MAURÍCIO⁶⁴⁰, que se resume en el siguiente trecho: "Punto es que se acentúe su incidencia de gravamen material de la prueba (los poderes conferidos al juez en proceso penal de averiguación de la verdad no autorizan que se hable en un gravamen formal), no conteniendo ni con la valoración de las pruebas ni con la interpretación de las normas penales." Y es igualmente la opción constante en el Ac TC n.º 172/92, de 05-05-1992⁶⁴¹. Contra esta orientación encontramos MARQUES FERREIRA⁶⁴², EDUARDO CORREIA, y FIGUEIREDO DIAS⁶⁴³, según los cuales no se configura necesaria esa construcción del gravamen de la prueba en sentido material en proceso penal. Así se decidió igualmente en los Ac STJ 28-10-1992⁶⁴⁴ y Ac RC 16-06-1988⁶⁴⁵. Este principio de la verdad material tiene límites, específicamente lo constante en el n.º 1 del Art.º 340 del CPP ("serán aquellas cuyo conocimiento se configure necesario para la descubierta de la verdad y la buena decisión de la causa"), que se traduce en un "afloramiento del principio de la necesidad" para utilizar las

639

A respecto de la constitucionalidad de la presunción probatoria del auto de noticia en proceso penal se sugiere la lectura de JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS y TERESA ALVES MARTINS, *Constitucionalidade da presunção probatória do auto de notícia em processo penal, Estudos sobre a Constituição*, Volumen III, p. 103 a 119, y o Parecer da Comissão Constitucional, Acórdão n.º 168, de 24 de Julio de 1979, *BMJ*, 291, p. 341 a 353.

640

PINHEIRO, RUI y ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o processo penal*, 2ª Edição (Revista e actualizada), Rei dos Livros, Lisboa, 1976, p. 132.

641

Ac TC n.º 172/92, de 06 de Mayo de 1992, publicado en el DR, II Serie, n.º 216, de 18 de Setiembre de 1992, p. 8765.

642

MARQUES CORREIA, *Os meios de prova, Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 219 y siguientes.

643

FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *RLJ*, 105, p. 125

644

Ac STJ 28-10-1992: *BMJ*, 420, p. 269 a 282.

645

Ac RC 16-06-1988: *BMJ*, 378, p. 805.

palabras de MAIA GONÇALVES⁶⁴⁶, añadidos del principio de la legalidad a que se alude en el Art.º 125 del CPP Portugués (Principio de la legalidad de la prueba) y Art.º 340, n.º 3 del mismo texto legal, de la adecuación, aludido en el n.º 3 del Art.º 340 del CPP, y de la obtención, a la luz del Art.º 340, n.º 4, alinea b) del CPP Portugués. Diferente es la cuestión de apurar como funciona el gravamen de la prueba en la acción civil injertada en proceso penal, en los casos en que el lesionado instauró la acción civil directamente contra el juez. En otras palabras, cumple apreciar en qué medida influyen los principios propios del proceso penal en el área de la prueba de los hechos criminosos generadores de perjuicios al lesionado. Sobre esta problemática se volcó ISABEL ALEXANDRE⁶⁴⁷ que concluyó, entre otras cosas, que la aplicación de las normas generales relativas al gravamen de la prueba, en proceso civil injertado de la acción penal, no es perjudicada por lo preceptuado en el Art.º 78, n.º 3 del CPP Portugués y que el análisis del régimen en la acción civil, estipulado en el mismo CPP, deriva de la vigencia del principio del dispositivo, en sus términos generales.

646

MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, cit., Anotação ao Art.º 340, p. 650.

647

ALEXANDRE, ISABEL, *O ônus da prova na ação civil enxertada em processo penal*, Mestrado em Ciências Jurídicas, Outubro de 1990, Faculdade de Direito de Lisboa.

18. SENTENCIA CRIMINAL DIVERSA DE LA CIVIL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ AL PROFERIR EL “DECISUM” PENAL

Una única conducta desarrollada podrá constituirse en delito penal y acto ilícito y ambos, posibles de ser indemnizados. De esta forma, mientras procede la demanda criminal también podrá tramitarse el proceso civil buscando la indemnización de la víctima por el perjuicio que le hubiera sido impuesto⁶⁴⁸.

La culpa, en el ámbito criminal, es siempre verificada de forma más estricta, con mayor rigor. De otro lado, la acción civil tiene una investigación más dilatada en lo pertinente a la culpa. En ambos casos es posible que se configure tanto la culpa grave, leve o levísima, implicando cualquiera de estas modalidades el deber inapelable de indemnizar.

⁶⁴⁸ “La misma conducta puede constituir crimen y acto ilícito pasible de indemnización. De ese modo, para el mismo hecho o acto, o serie de actos, pueden ocurrir concomitante a la persecución criminal y la acción de resarcimiento. Homicidio, lesiones corporales, delitos de vehículo, crímenes de cuello blanco con frecuencia traen repercusiones simultaneas, tanto para el derecho de punir del Estado, como para el interés de resarcimiento de la víctima. La cuestión podría ser figurada como dos círculos concéntricos, siendo la esfera del proceso criminal un círculo menor, de menor rayo, porque la culpa criminal es medida de forma más restricta y rigurosa, teniendo en vista la naturaleza del castigo, y aún porque, para el crimen, la pena no puede ir más allá del autor de la conducta. La esfera de la acción civil de indemnización es más amplia porque la medida de culpa es más abierta, admitiéndose la culpa grave, leve, y levísima, todas acarretando como regla el deber de indemnizar y aún porque, como ya examinamos, hay terceros que pueden responder patrimonialmente por la conducta de otro. Hay, como percibimos, hechos que no son considerados crímenes, pero acarrear el deber de indemnizar, pues ingresan en la categoría de actos ilícitos *latu sensu*, cuyo ámbito es estrictamente la responsabilidad civil”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 5ª ed. P. 185).

Existen, aún, hechos, que a pesar de no constituir delito, generan deber indemnizatorio. Es que se convierten en actos ilícitos *lato sensu*, dando margen a posibilidad de buscarse la indemnización por el perjuicio de ellos recurrente.

La cuestión central consiste en las consecuencias que tiene la sentencia criminal en la esfera civil, es decir, como repercute la condena impuesta en proceso criminal, en el patrimonio del reo condenado y cuyo “decisum” transitó en juzgado. Es necesario un análisis detenido de las posibilidades de gravamen, en la esfera civil, que podrán recaer sobre el denunciado ya condenado, así como de las posibles vías abiertas para favorecer la víctima del ilícito penal en términos de ser indemnizada por el causador del daño. También debe verificarse el “quantum” indemnizatorio permitido, criterios aplicables en la medida de este y límites doctrinales y jurisprudenciales.

Respecto este tema, con mucha propiedad, discurre Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 5ª ed. P. 285) aduciendo que la cuestión importante es analizar la repercusión de las decisiones del juicio criminal en el juicio civil. En principio lo decidido en el ámbito civil, no debe repercutir en la esfera penal, aunque pueden ocurrir algunas situaciones puntuales, como, por ejemplo, cuando se decide en lo civil a respecto de la bigamia. La decisión criminal puede quedar en la dependencia de la anulación del primero o del segundo matrimonio. Son las llamadas cuestiones prejudiciales que en el proceso penal deben o pueden aguardar la solución en la esfera civil para tipificar ciertos delitos, o para influir en las calificadoras o causas de aumento o disminución de la pena, como la existencia de casamiento ya mencionada, la paternidad, la pose, la propiedad, la condición de funcionario público etc. en esos casos, es prudente que el juez criminal aguarde la decisión civil.

La armonización de las decisiones criminales y civiles sobre el mismo hecho no es tarea fácil. Hay sistemas que optan por la total independencia de ambas jurisdicciones, sin influencia ninguna de la sentencia criminal sobre el juicio civil; o,

también sistemas que estatuyen que la sentencia criminal hace cosa juzgada en lo civil y están aún sistemas que buscan armonizar las decisiones, para evitar contradicciones (Dias, 1979, v. 2:522). Existen ordenamientos que adoptan la independencia de jurisdicciones, con la acción civil y la acción penal autónomas, con cierta mitigación, porque subsiste relación entre ambas esferas. La jurisdicción, como función derivada de la soberanía, es una sola. La división en justicia civil y penal se da más por facilidad de organización para tornar más simple su ejercicio. Bajo el prisma de la soberanía, la jurisdicción es una e indivisible. De ese modo, como la acción civil y la acción penal juzgan, en síntesis, el mismo hecho, el ordenamiento debe buscar decisiones homogéneas, no contradictorias. En esa medida, queda en el orden del día la propia credibilidad del Estado. Por eso mismo, la interpenetración de la jurisdicción civil y de la jurisdicción penal causa, a veces, situaciones complejas.

La administración de justicia y la jurisdicción del Estado son unas, derivadas de la soberanía y ejercicio del poder. Como regla, la administración de justicia debe velar para que no coexistan decisiones contradictorias o antagónicas. Nada impediría, en tesis, que, en el mismo proceso, el juez pronunciara la culpa del reo, condenándole a las penas privativas de libertad y otras admitidas por el sistema penal, y, al mismo tiempo, estableciera el valor de la reparación de daños. Ese sistema no es desconocido en el derecho comparado. Un proceso único, para ambas finalidades, tropezaría en obstáculos difíciles de ser transpuestos, principalmente en relación a la prueba y a los plazos de prescripción en Derecho Penal, exiguos si son comparados a los plazos de las acciones civiles. Sin embargo, esa solución se configura posible para aquellos delitos de pequeño valor ofensivo, que causan daños materiales o morales, principalmente llevándose en cuenta los tribunales especiales criminales, que admiten cierta informalidad. Además, el art. 74, párrafo único, de la Ley n° 9.099/95, en Brasil, dispone expresamente que la reparación de los daños civiles importa en la renuncia del derecho de queja y de representación, en las acciones penales privadas y públicas condicionadas a la representación. Existe, sin embargo, la posibilidad de que ocurra la reparación del daño en la esfera penal, una vez que el Código de Proceso Penal prevé la posibilidad de que el ofendido obtenga la restitución de las cosas

aprendidas en el juicio criminal, así como en la fase investigadora (arts. 118 a 120).

En sentido amplio, sin embargo, la jurisdicción civil no depende de la jurisdicción penal, pero, evidentemente, hay reflejos de esta última en relación a la primera, que no pueden ser ignorados a fin de tornar homogéneo el sistema. Interesan directamente a la materia el art. 935 (antiguo art. 1525) del Código Civil Brasileño, art. 91,I, del Código Penal Brasileño, los arts. 63 a 68 del CPP de Brasil y, por fin, el art. 584, II, del CPC. Recuerde, también, que puede ocurrir composición de daños civiles en la esfera de los tribunales especiales criminales (Ley n° 9.099/95, art. 74). Pasemos a las respectivas redacciones, para facilitar nuestra comprensión.

Decía el art. 1.525 del Código Civil Brasileño de 1916:

“La responsabilidad civil es independiente de la criminal; no se podrá, sin embargo, cuestionar más sobre la existencia del hecho, o quien sea su autor, cuando estas cuestiones se encuentren decididas en el crimen.”

El artículo 935 del actual Código Civil Brasileño mantiene esa misma redacción, substituyendo, aún, la palabra final “crimen” por la expresión “juicio criminal”, de comprensión más técnica.

El artículo 91, I, del Código Penal Brasileño, considera como uno de los efectos la condenación criminal o de “tornar cierta la obligación de indemnizar daño causado por el crimen”. No decir de Júlio Fabbrini Mirabete (2000:481), “la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado es un título ejecutorio incompleto por depender de liquidación para averiguación del quantum debido”. Esa noción es completada por el art. 584, II, del CPC Brasileño, que coloca la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado en el rol de los títulos ejecutivos judiciales. De ese modo, habiendo condena criminal, en el juicio civil apenas se apurará el *quantum debeatur*, como enfocaremos a continuación, porque el deber de indemnizar ya está establecido⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 5ª ed., n° 6.1, p. 185.

Exclusivamente cuando la sentencia, proferida en la esfera penal, se decidió, con precisión y objetividad, que el hecho del delito narrado en la pieza portal del hecho acusatorio criminal no existió, es decir, que se demostró de forma contundente que el delito, descrito por el Ministerio Público, en la denuncia, jamás sucedió. Solamente en esta hipótesis no se podrá discutir, en la esfera del proceso civil, o de la responsabilidad civil, el *decisum*. Es así que viene entendiendo la **mejor** doctrina, donde se incluye Sílvio de Salvo Venosa, afirmando categóricamente que por la dicción del art. 66 CPP Brasileño quedaba claro que solamente no se discutiría en lo civil la sentencia criminal que hubiera, categóricamente, reconocido la no existencia material del hecho. Esa dicción prevalecería sobre el texto del art. 1.525 del derogado Código Civil Brasileño, derogándolo al menos en parte, porque el CPP era ley posterior. Como el Código Civil Brasileño de 2002 reprodujo en la íntegra el art. 1.525 en el actual art. 935, el entendimiento debe ser en el sentido de que no se puede cuestionar sobre la existencia del hecho, o sobre quien sea el autor, cuando esas situaciones se encuentren decididas en el juicio criminal. Prevalece la dicción del actual código, ley ahora más reciente. Se volvió, por lo tanto, al sistema originario de 1916, en el cual existen conexiones más fuertes entre las dos jurisdicciones, lo que no deja de ser un retroceso⁶⁵⁰.

En el Derecho Romano, responsabilidad civil y responsabilidad penal se fundían en una sola cosa. Todo, incluso la indemnización pecuniaria, era solamente una pena atribuida al generador del perjuicio. La *lex aquilia* comenzó a hacer una blanda distinción. A pesar de que el encargo permaneciera siendo penal, el resarcimiento pecuniario pasó a ser el excepcional dibujo de *sansón* en los casos de actos dañosos no criminosos.

Ponderando a concepto de la distinción de responsabilidad civil y responsabilidad penal, escribió Aguiar Días:

⁶⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 188.

“Para efecto de castigo o reparación, esto es, para aplicar una u otra forma de restauración del orden social, es que se distingue: la sociedad toma a su cuenta aquello que la alcanza directamente, dejando al particular la acción para restablecerse a costo del ofensor, en el status quo anterior a ofensa. Deja, no porque se impresione con él, pero porque el Estado aún mantiene un régimen político que explica su no intervención. Restablecida la víctima en la situación anterior, está deshecho el desequilibrio experimentado⁶⁵¹”.

Abandona no porque se abala con él, pero porque el estado hasta cultiva un régimen político que ilustra su no interferencia devuelta la víctima en la circunstancia anterior, esta deshecho el desequilibrio versado.

Por ejemplo cuando sucede un accidente de automóvil, el hecho puede traer la responsabilidad civil del causante del daño, que estará limitado a saldar las costas con la restauración del otro vehículo y todas las averías causadas. Pero podrá ocasionar, al mismo tiempo, su responsabilidad penal, si ocasionó lesión en alguien o si configuró el crimen del art. 129, § 6, del Código Penal. Esto expresa que, una actuación o una omisión pueden traer la responsabilidad civil del agente, o apenas la responsabilidad penal, o ambas las responsabilidades.

Es Aguiar Días quien elucida con requinte esa ocurrencia jurídica.

“Por lo tanto, ciertos eventos ponen en actuación exclusivamente el mecanismo de recuperación de la responsabilidad civil; otros movilizan solamente el aparato represor o preventivo de la responsabilidad penal; diversos en fin, originan, en cierto tiempo, la responsabilidad civil y la penal, por el acontecimiento de proporcionar, una analogía en ambos los campos, caso congruente, conforme los desiguales juicios críticos bajo que entran en empleo los órganos encargados de hacer valer la ley respectiva. Volvemos a decir, pues, que es aproximadamente lo mismo, el fundamento de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal. Las categorías en que aparecen es que son distintas, porque una es más incontestable que la otra, sobre el perfeccionamiento de las condiciones que deben ajustarse para realizarse.”

⁶⁵¹ DIAS, Aguiar. Da responsabilidade Civil cit., n. 5., p. 18 e 19.

En el episodio de la responsabilidad penal, el actuante transgrede una norma de derecho público, siendo en este caso el interés perjudicado el de la colectividad. Por su parte, en la responsabilidad civil, el interés directamente lesionado es el privado. El lesado podrá contestar o no la reparación de su lesión.

Si al traer lesión, escribió Afrânio Lyra, el autor viola también, la ley penal, él se transforma en conjuntamente obligado civil y penal, así, tendrá que responder ante el lesionado y ante la sociedad, visto que el hecho lesivo se cubrió de características que justifican la activación de recuperatorios de responsabilidad civil y atribuyen el movimiento del aparato represivo de la responsabilidad penal, cuando, sin embargo, del hecho en que deriva la lesión no se encuentran presentes los elementos caracterizadores de la transgresión penal, el medio-término roto se restablece con la reparación civil, simplemente.

Cuando se encajan, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil acomodan las atinentes acciones, esto es, la forma con que se hacen efectivas: una posible de ser ejercida por la sociedad; otra, por la víctima; una, tendente al castigo; otra, a la reparación- la acción civil ahí sufre, en larga proporción, la influencia de la acción penal.

No hay que olvidar que la responsabilidad civil y la responsabilidad penal tienen otra forma de distinción. Esta última es individual, intransferible. Recae bajo el reo la privación de su libertad, sin embargo, debe estar cercado de todas las garantías contra el estado, incumbiendo a este contener el crimen y el gravamen de la prueba.

En la esfera civil es diferente. El principio actori incumbit probatio, aplicado a la generalidad de los casos, sufre hoy muchas excepciones, siendo menos rigurosa que en el proceso penal. En la responsabilidad civil no es el reo, pero, el agredido que tiene que encarar instituciones poderosas, como empresas multinacionales y hasta el propio estado. Sin embargo, organismos de orden legal y jurisprudencial han sido desarrollados para cercarla de todas las garantías y posibilitarle la obtención de

compensación de la lesión.

La tipificación del delito es una de las condiciones particulares del Derecho Penal. Es imperativo que haya completo amoldamiento del caso al tipo penal. En lo civil, la responsabilidad puede ser generada por cualquier acción u omisión, desde que transgreda derecho o cause lesión a otro. En el área civil la culpabilidad es mucho más amplia, según el precepto, *in lege aquilia levíssima culpa venit*. En el campo criminal ni toda culpa ocasiona la condenación del reo, pues se exige un cierto grado de intensidad.

De otra forma también es tratada la imputabilidad. Exclusivamente los mayores de 18 años pueden ser culpables penalmente. Pero los menores entre 16 y 21 años son igualados a los mayores, todo cuanto las obligaciones que resulten de actos ilícitos en que sean culpados.

En lo que se refiere al a responsabilidad civil los menores de 16 años son, consecuentemente, irresponsables, siendo los padres y tutores los que responden por los actos que cometan. Por su parte, los mayores de 18 años responden por los crímenes que cometan, no alcanzando la responsabilidad penal a otras personas. El encargo es personal. Si el agente del daño tuviera menos de 21 años, en el ámbito civil, la persona responsable por él, responderá solidariamente por el resarcimiento.

En relación al enfermo mental, hay que decir que es penal y civilmente irresponsable. No obstante su curador puede ser obligado a recompensar al agredido en lo civil. El Derecho Penal Brasileño tiene como objetivo primero y primordial la descripción de las conductas tenidas como típicas y la previsión de sanciones a ser impuestas a los que transgredan tales normas. Es el principal instrumento generador de paz social dentro de todo el ordenamiento jurídico, en la medida en que inhibe conductas entendidas perjudiciales para la sociedad, que fueron elevadas a categoría de norma penal incriminadora por el Legislador que, atento y atendiendo al anhelo de la nación, buscó y obtuvo éxito en normatizar, previendo la represión de actitudes maléficas a la colectividad.

La norma penal general y abstracta, incriminadora, al describir una conducta y tasarla de delictiva, advierte a la colectividad que este proceder es indeseado, perjudicial, contrario al anhelo del medio social, perjudicial a la vida en grupo. Una vez descrito el proceder penal estará tipificado el crimen. Partiendo de la tipificación de la conducta delictiva, habremos preestablecido cuales serían las actitudes perniciosas por así decir, que se pretende retirar de las posibles conductas de la persona que vive en sociedad.

A partir de la conducta típica prevista en el precepto primario, de la norma penal general y abstracta, partimos para la elaboración del precepto secundario, donde estará prevista la sanción aplicable a quien quiera que sea que venga a violar el precepto primario. En el precepto secundario de la norma penal está establecida la pena que deberá ser impuesta al agente que transgredió el precepto primario. A toda conducta típica descrita en la norma penal incriminadora debe, necesariamente, corresponder a un precepto secundario. Este viene a consistir justamente en aquello que el Legislador entendió apropiado, proporcional y suficiente para penalizar el infractor y, más que eso, reprimir que el ser humano venga a reincidir en la conducta indeseada.

La sanción penal tiene, pues, un duplo efecto. Genera la penalización real, concreta, de quien infringió la conducta típica. Quien tuvo su actuar coadunado a una postura penal típica, tendrá que soportar las consecuencias de su acto. Recibirá del Estado (*lato sensu*), una pena que, a los ojos de la colectividad, perjudique al infractor de tal forma que genere una sensación de que el mal que practicó le trajo perjuicio, que no hubo enriquecimiento con la práctica criminosa. En otras palabras, que el crimen no “valió la pena” (dictado popular), que “el crimen no compensa” (dictado popular).

El segundo efecto de la sanción penal que, por cierto, estará siempre presente, dice respecto a reprimir nuevas conductas delictivas iguales a aquella que fue

practicada por el agente. El precepto secundario tiene que traer en su interior la imposición de una verdadera lesión al delincuente, lesión esta que deberá ser lo suficientemente severa para que otros integrantes del grupo social sean verdaderamente desanimados a proceder de la misma forma. Es el temor lo que se pretende generar en este específico aspecto represivo. Temor, miedo de que actuando ilícitamente tenga que soportar los efectos de su ilicitud. El grupo debe visualizar que cuando realizada una conducta prevista en el precepto primario, el agente incurrirá en práctica delictiva y enfrentará la sanción respectiva.

En nuestra sociedad, la idea de atribución de responsabilidad de una persona, física o jurídica, por la práctica de un acto que a otro cause perjuicio, viene desarrollándose y madurando desde el Brasil-Colonial, vale decir, desde el surgimiento de nuestra nación como tal. Primeramente, en una cronología que puede ser establecida, existía lo que podríamos llamar una sociedad de desiguales, en el sentido más amplio de la palabra. Desiguales en lo social, en lo económico, en el sentido de estar divididos en segmentos bien determinados de la sociedad, distinguiendo entre los que detenían título de nobleza, quien no era agraciado con tal beneficio y los que no tenían derecho a nada, siquiera siendo considerados humanos por así decir, los llamados esclavos, desiguales por cuestión de sexo y, sin duda, desiguales por cuestiones religiosas.

Estas distinciones, que se hacían entre seres humanos, eran predeterminadas y aceptadas, no apenas en el sentido social, pero en la acepción jurídico-legal del término, estableciendo relaciones de desigualdad de ahí derivadas, en relaciones interhumanas injustas y, se puede decir, inmorales para los padrones modernos de ética.

Transcurso lógico de estas desigualdades era que el ordenamiento jurídico tutelaba de distinta forma a los seres humanos que componían un determinado grupo. Los deberes, las obligaciones, las responsabilidades, los derechos, las consecuencias resultantes de la práctica de cualesquier acto y todo lo que emergía del

acontecimiento de todo y cualquier hecho, eran tratados de forma diferente, siempre atendiendo a la persona que estaba envuelta en la ocurrencia, sea en la calidad de causador de daño, sea como víctima de este. Se trataba de la más absoluta desigualdad, generadora, como no podría dejar de ser, de las más profundas e intragables injusticias.

En un extremo, teníamos los que poseían título de nobleza y que jamás responderían por la práctica de cualquier acto, por más lesivo que fuera, excepción cuando perjudicara otro de igual o superior título de nobleza. El otro extremo era ocupado por los esclavos, no considerados como seres humanos. Tenidos y habidos como “res”, como cosa, como bien que componía el acervo patrimonial de los llamados “hombres blancos”. Estos respondían con la integridad física y con la propia vida por los actos que practicasen, contra quien quiera que fuera. Sin embargo, el castigo era impuesto por el “propietario” del esclavo y otro no podría castigarle. Quien detuviera el dominio sobre este estaba obligado a reparar el daño causado por acto del esclavo. En la misma esterilla, teníamos la concepción, legal - por más inmoral que nos parezca - de que ningún daño producido al esclavo debería ser reparado, por más profundo y grave que fuera. Solamente se pensaría en reparación de daño causado a estos cuando viniera a perjudicar su “propietario”. En esta hipótesis, el enfrentamiento adoptado sería aquel que se otorga cuando es lesionado el patrimonio. En otras palabras, no se indemnizaba jamás el esclavo, pero era indemnizado su “propietario”, considerándose que el daño causado a aquel correspondía a un daño causado al patrimonio de quien era tenido como su dueño.

Abolida la esclavitud, dejando de ser reconocidos, legalmente, los títulos de nobleza como capaces de otorgar derechos distintos a los seres humanos, se pasó a vivir en una supuesta igualdad de condiciones, donde los actos dañosos y los hechos generadores de perjuicios pasaron a ser analizados y producir consecuencias idénticas sin distinción entre víctimas o agentes.

En un primer momento, surgió el concepto, tipificado, de que acto o hecho

lesivo, que pudiera ser atribuible a otro, desde que generador de daño material, debería ser indemnizado por el causador del daño. La idea de la responsabilidad estaba ligada y resumida en relación con la producción de daños materiales, en las hipótesis de culpa y dolo. No se vislumbraba, jamás, posibilidad de reparación de lo que hoy llamamos daño moral, ni tampoco se responsabilizaba en razón de responsabilidad objetiva.

Estos conceptos precarios fueron siendo modificados. Primero, con la inclusión de la figura del responsable objetivo, responsable objetivamente por la disminución patrimonial de otro, soportando el deber de indemnizar aún en la ausencia de dolo o culpa, excepto en las circunstancias de culpa exclusiva de quien fue victimado. Después, con el surgimiento del deber de indemnizar derivado de que la víctima sufrió un daño que vino a ser llamado daño moral, independientemente de la configuración de una disminución patrimonial. La idea, en un primer momento, era que sería indemnizable desde que cumulado a un daño material, lucros cesantes, daños emergentes. Después, con el desarrollo técnico jurídico, sobrevino la aceptación de la concepción más actual de indemnizar aunque exclusivamente moral el daño.

De esta forma, hoy tenemos la responsabilidad civil aplicable a cualquier persona, de manera igualitaria, equilibrada, justa en el sentido de que no se hace distinción a respecto de quien practica el daño o con relación a quien viene a ser victimado por este. Tenemos la atribución de responsabilidad derivada de culpa, en cualquiera de sus grados o en cualquiera de sus modalidades, también como consecuencia de actuar doloso y, por último, pero no menos importante, la responsabilidad objetiva. También ya es pacífico el entendimiento de que los daños materiales y los daños morales deben ser indemnizados, aunque se configure la ocurrencia de apenas una de estas modalidades.

Se trata de la obligación legal o contractual de reparar e indemnizar, que emana de acto o hecho atribuible, por culpa, dolo o mismo objetivamente, a alguien, y que, de cualquier modo, perjudica a otro, aunque el daño producido sea exclusivamente

patrimonial o exclusivamente moral. El deber de indemnizar a la víctima, por la ocurrencia de un evento dañoso, en razón de la práctica de acto culposo es materia hoy sedimentada y pacificada en todos los Tribunales Brasileños y no hay divergencia doctrinal sobre el tema. Lo que se hace es distinguir diferentes modalidades e intensidad de culpa. La culpa derivada de negligencia, impericia o imprudencia.

La negligencia consiste en que el causante del daño no ha tomado el deber de cautela que le era exigible para aquella situación en que se dio el perjuicio. Negligente es quien deja de practicar acto ordinariamente esperado para que la seguridad mínima esté presente. El acto debe ser considerado dentro del contexto social en que no ocurrió. La negligencia resulta de la acción de aquella persona que si hubiera actuado con la diligencia atribuible al “hombre medio”, habría, debido a su cautela, evitado el perjuicio de otro.

La imprudencia dice sobre la conducta osada, se refiere a la audacia en el actuar. Actúa con imprudencia quien practica el acto de forma descuidada, desprovista de los debidos velos inherentes a aquel proceder. Resulta de comportamiento que no evaluó correctamente los riesgos, sin saber sopesar los elementos envueltos en su acción.

La impericia se distingue profundamente de las demás modalidades de culpa, he aquí que está íntimamente conectada al ejercicio de cierta actividad de trabajo remunerada. Se transforma en circunstancia donde es despreciado conocimiento técnico atinente al procedimiento, que si fuera conocido y reconocido por el agente habría evitado el perjuicio. La ausencia de conocimiento científico que debería ordinariamente existir o, el hecho de que el causante del daño actúa en descompaso con este por tener convicción de que no debe ser aplicado, genera la impericia. Es necesario, aún, que el actuar culposo esté conectado al desempeño del oficio de quien generó el perjuicio.

El análisis de la culpa también impone la averiguación sobre el grado en que esta se dió. Puede ser culpa grave, culpa en grado medio, o culpa leve.

La culpa grave se confunde con la llamada culpa consciente. El agente, habiendo previsto la fuerte probabilidad de que el evento dañoso pueda producirse, sin embargo, creyendo que tal no iría suceder, practica el acto y causa a perjuicio impuesto a otro. En esete caso es evidente su deber de indemnizar. Poco importa el fundamento de su creencia en que no sería perjudicada la víctima, no teniedo relevancia el motivo por el cual tenía certeza de la no ocurrencia de aquello que vino a suceder. Desinteresa si la creencia tiene cuño religioso, técnico, científico, moral, personal, profesional. Si un análisis objetivo genera la presunción de que el evento dañoso, con fuerte probabilidad, iría configurarse, el agente no podría haber practicado el acto.

La culpa leve es aquella en que el agente actuó con negligencia, impericia o imprudencia, aún de tal forma que no se puede duramente reprimirle, en la medida en que la probabilidad de consumarse el daño era mínima.

La culpa media, evidentemente, se sitúa entre las culpas en grado elevado y la culpa mínima. Consiste en actuar relativamente liviano, corrompido, por cierto, de negligencia, impericia o imprudencia.

En relación a la responsabilidad objetiva decir que esta no depende de la culpa. Resulta del acontecimiento del evento que, en razón de la ley o del contrato, tiene sus eventuales consecuencias dañosas imputables a determinada persona. No se va a averiguar a respecto de actuar doloso o culposo, pero solamente se va a perquirir sobre el acontecimiento y sus resultados. No obstante, puede ser excluida la responsabilidad objetiva cuando se verifica que el evento dañoso sucedió por culpa exclusiva de la víctima. Esta es la posición mansa y pacífica de la doctrina y de la jurisprudencia.

Aspecto aún más relevante, en estos días, y poco debatido, es aquel referente al actuar doloso de quien viene a sufrir las consecuencias del episodio catastrófico.

Existe un decir, cada vez más común en nuestros días, sobre el actuar doloso de las víctimas, principalmente tratándose de daños morales. Es una idea que se ha propagado en el medio jurídico, entre todos los operadores del derecho, tomando cada vez más cuerpo. Consiste en la idea de que “EL SUEÑO DEL BRASILEÑO ES DORMIR OFENDIDO Y DESPERTAR ENRIQUECIDO”.

La regla general es de que la conducta delictiva generadora de daño a la víctima o sus sucesores conduce, inevitablemente, a una condena en montante indemnizatorio suficiente y capaz de reponer el *status quo ante*. Practicado el delito, judicializada la persecución criminal, obtenido el *decisum* condenatorio, bastará al lesionado, sus representantes legales o sucesores, o representantes legales de estos, pleitear la liquidación del juzgado crimen.

Muy grave esta consecuencia. Todavía, se trata de realidad fáctica jurídica inapartable y que sucede como que automáticamente después ser obtenido éxito en la procedencia del pedido formulado por el Ministerio Público o por el ofendido – en la acción penal privada. El requisito a ser implementado se ciñe al mero pedido formulado en la esfera judicial civil. Este se consubstancia en lo cuanto basta para la aplicación de la pena indemnizatoria civil a la persona del delincuente.

El proceso civil, en estas hipótesis, se servirá de la decisión interpuesta en la demanda de naturaleza criminal. La condena crimen, en sentencia penal transitada en juzgado impone la procedencia de la demanda de naturaleza indemnizatoria civil. No se verifica hipótesis donde la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado no venga a generar otra sentencia de procedencia, cuando el pedido, en la esfera civil, presenta como causa de pedir el actuar delictivo que impuso la condena en el proceso criminal.

Aspecto también relevante consiste en la liquidación del valor de la indemnización a ser impuesta al transgresor de la norma penal incriminadora - precepto primario de esta. Se resume a la liquidación, la actividad a ser desarrollada por el juzgador que actuar en el hecho civil, que presenta la misma causa de pedir del proceso criminal

cuya sentencia condenó y transitó en juzgado. Habrá de utilizarse de criterios exclusivamente judiciales y legales para la cuantificación del *quantum* o, siempre que preciso sea, ampararse en la actividad de los peritos del juicio. Lo que le resta prohibido es ingresar en el universo cognitivo. En este aspecto, la cosa juzgada material alcanza todo lo cuanto restó decidido en los autos del proceso criminal.

18.1. Ejecución de la sentencia penal condenatoria

El trámite en juzgado de la sentencia penal, cuando esta haya decidido la condena del denunciado por el Ministerio Público – o reo, tratándose de acción penal privada – impone al condenado el deber de prestar una indemnización, en favor de quien haya sido víctima del acto criminal practicado⁶⁵². Esta indemnización deberá sufragarla no solamente en las situaciones en que el lesionado es una única persona, sino también cuando las víctimas perjudicadas por la práctica delictiva son dos o más. Siendo esta la conjetura, cada uno de los lesionados tendrá derecho a una indemnización, a ser soportada por el condenado en el proceso penal. La fijación del

⁶⁵² “La condena criminal con el tránsito en juzgado establece el deber de indemnizar la víctima. El Código de Proceso Civil de 1939 nada disponía sobre la materia, pero la sentencia penal condenatoria podía ser ejecutada por fuerza del art. 63 del CPP. El art. 584,II, del estatuto procesal civil vigente reforzó ese entendimiento, declarando expresamente que la sentencia penal condenatoria es título ejecutivo judicial. Como se trata de título ilíquido, el *quantum debeatur* debe ser apurado en el juicio de ejecución, por arbitraje o por artículos. Debe promoverse la liquidación por artículos cuando hay necesidad de probar hecho nuevo (art. 608 del CPC). Es lo que ordinariamente ocurre en la liquidación de daños derivado de acto ilícito: en la indemnización por muerte de un arrimo de familia, por ejemplo, deben establecerse, entre otros elementos, la relación de dependencia de los beneficiarios y el montante con el cual él concurría para el sustento del hogar. El perjuicio debe ser demostrado, pues no hay indemnización sin daño. Para que terceros sean llamados a reparar el daño, debe ser promovida la acción de conocimiento, la denominada *actio civilis ex delicto*, siéndoles extraña la forma decidida en el juicio criminal, abriéndose, así, amplia discusión sobre el hecho y el daño en el juicio civil. De esta forma, en ese aspecto, el ordenamiento no consigue evitar decisiones que pueden no ser armoniosa. Única forma de hacer con que el responsable por el tercero se sometiera a la cosa juzgada condenatoria criminal sería hacerlo participar del juicio penal, lo que es inviable en nuestro sistema. Esa opinión, sin embargo, no es unánime: están los que entienden que, una vez condenado el empleado, emerge *jure et de jure* la responsabilidad del patrón. No es entendimiento que ha prevalecido y contraria fundamentalmente el derecho constitucional de amplia defensa, no fueran suficientes los argumentos de índole procesal.

Si, por un lado, la corriente mayoritaria adopta ese entendimiento, bajo la óptica de la rediscusión de la ilicitud de la conducta y de la autoría, la materia es más controvertida. De nuestro prisma, y con fundamento en los efectos de la sentencia con homenaje al amplio derecho de defensa, no tenemos duda de que en el proceso indemnizatorio movida contra el patrón todos los hechos relativos al acto ilícito pueden ser resueltos. Está claro que el juez dará el debido valor a la prueba emprestada del crimen, pero no se convertirá en prueba perentoria, aunque porque no sometida al principio de lo contradictorio en relación al patrón. Los que entienden al contrario sustentan que el legislador adoptó la excepción a la regla general, extendiendo los efectos de la sentencia a terceros. Esa tesis tropieza en el derecho fundamental de amplia defensa y en el derecho a lo contradictorio, respaldados constitucionalmente”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 5ª ed., nº 6.1, p. 189).

valor de la indemnización de cada una de las víctima atenderá, en la especificidad, a la disminución patrimonial generada por el crimen cometido, si esta es la hipótesis *sub judice*.

Es, exactamente, lo que viene enseñando, con brillantez, Sílvio de Salvo Venosa en “Direito Civil - Responsabilidade Civil” 5ª ed., p.189⁶⁵³.

18.2. Juzgado Especial Criminal y Reflejos en la Esfera de la Responsabilidad Civil

Situación especial, como ya se podría prever – tratándose de juzgado, denominado, especial criminal – viene prevista expresamente en la Ley nº 9.099, de 16 de setiembre de 1995. Cuando la acción penal sea pública e incondicionada, el proceso podrá ser extinguido cuando el reo acepte la propuesta, formulada por el Ministerio Público, en el caso de que se le haya impuesto pena restrictiva de derechos

⁶⁵³ “Carlos Roberto Gonçalves (1994:342), con respaldo en la enseñanza de Ada Pellegrini Grinover que cita, aduce que el civilmente responsable no puede ser alcanzado por la sentencia condenatoria penal: la cosa juzgada sólo puede alcanzar al reo del proceso penal; no el responsable civil, alcanzado apenas por la eficacia natural de la sentencia.

Además, el art. 935 (antiguo, art. 1.525) no impone la indiscutibilidad del hecho o de la autoría reconocida en la esfera criminal, contra terceros. En la misma medida, debe ser entendido el art. 66 del CPP. Según ese dispositivo, a *contrario sensu*, si hubiera sido categóricamente reconocida la inexistencia del hecho en el juicio criminal, tal apenas se aplica al reo, no pudiendo alcanzar tercero, extraño a ese proceso.

Por otro lado, cuando se trata de resarcimiento dirigido contra el propio reo condenado en el crimen, el título ejecutivo definido por ley tiene plena eficacia.

No es necesario, sin embargo, que la víctima aguarde el desfecho en el proceso criminal para ingresar con la acción civil aún porque podrá ni realmente haber proceso criminal. El art. 64, párrafo único, del CPP establece, sin embargo, la facultad al juez de suspender el proceso si el conocimiento de la lid depende necesariamente de la verificación de la existencia de hecho delictivo. Del mismo modo, el art. 265, IV, a, del estatuto procesal dispone que se suspende el proceso, cuando la sentencia de mérito “depender del juicio de otra causa, o de la declaración de la existencia o de la inexistencia de la relación jurídica, que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente”.

Esa suspensión, pues, es facultativa, subordinada al prudente criterio del juez, cuando este divisa la posibilidad de ocurrir decisiones contradictorias (RESTJ 71/643; RSTJ 78/268). De ahí concluimos que la suspensión del proceso civil, en esa situación, es vista como excepción y no como regla general.

Cuando existe sentencia penal condenatoria y la ejecución es promovida contra el reo condenado, nada más se discute sobre su culpa, de ahí por que la ley dispone que esa sentencia haga cosa juzgada en lo civil. Para que surta ese efecto, la sentencia condenatoria debe haberse tramitado en juzgado. Las sentencias de pronuncia o no pronuncia no tienen cualquier efecto en lo civil, porque son decisiones interlocutorias. Por otro lado, no hay la necesidad de que el juez criminal haya hecho cualquier mención a la reparación civil, pues eso comúnmente no ocurre. El efecto en el juicio civil deriva solamente del comando condenatorio de la sentencia. Se entiende, también, que la sentencia absolutoria del jurado sobre la cuestión del hecho y de la autoría, porque no es fundamentada, no tiene influencia en el juicio civil. (Cavaliere, 2004:528). Si la pretensión civil es juzgada improcedente, con tránsito en juzgado, esa decisión es inatacable si el juicio criminal concluir posteriormente por la condenación. Si no más es posible la propuesta de la acción rescisoria, se trata de cosa soberanamente juzgada. Por otro lado, la absolución obtenida por fuerza de revisión criminal no altera la situación de la acción civil.”

o pena de multa⁶⁵⁴.

Este verdadero acuerdo, pactado entre el denunciado y el titular de la acción penal pública incondicionada, por expresa determinación de la Ley 9.099/95, artículo 76, § 6º, no producirá efecto en la esfera del proceso civil o de la responsabilidad civil. Este dispositivo legal reza que “no tendrá efectos civiles, cabiendo a los interesados, proponer acción admisible en el juicio civil”.

En esta medida, lo que se verifica es que cuando el reo de demanda criminal, que tramite ante el Juzgado Especial Criminal – por ser un delito de menor potencial ofensivo – acuerde con el Promotor de Justicia, haciendo valer la transacción penal, por el cumplimiento de pena restrictiva de derecho o de multa, no cesará su responsabilidad con la eventual víctima de daño emergente de la práctica del ilícito penal.

Lo que ha sido objeto, no raramente, de discusiones doctrinales es si sería necesario que la ley así lo hubiera establecido. Nos parece evidente que la respuesta es negativa. No había motivo alguno para el legislador entrar en este detalle. Como ya fue antes estudiado, solamente en el caso de que la hipótesis de la sentencia criminal sea improcedente, además de que se pruebe que el crimen narrado en la denuncia siquiera existió, o mejor, que no existió, solamente entonces estaría vedado el ingreso en el aspecto de la responsabilidad civil. Hay que decir que, solamente cuando el reo es absuelto y la sentencia criminal establezca taxativamente que la prueba demostró que el delito no fue practicado, entonces la víctima no podrá siquiera buscar indemnización en la esfera civil. **Emerge evidente la conclusión de**

⁶⁵⁴ “Como mencionamos, la Ley 9.099, de 16-9-95, que dispone sobre los Juzgados Especiales Civiles y Criminales, trajo importante innovación al sistema penal en dispositivo que interesa directamente al presente tema. Ese Juzgado, como mencionado, tiene por competencia el juicio y la ejecución de infracciones penales de menor poder ofensivo. La ley considera de menor poder ofensivo las contravenciones penales y los crímenes a que se conmine pena máxima no superior a dos años. De acuerdo con el art. 72, en la audiencia preliminar designada, presentes el autor del ilícito y la víctima, el juez esclarecerá sobre la posibilidad de composición que, acepta, reducida al término (art. 73) y homologada, constituirá título ejecutivo civil. Tratándose de acción penal de iniciativa privada, o de acción pública condicionada a la representación del ofendido, el acuerdo homologado acarreta renuncia al derecho de queja o representación (art. 74, párrafo único, de la Ley nº 9.099/95). de ese modo, la transacción concluida en el juicio criminal de esa forma extinguirá la acción penal y establecerá la responsabilidad civil, a ser exigida en el juicio civil”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 5ª ed., nº 6.1, p. 185).

que no sería necesario el texto de ley establecer que no tendría efectos civiles la transacción penal. Es el que el doctrinador Sílvio de Salvo Venosa enseña en “Direito Civil - Responsabilidade Civil”, 5ª ed., p. 185⁶⁵⁵.

18.3. Sentencia Penal Absolutoria

La sentencia penal absolutoria tiene que, indisociablemente, explicitar la causa de la absolución, en su parte dispositiva, tal y como se expresa en la norma cogente expresa en el artículo 386 del Código de Proceso Penal. Las hipótesis disponibles, por el legislador al juzgador, son en número de seis⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ “Sin embargo, esa misma norma permite que el reo, en la acción penal pública incondicionada acepte la pena restrictiva de derecho o multa, propuesta por el Ministerio Público, extinguiéndose la acción penal. Se trata de la verdadera transacción penal, asimilada del derecho comparado. Una vez homologada por el juez, esa modalidad de sanción, de acuerdo con el art. 76,§ 6º, de la Ley nº 9.099/95, “no tendrá efectos civiles, cabiendo a los interesados proponer acción aplicable en el juicio civil”. La multa a que se refiere la ley es de índole estrictamente penal y no tiene relación con la reparación de daños. En ese caso, hay, de hecho, un retroceso en materia de responsabilidad civil, porque el ofensor, de cualquier forma, reconoce la culpa en el juicio criminal. Por lo tanto, esa disposición presenta excepción al efecto disciplinado por los arts. 103 del CPC y 584,II, del CPC. Esa transacción tendrá ese efecto sea cual sea la naturaleza de la acción penal, pública o privada, llevando la víctima a ajuiciar acción indemnizatoria civil.

No fue la mejor solución. El legislador perdió una gran oportunidad de definir ambas pretensiones, la civil y criminal, evitando, de un lado, que toda la discusión sobre el hecho sea reabierto en el juicio civil, disminuyendo la plétora de efectos y, por otro lado, infundiendo en la víctima un sentimiento de perplejidad, pues aquel que se definió culpado en el juicio criminal podrá no ser responsabilizado en el civil. A nuestro ver, esa actitud del reo deberá ser rigurosamente sopesada por el juez en el conjunto probatorio de la acción indemnizatoria a fin de concluir por la culpa del ofensor. Podemos, incluso, vaticinar que, en la práctica, en la jurisprudencia, la transacción penal podrá acarrear presunción de culpa del reo en el juicio civil, con la inversión del gravamen de la prueba.

La historia y la tradición de la responsabilidad civil aquiliana brasileña permiten esa conclusión.

De todo que se habló, excepciones a parte, si la infracción penal acarreo daño, la sentencia condenatoria tendrá el efecto de tornar cierta la obligación de indemnizar, debiendo ser traídos a la colación los dispositivos legales antes mencionados, dispersos por el Código Civil, Código Proceso Civil, Código Penal y Código de Proceso Penal. Está claro que si la infracción penal no generó daños no hay que indemnizar. En los términos del art. 935 del Código Civil, no pueden más ser discutidas la existencia del hecho y su autoría. El art. 63 del CPC complementa que “transitada en juzgado la sentencia condenatoria, podrán promoverle la ejecución, en el juicio civil, para efecto de la reparación de daño, el ofendido, su representante legal o sus herederos.”

El art. 584, II, CPC capitula la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado como título ejecutivo extrajudicial. No hay necesidad de que la sentencia penal mencione la existencia de daño una vez que el resarcimiento civil es consecuencia directa de la indemnización. El derecho de que el perjudicado cobre la indemnización en el ámbito civil independiente de tener el juicio criminal reconocido o no la existencia de perjuicio. Esa característica de nuestro sistema por el cual la responsabilidad civil no depende de la criminal, habiendo entre ellas apenas puntos de contacto.

Como en el juicio criminal no se establece el valor del daño, este será averiguado en el proceso civil, esto es, en la esfera civil será hecha la liquidación de los daños con base en principios de derecho material y procesal, conforme estudiaremos en el capítulo 10. En el ámbito procesal la liquidación podrá ser hecha por arbitraje o por artículos, en este último caso, cuando hubieran hechos a ser probados.”

⁶⁵⁶ “En sede de reflejo de la sentencia penal en el juicio civil, tenemos que tener en mente que, en síntesis, el hecho que no fue categóricamente afirmado o negado en el juicio criminal no fue juzgado y puede, por lo tanto, ser reexaminado en la esfera indemnizatoria. De ese modo, al contrario de lo que ocurre con la sentencia penal

La primera dice respecto a estar probada la inexistencia del hecho apuntado como delictivo como pieza clave de la acción criminal. Habiendo prueba robusta de que el delito descrito jamás sucedió, debe el magistrado absolver el reo, haciendo constar, en el dispositivo del acto sentencial, mención al inciso I del artículo 386 del Estatuto Procesal Represor.

La segunda hipótesis se relaciona con que la sentencia entiende que no hay prueba suficiente para concluir que haya existido el hecho criminoso, narrado por el Promotor de Justicia. Esta es hipótesis es diferente a la anterior, de tal manera que en esta el requisito consiste en no haber prueba del hecho, mientras que en la primera el presupuesto es haber sido probado que el hecho nunca sucedió. Así, esta segunda situación, para que se configure, basta que de la dilación probatoria, del contexto probatorio como un todo, no resulte demostrado que el hecho imputado al reo efectivamente habría sucedido. Basta, pues, la simple ausencia de prueba de que el crimen fue, por quien quiera que sea, practicado. Configurándose esta situación, el magistrado tendrá que hacer constar, en la parte dispositiva de la sentencia, mención al inciso II del artículo 386 del Código de Proceso Penal.

Diferenciándose ampliamente de las dos primeras situaciones, tenemos aquella prevista en el inciso III del precepto en estudio. Se refiere a no constituir el hecho infracción penal. En este caso se ha demostrado que el hecho descrito por el Ministerio Público efectivamente sucedió, habiendo sido probado que sucedió o que está expreso en la pieza acusatoria. Sin embargo, lo que se verifica es que la conducta narrada no constituye ilícito penal. No estando tipificada el proceder del agente, la única solución viable será la absolución del denunciado. Tiene el magistrado, en esta circunstancia, deber de hacer constar en el dispositivo de la sentencia, referencia al

condenatoria, la sentencia absolutoria ni siempre hará cosa juzgada para el juicio civil. La cuestión es técnica y genera un cuidado especial del intérprete, principalmente para evitar proferir decisiones contradictorias. Cuando se absuelve al reo el juez criminal deberá necesariamente mencionar la causa en la parte dispositiva de la sentencia, como determina el art. 386 del CPC, desde que reconozca". (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 5ª ed., nº 6.1, p. 196).

inciso III del artículo 386 del Estatuto Procesal Penal Brasileño.

La cuarta hipótesis se refiere a la no existencia de prueba de que el demandado actuó, de cualquier forma, para el cometer del delito, es decir, hay, en los autos, prueba de que los hechos narrados por el Ministerio Público efectivamente sucedieron, en los moldes de lo que fue descrito. Además, se conoció que el crimen fue, por lo tanto, practicado, llegando a la conclusión de que una persona habría practicado la conducta típica prevista en el precepto primario de la norma penal incriminadora. Sin embargo, no se tiene como extraer del contexto probatorio que el denunciado haya concurrido para la práctica de la infracción penal. Importante percibir que no se trata de que esté probado que no fue el reo quien practicó el crimen, sino se trata, esto sí, de mera falta de prueba de que habría sido él presunto culpable que realizó la conducta criminosa. Ausente la prueba de la realización del crimen por el reo, la sentencia deberá absolver. En el dispositivo de la sentencia habrá constas de mención expresa al inciso IV del artículo 386 del Estatuto Procesal Penal.

El inciso V, de la norma en aprecio, revela la quinta hipótesis posible. Ocurre cuando el crimen existió, estando demostrado que sucedió el hecho narrado en la denuncia. Además, de la misma forma, no se tiene duda de que la conducta típica fue desarrollada por la persona del denunciado. En este caso, la absolución, con todo, ocurre porque el reo practicó el acto, en tesis, delictivo, cubierto por causa excluyente de la ilicitud o de la culpabilidad. De esta forma, en que pese haber practicado la conducta típica, la ley aleja de esta uno de sus elementos, cual sea, la ilicitud y, no siendo contraria al derecho, quien la practica no puede ser penalizado. Otra situación es la de que aún realizando la conducta criminal, aún estando presente la ilicitud de esta, debe de ser absuelto el acusado en razón de no serle aplicable la pena. El juzgador tendrá que, expresamente, en el dispositivo de la sentencia, indicar el inciso V del artículo 386 del Código de Proceso Penal.

La última hipótesis es la de que no haya prueba suficiente para la condenación

del reo. Formada la relación jurídico procesal, instaurado el contradictorio, buscada la verdad por medio de una basta y dilatada fase de cognición del hecho criminal, no fue obtenido éxito en producir prueba capaz de generar la condenación del acusado. Aquí, tiene el juez que citar, en el dispositivo del acto sentencial, el inciso VI del artículo 386 del Código de Proceso Penal.

Con mucha propiedad, aborda el tema Sílvia de Salvo Venosa en “Direito Civil - Responsabilidade Civil” 5ª ed., p. 196⁶⁵⁷.

El reflejo en el mundo del derecho procesal civil, notoriamente en lo que dice

⁶⁵⁷ “Tratándose de proceso penal pairando la menor duda en el magistrado sobre la culpabilidad y aspectos del hecho y de la conducta, debe decretar la absolución. La absolución sobre ese fundamento no obsta que los hechos sean nuevamente discutidos en el juicio civil, en situación totalmente independiente de la esfera criminal.

La prueba puede no ser suficiente para determinar la culpa penal, pero puede eficazmente configurar culpa civil.

La misma situación ocurre cuando es decretada la absolución por no haber prueba de la existencia del hecho (inciso II), pues el hecho puede ser probado en la acción civil, así como cuando la sentencia penal entiende que el hecho no constituye infracción penal: el acto ilícito que acarreta daño puede ser irrelevante para el derecho penal, pero implica el deber de indemnizar. En el mismo sentido, se coloca la conclusión penal de que no existe prueba de haber el reo concurrido para la infracción penal (inciso IV). Si no es conclusión perentoria, la autoría puede ser reexaminada por el juez civil.

Cuando la absolución ocurre porque el hecho no constituye infracción penal (inciso III), la materia puede ser reabierta en el juicio civil, pues el acto ilícito civil tiene mayor amplitud.

En crímenes de mayor sofisticación de la conducta, como, por ejemplo, en la estafa y en la apropiación indebida, con frecuencia el juicio criminal entiende que el hecho rehogue a la tipología penal, y está restringido a la discusión en la esfera civil.

De cualquier modo, la absolución del reo crea una presunción de inocencia a su favor que deberá ser elidida por el autor de la acción civil con nuevas pruebas.

El inciso I, sin embargo, contiene afirmación categórica: la sentencia criminal reconoce que el hecho no existió. En esa hipótesis el juicio civil ya no puede nuevamente discutir la existencia del hecho, impidiendo la acción indemnizatoria. El hecho narrado en la denuncia, todavía debe ser interpretado de forma restricta: puede ocurrir que la conducta en el ilícito civil sea más amplia que aquella examinada en el juicio criminal. En ese caso, lo que no fue objeto de la decisión categórica en el crimen puede ser revisto en la acción civil.

El inciso V cuida de la absolución con base en justificativas y dirimentes. Se recuerda que el art. 65 del CPP menciona que hace cosa juzgada en el civil la sentencia que reconoce haber sido el acto practicado en legítima defensa, estado de necesidad, estricto cumplimiento del deber legal o en el ejercicio regular de derecho. La razón básica del dispositivo reside en el hecho de que esas excluyentes poseen la misma naturaleza tanto en el campo civil como en el campo penal. El hecho, sin embargo, de hacer cosa juzgada en el civil nada significa en relación al deber de indemnizar en lo tocante al estado de necesidad. Recuerde de lo que hablamos sobre esto: el estado de necesidad no elide el deber de indemnizar del causador del daño, que queda con el derecho regresivo contra el tercero que motivó el peligro (art. 935; antiguo, 1.520).

Reportemos también a lo que dijimos sobre la legítima defensa, el estricto cumplimiento del deber legal y el ejercicio regular de derecho, en el capítulo 1. El art. 188 del Código Civil (antiguo, art. 160) proclama que no constituyen actos ilícitos los practicados en legítima defensa, estado de necesidad, o en el ejercicio regular de un derecho. Vimos que el cumplimiento de un deber legal está implícitamente contenido en ese dispositivo. Decidida la absolución bajo esos fundamentos, se transfiere el aspecto de la indemnización para los principios civiles, no admitiéndose más que el juicio civil discuta esos fenómenos. En principio, como afirmado, apenas el reconocimiento del estado de necesidad no obstará la indemnización. La legítima defensa, con excepción de aquella con *arreatio ictus*, estado de necesidad agresivo, en que terceros sufre daños, y las demás excluyentes eliden la responsabilidad civil.

Por otro lado, la menor edad del agente o las demás hipótesis de inimputabilidad penal en general no serán óbice a la responsabilidad civil, pues los padres, tutores y curadores pueden responder por los nuevos daños.”

respecto a la responsabilidad civil, irá a depender del inciso que fue utilizado por el magistrado como fundamento de la absolución del denunciado, que debe estar expreso en la sentencia.

Haciendo un abordaje directo del asunto, lo que se verifica es que la absolución del reo con base en los incisos II, III, IV, V o VI, del artículo 386 del Código de Proceso Penal, podrá dar oportunidad a una nueva discusión de la materia, en proceso civil, buscándose, si es el caso, indemnización con lastro en la responsabilidad civil. Por otro lado, estando fundamentado el acto decisorio en el inciso I del artículo 386 del código en cuestión, la materia no comportará un reexamen en otra esfera. Absuelto con fulcro en ese inciso, no podrá ser reo en demanda indemnizatoria, que tenga como causa de pedir el delito narrado en la denuncia.

18.4. Responsabilidad del Juez en la Sentencia Criminal

La responsabilidad del juez por la práctica de acto decisorio de mérito, en demanda criminal, debe ser ecualizada teniendo en cuenta los matices de esta especie de proceso.

La sentencia criminal de procedencia conduce a la condenación del denunciado. La lógica impone tal raciocinio. Este acto decisorio derivará del análisis de la prueba colectada, del estudio detenido de esta y de la aplicación de las normas generales y abstractas al caso concreto. Necesario, es aún, pasar por el examen de los hechos articulados por el órgano acusador, haciéndose una comparación con lo que se estableció en la instrucción.

En los términos de lo que está siendo objeto de estudio, la sentencia constituye acto decisorio por excelencia. Siendo acto decisorio, implica una actividad jurisdiccional propiamente dicha. No se confunde con actos judiciales “lato sensu”, actos de mero administrador y conductor del proceso criminal. Aplicable, por lo tanto, el entendimiento – ya ampliamente abordado – de que la responsabilidad de

indemnizar del juez, a cualquier persona lesionada en razón de la sentencia criminal proferida, no es derivación directa de esta actividad. Mucho antes por lo contrario.

El acto de dictar la sentencia, en proceso criminal, solamente dará ocasión al deber de indemnizar del juzgador, cuando este actuar con dolo. Este tiene que ser el dolo directo, no admitiéndose la responsabilidad en las hipótesis de dolo eventual. Responde si sentencia con el objetivo de perjudicar, de practicar el mal, herir la víctima en sus derechos o intereses. Ausente esta premisa, ausente estará la responsabilidad del juzgador.

Jamás estará obligado a indemnizar cuando el “decisum” condenar, perjudique por su naturaleza condenatoria, ya que condenar nunca deja de guardar relación directa con perjudicar. Ahora bien, si la condena, por más severa y perjudicial al reo que sea, resulta de la actividad pura jurisdiccional, aún con todos los entendimientos diversos que siempre pueden ser encontrados, no ocasionará la atribución de responsabilidad del juez.

Abordando el tema de la responsabilidad civil relacionado con la prestación jurisdiccional criminal, es exactamente lo que ha entendido el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL E DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA SOBREVINDO SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS CRIMES IMPUTADOS E SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR NÃO HAVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO (ART. 386, INC. II, CPP) EM RELAÇÃO AO OUTRO CRIME OBJETO DA ACUSAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE A REPARAÇÃO DO DANO É INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU EXCESSO. 1. El derecho a la reparación solamente cabe cuando la prisión cautelar es decretada o mantenida cuando ya estaba extinta la punibilidad por la prescripción y en él cuando hay incidencia que sobreviene a la prisión cautelar de una causa extintiva de la punibilidad, pues en este caso no existe la posibilidad de cualquier valoración sobre la injusticia de la custodia cautelar o de error judicial. 2. La absolución criminal por no haber prueba de la existencia del hecho (inc. II, del art. 386, CPP) revela ámbito de incertidumbre sobre la existencia del hecho o de la autoría, tanto que el ordenamiento jurídico no veda el enjuiciamiento de acción civil para, con otras pruebas nuevas, postular la demostración de la ocurrencia del ilícito. Siendo así, no se puede afirmar que el acusado era inocente por haber sido cogida prueba de la inexistencia del hecho delictivo o de que de él no participó, pero sí escapó de la persecución penal estatal porque el juez no encontró prueba de la existencia del hecho o de la autoría. Dicho de otro modo, se apartó el ilícito penal, pero no el ilícito civil, tanto que permanece admisible la posibilidad de enjuiciamiento de acción indemnizatoria en la esfera civil contra el acusado. Además, cabe considerar que el Estado por los órganos del Ministerio Público y del Poder Judicial nada más hizo que ejercer el derecho constitucional de la tutela jurisdiccional conferido por el art. 5º, inciso XXXV de la Constitución Federal. También no se constituye en acto ilícito aquel practicado en el ejercicio regular de un derecho, como prevé el art. 188, inc. I, del Código Civil de 2002. Luego, no habiendo sucedido cualquier injusticia o exceso en el ejercicio constitucional de la actividad de

19. EL PROBLEMA DE LA REPARACIÓN POR INJUSTA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

19.1. La prisión ilegal *latu sensu*

Cualquier magistrado practica una serie de actos que pueden dañar los derechos fundamentales de los ciudadanos (*v.g.* abertura de averiguación, pronuncia por el MP, aplicación de una medida de coacción condenación del afectado en pena de prisión, suspensión o efectiva, detención de un testigo, busca a escritorio de médico o abogado, violación de la correspondencia, determinación de una escucha telefónica, entre otros). La cuestión que ahora se coloca es de saber si determinados actos practicados por un magistrado judicial, o sea, materialmente y formalmente jurisdiccionales, en el ámbito de su función, fuera de los límites constitucional o legalmente admitidos, o aunque dentro de esas limitaciones, lesivos, de una forma injusta, de un derecho especial del ciudadano (derecho a la libertad) son posibles de originar responsabilidad civil. Ahora bien, para abordar estas y otras cuestiones tenemos que efectuar previamente algunos esclarecimientos esenciales sobre esta problemática. La prisión ilegal *latu sensu* no consta del Art.º 1083 del CPC Portugués de 1995, que se refiere a los casos en que el lesionado podrá recurrir a una acción de indemnización civil contra un juez⁶⁵⁹. No obstante, existirán, o no, ciertas hipótesis en que la reparación de los daños derivados de injusta supresión de la libertad podrá ser acatada

persecución penal del crimen y en la actuación jurisdiccional de los órganos Estatales, no se encuadra el caso en pantalla en la hipótesis de error judicial. 3. Es aplicable indemnización por prisión preventiva injusta si comprobada categóricamente en la sentencia criminal absolutoria la inexistencia del hecho o de comprobada no participación en el hecho delictivo, pero, por lo contrario, no es admisible la reparación si el acusado fue absuelto por falta de prueba de la participación en el hecho imputado (art. 386, inc. II, CPP) o por falta de pruebas (art. 386, VI, CPP), dado que en hipótesis de incertidumbre jurídica y donde no hay óbice a la reparación en la esfera civil contra el autor del ilícito, resulta inadmisibles cogitar de valoración sobre eventual error judicial. 4. Imprudencia de la acción y sucumbencia mantenida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÁNIME. (Apelação Cível Nº 70016088361, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Juzgado en 20/12/2006).”

Así como no consta la hipótesis de reparación civil por actos y abusos graves cometidos por el juez en el interrogatorio del detenido, al abrigo de lo consignado en el Art.º 141 del CPP, con total no respeto de la prohibición del uso de métodos de la prueba, tal como viene previsto en el Art.º 126 del CPP.

únicamente al juzgador del proceso. Pero, antes de eso, es imperioso apuntar si, según el derecho constituido, esa responsabilidad civil en concreto, no deberá competir antes frente al Estado, o si existen casos en que esa responsabilidad impende *dire lamente* sobre el magistrado judicial. Y en caso afirmativo, siguiendo el esclarecimiento ya trazado por algunos autores entre los cuales destacamos JORGE MIRANDA⁶⁶⁰, o sea, a existir tal responsabilidad civil, resta apurar si tendría que haber previamente un esfuerzo profundo de nuestro legislador constituyente en el sentido de concretizar y explanar lo preceptuado en el Art.º 225 y 226 del CPP Portugués. Es esta la inclinación del Profesor MARCELO REBELO DE SOUSA⁶⁶¹ cuando enseña que se trata de un dominio (refiriéndose al deber de indemnización por privación inconstitucional o ilegal de la libertad y por error judicial) donde la ley no densificó mínimamente las previsiones constitucionales. Es crucial identificar, por lo tanto, cuales son los presupuestos generales y específicos para que se asista a la reparación civil de los perjuicios derivados de una injusta privación en su sentido más abarcador⁶⁶².

Sobre este tema, y como principio, acompañamos a *Heráclito* cuando advirtió: "*debemos batirnos por esta ley como por las murallas de nuestra ciudad.*"

Lo mismo es decir que al solicitar una indemnización civil contra determinado juez, este tendría que fundamentarse en prisión (preventiva) ilegal⁶⁶³, injustificada y

⁶⁶⁰

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2000, 292.

⁶⁶¹

REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, cit., p. 20.

⁶⁶²

De ahí que según la opinión explanada por MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, cit., p. 20, es inevitable que muchos ordenamientos jurídicos acaben por legislar en el mismo sentido en que legislaron en Francia (Ley de 5 de Julio de 1972 y 18 de Enero de 1979), en Italia (Ley de 13 de Abril de 1988) o en Alemania (Ley de 26 de Junio de 1981).

⁶⁶³

En tomo del error judicial que haya ocasionado una injusta privación de la libertad estudió ROBERTO VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, Quaderni de "UIndice Penale la cura de Mario Pisano, 7, Casa editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1992, VASCO DA CAMA FERNANDES, *Temas de Sempre, A técnica dos erros judiciários e o caso Dreyfuss*, n.º 2, Biblioteca dos Ensaio de vulgarização cultural, 1938, p. 59 a 67, PALMA CARLOS, *Do Erro Judicial (Esboço duma monografia)*, Lisboa, 1927, ALBERTO XAVIER, *Questões*

resultante de un error⁶⁶⁴ clamoroso o grosero. Siendo cierto que, a la partida, corroboramos con el entendimiento desarrollado por LUÍS GUILHERME CATARINO⁶⁶⁵, cuando elucida que *"Las exigencias propias de la investigación criminal imponen por veces el sacrificio de derechos como la libertad, pero su naturaleza similar a la de una pena de prisión levantó desde temprano el problema de ser fungible con la pena errónea sufrida en proceso crimen"*. Como enseña MARCELLO REBELO DE SOUSA⁶⁶⁶ paradójicamente la misión de juzgar, por definición, se acordó que sería siempre correcta causando a veces perjuicios legítimos que ni la entidad estatal, ni los jueces, tendrían que resarcir.

En el caso de la prisión *lato sensu* haber sido legal, lógicamente no asiste cualquier derecho a una indemnización a liquidar al *"lesionado"*.

de Direito Criminal, Erros judiciários, sua descoberta, sua reparação, Imprensa nacional de Lisboa, 1913, y QUINTILIANO SALDANA, *El hombre de toga, cuatro Ensayos*, Biblioteca Nueva, Madrid, s.d., p. 158 y 159 y p. 186 a 188.

664

Son innumerables los casos, conocidos y desconocidos, de personas que fueron injustamente condenadas a cumplir las respectivas penas de prisión. En Francia, el famoso caso Alfred Dryfuss condenado injustamente por el crimen de lesa-Patria, fundado en pruebas insubsistentes. Sobre este caso leerse VASCO DA GAMA FERNANDES, *A técnica dos erros judiciários e o caso Dreyfuss*, cit., p. 59 a 67. En Inglaterra, el caso JudiuWard, libertada por las autoridades británica: en Mayo de 1992, después de 18 años de prisión, condenada por crímenes atribuidos al IRA, (habiendo sido la cuarta vez que los tribunales ingleses se vieron obligados a rever sentencias por actos imputados al IRA). En los Estados Unidos el caso del médico Sam Sheppard. En Portugal, el caso de Antônio Ahrens Novais, publicado por MARTINHO NOBRE DE MELLO, *Antônio Ahrens Novais está inocente, Processo "Angola e Metrópole"*, Imprensa Beleza, Lisboa, 1928, donde se asistió al no pronunciamiento, es el crimen de burla por haberse probado que Antônio Novais no había actuado con culpa, así como en el caso del médico Urbino de Freitas, que fuera injustamente condenado por el crimen de envenenamiento de sus sobrinos, por la mano de un magistrado del Ministerio Público que, según rezan las crónicas, se había apasionado por la mujer de aquel, publicado por GOMES MONTEIRO, *A inocencia de Urbino de Freitas*, Livraria Editora Guimarães & Companhia, Lisboa, s.d. El famoso caso *Lawton* envolvía Ali ert Fleetwood Lawton y Alma Drucila Lawton que se trataron de dos víctimas de un error de justicia acusados injustamente de haber practicado un crimen de infanticidio (p. y p. en el entonces Art.º 356 del CP) y condenados por sentencia de 25 de Junio de 1912 a 25 años de exilio. En este caso, paradójicamente en el entender del autor, el Tribunal de Relación de Lisboa, de 20-11-1912, no restituyó los dos argüidos a la libertad (para su lectura *vid* p. 307 a 314). A este propósito dijo: *"El caso Lawton, monstruoso, lleno de errores y interpretaciones falsas, contiene abundante materia de interesante estudio y de excelente recreo para quien le guste excogitar factos extraños y psicologías curiosas; pero, allí dentro, crepita la desgracia de dos individuos,.."*. Por sentencia "acórdão" del STJ de 07-02-1913 el proceso fue finalmente anulado y mandado archivar, *El caso Lawton*, estudiado por JOÃO DE AZEVEDO NEVES, Suplemento al Volumen I de los "Archivos do Instituto de Medicina Legal de Lisboa", Lisboa, 1J13. En España el célebre caso de Grimaldos - *El crimen de Cuenca*, PLÁCIDO FERIANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, monografía, s, Civitas, p. 167, entre muchos otros.

665

CATAKIO, LUÍS GUILHERME, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, o Erro Judiciario e o Anormal Funcionamento*, p. 341.

666

REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Orgânica judicial Responsabilidade dos juizes e Tribunal Constitucional*, cit., p. 42

Se muestra innecesaria, según creemos, la demostración de que la pérdida de la libertad de una persona (preventiva o prisión efectiva), cuando no debidamente cubierta por la ley, ocasiona daños muy graves al ofendido.

Por el paralelismo que es posible establecer entre las prisiones ilegales y las prisiones preventivas injustas se advierte, desde ya, que ciertos fundamentos utilizados para una de las situaciones podrán ser aplicables, *mutatis mutandis*, para los casos mencionados en segundo lugar, una vez que ambas se prenden, en el fondo, con la *libertad personal* de los ciudadanos.

19.1.1. La tutela del derecho a la libertad y el problema de su resarcimiento

Cuando se habla en el contenido de la sustracción de la libertad⁶⁶⁷ estamos a pensar en una panoplia de situaciones. Comenzando por las penas de prisión⁶⁶⁸, hay que señalar las *medidas de internamiento*⁶⁶⁹, criminal o no (máxime el Art.º 18, alineas j y l), Art.º 56, n.º 1 y 3, del DL n.º 314/78⁶⁷⁰, de 27 de Octubre, Portugal -

667

No es fácil formular una aproximación que sea del concepto de libertad. Muchos autores intentaron y, algunos de ellos consiguieron vislumbrar, por lo menos, una aproximación de ella. Ejemplos de eso son DÁRIO MARTINS DE ALMEIDA, *libertad, Anti-libertad, libertad de Prensa, CJ*, Año IX, Tomo III, p. 7 a 13. El propio concepto de supresión de libertad no es unívoco, y no cabe en una definición formal, conforme admitió JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA, *A Convenção Européia dos Direitos do Homem e os reclusos, BFD*, Universidade de Coimbra, n.º 56, 1980, p. 114

668

En lo que atañe a las penas de prisión se sugiere la lectura de JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal Português, As conseqüências jurídicas do crime*, II, Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 98 a 113. Sobre la reparación del daño corporal en los derechos inglés y francés *vid* GENEVIÉVE VINEY y BASIL MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel*, Económica, Paris, 1985.

669

Sobre el internamiento *vid* JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal Português - As conseqüências jurídicas do crime*, II, *cit.*, p. 458 a 491, MARIA JOÃO ANTUNES, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis, BFD, SI, 2*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993. A propósito de la duración de esa medida leerse NUNO BRANDÃO, *Limites de duração da medida de segurança de internamento, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2000, RPCC*, Año 10, Fase. 4º, p. 613 a 628.

670

Art.º 18, alinea j) del DL n.º 314/78, de 27 de Octubre, Portugal (OTM): "A los menores que se encuentren sujetos a la jurisdicción de los tribunales de menores pueden ser analizadas, aislada o de forma acumulativa, las siguientes medidas:... j) Colocación en instituto médico-psicológico; l) internamente en establecimientos de reeducación." La CRP nos dice lo que se trata de un menor. La densificación se obtiene mediante el recurso a lo vertido en el Art.º 122 del CC Portugués que determina el término de menor edad a los dieciocho años de edad, tal vez por la influencia derivada en el Art.º 49 de la CRP, que atribuye el derecho de voto a los mayores de dieciocho años de edad. A nivel criminal, el límite de la imputabilidad penal, en Portugal, que es determinado hasta dieciséis años de edad, deriva expresamente del Art.º 19 del CP actual. La medida de internamiento se trata de la medida más grave a

OTM - las *medidas de internamiento compulsivo*⁶⁷¹ según la ley n.º 36/98, de 24 de Junio, Portugal), así como la *detención* (Art.º 254 del CPP Portugués)⁶⁷² y la *prisión preventiva* (Art.º 202 del CPP Portugués⁶⁷³). Conforme elucida FIGUEIREDO

aplicar por los tribunales tutelares conforme dispone el citado Art.º 18 de la OTM. Sobre este precepto, y en lo que concierne al régimen anterior, aconsejamos la lectura del trabajo de RUI EPIFÂNIO y ANTÔNIO FARINHA, *Organização tutelar de menores (Decreto-Ley n.º 314/78, de 27 de Outubro)*, *Contributo para uma visão interdisciplinar do direito dos Menores e de Família*, 2ª Edição atualizada en legislación y jurisprudencia, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 94 a 97, ARY ELIAS DA COSTA y CARLOS OLIVEIRA MATIAS, *Notas e comentários à lei tutelar de menores*, 2ª Edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1982, p. 39 a 62, ANTÔNIO ANTUNES, *Organização Tutelar de Menores Comentada e Anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979, p. 27 a 28, y AMÉRICO DE CAMPOS COSTA, *Notas à Organização Tutelar de menores*, Atlântida Editora SARL, Coimbra, 1967 (en relación al régimen constante en el Decreto-Ley n.º 44 287, de 20 de Abril de 1962), p. 95 a 340.

671

La política de salud mental y el régimen jurídico del internamiento compulsivo es actualmente reglamentado por la Ley n.º 36/98, de 24-07-1998, Portugal, y tuvo su inicio de ejecución el día 24 de Enero de 1999. Antes de eso, vigoró la Ley n.º 2118 de 03-(4-1963. A propósito de la *Ley de Salud Mental* y el *internamiento compulsivo* vid el Coloquio realizado en el Auditorio de la Rectoría de la Universidad de Coimbra el día 22 de Enero de 1999, subordinado al tema "*A Lei de Saúde Mental e o internamento compulsivo*", principalmente los trabajos presentados por FRANCISCO MILLER MENDES, *A Nova Lei de Saúde Mental* y ANTÔNIO DOS REIS MARQUES, *Lei de saúde Mental e internamento compulsivo*, entre otros autores, Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Centro de Derecho Biomédico, Instituto de Medicina legal de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, y JOAQUIM PIRES DE LIMA, *A Protecção da Saúde Mental (Ley n.º 36/98, de 24 de Julio de 1998) e a salvaguarda do direito à liberdade*, *Revista Jurídica* n.º *Jí*, Noviembre de 1999, p. 283 a 287.

672

Contrariamente a lo que se constataba en el régimen jurídico anteriormente en vigor, en que la confusión de terminología era constante, existe en la actualidad una patente distinción entre las situaciones de mera detención de los casos de prisión preventiva. El CPP portugués vigente guarda la expresión "*prisão preventiva*" para la privación total de la libertad individual derivada de una decisión judicial meramente interlocutoria. La noción de "*detención*" visa attingir las restantes circunstancias de privación de libertad "*precaria*" entre el momento de la captura hasta la validación judicial posterior. El concepto de detención es actualmente desmenuzado de prisión preventiva, englobando las hipótesis de privación de libertad consagradas en el Art.º 27, n.º 3, alineas *a*) y *b*) de la Constitución portuguesa.

673

La prisión preventiva constituye, la medida de coacción más grave. Sobre las medidas de coacción en general verse MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 12ª Edição, *cit.*, p. 433 a 473, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Editorial Verbo, 1993, p. 227 a 258, JOSÉ P MENTA, *Código de Processo Penal anotado*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, s.d., 479 a 535, J DÃO CASTRO E SOUSA, *Os meios de coação no novo Código de processo Penal*, y ODETE MARIA OLIVEIRA, *As medidas de coação no novo Código de Processo Penal*, *Jornadas de Direito Processual Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 148 a 190. Dice el Art.º 202 del CPP Portugués (Prisión preventiva): "*1 - Si considerar inadecuadas o insuficientes, en el caso, las medidas referidas en los artículos anteriores, el juez pide imponer al argüido la prisión preventiva cuando: 1- Haya fuertes indicios de práctica de crimen doloso punible con pena de prisión de máximo superior a tres años; o 2- Si se trata de persona que haya penetrado o permanezca irregularmente en territorio nacional, o contra cual esté en curso proceso de extradición o de expulsión.*"

Sobre la prisión preventiva *vid*, entre muchísimos otros, el sumario dot Ac ST J 01-06-2004, *CJ*, 2004, Tomo II, p 213 a 217, Ac RE 18-02-2003 y RC 22-01-2002: *CJ*, 2002, Tomo 1º, respectivamente a p. 261 a 264 y p. 40 a 42, Ac RC 06-11-2002: *CJ*, 2002, Tomo 5º, p. 41 a 42, Ac RL 22-01-2000: *BMJ*, 493, p. 413, Ac RE 11-06-1996: *BMJ*, 458, p. 42. Sobre la necesidad del juzgador fundamentar la no aplicación de la prisión preventiva verse el Ac STJ 32-02-1988: *BMJ*, 374, p. 376 a 383. El actual Art.º 209 del CPP Portugués determina un régimen distinto del anterior. Nuestros Tribunales han entendido que tratándose de un crimen imputado punible con pena de prisión superior a ocho años el juzgador apenas tendrá que justificar motivadamente la no aplicación de aquella medida. Sobre este Art.º 209 del CPP leerse lo dispuesto en el Ac RE 12-12-1989: *BMJ*, 392, p. 531, que considera que esa norma contiene una recomendación en el sentido del juez utilizar la prisión preventiva, Ac RP 30-11-1988: *CJ*, Año XIII, Tomo 5º, p. 224 a 227, Ac S J 14-04-1988: *BMJ*, 376, p. 533 a 542 (sobre la constitucionalidad del Art.º 269 del CPP Portugués), Ac STJ 02-02-1988: *BMJ*, 374, p. 376 a 384, y o Ac de la RL 03-06-1987: *BMJ*, 36g, p. 602. Sobre la suspensión de la ejecución de la prisión preventiva vigora el Art.º 211, n.º 1 y 2 del CPP Portugués. En lo que concierne al reexamen de los presupuestos de la prisión preventiva atentarse a lo preceptuado en el Art.º 213 del CPP Portugués. Son innúmeras las decisiones sobre este asunto *máxime* el Ac RL 29-09-1999: *CJ*, Año XXIV, Tomo 4º, p. 145 a 147, Ac RP 29-09-1999: *CJ*, Año XXIV, Tomo 4º, p. 145 a 146, Ac RP 16-06-1999: *CJ*, Año XXIV, Tomo 3º, p. 241 a 242, Ac STJ 27-06-1996: *BMJ*, 458, p. 204 a 297, Ac RC 05-04-1989: *BMJ*, 386, p. 522.

DIAS⁶⁷⁴ la medida de coacción que obliga al arresto domiciliario, estipulada en el Art.º 201 del CPP Portugués⁶⁷⁵ ya es menos consensual. Esta última medida, como se sabe, con excepción del término de identidad y residencia, compete igualmente al juez del proceso⁶⁷⁶.

Para que se pueda hablar de daños resarcibles al ofendido es necesario demostrar que esta destitución de la libertad individual era manifiestamente ilegal. Como es sabido, la libertad adquirió indudablemente un lugar confortable en diversos instrumentos internacionales de los cuales destacaremos la Carta Social Europea, de 18 de Octubre de 1961, los Pactos de Nueva York sobre derechos civiles, políticos, derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de Diciembre de 1966, la Convención Americana de Derechos del Hombre, de 22 de Noviembre de 1969, el Acta Final de Helsinki, de 1 de Agosto de 1975, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, aprobada en Argel, el día 4 de Julio de 1976, la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 26 de Junio de 1981, entre otras. En Portugal, a este propósito es imperioso llamar a colación, lo consignado en los Artículos 27º, 28º, 29º, n.º 6 y 32º de la CRP Portugués 1976. El Art.º 27 de la

Además, el juez antes de proferir despacho a determinar que el argüido debe continuar preso preventivamente deberá oírlo, conforme se juzgó en el Ac RP 16-09-19r 9: *CJ*, Año XXIV, Tomo 3º, p. 241 a 242. Destacar que la falta de audición-previa del MP o del argüido por entenderse que la misma es innecesaria deberá ser fundamentada bajo pena de nulidad insanable. Así se determinó en el Ac RP 16-04-1999, *CJ*, Año XXIV, Tomo 3º, p. 241 a 242 y Ac RP 29-09-1999: *CJ*, Año XXIV, Tomo 4º, p. 145 a 146. Sobre la competencia sobre esa reapreciación verse el Ac RL 14-10-1997: *CJ*, Año XXII, Tomo 4º, p. 150 a 152, Ac RL26-11-1S86: *CJ*, 1986, Tomo 5º, p. 163 a 164. En lo que concierne a la no notificación del defensor de la proroga de la prisión preventiva se pronunció el Ac RL 25-03-1985: *BMJ*, 310, p. 330. En tribunales son diversas las decisiones que versan sobre los requisitos v.g. Ac RP 02-04-1996: *BMJ*, 456, p. 502. En relación a los plazos de duración máxima de la prisión preventiva rige lo dispuesto en el Art.º 215, todos del CPP Portugués. En la jurisprudencia portuguesa se sugiere también la lectura del sumario contenido en el Ac STJ 29-04-2005: *CJ*, Año XII, 2004, Tomo 2º, p. 176, Ac RE 15-11-1985: *BMJ*, 333, p. 541 Ac RL 27-04-1977: *BMJ*, 268, p. 262. En lo que toca a la derogación de la prisión preventiva y su relación con la definición del objeto del proceso, se pronunció MIGUEL PEDROS A MACHADO, *Formas do crime, textos diversos*, Principia, Cascais, 1998, p. 81 a 105

674

FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III (Artículos 308.º a 386.º), *cit.*, Anotación al Art.º 369, p. 621.

675

Art.º 201 del CPP portugués (Obligación de permanencia en la habitación): "*1 - Si existen fuertes indicios de la práctica de un crimen doloso punible con pena de prisión de máximo superior a tres años, el juez puede imponer al presunto culpable la obligación de no ausentarse, o de no ausentarse sin autorización, de la habitación propia o de otra en que de momento resida.*" Sobre esta medida puede leerse GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, *cit.*, p. 242 a 243. Consultarse el Ac RC 05-04-1995: *CJ*, XX, Tomo 2º, p. 43 a 44.

676

Tal significa que cuando aplicada por otra entidad es simplemente *inexistente*. Es esta opinión vinculada por MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, *cit.*, Anotación al Art.º 201, nota nº 3, p.447.

CRP que consagra que todos tienen derecho a la libertad⁶⁷⁷ y a la seguridad⁶⁷⁸. El mismo principio está subyacente en el Art.º 5º de la CEDH⁶⁷⁹ aprobado el 4 de Noviembre de 1950, en el Art.º 3º⁶⁸⁰ de la DUDH de 10 de Diciembre de 1948⁶⁸¹. Más recientemente la CDFUE de 7 de Diciembre de 2000 proclama estos derechos en su Art.º 6º⁶⁸². En términos constitucionales el n.º 2 del Art.º 27 refiere que nadie puede ser total o parcialmente desposeído de la libertad, excepto como consecuencia de una decisión judicial condenatoria por la práctica de un acto punido por ley con pena de prisión o de aplicación judicial de una medida de seguridad. A este principio exceptúa el n.º 3 ocho situaciones reflejadas en las líneas a) a h), entre las cuales destacamos la *detención en flagrante delito, la detención o prisión preventiva por*

677

O si quisiéramos el derecho a no estar preso, en la terminología utilizada por SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Verbo, 1978, comentarios al Art.º 27 de la CRP, p. 41.

678

Esta norma garante dos derechos distintos: el derecho a la libertad y derecho a la seguridad. Para GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, "Art 27, p. 184, este derecho a la libertad incluye el derecho a la libertad física y la libertad de movimientos. En la terminología de aquellos autores, esta categoría engloba igualmente algunos subderechos tales como el derecho a no ser detenido o preso por las autoridades judiciales excepto en los casos previstos en el Art.º 27 de la CRP Portugués, el derecho a no ser aprisionado o físicamente impedido o constreñido por parte de otra persona y el derecho a la salvaguardia del Estado contra atentados de otros y a la libertad de una persona. Estos autores designan por "*medios específicos de garantía del derecho a la libertad frente a las autoridades públicas*" el "*habeas corpus*", estipulado especialmente en el Art.º 31 de la CRP y el derecho a la indemnización por prisión o detención inconstitucional o ilegal (Art.º 27, n.º 5 de la Ley Fundamental). Sobre el daño corporal leerse JOSÉ ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal Quadro epistomológico e aspectos ressarcitórios*, Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2001.

Sobre el derecho a la seguridad verse los desarrollos detallados por los autores en el punto II de la misma obra, en la p. 184. Leerse igualmente la opinión de LOUK HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y Seguridad Ciudadanía: hacia una alternativa*, Ariel Derecho, Barcelona, 1ª edición, 1984. Alrededor de esta materia, específicamente una breve reseña histórica se volcó CUNHA RODRIGUES, *Liberdade e Segurança, RPCC*, Año 4, Fase. 3, 1994, p. 299 a la 320, para el cual la formulación legal constitucional traduce una señal de compromiso jurídico y político.

679

Determina el Art.º 5º de la Convención Portuguesa:

"Toda la persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y de acuerdo con el procedimiento determinado por ley:..." Sobre esta norma se volcó JOÃO DE DEUS FARINHA, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os reclusos*, BFB, Universidade de Coimbra, n.º 56, 1980, p. 114 y siguientes.

Este derecho fue reconocido por el Tribunal Europeo en el Acórdão *De Wilde, Ooms e Verps*. Sugerimos la lectura de MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 247 a 265.

680

Reza el Artº 3º: "*Todo el individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal.*"

681

Alrededor de la DUDH existe un sinnúmero de bibliografías. A título meramente ejemplificado se sugiere la consulta de la Enciclopedia Polis, Volumen II, Verbo, columnas línea 14. Para el estudio doctrinal del tema leerse ANTÓNIO OLIVEIRA BRAGA, *Os Direitos do Homem e a Constituição, SI*, Tomo XXVI, 1977, p. 407 a 417.

682

Art.º 6º de la Carta: "*Todas las personas tiene derecho a la libertad y a la seguridad*". Sobre este Diploma tenemos ANA LUÍS A RIQUITO, CATARINA SAMPAIO VENTURA, VIEIRA DE ANDRADE, GOMES CANOTILHO, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, OURA RAMOS, y VITAL MOREIRA, *Cana dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Corous Iuris Gentium Coninbrigae, Coimbra Editora, 2001.

fuertes indicios de práctica de un crimen doloso a que corresponda pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años y *detención de sospechosos*, entre otras. *Summo rigore* nuestra Norma Fundamental no curó de definir prisión preventiva, ni nos concedió un criterio que la diferenciara perfectamente del instituto de la detención. Por la simple lectura de estos n.º 2 y n.º 3 se verifica que el legislador constituyente Portugués optó por el *principio del tipismo constitucional de las medidas privativas (o restrictivas) de la libertad*. Más, teniendo en cuenta que esas providencias se traducen en una limitación al derecho a la libertad, que se consigna en un derecho fundamental, están obligatoriamente sujetas a lo preceptuado en el Art.º 18, n.º 2 y n.º 3 de la CRP Portugués⁶⁸³. Según esta regla (*Fuerza jurídica*): "2 - *La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo las restricciones limitarse a lo necesario para salvaguardar otros intereses constitucionalmente protegidos. 3-Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías tienen que revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*". En la secuencia de lo que fue dicho, en caso de supresión de libertad a persona sujeta, ella deberá ser debida e inmediatamente informada, y de manera comprensible, sobre cuales son las razones subyacentes a su prisión o detención, conforme asegura el n.º 4 del Art.º 27 de la CRP. Este *deber de información* consagrado constitucionalmente debe ser estudiado, en la óptica de GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA⁶⁸⁴ mientras *garantía* de la prohibición de prisiones o detenciones arbitrarias, de los derechos de defensa (c/r. Art.º 32, n.º 1 de la CRP) y del derecho de resistencia (*cfr.* Art.º 21 de la CRP). En el caso de asistirse a una privación de libertad contra lo consignado en la CRP y en la ley⁶⁸⁵, *máxime* prisión preventiva injustificada, prisión determinada por

683

Sobre estas disposiciones jurídicas atentarse las enseñanzas dadas por GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.*, Anotación al Art.º 18, puntos I a XV, p. 144 a 154.

684

GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Edição, cit.*, Anotación al Art.º 27, punto XI, p. 187.

685

Que no configure una coyuntura error que haya ocasionado una prisión injustificada a que alude el Art.º 29, n.º 6 de la CRP.

autoridad judicial sin el "*proceso debido*", el lesionado podrá siempre intentar una *acción de indemnización civil contra el Estado* (cfr. n.º 5 del Art.º 27 de la CRP Portugués). Nuestra CRP escogió devolver esta situación para una ley que reglamente específicamente esta materia. Aquí deberá aplicarse el régimen constante en el DL n.º 48 051, de 21-11-1967 que en el futuro trataremos. Este es el régimen que recurre directamente de nuestra Ley Fundamental desarrollado en el Art.º 27. El derecho a las garantías del proceso penal⁶⁸⁶ se encuentra estipulado en los Artículos 1 a 4 del Protocolo n.º 7 de la CEDH. Entre esos derechos encontramos también plasmado el derecho *al proceso equitativo*⁶⁸⁷.

Innumerables dudas existen sobre el perfecto delineamiento del concepto de "*prisión ilegal*" (Art.º 369, n.º 4 y 5 del CP Portugués). A este respecto advierte FIGUEIREDO DÍAS⁶⁸⁸ "*Específicamente, en relación al concepto de prisión ilegal que es presupuesto de los agravantes previstos en los números 4 y 5. Y desde luego, saber cual el sentido a atribuir a ilegal. No tanto para reponer aquí de nuevo la cuestión arriba tratada del confronto entre el derecho y la ley o, dicho de otra forma, de la posible incoincidencia entre las decisiones legales y las decisiones conformes con el derecho. El problema ahora se reporta a la naturaleza de los vicios que tornan ilegal el orden o ejecución de la prisión.*" Como refiere, y muy bien, más adelante el Profesor, existen coyunturas fáciles de imaginar, a saber, el ejemplo de manifiesta injusticia traducida en una prisión sin haber sido debidamente acompañada por un juicio justo, o una ejecución de prisión antes del trámite en juzgado de una decisión condenatoria, o la ejecución de una prisión para más allá del período

686

Son bastante esclarecedoras las consideraciones tejidas por MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As reservas à Convenção Européia dos Direitos do Homem, cit.*, p. 300 a 305.

687

En Portugal hay una alusión directa a este derecho más recientemente en el Ac STJ 25-03-1999: *BMJ*, 485, p. 335 a 345. Para allá remitimos. Son bastante esclarecedoras las consideraciones tejidas por MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As reservas à Convenção Européia dos Direitos do Homem, cit.*, p. 300 a 305. A este respecto *vid* igualmente FABIENNE QUILLERE-MAJZOUB, *La défense du droit à unprocès équitable*, Université de Rennes I, Faculte de Droit et Science Politique, Bruylant Bruxelles, 1999. Alrededor de la aplicación práctica de los principios de la Convención Europea en Italia se sugiere la lectura de VITALINANO ESPOSITO, *A aplicação prática dos princípios da convenção europeia dos direitos do homem no processo penal italiano, RPCC*, Año 4, Fase 2, 1994, p. 217 a 239.

688

FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Comentário Conimbricense do Código Penal Português*, Parte Especial, Tomo III (Artículos 308º a 386.º), *cit.*, Anotaciones al Art.º 369, p. 623.

constante en la sentencia. Estas situaciones son casos que no merecen gran contestación en el seno de la mayoría de la doctrina, ya que determinan casos de patente injusticia e ilegalidad. Mayores dificultades surgen en aquellas hipótesis en que el contenido material de la decisión de un juez merece ser atacado⁶⁸⁹, o en aquellos casos en que los vicios asumen marcadamente un carácter meramente formal.

Antes de proseguir con nuestra exposición es fácil de ver que la decisión que sustenta el orden que determina la pena de prisión al afectado será, en regla, diferente del orden que ocasiona la ejecución de la prisión. En lo que dice respecto a la resolución judicial que determine una medida privativa de libertad, esta podrá ser encarada como ilegal desde que infrinja los requisitos formales y la equidad material, justificable al caso en aprecio.

Traduciéndose, por otro lado, en una decisión que ejecuta la pena de prisión, el agente sólo será punible en la medida en que ejecutó la medida restrictiva de la libertad individual de cierta persona formalmente ilegal, o sea, siempre que la decisión no presente los presupuestos legales y necesarios para que esa ejecución tuviera lugar.

Lo mismo debe ser entendido, *mutatis mutandis*, en lo que concierne a las restantes formas de destitución de la libertad ya enunciadas. Esta cuestión trae a la discusión el problema de averiguar la naturaleza de los vicios que dejan ilegales el orden dado o la ejecución de la prisión.

689

La decisión judicial sobre la materia de facto condiciona la decisión final de derecho, luego si la primera está incorrecta la segunda jamás podrá estar cierta.

19.2. La prisión ilegal *stricto sensu*

Como acentuó y bien, JOÃO AVEIRO PEREIRA⁶⁹⁰, "*no hay duda que tal crimen*⁶⁹¹ *no se encuentra referido especialmente en el Art. "1083 del CPC."*, aunque, según el concepto de funcionario definido en el Art.º 386, n.º 1 alinea c), del CP Portugués, están ahí abarcadas las personas que desempeñan una actividad comprendida en la función jurisdiccional, específicamente el juez. Si, en sede de recurso de revisión de una pena de prisión efectiva, a que se alude en el Art.º 449 del CPP Portugués, se llega a la conclusión de que el afectado debería haber sido absuelto, esa hipótesis podrá desencadenar un proceso de indemnización con base en error judicial a la luz de la situación contemplada en el Art.º 462 de la misma norma. Esta situación se encuentra consagrada en la mayoría de los países, específicamente en Portugal, España, en Francia, entre otros. En Portugal, principalmente en el período conturbado que antecedió y precedió, el 25 de Abril de 1974, existen algunos casos de "*detención ilegal*" de personas durante un cierto período de tiempo sin que le hubiera sido formulada cualquier acusación o cualquier información sobre la razón justificativa de su prisión (Vease máxime el Ac STAd 21-5-1985⁶⁹²). En España⁶⁹³, la indemnización deriva de lo preceptuado en el Art.º 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece: "*Cuando, en virtud de un recurso de revisión, se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar, según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de este, de repetir contra el juez o Tribunal sentenciador que hubiere incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos*".

690

AVEIRO PEREIRA, JOÃO, *A responsabilidade civil pela função jurisdiccional*, cit. p. 145 y 146.

691

Refiriéndose al crimen de prisión ilegal.

692

Ac STA21-03-1985: AD STA, 288, p. 1336 a 1350.

693

A propósito del derecho español existe bastante bibliografía sobre esta materia. Así GREGORIO PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*, Eudema Universidad, Manuales, Madrid, 1991, y JOSÉ ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1984, p. 45 y 112.

El crimen de prisión ilegal consagrado actualmente en el Art.º 369, n.º 4 y 5 del CP Portugués de 1995, se encontraba anteriormente previsto en el Art. 417 del CP Portugués de 1982⁶⁹⁴. Actualmente este crimen está previsto en el Art.º 369, n.º 3 a y 5 del CP Portugués de 1995, y podrá tener en su origen un comportamiento doloso (n.º 4) o con negligencia grosera (n.º 5) del juez⁶⁹⁵. Esta última irá traducirse en la omisión de los cuidados de diligencia en que no incurre un juez medianamente prudente y avisado. Fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el Ac RE 14-03-1995⁶⁹⁶ donde se determinó que el error censurable, aún de derecho, integra una negligencia grave. En esta coyuntura determinado juez, por no estar debidamente informado para el ejercicio de su profesión, resolvió ordenar la prisión de un conductor de un vehículo de pasajeros. Posteriormente ese magistrado judicial vino a reconocer que tal prisión no era permitida por ninguna ley. Por ese motivo se llevó a cabo un procedimiento criminal contra el juzgador declarado extinto en virtud de una amnistía. Esa prisión ilegal cometida con negligencia grave, se encontraba prevista en el Art.º 417, n.º 3 del anterior CP Portugués, y mantuvo la cobertura legal, actualmente con base en el Art.º 369, n.º 5, siendo posible de responsabilidad personal del juzgador, si estuvieran reunidos todos los presupuestos legales. Con efecto, alerta el n.º 3 del Art.º 369 del CP Portugués, que prevé un crimen específico de prisión ilegal⁶⁹⁷, bajo la forma dolosa "*Si, en el caso del n.º 2*⁶⁹⁸, *resulta la privación de la libertad de una persona, el agente es punido con pena de prisión hasta 8 años*". El Art.º 369, n.º 4 del CP Portugués menciona que incurre en la pena

694

Esta norma correspondía al Art.º 444 del Anteproyecto de Parte Especial del CP Portugués, discutido en la 24 sesión de la Comisión Revisora, en 24 de Junio de 1966, publicado en el *BMJ*, 290, p. 72 a 74. Art. 417 del CP de 1982 (Prisión Ilegal) "*1 -El funcionario que, competente para ordenar o ejecutar medidas privativas de la libertad, ordenar y ejecutar una medida de esa naturaleza, por forma ilegal, u omitir ordenarla en los términos de la ley, será punido con pena de prisión de 6 meses a 5 años, si a los actos que practicó no corresponder pena más grave, por fuerza de otra disposición legal.*" El n.º 3 del mismo precepto se refería a los casos en que el funcionario hubiera actuado con negligencia grave.

695

A título de ejemplo *vid* Ac STJ 09-11-1995;C7, *Ac STJ*, III, Tomo 3º, p. 236 a 239.

696

Ac RE 14-03-1995: C7, 1995, Tomo 2º, p. 274 a 277.

697

Sobre la concatenación entre el crimen de prisión ilegal y el crimen de secuestro *vid* JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III (Artículos 308.º a 386.º), *cit.*, Anotación al Art.º 369, p. 625 y 626.

698

Recordamos lo dispuesto en el n.º 2 del Art.º 369 del CP: "*Si el facto es practicado con la intención de perjudicar o beneficiar alguien, el funcionario es punido con pena de prisión hasta 5 años*".

estipulada en el n.º 3 del mismo precepto en el caso del funcionario competente, entiéndase el juzgador, competente ordenar y ejecutar la medida privativa de la libertad de modo ilegal, u omitir ordenarla o ejecutarla de acuerdo con la ley. Esta norma corresponde a la realidad contenida en el anterior Art.º 417 del CP Portugués de 1982 que estipulaba el crimen de prisión ilegal (v.g. prisión sin mandamiento, prisión fuera de las hipótesis legales o con falta de respeto por las formalidades exigidas por nuestra ley) y la no prisión cuando legal (en aquellas situaciones en que tiene lugar la prisión y, sin embargo, el juez no la ordena o no la ejecuta). Si el juez actúa con negligencia grosera o grave queda sujeto a la moldura penal menos gravosa a que alude el n.º 5 del Art.º 369. Esta disposición no admite el intento, una vez que estamos ante un caso de negligencia, aunque grosera. Es evidente que en lo que concierne este elemento subjetivo muchas dudas se podrán levantar⁶⁹⁹.

Para que se asista efectivamente a la presentación de este tipo legal de crimen, en flagrante delito, es forzosa la presencia de los requisitos legales a la laya de lo que sucedió en el STJ 09-11-1995⁷⁰⁰. La misma necesidad se constata en relación a las prisiones ocurridas aunque no sean por flagrante delito. El crimen de prisión ilegal tiene lugar en los casos de comportamiento doloso del magistrado judicial y en las hipótesis de negligencia grave de aquel, figura un poco próxima del dolo eventual, y que se traduce en la no observancia de los cuidados de diligencia en que no incurre un juzgador medianamente prudente y avisado, pero apenas un juez imprudente y descuidado⁷⁰¹. Un caso paradigmático de prisión ilegal que afectó a un juez, no como autor del hecho lesionador pero sí como ofendido, lo deparamos en el Ac STJ 30-06-

699

Sobre este asunto verse, por ejemplo, las consideraciones hechas por LEAL- -HENRIQUES y SIMAS SANTOS, *Código Penal, cit.*, Volumen II, anotación al Art.º 369, p.1163. Según estos autores podrá hablarse en negligencia grosera siempre que, por ejemplo, cierto funcionario no hubiera ordenado la prisión por violación de los deberes elementales de su cargo. Sobre el concepto de negligencia grosera, en general, utilizada en derecho penal consultarse JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 380 a 381.

700

Ac STJ 17-10-1995: *CJ, Ac STJ*, Año III, Tomo 3º, p. 236 a 239.

701

Por ejemplo tratándose de un agente captor, en las situaciones de prisión en flagrante por crimen de desobediencia deberá observar los presupuestos vertidos en el sumario del Ac STJ 09-11-1995: *CJ*, 1995, Tomo 3º, p. 236 a.

1993⁷⁰². La situación de hecho subyacente a ese caso era la siguiente: cierto agente de una escuadra cometió dolosamente un crimen de prisión ilegal contra un magistrado judicial y fue efectivamente condenado por ese crimen previsto entonces en el Art.º 417, n.º 1 del CP Portugués. En la hipótesis de prisión (preventiva) ilegal, la forma de solicitar indemnización por lesiones sufridas es regulado por la ley procesal civil portuguesa, conforme dictó el Ac RL 13-05-1993⁷⁰³. Otra hipótesis, de esta acción protagonizada por un juez, la deparamos en el Ac STJ 04-12-1996⁷⁰⁴, donde se juzgó que la decisión condenatoria no tiene fuerza ejecutiva mientras no se tramite en juzgado. De esta forma, determinada decisión que condene al presunto culpable a pena de prisión efectiva no puede determinar de forma subsecuente y de inmediato su prisión, por lo menos mientras esté dentro del plazo para la interposición de recurso y si no le hubiese sido aplicada la medida de coacción de prisión preventiva. Por lo tanto, es considerada prisión ilegal la prisión ordenada por decisión aún no ejecutable. Bastante curioso es también el problema vertido en el Ac TC n.º 361/97⁷⁰⁵ ya citado *supra*. En este proceso determinado juez fue juzgado en el Tribunal de la RE por la autoría de un crimen de prisión ilegal. En ese mismo proceso el ofendido solicitó el pago de una cantidad indemnizatoria no inferior a Esc. 1 100 000\$00 por daños no patrimoniales. Por “acórdão” de la RE de 14-03-1995 fue extinguido el procedimiento criminal con respecto al crimen de prisión ilegal por negligencia grave por amnistía. Aunque, y según el Art.º 483 y 496 del CC Portugués, el Tribunal de la Relación condenó al juez afectado a liquidar una indemnización a título de daños no patrimoniales en el valor de Esc. 400 000\$00, añadido de juros a tasa legal, hasta integral satisfacción de la deuda. **No obstante, inconforme el juez afectado resolvió recurrir para el STJ, pero el proceso acaba por encerrar con base en la anuencia de la cuestión previa suscitada por el MP.**

702

Ac STJ 30-06-1993: *BMJ*, 428, p. 353 a 361 *s SI*, 7, 1993, p. 111 a 114.

703

Ac RL 13-05-1993: *CJ, Año XVIII*, Tomo 3º, p. 99 a 102.

704

Ac STJ 04-12-1996: *BMJ*, 462, p. 283 a. 285.

705

Ac TC n.º 361/97, de 13 de Mayo de 1997, *Ac. do TC*, 37º Volumen, 1997 (Mayo a Agosto), p. 125 a 137 y Diário da República, II Série, 22 de Octubre de 1997, p. 13036 a 13038.

Se considera que si la acción civil hubiera sido instaurada dentro del plazo de un año a contar desde el archivo del proceso penal que dió resultado a la prisión ilegal no se constata la caducidad del derecho de acción. Fue lo que se determinó en el Ac RL 13-05-1993⁷⁰⁶.

Muy recientemente vino a la luz un caso real de un magistrado judicial que a pesar de encontrarse suspenso de sus funciones continuó en actividad durante veinte días emitiendo decisiones⁷⁰⁷, siendo que algunas de ellas determinaron casos de prisiones (preventivas y efectivas) ilegales. Más allá de que aquel juzgador debería de responder por el crimen de ejercicio ilegal de profesión, nos parece cierto que esta situación podría configurar perfectamente un caso de resarcimiento por el Estado, que posteriormente podría exigir el reembolso al dicho magistrado⁷⁰⁸. En caso de sentencia absolutoria en el juicio de revisión, a que alude el Art.º 29, n.º 6 de la CRP y el Art.º 461 del CPP Portugués, puede el lesionado requerir directamente contra el Estado el pago de daños patrimoniales y no patrimoniales, una vez que el Art.º 462, n.º 1, del CPP Portugués, no hace ninguna restricción a su tipo. La misma consideración fue formulada por MAIA GONÇALVES⁷⁰⁹ y ha sido esta la orientación preconizada por nuestros tribunales. Dice el Art.º 461, n.º 1 del CPP "7 - *Si la decisión revista hubiese sido condenatoria y el tribunal de la revisión absolver⁷¹⁰ el argüido, aquella decisión es anulada, encerrado el respectivo registro y el argüido restituido a la situación jurídica anterior a la condenación.*" En consonancia con esta situación prevé el Art.º 462, n.º 1, del misma norma lo que se

⁷⁰⁶ Ac RL 13-05-1993: Cf. Año XVIII, Tomo 3º, p. 99 a 102.

⁷⁰⁷ LARANJO, TÂNIA, *Juiz estava suspenso e continuou a julgar*. *Jornal de Notícias*, 15-07-2000.

⁷⁰⁸ A lo que parece esta situación habrá sido rastrillada pues el referido juez habría sido interceptado por la GNR con una tasa de alcoholemia en la sangre superior a tres gramas, según TÂNIA LARANJO, *Juiz estava suspenso e continuou a julgar*, *Jornal de Notícias*, 15-07-2000.

⁷⁰⁹ MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12ª Edição, *cit.*, Anotación al Art.º 462, nota n.º 2, p. 860. Para este autor la alusión a los daños sufridos (subrayado del autor) da una indicación de que ese montante indemnizatorio podrá englobar la vertiente daños patrimoniales y no patrimoniales.

⁷¹⁰ En lo que tange a la cuestión de apurar si la absolución parcial es fundamento de indemnización verse MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12ª Edição, *cit.*, Anotación al Art.º 462, nota n.º 3, p. 860.

pasa a transcribir: "1 – En el caso referido en el artículo anterior, la sentencia atribuye al argüido indemnización por los daños sufridos y manda restituir a él las cuantías relativas a costas y multas que hubiese soportado"⁷¹¹. Añade el n.º 2 del mismo precepto lo siguiente: "2- La indemnización es pagada por el Estado, quedando esta subrogada en el derecho del argüido contra los responsables por hechos que hubiesen determinado la decisión revista."⁷¹². Que se note que conforme subraya LUÍS GUILHERME CATARINO⁷¹³ esta norma admite expresamente una situación típica de responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional, independientemente de acto ilícito y culposo. El Estado podrá después demandar directamente al juez responsable por los hechos que hayan causado lesiones y que hubiesen determinado la decisión revista. Por la simple lectura de la norma contenida en el n.º 2 del Art.º 462 concluimos que el ofendido no debe instaurar la acción de indemnización civil contra el juez responsable, ya que tal proceso debe interponerse contra el Estado. Esta indemnización a pagar por el Estado, en caso de absolución, en sede de revisión de la sentencia criminal no incluye, en principio, los gastos anteriores al inicio de la ejecución de la pena, principalmente los gastos soportados por el afectado en el juicio en que fue condenado. Así se decidió en el Ac STJ 23-06-1953⁷¹⁴. En lo que atañe a los plazos de prescripción y caducidad del derecho de indemnización derivado de prisión ilegal son de la mayor importancia los desarrollos efectuados en el Ac RL 13-05-1993⁷¹⁵. Sobre el cómputo de los daños efectivamente soportados por el condenado injustamente deberá tenerse presente, entre otros aspectos, el comportamiento más o menos censurable de los agentes del Estado así como la culpa del lesionado, en la óptica a que alude el Art.º 570 del CC. Dice esta norma, en su n.º 1: "*Cuando un hecho culposo del lesionado hubiese concurrido para*

711

Si el afectado hubiera requerido el pago de esas cuantías, la restitución podrá ser efectuada en el tribunal donde transcurrió el proceso.

712

Continúa el n. 3 del Art.º 462 del CPP: "3 - A pedido del requirente, o cuando no disponga de elementos bastantes para fijar la indemnización, el tribunal relega la liquidación para ejecución de sentencia."

713

CATARINO, LUÍS GUILHERME *Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça...*, cit., p. 176

714

Ac STJ 23-06-1953: *BMJ*, 37, p. 150 a 152.

715

Ac RL 13-05-1993: *CJ*, Año XVIII, Tomo 3º, p. 99 a 102.

la producción o agravamiento de los daños, cabe al tribunal determinar, con base en la gravedad de las culpas de ambas las partes y en las consecuencias que de ellas resultaron, si la indemnización debe ser totalmente concedida, reducida o aún excluida." Además, sobre este propósito escribió en 1981, JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS⁷¹⁶ que en muchos rincones del mundo ha ganado la idea de que, en ciertos casos en que la víctima haya dado ocasión, con su conducta, al surgimiento del crimen, al no haber observado las medidas de prevención que serían generalmente recomendadas, podrá tener que soportar, parte de esa atribución de responsabilidad. Posiblemente podríamos, en términos muchísimo generales, dibujar cuidadosamente aquí un caso de corresponsabilidad. En relación a los daños no patrimoniales derivados de una condenación injusta se juzgó en el Ac. STJ 26-09-1996⁷¹⁷. Según esta decisión, la indemnización por daños no patrimoniales a arbitrar de acuerdo con aquella norma jurídica deberá ser fijada equitativamente por el tribunal, teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias del caso, la gravedad de la condenación, el ambiente social en que vive el afectado, su situación económica, la gravedad del crimen que le fue imputado y, sobretodo, el tiempo de la injusta prisión sufrida. Pero decidió la mencionada resolución judicial que una vez que se trate de daños no patrimoniales no podría asistirse a la actualización de la cantidad a indemnizar.

Puede igualmente el perjudicado solicitar indemnización civil, fundado en prisión preventiva ilegal (a pesar de formalmente legal) y ese pedido puede no proceder por considerarse que la misma fue justificada o no deriva de un error grosero. No es, sin embargo, suficiente para sustentar tal solicitud, la simple declaración de absolución final del perjudicado. Así tenemos, entre otros, lo vertido en la decisión contenida en el Ac STJ 17-10-1995⁷¹⁸.

716

BARREIROS, JOSÉ ANTÔNIO, *Processo Penal I*, Almedina Coimbra, Coimbra, 1981, p. 525.

717

Ac STJ 26-09-1996: *BMJ*, 459, p. 425.

718

Ac STJ 17-10-1995: *CJ, Ac STJ*, Año III, Tomo 3º, p. 65 a 68. Por los esclarecimientos muy pertinentes pasamos a transcribir las conclusiones del sabio acórdão: "1. En nuestro tiempo y en nuestro espacio, no incuestionables y hay que buscar compatibilizar derechos como a la vida, a la libertad, al buen nombre, ajusta reputación pero, también, a la seguridad de lo común de los ciudadanos y a la operacionalidad procesal penal. 2. Así, como la detención o la prisión preventiva deben obedecer las reglas firmadas, también la reacción contra esas situaciones depende de

20. HABEAS CORPUS

En relación al fenómeno habeas corpus⁷¹⁹ es prolija la jurisprudencia, presente⁷²⁰ y menos reciente⁷²¹, así como la doctrina⁷²². En los tribunales portugueses véase, entre otros, los Ac STJ 22-03-2001⁷²³, Ac STJ 20-03-1996⁷²⁴ y el Ac STJ 30-06-1994⁷²⁵. Lo mismo se dice en relación a la forma como este instituto es tratado y estudiado en los restantes países⁷²⁶. La ley citada actual es clara en su formulación.

encuadramiento legal. 3. Aunque siendo cierto que el pedido de indemnización por prisión preventiva ilegal o injustificada no depende de haber habido recurso penal, es igualmente cierto que el pedido civil no puede funcionar como una especie de impugnación de las decisiones penales, y la no impugnación penal no deja de ser un facto ponderable. 4. La prisión preventiva no es injustificada y, mucho menos, por error grosero, sólo porque el interesado viene a ser absuelto. 5. Sólo la demostración, no apenas que hubo error, pero error grosero, en la decisión sobre prisión preventiva, formalmente legal, justifica la subsecuente análisis de los demás presupuestos para efectos de juicio de pedido indemnizatorio."

719

Según SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Verbo, 1978, Comentarios al Art.º 31 de la CRP, p. 45 este instituto se debe al derecho político inglés contenido en la Magna Carta del siglo XIII. Este fenómeno ya se encontraba previsto en la CRP de 1911 mientras una garantía individual, vertida en el Art.º 3º, n. 31 y fue trasladada para la CRP de 1933 para el Art.º 8º, párrafo 4º.

720

Ac STJ 19-05-1994: *BMJ*, 437, p. 359 a 361.

721

A nivel jurisprudencial deparamos con los Ac STJ 03-10-1962 *BMJ*, 120, p. 287 a 289 y Ac STJ 11-04-1956: *BMJ*, 56, p. 202 a 204.

722

Más recientemente tenemos JOSÉ DE FARIA COSTA, *Habeas corpus ou a análise de um longo e ininterrupto "diálogo" entre o poder e a liberdade*, BFD, Universidade de Coimbra. Volumen LXXXV, p. 537 a 552.

723

Ac STJ 22-03-2001 : *CJAc STJ*, Año IX, Tomo 1º, p. 256 a 257.

724

Ac STJ 20-03-1996: *BMJ*, 455, p. 364 a 371.

725

Ac STJ 30-06-1994: *CJ*, 1994, Tomo 2º, p. 261.

726

Sobre el instituto del *Habeas Corpus* previsto en el Art. 17, n.º 4 de la CE, en España tenemos VICENTE GIMENO SENDRA, *El proceso de "Habeas Corpus"*, Temas clave de la Constitución Española, Editota Tecnos, Madrid, 1985, p. 41 a 237. Dice la ley lo siguiente: "La ley regulará un procedimiento de "habeas Corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional..." y VICTOR FAIREN GUILLEN, "Habeas Corpus y Manifestación", *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, p. 315 a 461. Específicamente en relación al *Habeas corpus* en Brasil consultarse el trabajo de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos fundamentais*, Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, 1999, p. 140 a 142, MAURO CUNHA y ROBERTO COELHO SILVA, *Habeas corpus no Direito Brasileiro*, Aide Editora, 1ª Edição, 1985, Rio de Janeiro. Brasil, PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*, Tomo I e Tomo II, 8ª edición corregida y mejorada, Edição Saraiva, 1979. En la Constitución de 1946, en el Art.º 141, párrafo 20, 21, 22, 23 y 24 (estos últimos sobre el *Habeas Corpus*) transcritos en el trabajo de ARTUR MALHEIRO, *Legislação Brasileira, Constituição da republica dos Estados Unidos do Brasil 1946*, Edição Saraiva, São Paulo, 1963, p. 60 y 61 y Constitución Brasileira contenida en la ley n.º 496, de 1 de Agosto de 1898, compilada por JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira, 4º edição revista e aumentada*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1913 p. 68 e 82, más específicamente los Artículos 61, 1º y 72, párrafo 22. Sobre este fenómeno verse aún EUGÊNIO R. ZAFFARONI, *Sistemas Pendes y Derechos Humanos en América Latina, Primer Informe*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 150 a 162.

Dispone el Art.º 31 de la CRP⁷²⁷ (*Habeas Corpus*): "1 - Habrá *habeas corpus* contra el abuso de poder, por virtud de prisión o detención ilegal, a interponer ante el tribunal judicial o militar consonante los casos⁷²⁸. 2 - La providencia del *habeas corpus* puede ser requerida por el propio o por cualquier ciudadano en el gozo de sus derechos políticos. 3 - El juez decidirá en el plazo de ocho días el pedido de *habeas corpus* en audiencia contradictoria."

En sede ordinaria el Art.º 220 y 221, ambos del CPP Portugués, se refieren a la medida del *habeas corpus* derivada de detención ilegal⁷²⁹ y los Artículos 222 y 223 de la misma norma tratan del *habeas corpus* derivado de prisión ilegal⁷³⁰. Las situaciones enumeradas en esas disposiciones jurídicas asumen el carácter taxativo, tal como se juzgó en el Ac STJ 21-05-1997⁷³¹.

En caso de prisión preventiva derivada de flagrante delito, a que alude el Art.º 255, n.º 1 del CPP, Portugués, en el despacho del magistrado judicial que recibió la acusación del MP, y de acuerdo con los fundamentos en él presentados, no hay lugar a interrogatorio judicial del presunto culpable, no implicando su falta, una situación de prisión ilegal justificativa de la providencia de *habeas corpus*. Es extraña a la referida vía la posible existencia de violación de los derechos de defensa del afectado, conforme se decidió en el Ac STJ 16-01-1 991⁷³². Además, y a propósito de la no

727

Esta disposición estaba anteriormente consagrada en el Art.º 3º, n. 131 de la CRP de 1911 y en el Art.º 8, párrafo 4º en la CRP de 1933.

728

A este respecto leerse el Art.º 212 de la CRP (Supremo Tribunal de Justicia e instancias) y Art.º 218 (tribunales militares) de la misma ley, de acuerdo con la naturaleza de la autoridad que haya ejecutado o determinado la detención o el orden de quien el afectado se encuentre detenido. Sobre los militares y los no militares y su sujeción al foro militar en sede de *habeas corpus*, verse el Ac STJ 04-08-1962: *BMJ*, 119, p. 321 a 324, y el Ac STJ 30-05-1962: *BMJ*, 117, p. 399 a 402.

729

Sobre esta providencia y su procedimiento JOSÉ PIMENTA, *Código de Processo Penal anotado, cit.*, p. 535 a 537.

730

A este respecto tenemos JOSÉ PIMENTA, *Código de Processo Penal anotado, cit.*, p. 538 a 542 y GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Volumen II, cit.*, p. 259 a 260.

731

Ac STJ 21-05-1997: *BMJ*, 467, p. 472 a 477.

732

Ac STJ 16-01-1991: *BMJ*, 403, p. 273 a 275.

presentación de la persona investigada al juez en el plazo de 48 horas, después del cumplimiento de mandados de captura para prisión preventiva, se consideró en el Ac STJ 10-10-1990⁷³³ que tal omisión no lleva, por si sólo, a la anuencia del *habeas corpus*.

El instituto del *habeas corpus* se trata de una providencia privilegiada⁷³⁴ del derecho a la libertad (Art.º 27 y 28 de la CRP), contra determinada detención o prisión tenida por ilegal. Se pretende con ella controlar la legalidad de la prisión en el momento en que se decide, teniendo como finalidad atestar la legalidad de las prisiones a que cualquier persona está sujeta, no incluyendo las ilegalidades que puedan haber sido cometidas en el proceso ni cualquier medida contra los responsables por esas ilegalidades. Esta providencia asume un cariz excepcionalísimo de modo a salvaguardar la libertad individual según la alegación producida en el Ac STJ 21-01-2000⁷³⁵ y Ac STJ 26-04-1989⁷³⁶. Se dice que estamos ante una detención o prisión ilegal siempre que ocurra fuera de los condicionalismos legales a que alude el Art.º 27 de la CRP, cuando haya sido ejecutada o determinada por una autoridad incompetente o de una manera irregular, también cuando hayan sido excedidos los plazos de presentación al magistrado judicial o los plazos consignados en el Art.º 215 del CPP Portugués⁷³⁷, o la duración de la pena de prisión a cumplir, entre otras circunstancias. Si se constata, de hecho, que existió una ilegalidad en la detención o prisión, el tribunal competente apreciará si el investigado debe, o no, ser liberado. Si la prisión o detención era manifiestamente indebida, el tribunal irá a reponer su legalidad, ordenado la observancia de actos que no fueron debidamente observados (v.g. la presentación del argüido al magistrado judicial). Fue el caso de la prisión

733

Ac STJ 10-10-1990: *CJ*, Año XV, Tomo 4º, p. 28 a 29. Aquí se determinó igualmente que la providencia del *habeas corpus* apenas podría ser utilizada en el caso de la prisión haber sido efectuada por despacho de juez irrecurable.

734

Con profundas raíces en el derecho anglosajón. Sobre sus antecedentes y presupuestos habló GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Volumen II, cit., p. 260 a 264.

735

Ac STJ 21-01-2000: *BMJ*, 493, p. 269 a 272.

736

Ac STJ 26-04-1989: *BMJ*, 386, p. 422 a 425.

737

Ac STJ 16-12-2003: *CJ*, 2004, Tomo 3º, p. 246 a 249.

ilegal que estuvo en el origen de la decisión judicial concentrada en el Ac STJ 04-12-1996⁷³⁸ y también en el Ac STJ 10-04-1984⁷³⁹.

La citada precaución legal apenas puede ser utilizada en caso de que el despacho del magistrado judicial sea irrecurrible y en los casos de prisión sin despacho del juez. No se trata de una hipótesis de prisión ilegal, posible de un pedido de *habeas corpus*, la resolución judicial que determina que cierta persona deberá quedar en prisión preventiva después de la realización del juicio en que fue decretada su absolución (lo que, en rigor debería haber sido era la suspensión del proceso), en consecuencia de una alteración substancial de los hechos descritos en la acusación. Véase, sobre este asunto, el Ac STJ 11-03-1993⁷⁴⁰.

Como se sabe, el proceso penal comporta una estructura bipartida. La primera donde se trata de averiguación de vestigios y la recogida de medios de prueba, durante la cual si el presunto culpable es apresado, deberá ser sometido a un interrogatorio judicial. La segunda, engloba una fase de preparación y realización de la audiencia de juicio, cuando haya apariencia suficiente que soporte la probabilidad de que al presunto culpable sea necesario aplicarle una pena o medida de seguridad. En el caso de que la persona investigada haya recibido la acusación del MP, y no habiendo sido oído en el proceso, ya que todas las veces que fue notificado para tal no compareció, estamos ante una prisión legal por lo que el pedido de *habeas corpus* formulada en ese proceso es injustificado. Así vid Ac STJ 09-06-1993⁷⁴¹.

738

El sumario de la decisión pasamos a transcribir: "1 -La decisión condenatoria no tiene fuerza ejecutiva mientras no transitar en juzgado. 2-Así, el acórdão que condene el argüido a pena de prisión efectiva no puede ordenar de inmediato su prisión mientras esté a transcurrir el plazo para interposición de recurso y si no le haya sido aplicada medida de coacción de prisión preventiva. 3 - Es, de este modo, ilegal la prisión ordenada por decisión aún en el ejecutable, porque motivada por facto que la ley no permite." Ac STJ 04-12-1996: *BMJ*, 462, p. 283 a 293.

739

Ac STJ 10-04-1984: *BMJ*, 336, p. 277 a 282 y Parecer del STJ publicado en este *Boletín z-p.* 249 a 255.

740

Ac STJ 11-03-1993: *CJ*, 1993, Tomo 1º, p. 210.

741

Ac STJ 09-06-1993: *BMJ*, 428, p. 439 a 442.

Este instrumento podrá constituir una vía que vise remediar una situación de abuso de poder del magistrado judicial que la haya determinado, en sustitución del recurso.

La orientación del STJ ha sido en el sentido de no admitir la reclamación del *habeas corpus* siempre que la resolución que se pretende atacar es susceptible de recurso. Para GERMANO MARQUES DA SILVA esta no se traduce en la mejor opción⁷⁴² pues "*basta atender en el carácter extraordinario y urgente de la providencia relativamente a los plazos establecidos por ley para decisión de los recursos para tenerse que considerar que el habeas corpus es una medida extraordinaria y urgente que no puede estar condicionada por la posibilidad de interposición de recurso*" Más, conforme subrayan GERMANO MARQUES DA SILVA⁷⁴³ y JOSÉ PIMENTA⁷⁴⁴, la redacción del propio Art.º 219 del CPP Portugués habla en la posibilidad de recurso, sin perjuicio del pedido del *habeas corpus*. Tratándose de una medida de coacción, el modo de impugnación consta en el referido Art.º 219 del mismo CPP. Si se traduce en una sentencia o "acórdão" que determine la aplicación de una pena de prisión el investigado podrá interponer los recursos ordinarios permitidos en el Art.º 399 del mismo CPP⁷⁴⁵.

Igualmente, no se considera, a la laya de lo que sucedió en el Ac STJ 27-06-1996⁷⁴⁶, que se trata de un caso de prisión ilegal, siendo no susceptible de *habeas corpus*, cuando el investigado no hubiera interpuesto recurso de la decisión condenatoria de la 1ª instancia, aunque el establecimiento de prisión no haya sido

⁷⁴²

MARQUES DA SILVA, GERMANO, *Curso de Processo Penal*, Volumen II, *cit.*, p. 264 a 265.

⁷⁴³

MARQUES DA SILVA, GERMANO, *Curso de Processo Penal*, Volumen II, *cit.*, p. 265.

⁷⁴⁴

PIMENTA, JOSÉ, *Código de Processo Penal Anotado*, *cit.*, Anotación al Art.º 222, p. 540.

⁷⁴⁵

Para mayores desarrollos sobre los recursos en proceso penal verse MANUEL SIMAS SANTOS y MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Recursos en Processo Penal*, 4ª Edição, 2001, Rei dos Livros. En lo que concierne a la tramitación propiamente dicha *vid* las enseñanzas dadas por DAVID BORGES DE PINHO, *Da acção Penal, tramitação e formulários*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 133 a 198.

⁷⁴⁶

Ac STJ 27-06-1996: 5M7, 458, p. 204 a 207.

notificado del tránsito en juzgado de la misma decisión. Aunque el investigado haya cumplido 5/6 de la pena en los casos mencionados en el Art.º 61, n.º 2 del CP, los presos no pasan a quedar automáticamente en una situación de prisión ilegal justificativa de la providencia del *habeas corpus*, una vez que la liberación exige siempre intervención y juicio del Tribunal de ejecución de penas, conforme se determinó en el Ac STJ 26-04-1995⁷⁴⁷. En el Ac STJ 15-06-1994⁷⁴⁸ se juzgó que existe una situación de prisión ilegal en aquellos casos en que el presunto culpable continúa preso después de alcanzados 5/6 de la pena superior a 6 años de prisión, sin que sesenta días antes, no haya sido instaurado el proceso de libertad condicional. En lo que atañe a nuestros tribunales pueden verse el Ac. STJ 04-02-1948⁷⁴⁹ y el Ac STJ 25-02-1948⁷⁵⁰. Igualmente se decidió en el Ac STJ 16-12-2003⁷⁵¹ que no se admite la realización de diligencia probatorias ante el STJ aún en el ámbito del pedido de *habeas corpus*.

El art.º 29, n.º 6, de la CRP, Portugal, reconoce, según los Profesores GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA⁷⁵², y asegura el derecho a la revisión de sentencia⁷⁵³ y el derecho a la indemnización por daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos en las hipótesis de condenaciones injustas. Estamos, así, ante una hipótesis clásica de la responsabilidad del Estado por la función jurisdiccional siempre que hablamos de la reparación de los perjuicios derivados de condenaciones

⁷⁴⁷

Ac STJ 26-04-1995: *CJ*, 1995, Tomo 2º, p. 173.

⁷⁴⁸

Ac STJ 15-06-1994: *CJ*, 1994, Tomo 2º, p. 247.

⁷⁴⁹

Ac STJ 04-02-1948: *BMJ*, 4, p. 184 a 185.

⁷⁵⁰

Ac STJ 25-02-1948: *BMJ*, 4, p. 191.

⁷⁵¹

Ac STJ 16-12-2003: *CJ*, 2003, Tomo 3º, p. 249 a 252.

⁷⁵²

GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volumen I, *cit.*, p. 195.

⁷⁵³

Es de conceder la revisión de sentencia condenatoria proferida en proceso que fue condenado el verdadero agente de la infracción bajo una falsa identidad de un hermano conforme se determinó en el Ac STJ 30-01-1057: *BMJ*, 63, p. 470 a 472. Pero no hay lugar a esa revisión cuando es efectivamente condenada la persona física que cometió el crimen aunque identificada con otro nombre. Así tenemos el Ac STJ 08-11-1995: *CJ*, Año III, Tomo 3º, p. 229 y Ac STJ 11-03-1993: *C J Ac STJ*, 1993, Tomo 1º, p. 212 a 214.

injustas apreciadas en sede de revisión de sentencia. Estas situaciones **consubstanciadas** en la reparación en términos latos del error judicial, patentes en el CC de Seabra en el Art.º 2403 y en el anterior CPP Portugués (Art.º 690), y Art.º 462 del mismo CPP vigente posee actualmente dignidad constitucional. Consideramos que el pensamiento legislativo procede a excluir la responsabilidad *personal y directa* de los eventuales responsables por la decisión revista, impidiendo que ese pedido sea formulado contra el magistrado judicial que emitió la resolución judicial. Se comprende la opción una vez que el recurso de revisión no tiene como objetivo específico la obtención de un resarcimiento civil a ser soportado por el Estado, pero si antes la modificación de una sentencia inicua ya transitada en juzgado. Como se sabe esa reparación es fijada posteriormente, aunque la parte lesionada no haya efectuado cualquier requerimiento en ese sentido. Si nuestro sistema jurídico facultase la posibilidad de que el condenado injustamente, a la altura de la interposición del recurso, pudiera, en simultaneo, efectuar un pedido de indemnización civil contra el alegado responsable, por los hechos que ocasionaron la sentencia que se pretende atacar, entonces el recurso de revisión serviría igualmente para "*condenar*" el(los) juez (ces) responsables por esos mismos hechos. Ahora bien, esta situación excedería, en mucho, la *ratio* de aquel recurso.

A nivel jurisprudencial son varias las decisiones judiciales proferidas a lo largo de los tiempos que se volcaron sobre la revisión de las sentencias condenatorias específicamente los Ac STJ 28-09-1999⁷⁵⁴, Ac STJ 20-02-1974⁷⁵⁵, Ac RL 04-04-1973⁷⁵⁶, Ac STJ 14-10-1964⁷⁵⁷, Ac STJ 03-10-1962⁷⁵⁸, Ac STJ 18-07-1962⁷⁵⁹, Ac

754

Ac STJ 28-09-1999: *CJ*, XXIV, Tomo 3º, p. 40 y siguientes (recurso de revisión).

755

Ac STJ 20-02-1974: *BMJ*, 234, p. 191 a 196. En este acórdão se juzgó que puede pedirse la revisión de las decisiones penales condenatorias aunque la infracción haya sido amnistiada.

756

Ac RL 04-04-1973: *B M J*, 226, p. 283. En esta decisión se juzgó de la siguiente manera: "*Autorizada la revisión del acórdão que condenó el reo en prisión mayor, de quien ya cumplir más que mitad, no hay lugar al arbitraje de cualquier indemnización a pagar por el Estado desde que en el nuevo juicio no fue absuelto, pero condenado en pene. de multa por crimen menos grave (artºs. 8, n.º 20 de la Constitución Política, 125, párrafo 7C del Código Penal, y 690 del Código de Proceso Penal).*"

757

Ac STJ 14-10-1964: *BMJ*, 140, p. 364 a 367. Aquí se determinó que no se puede requerir la revisión de una sentencia penal condenatoria con fundamento en la violación de ley. La injusticia de la resolución judicial apenas puede ser atacada

STJ 16-11-1960⁷⁶⁰, Ac STJ 26-11-1901⁷⁶¹, entre otras.

A nivel constitucional, en la CRP, Portugal, de 1933, nos encontrábamos, como vimos, con el Art.º 8º n.º 20⁷⁶² que establecía igualmente el deber de reparación de los entes públicos en las hipótesis de errores judiciales. Así, todo el ciudadano que hubiera sufrido una compresión de su derecho a la libertad podría solicitar la respectiva reparación civil. Actualmente nuestra constitución estipuló esta materia en el Art.º 29, n.º 6º de la CRPortugal.

En el ordenamiento jurídico en vigor apenas el Estado surge como único y principal responsable por el pago de la cantidad indemnizatoria debida al condenado injustamente, independientemente de que el investigado pueda accionar igualmente frente a el(los) responsable(s) por la decisión revista. Esta responsabilidad del Estado es marcadamente objetiva, esto es, independientemente de la observación de la ilicitud de los hechos del juez que tuvieron en su origen.

mediante el correspondiente recurso.

758

Ac STJ 03-10-1962: *BMJ*, 120, p. 284 a 286. En esta resolución judicial se juzgó que es admisible la revisión de la decisión condenatoria con fundamento en la descubierta de nuevos elementos de prueba (Art.º 673, n.º 4 del CPP Portugués entonces en vigor).

759

Ac STJ 18-07-1962: *BMJ*, 301 a 307.

760

Ac STJ 16-11-1960: *BMJ*, 101, p. 518 a 521. Este acórdão se insiere en la orientación generalizada de que sólo pueden fundamentar la revisión indicios fundados de la inocencia del condenado y no la simple iniquidad de la decisión judicial condenatoria.

761

Ac STJ 26-11-1901: *O Direito*, Tomo 34, p. 37, refiriéndose a la revisión permitida en el ámbito de los Artículos 1263 a 1265 y 1268, todos de la *Novíssima Reforma Judiciária*.

762

Sobre esta responsabilidad por actos lícitos en el seno y en la vigencia de la CRP de 1933 leerse los esclarecimientos formulados por GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, cit., p. 131 a 141, y aún VAZ SERRA, *BMJ*, 90, p. 288 a 306.

CONCLUSIONES

1. OBJETO Y CONTENIDO

Una conclusión no se traduce en una síntesis, sino se trata, eso sí, de un último toque de toda la obra.

Como encerramiento que es, el desiderátum sucede en el sentido de encerrar algunas premisas. Esta es la difícil tarea que, al concluir el trabajo, tenemos ahora que enfrentar.

Primera y fundamental cuestión que se coloca a propósito de la responsabilidad civil o personal del juez es la de saber si frente al panorama Español y Brasileño del derecho constituido, tiene sentido hablar en su existencia, sin, entretanto, realizar aquí una recapitulación de todo lo que fue puesto. Son innumerables los problemas levantados en el curso del presente trabajo, sea en sede de delimitación de los sistemas legales, sea en lo tocante a las cuestiones específicas vinculadas al tema. De cualquier forma, importante es que se destaquen los principales puntos, concluyendo en relación a estos.

El cerne del presente análisis hay que buscar y lanzar las respuestas para dos puntos principales. El primero, por cierto, se resume en la averiguación de la especie de responsabilidad de los jueces, definiéndose, actualmente, son responsables civilmente por las decisiones proferidas en el desempeño de la judicatura en Brasil y en España. El segundo punto se refiere a evaluar esa atribución de responsabilidad.

Preocupa a toda persona, la idea de que los seres humanos sean responsabilizados de manera distinta. La idea general es la de que todos, por igual,

sean responsables por sus actos. Es triste pensar que sea posible la configuración de hipótesis en que la Justicia sea ejercida por profesionales irresponsables. Ser responsable es tener la capacidad de asumir sus propios actos. Solamente se puede exonerar las personas inimputables, pero, aún así, ordinariamente hay personas que responden por ellos. Transportando estas afirmaciones para la judicatura, debemos pensar que cuanto más poderes detiene una persona, mayor debe ser su responsabilidad. Al juzgar, un ser humano ejerce actividad que irá a decidir el destino de derechos como la libertad, el estado de una persona, sus relaciones familiares, paternidad, patrimonio. El poder del juzgador, mientras prestador de jurisdicción es, por así decirlo, dentro de los límites de la contienda, ilimitado. Los resultados advenidos de sus actos son graves, ya sean positivos o negativos, para uno y otra parte litigante, pero severos, afectando a los bienes más valiosos y alterando la relación de estos con los hombres. De suma importancia es que esta actividad sea desempeñada con toda cautela, buscando siempre minimizar, al máximo, el margen de error – objetivamente considerado, no que es posible que lo sea – así como las consecuencias lesivas. En las sociedades modernas, la idea antigua y superada de desorden fue sustituida en los tiempos hodiernos por una concepción de responsabilidad. Al lado de la responsabilidad civil judicial viene siempre la temática de la independencia del juzgador. Siempre existe el riesgo de que con la capa de la reglamentación del régimen de la responsabilidad civil de los jueces se vise, en el fondo, atacar o disminuir la necesaria independencia. A todo poder debe corresponder un control y una responsabilidad, para que no sea ejercido de manera tiránica.

La responsabilidad personal o civil del juez puede ser pensada como la predisposición que debe existir antes de la decisión tomada judicialmente. Pero el régimen a aplicar irá lógicamente a incluir la responsabilidad de reacción, esto es, después de que las resoluciones judiciales hayan sido emitidas.

Existe una opinión de que los jueces no son responsables. Esta inclinación era entendida en su forma más pura hace siglos atrás cuando preponderaba la idea de que

los tribunales y sus titulares eran ilimitados e irresponsables. Superada esta idea, aún prospera actualmente la tesis de que los magistrados judiciales son, vía de regla, irresponsables. Esta regla admite, entretanto, limitadas excepciones previstas en las legislaciones en enfoque.

2. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ DELANTE DE LA LEGISLACIÓN

Como vimos a lo largo del presente trabajo, la responsabilidad del juez es extracontractual⁷⁶³. El Derecho Español sacramentó la responsabilidad civil del juez y magistrados integrantes del Poder Judicial como sometida al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual en el artículo 1902 del Código Civil Español:

“Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Estatuido está que se trata de responsabilidad por culpa extracontractual, pudiendo determinarse en “conducta antijurídica constitutiva de *un non liquet*,

763

En España tenemos CARLOS ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, Editaria Civitas SÁ, Primera edición, Madrid, 1977, p. 41 a 45. Esta diversidad ha sido frecuentemente ventilada por la doctrina, al punto de ser cuestionada su división. Sobre la afluencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual vid ALMEIDA COSTA, *AB VNOASOMNES, 75 anos de Coimbra Editora*, p. 555 a 565, ADRIANO VAZ SERRA, *BMJ*, n.º 85, Abril, 1959, p. 210 a 239, JAIME GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, cit., p. 214 a 240, CARLOS ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, cit., p. 45 a 48. En otro nivel se habla de responsabilidad *objetiva y subjetiva*, en Portugal conforme discursan de forma verdaderamente interesante JÚLIO GOMES, *Responsabilidade objectiva e responsabilidade subjectiva*, *RDE*, 13, 1987, p. 97 a 123, y RAMOS DE SOUSA y SILVA PINTO, *Da responsabilidade civil*, Instrucciones son hechas por el Exmo. Prof. Dr. Jaime Gouveia, en el año lectivo de 1933/34, al Curso complementario de Derecho Civil, Lisboa, 1933, p. 9, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, cit., p. 74 a 78, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, Lições dadas ao 3º ano no ano lectivo de 1978/1979, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979*, III Volumen, p. 59 a 62, p. 74 a 76, y del mismo autor, más recientemente, *Direito das Obrigações*, II Volumen, 1994, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 271 a 273, AMÉRICO MARCELINO, *Do concurso do risco e da culpa, Alguns aspectos da responsabilidade civil*, *SI*, Tomo "XXX, 1981, p. 117 a 130, y JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, p. 17 a 35. A grueso modo la responsabilidad subjetiva se verifica siempre que, en determinadas circunstancias, alguien provoque perjuicios a otro con dolo o mera culpa, al paso que la responsabilidad se dice objetiva siempre que alguien produzca lesiones independientemente de haber actuado con culpa.

En España leerse MARIANO MARTIN-GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho Positivo Español*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972. En Venezuela RENÉ DE SOLA, *Opinión jurídica, Un caso de responsabilidad objetiva*, Publicaciones de la facultad de Derecho, Volumen XXIV, Caracas, 1960, p. 65 a 85.

legalmente inadmisibles”⁷⁶⁴.

Para el ordenamiento jurídico Español, la caracterización del actuar judicial indemnizable no transcurrirá de simple acto diverso del que hubiera sido reglado en la esfera privada. Se determina en práctica que solamente será considerada justificadora de recomposición cuando se cumplan los requisitos caracterizadores de la responsabilidad civil extracontractual, que son más difícilmente suplidos. El magistrado estará resguardado de imputación civil y hasta de inicio de pretensión en este sentido, salvo que sea demostrada la existencia del acto u omisión lesiva, contraria a Ley, así como el nexo de causalidad que deberá existir entre el actuar u omitir y el resultado lesivo. Es lo que se extrae del voto del Magistrado del Tribunal Supremo Español, Relator de la sentencia 51/2004 Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de La Cuesta, que así decidió: “Centrada ya el área en la que se va a desenvolver la petición de responsabilidad civil, será necesario estudiar, uno por uno y muy detenidamente, los requisitos que, fijados por la Jurisprudencia de esta Sala y reconocidos por moderna doctrina civilística, son necesarios para la determinación de una declaración de responsabilidad civil extracontractual, y que, si se dieran en la conducta de los Magistrados demandados, les haría merecedores de una declaración de la existencia de responsabilidad civil en su actuación, y, por ende, de las consecuencias económicas pertinentes.”

En Brasil no ocurre de forma diferente. Cuando la responsabilidad no sucede existiendo un acuerdo previo, se dice que ella es extracontractual. En este caso, se aplica lo dispuesto en el art. 159 del Código Civil Brasileño. Todo cual que causa lesión a otro, por culpa en sentido estricto, o dolo, queda constreñido a repararlo. Es la responsabilidad procedente de ilícito extracontractual, también llamada aquiliana, donde está contenida, también, la responsabilidad del juez.

764

Tribunal Supremo Español, en la sentencia número 51/2004, fechada de 23 de enero de 2004 (RJ/2004/1).

Fijado pues, que la responsabilidad de los jueces, tanto en España como en Brasil, tiene naturaleza extracontractual, tenemos que examinar, ahora, la incidente legislación infraconstitucional y constitucional.

En términos constitucionales, la responsabilidad personal del juzgador se tradujo en una constante en el Derecho Constitucional Español a lo largo de los tiempos. Tal significa que el juez responde civilmente por los daños que ocasione a otro siempre que, en el ejercicio de sus funciones, proceda con dolo o culpa. Esa tendencia se reafirmaba en las diversas Constituciones Española que se siguieron, a saber la de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931. Ya en la Constitución de 19 de Marzo de 1812, en su Art.º 254, se proclamaba expresamente la existencia de responsabilidad civil del magistrado judicial por *toda la falta y observancia de las leyes que regulan el proceso civil y criminal*. Esta noción acabó por ser ampliada en la Constitución de 18 de Junio de 1837, en su Art. 67 que establecía la responsabilidad personal de los juzgadores por todas las infracciones a la ley que cometieran. En la Constitución de 23 de Mayo de 1845 (Art.º 70), en la Constitución de 1 de Junio de 1869 (Art.º 98⁷⁶⁵), en la Constitución de 30 de Junio de 1876 (Art.º 81), en la Constitución de 9 de Diciembre de 1931 (Art.º 99⁷⁶⁶), esta materia se mantuvo incólume previendo *ipsis verbis* la responsabilidad personal del juzgador.

Actualmente, en España, este blanco encuentra su sede constitucional en los Artículos 117⁷⁶⁷ que consagra expresamente la responsabilidad de los jueces, y Art.º

765

Art.º 98 de la Constitución de 1 de Junio de 1869: "*Los Jueces son responsables personalmente de toda la infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces o magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo*".

766

Art.º 99 de la Constitución de 9 de Diciembre de 1931, dictaba: "*La responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los Jueces, Magistrados y Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo con intervención de un Jurado especial, cuya designación, capacidad e independencia regulará la ley. Se exceptúa la responsabilidad civil y criminal de los Jueces y Fiscales municipales que no pertenezcan a la carrera judicial (...)*".

767

Art.º 117, n.º 1, de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, inserido en el Título VI *Del Poder Judicial*: "*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*".

121 de la CE⁷⁶⁸ sobre la responsabilidad del Estado del deber de indemnizar por error judicial y por el funcionamiento anormal de la justicia, ambos de la actual Constitución.

Conforme el artículo 411 de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” los “Jueces y Magistrados” responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones incurran en dolo o culpa.

En los términos de lo que enseña Juan Antonio Moreno Martínez⁷⁶⁹, la norma, tipifica por lo tanto, uno de los presupuestos de la responsabilidad, que la conducta del órgano jurisdiccional, causadora de los daños y perjuicios, haya sido culposa, sin, entretanto, especificar cual la modalidad de culpa (leve, media o grave) y sin ajustar su relación con el artículo 296 de la misma ley que menciona que para que se pueda ejercer por el Estado la “acción de repetición” que los daños se hayan producido por culpa grave (por lo menos), con lo que se argumenta que las indemnizaciones habidas por daños ocasionados por culpa leve o culpa simple no son “repetibles”.

La “Ley de Enjuiciamiento Civil” que se refiere, aunque superficialmente, a cuestión (artículo 226), tampoco exige que la culpa sea grave y, además, considera la “ignorancia inexcusable”, como causa de responsabilidad, de forma similar a lo que hacía la antigua “Ley de Enjuiciamiento Civil”, concepto que revela no una culpa leve o simple, sino una culpa grave. Partiendo de ahí es se entiende que la imprecisión legislativa consiste en verdadero error del Legislador, pero que este tenía la intención de incluir la culpa leve o de grado medio como presupuesto de la responsabilidad personal de los “Jueces y Magistrados”.

⁷⁶⁸

Art. 121 de la Constitución española: *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.*

⁷⁶⁹

Juan Antonio Moreno Martínez y Otros, en “La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual”, 2007, Dykinson, pp. 27.

Lo que debe ser entendido es que la interpretación que parece ser más acertada va en el sentido de que no puede ser limitada al dolo la responsabilidad de los juzgadores, como sucede en muchas otras legislaciones que crean verdadera inmunidad judicial relativa, como es el caso de Brasil.

En Brasil, la atribución de responsabilidad del juez ocurre de forma completamente diversa, limitándose a las situaciones en que haya actuado con dolo. En el Derecho Brasileño también es notoria, constitucionalmente, la diferenciación entre la responsabilidad del Estado Brasileño y la responsabilidad de los servidores en general, habiendo distinción cuando se trata de la responsabilidad de un juez. Mientras el Estado responde con responsabilidad objetiva, siendo innecesario demostrar que haya actuado con culpa o dolo, el agente público solamente podrá ser responsabilizado cuando está cabalmente probada su culpa o comprobado que practicó el acto con dolo. Para el servidor vale, pues, la teoría de la responsabilidad subjetiva. El juez, en situación especial, responde solamente por dolo.

En este sentido, Hely Lopes Meirelles viene doctrinando reiteradamente en “Direito Administrativo Brasileiro”, 15ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 557-560⁷⁷⁰.

En el Derecho de Brasil, el proceso movido por el ente público en contra del servidor, que hubiere practicado el acto que generó el deber de la hacienda pública de indemnizar, buscando el resarcimiento de las arcas públicas, se tramitará por el procedimiento común ordinario. Estará caracterizado por la fase de cognición – conocimiento de la verdad – dilatada, con producción de toda modalidad de prueba

⁷⁷⁰ “La acción regresiva de la Administración contra el causador directo del daño está instituida por el § 6º, del art. 37, de la Constitución de la República, como mandamiento a todas las entidades públicas y particulares prestadoras de servicios públicos, y cuanto a los servidores de la Unión, la Ley Federal 4.619, de 28.4.1965, impone su enjuiciamiento por el Procurador de la República, dentro de sesenta días de la fecha en que transitar en juzgado la condenación impuesta a la Hacienda (arts. 1º y 2º), bajo pena de incidir en falta funcional (art. 3º). Para el éxito de esta acción se exigen dos requisitos: primero, que la Administración ya haya sido condenada a indemnizar la víctima del daño sufrido; segundo, que se compruebe la culpa del funcionario en el evento dañoso. Mientras para la Administración la responsabilidad *no depende de la culpa*, para el servidor la responsabilidad *depende de la culpa*: aquella es objetiva, esta es subjetiva, y se averigua por los criterios generales del Código Civil.”

en derecho admitida, principalmente pericial, testimonial y documental.

El servidor, acusado de haber generado el perjuicio al erario público, tiene el derecho de defenderse de todas las formas permitidas en ley. De otro lado, tenemos el interés público en buscar probar la responsabilidad del servidor, para enriquecerse de este y resarcir la hacienda pública⁷⁷¹.

Con relación al juez, establece el Código de Proceso Civil Brasileño, en su artículo 133, que:

“Art. 133. Responderá por pérdidas y daños el juez, cuando:

I – en el ejercicio de sus funciones, proceder con dolo o fraude;

II - recusar, omitir o retardar, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio, o a requerimiento de la parte.

Parágrafo único. Se reputarán verificadas las hipótesis previstas en el n^o II sólo después que la parte, por intermedio del escribano, requerir al juez que determine la providencia y este no atenderle el pedido dentro de 10 (diez) días.”

Tipificando en el sentido de que el juez responderá por pérdidas y daños, está estatuido que este deberá indemnizar víctima de acto lesivo, practicado en el desempeño de su actividad jurisdiccional. El dolo, a que hace mención el texto legal, tiene que ser interpretado como el dolo directo. No se puede permitir exégesis que

⁷⁷¹ “La acción de regreso contra el servidor culpado es de rito ordinario sujeta a las normas procedimentales comunes del Código de Proceso Civil. Conviene frisar, aún, que tal acción sólo se puede instaurar entre la persona de derecho público interesada y su servidor culpado, no siendo admisible el llamado del agente causador del daño en la acción de indemnización que el particular intentar contra la Administración para haber los perjuicios sufridos, una vez que el fundamento de esta causa es diverso del de la acción regresiva. Además, el propio nombre está indicando, que la acción contra el servidor debe suceder a la del lesionado contra la Administración, sin lo que no surge el *derecho de regreso*.

Como acción civil, que es, destinada a la reparación patrimonial, la *acción de regreso* se transmite a los herederos y sucesores del servidor culpado, pudiendo ser instaurada aún después de la cesación del ejercicio en el cargo o en la función, por disponibilidad, jubilación, exoneración o renuncia.

El *acto lesivo* del agente puede revestir al mismo tiempo aspecto civil, administrativo y criminal como es común en los atropellamientos ocasionados por vehículos de la Administración. En tales infracciones, el servidor público responsable por el desastre se sujeta a la acción penal y a la acción civil regresiva de la Administración, para haber la indemnización pagada a la víctima, en los términos ya analizados, del art. 37, § 6º, de la Constitución de la República, y al proceso interno de la Administración, para fines disciplinares” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 63).

entienda por la aplicación de la norma en cuestión en razón de haber sido practicado acto corrompido de dolo eventual. Es que el legislador busca responsabilizar, en situación excepcionalísima, al juez, cuando hubiera obrado con la intención de perjudicar o con el objetivo de enriquecer a sí mismo o a tercera persona.

En el inciso II del artículo 133, el Código de Proceso Civil establece que cuando el juez rechaza a ordenar, de oficio o a requerimiento de la parte, alguna providencia, será responsabilizado por este acto, en la hipótesis de emerger de ahí perjuicio para cualquiera de los litigantes. La única exégesis posible, es en el sentido de que el rechazo, la omisión o el retardo, en la práctica del acto jurisdiccional, sucede de forma injustificada, o sea, más una vez estaremos delante del dolo.

Así, en lo pertinente a la responsabilidad civil por acto judicial, en Brasil, lo que encontramos es la responsabilidad del Estado, que absorbe la eventual responsabilidad del juzgador. Se trata de un mecanismo que busca mantener la independencia del Juez. Esta sistemática deja de enyesar la figura del magistrado y, mucho antes por lo contrario, le confiere la libertad necesaria para que pueda aplicar la ley sin temer cualquier consecuencia, excepto cuando obrar con dolo. Es lo que, ordinariamente, ocurre en los países del sistema romano-germánico.

En España e Italia, a pesar de estar inseridas en el sistema romano-germánico, el entendimiento es en el sentido de que habrá una atribución de responsabilidad solidaria entre el prestador de jurisdicción y el Estado. Esta posición no considera relevante el hecho de que ambas responsabilidades tienen como origen el mismo hecho o acto.

Es lo que enseña Kátia Magalhães Arruda:

“La responsabilidad, en el Derecho patrio, difiere muy poco de los países que adoptan el sistema romano-germánico. Por ejemplo, en lo tocante a la responsabilidad civil, es absorbida por la responsabilidad del Estado como forma de resguardar la independencia del Judiciario.

Se informa que en Italia y España es distinta: la responsabilidad es solidaria entre el Estado y el juez, postura jurídica que recibe constantes críticas, visto que ambas acaban por originarse de la misma causa.”⁷⁷²

3. Naturaleza de la prestación jurisdiccional y responsabilidad del juez

La primera premisa que se debe tener en consideración es que el juez tiene el deber de aplicar la ley general y abstracta. Se verifica, en el ordenamiento jurídico, cual regla se coaduna a situación puesta *sub judice* y crea la regla para tipificar la situación de conflicto que fue puesta bajo su observación.

La segunda premisa consiste en que el magistrado, al juzgar, no se limita a un aislado texto de ley. Tiene que verificar cual es la norma aplicable. Ocurre que, en la gran mayoría de ocasiones, en la cuestión puesta en juicio, más de una norma tiene que incidir de forma concomitante, en la cuestión puesta en juicio.

La tercera premisa dice respecto al hecho de que el juez tendrá que componer lo juzgado por la suma de las directrices trazadas por cada una de las normas aplicables a la especie. La solución de mérito – por no decir sentencia – emerge de la combinación de diferentes preceptos legales.

Como cuarta premisa, tenemos la actividad del juzgador en identificar cual es la norma más específica, cual es la norma más moderna – en una escala de tiempo – y cual es la norma jerárquicamente superior, para repeler las más genéricas, las que hubieran estado derogadas – abrogadas o derogadas - por textos más actuales y las inferiores jerárquicamente. La cuestión de la jerarquía tendrá en la posición más elevada el texto constitucional federal, posteriormente las leyes que complementan la Constitución de la República y, por último, las leyes federales ordinarias seguidas de

⁷⁷²

ARRUDA, Kátia Magalhães. *A responsabilidade do juiz e a garantia da independência*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a. 34 n. 133 jan./mar, 1997.

las constituciones provinciales, leyes provinciales, leyes orgánicas municipales y legislación de los municipios. Tendrá aún que considerar las leyes creadas por las partes contratantes.

No menos importante es la premisa donde el juzgador tendrá que interpretar toda y cada una de las normas que irán incidir en la especie. Tiene la función de entender el significado de la ley, de aplicarla de acuerdo con su fin social, de entenderla dentro del sistema legal, verificar en qué contexto histórico esta surgió, incluso debe despreciar imperfecciones resultantes de eventual práctica legislativa equivocada.

Por último, tiene el juez el encargo de decidir cuando la ley es omisa. Vale decir, delante de una falta de previsión legal para regular la situación puesta *sub judice*, tiene que decidir y crear la norma a incidir en la especie, dando un fin al conflicto de intereses. El vacío legal no lo exime de prestar jurisdicción. En estas hipótesis, tiene que socorrerse de la costumbre, de los principios generales de derecho, de la analogía y de la equidad.

El resultado de todo este proceso será el juicio de la lid. El juez irá solucionar el litigio que fue puesto bajo su apreciación.

Evidente, por lo tanto, que el juez puede, al juzgar, contrariar determinado texto de ley, aplicar más que una norma, desconsiderar determinado precepto, valerse de un principio contrariando derecho positivado. Toda esta actividad tiene cuño subjetivo. Lo que puede parecer errado, para una persona, será lo correcto para otra. No se puede decir que cualquiera de las dos esté equivocada. Este proceso de prestación jurisdiccional es, todo él subjetivo. En todo momento ocurre valoración de las variables y esta valoración tiene contenido humano. El juez es, antes de nada, un ser humano. Sus conclusiones estarán siempre siendo influenciadas por sus valores mientras persona, por su interpretación del mundo de los hechos, por sus sentimientos, conceptos y prejuicios. Entretanto, su conclusión no puede ser tenida por errada. Puede constituir, esto sí, opinión diversa y de otras personas. Pero aún

cuando hay personas a divergir de su opinión, de su juicio, tantas otras tendremos a concordar con sus ideas y conclusiones. ¿Y quién estará errado? Se osa responder: ¡nadie!

En este contexto, restan, pues, algunas preguntas: ¿Cómo entender que el juez erró? ¿Cómo decir que fue practicado error judicial? ¿Decir que erró porque no aplicó determinada ley? ¡Imposible! ¿Afirmar que se equivocó en razón de haber mal interpretado el texto legal? ¡Evidente que inviable! ¿Aseverar que su error resultó de engaño exegético? ¡Evidente que no puede suceder! De esta forma, esta actividad, desde que ejercida con lisura y honestidad, tendrá resultado considerado siempre correcto. En esta medida, no se admite el error del juzgador. El juez, así actuando, no erra.

Conclusión única posible es la de que solamente el dolo podrá conducir a error judicial en lo pertinente a la actividad prestadora de justicia *stricto sensu*.

Otro aspecto a considerar es el de que no sería posible concluir por error en la medida en que su acierto deriva de juicio por el propio Poder Judicial. Si no veamos. Juzgado en todas las instancias determinada lid, habiendo pasado por el cribo de juzgadores de primer y de segundo grado, estará sacramentado el actuar del magistrado. Tiene que ser considerado correcto, ya fue considerado correcto, juzgado correcto por jueces, **desembargadores** y ministros. No existe órgano capaz de contradecir lo que ya está sacramentado. Concluir en contrario iría subvertir todo el orden jurídico instalado. De esta forma, el mal análisis del contexto probatorio, las conclusiones apuntadas como incorrectas, la aplicación errada del texto de ley, no pasan de una opinión diversa de aquella emitida por quien juzgó.

Hechos nuevos, presentados después del trámite en juzgado de determinada demanda, con más razón aún, jamás pueden ocasionar el error judicial. Si el hecho es nuevo, al menos para el Judicial, por obvio que el juzgador, al decidir, no tenía acceso a este y, vía de consecuencia, este no podría hacer parte de la ecuación

utilizada para solucionar el proceso. Así, el proceso fue decidido con fundamento en lo que “existía para el juez”, recordando que “lo que no está en los autos, no está en el mundo”. Si, en los términos de lo que fue estudiado arriba, no existe error en la prestación jurisdiccional *stricto sensu*, mucho menos habrá cuando solamente fueron colocados a disposición al juzgador algunos elementos de convicción. Entonces, si la prueba es nueva o si solamente fue posible tener acceso a ella después del juicio, no se puede afirmar que erró el juzgador, al lanzar decisión que contraría lo que este elemento “olvidado” viene a demostrar contundentemente.

Hipótesis diversa es aquella en que el juicio deja de considerar elementos de convicción por no haber sido traídos a los autos del proceso por la parte interesada. Si el error existe, es de quien no lo trajo a los autos, siendo posible, lo que debería ser analizado por el magistrado para formar su convencimiento.

Consecuencia lógica es que la indemnización por error judicial jamás será posible de ser pleiteada si tiene como fundamento la actividad de prestación jurisdiccional propiamente dicha, excepto en la hipótesis de dolo, fraude – que contiene el dolo – o culpa gravísima. Dolo este que tendrá que ser cabalmente probado.

4. DOLO COMO FUNDAMENTO POSIBLE DE LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

De todo el estudio realizado, fue posible comprender los verdaderos límites de la responsabilidad del juez por acto realizado en la actividad de prestar jurisdicción.

La conclusión va en el sentido de que el sistema jurídico debe preservar la persona del magistrado, dentro de lo posible, de la moralidad y de la decencia, al fin de permitir la libertad en la aplicación de la ley.

Una legislación interpretada en el sentido de responsabilizar el juzgador, por todo y

cualquier error que este venga a cometer en su actividad laboral, consistirá en un verdadero “enyesar” del Poder Judicial. Las decisiones, por cierto, no sucederán en un tiempo razonable y peor, podrá generar temor en el prestador de justicia, con la nefasta consecuencia de impedir la anuencia de medidas que, en circunstancias razonables, serían deferidas.

No podemos, pues, en hipótesis alguna, permitir que la ley, o su interpretación, sea motivo que ocasione miedo en la actividad del juzgador. El juez, atemorizado, jamás será libre para decidir. Si su error puede generarle el deber de indemnizar, aunque ausente dolo, sería imposible ejercer esta profesión. Errar, sin querer errar, es de la naturaleza humana.

Así, aún cuando se admite que el Estado responderá civilmente por error judicial, no se podrá jamás generalizar el entendimiento que, ordinariamente, el juez debe ser condenado a reembolsar, en acción de regreso.

Por último, emergió evidente que los errores del Estado causan, con mucha frecuencia, errores en la prestación jurisdiccional. Estos, principalmente la prestación demasíadamente lenta de justicia, si, por un lado, puede ser blanco de acción indemnizatoria contra el Estado, de otro lado, no puede terminar por responsabilizar el juez.

BIBLIOGRAFIA

AD'ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P.FUENTESECA, M.GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preleminares Y Libros 1-19, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968;

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE e RIVES Y MARTI, FRANCISCO, *El Derecho Judicial Español*, Tomo I, Biblioteca Jurídica de Autores Espanoles y Extranjeros, Volume XXXVI, Madrid, Editorial Réus SÁ, 1920;

ALBRECHT FISCHER, HANS *Reparação dos danos no direito civil*, São Paulo, 1938, citado por AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, Forense, 6ª Edição, Rio de Janeiro, 1979;

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ e outros, *La Responsabilidad Civil e su Problemática Actual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007;

ALMEIDA COSTA, ANTONIO DE, *Sobre o crime de corrupção*, Estudos em homenagem ao Pró f. Doutor Eduardo Correia, Universidade de Coimbra, BFD, Número Especial, Volume I, Coimbra, 1984;

ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUÍS, *Ley de Enjuiciamieto Civil, Doctrina y Jurisprudência*, Tomo III, Artículos 1.481 a 2.182, Editorial Trivium, Madrid, 1994;

ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, *História do Direito Português*, Editora Almedina, Coimbra, 1989;

ALMEIDA COSTA, MÁRIO JULIO DE, na condição de apresentador,

- Ordenações Afonsinas*, Livro I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984;
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JULIO DE, na condição de apresentador, *Ordenações Afonsinas*, Livro III, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984;
- ALMEIDA MENDES, CÂNDIDO DE, *Auxiliar Jurídico, Apêndice às Ordenações Filipinas*, Volume II, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985;
- ALPA, GUIDO, *Responsabilità Civile e Danno, Lineamenti e Questioni*, Bologna: Il Mulino, 1991;
- ALVAREZ GENDIN, SABINO, *La Independência del Poder Judicial, La Especializacion de los Tribunales, Contencioso-Administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965;
- ALVIM, ARRUDA, *Código de Processo Civil Comentado*, Volume 5º, Arts. 125 a 133, São Paulo, 1979;
- ALVIN, AGOSTINHO, *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*, 3º ed., Editora Jurídica e Universitária, São Paulo, 1966;
- ALZAGA, OSCAR, *La Constitución Espanola de 1978* (comentário sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978;
- AMORTH, ANTÔNIO, *La Constituzine italiana*, commento sistematico, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1948;
- ARDANT, PHILIPPE, *La responsabilité de L'Etat dufait de lafonctionjuridictionnelle*, Bibliothèque de Droit Public, Tome III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956;

ÁSQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987;

ATIENZA NAVARRO, MARIA LUISA, *La responsabilidad civil del juez*, tirant Lo Blanche, Valencia, 1997;

AVEIRO PEREIRA, JOÃO, *A Responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

AVRIL, PIERRE e CONAC, GÉRARD, *La Constitution de La République Française*, textes et révisions, Montechrestien, 1996;

AZEVEDO, LUIS CARLOS e LOBO DA COSTA, MOACIR, *Estudos de história do processo - Recursos*, Co-edição Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Joeden Editora, São Paulo, 1996;

BALLESTEROS BARETA, ANTÔNIO, *Alfonso X El Sábio*, Ediciones "Elalbir", Barcelona, 1984;

BARBAS HOMEM, ANTÔNIO PEDRO, *Judex Perfectus, Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640-1820)*, Tomo I, Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico-Históricas, apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998;

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001;

BARLETTA CALDERA, GIACOMO, *La Nouvelle loi Italienne sur la Responsabilité des Magistrats*, Revue de Droit Penal et de Criminologie, Paris, 1989, FEDERICO, GIUSEPPE DI, *La Crisis del Sistema Judicial y el Refendum sobre la Responsabilidad Civil de los Magistrados*, tradução de MARIA ANGELES AHUMADA, Revista de Estudos Políticos (Nueva Epoca), numero 69, Julho-Setembro, Centro de Estudos Constitucionais, Madrid,

1990;

BARONA VILAR, SILVIA, *Prision Provisionaly, medidas alternativas*,
Libreria Bosch, Barcelona, 1988;

BARRENA, LABERTO S.J., *El Federalismo en Suiza*, Volume I, Instituciones
Políticas, Madrid, 1970;

BARROS MONTEIRO, WASHINGTON DE, *Curso de Direito Civil*, vol. 5., 5ª
ed., Saraiva, São Paulo;

BATISTA MARTINS, PEDRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*,
Volume II, Arts. 106 a 181, Forense, Rio de Janeiro, 1960;

BEAUCHET, LUDOVIC, *Histoire de L'organisation judiciaires en France*,
Librarie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rosseau éditeur,
Paris, 1886;

BILAC MOREIRA PINTO, FRANCISCO, *Enriquecimento ilícito no exercício de
cargos públicos*, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1960;

BONASI BENUCCI, EDUARDO, *La responsabilidad civil*, Tradução e notas
de Direito Espanhol por FUENTES LOJO, JUAN V., e PERÉ RALUY, JOSÉ,
José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1958;

BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE,
História Constitucional do Brasil, 2ª Edição, Paz e Terra Política, Brasília,
1990;

BONI, LUIS ALBERTO DE, *Idade Média: Ética e Política*, Coleção Filosofia,
v. 38, 2ª Edição, Porto Alegre, 1996;

BORREL MACIA, ANTÔNIO, *Responsabilidades Derivadas de Culpa
Extracontratual Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1942;

BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*, Editora Saraiva, 3a Edição ampliada, São Paulo, Brasil, 1992;

BROWN, BRENDAM F., *Equity in the law of the United States of America, Equity in the World's Legal systems*, Edited by RALPH A. NEWMAN, Établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

BRUN, JEAN, *Sócrates, Platão, Aristóteles*, Publicações D. Quixote, Nova Enciclopédia, 2ª Edição, Lisboa, 1994;

BUFNOIR, MM.C., e CAZELLES, P., e CHALAMEL, J., *Code Civil Alemand*, Nouveau Tirage, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1929;

CABRAL DE MONCADA, LUÍS, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1º, Parte Histórica, Coimbra Editora, 2ª Edição, Coimbra, 1955;

CALAMANDREI, PIERO, e LEVI, ALESSANDRO, *Commentario Sistemático alla costituzione italiana*, G. Barbera Editore, Firenze, Volume primo, 1950;

CANO MATA, ANTÔNIO, *Comentários a la ley orgánica dei tribunal constitucional*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986;

CAPPELETTI, MAURO, *La Responsabilidad de los jueces*, Editorial Communitas, Lima, 2009;

CARPI, FREDERICO, *Responsabilità del Giudici e Pubblicità Processuale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano XXXIV, Roma, 1980;

CARRIGA, CARLOS e LORENTE, MARTA, *El Juez y La Ley: La Motivación de Las Sentencias* (Castilla, 1489-Espana, 1855), La Vinculación dei Juez a La

Ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (1997), Universidad Autónoma de Madrid, BOE, Madrid, 1997;

CARVALHO SANTOS, J.M., *Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações* (arts. 1037-1078), Volume XIV, 4a edição, Livraria Freitas Bastos SA, Rio de Janeiro, 1951;

CASAREO CONSOLO, GIOVANNI, *Trattato sul Risarcimento dei Dano in Materia di Delitti e Quasi Delitti*, Capítulo XII, Della Colpa Professionale, Torino, 1914;

CASTRO, NUNES, Teoria e prática do Poder Judiciário, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943;

CATARINO, LUÍS GUILHERME, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça, O erro judiciário e o anormal funcionamento*, Almedina, Coimbra, 1999;

CAVALLO, VICENZO, *La sentenza penale*, Casa Editrice Dott. Eugênio Jovenne, Napoli, 1936;

CENEVIVA, WALTER, Direito Constitucional Brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1991;

CHAMOIX, FRANCOIS, *La Civilisation Grecque, A L'époque archaïque et classique*, Lês Grands Civilisations, Arthaud, 1963, France

CIULEI, GEORGES, L'Équité Chtz Ciceron, Adolf M. Hakkert - Éditeur, Amsterdam, 1972;

COBREROS MENDAZONA, EDUARDO, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998;

COMMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Direzione del Processo e Responsabilità del Giudice*, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, Università degli Studi di Milano, Volume Primo, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1979;

CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, Livraria Almedina, Coimbra, 1999;

CORREIA, ALEXANDRE e SCIASCAS, GAETANO e CASTRO CORREIA, ALEXANDRE AUGUSTO DE, *Manual de Direito Romano*, Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino, Volume II, 2ª Edição, Edição Saraiva, São Paulo, 1955;

COSTA, PIETRO, *Jurisdictio, Semântica dei Potere Político Nella Publicista Medievale (1100-1433)*, Dott.a Giuffrè Editores, Milano, Itália, 1969;

COSTA, SÉRGIO, *Responsabilità del Giudice, dei Suoi Ausiliari e del Pubblico Ministero*, Novissimo Digesto italiano, VTET, XV, Roma, 1982;

COUMOL, JULES, *Traité du Pouvoir Judiciaire, de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, deuxième édition, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1911;

COUTO E SILVA, ALMIRO DE, *A Responsabilidade do Estado*, Congresso sobre "Responsabilidade civil: a presente e o futuro," ocorrido na Universidade Católica do Porto, no dia 20 de Abril de 1995;

CREMADES, IGNACIO, e PARICIO, JAVIER, *Anuario de historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de estudios jurídicos, Tomo LIV, série 1a, Madrid, 1984;

CRISCUOLI, GIONANNI, *Nuovi Limiti de H'irresponsabilità dei Giudice Inglese nel Caso Sirros v. Moore and Another: Un Motivo per Riflettere*, Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile, Ano XXIX, Roma, 1975;

CRUZ, SEBASTIÃO, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, Introdução e Fontes, 4a Edição Revista e atualizada, Coimbra, 1984;

CUNHA, PAULO, *O Recrutamento dos Magistrados Judiciais*, trabalho realizado para a cadeira de processo ordinário e sumário civil e comercial, ocorrido na Universidade Católica do Porto, Faculdade de Direito, Parte I, no ano letivo de 1928-1929;

CURTIS GIORDANI, MÁRIO, *História da Grécia, Antiguidade Clássica I*, Editora Vozes, 2001;

SCYBOZ, GEORGES e GILLIÉRON, PIERRE-ROBERT, *Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés*, Quadrième édition mise à jour, Editions Payot Lausanne, Lausanne, 1988;

D'ORS, ÁLVARO, *Litem suam facere, Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificium institutum Utriusque Iuris, XLVIII, Pontificia Universitas La ternanensis, Roma, 1982;

DAVID, RENE, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, tradução de CARVALHO, HERMÍNIO A, Martins Fontes, São Paulo, 1998;

DAVIES, J. DEREK, *Equity in English law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

DELGADO DEL RINCON, LUIS ESTEBAN, *Constitucion, Poder Judicial e responsabilidad*, Centro de Estudios Politicos e Constitucionales, Madrid, 2002;

DELPÉRE, FRANCIS, *La Constitution Fédérale du 5 mai 1993*, Centre d'Études Constitutionnelles et Administratives, 7, Bruylant, Bruxelles, 1993;

DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en général*, Tome V, Librairie Arthur Rosseau, Paris, 1925;

DIAS, AGUIAR, *Da responsabilidade civil*, 4^o ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996;

DÍAZ-OTERO, EDUARDO e OLIVAS, ENRIQUE, *Metafísica e historicidad en los Derechos Subjectivos*, Dykinson, Madrid, 1997;

DIEDERICHESEN, UWE, *Principles of Equity in German Civil law*, e ESSER, JOSSEF, "Aequitas" into the German Civil law, *Equity in the World's Legals systems*, RALPHA NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

DIEVOET, E. VAN, *Lê Droit Civil en Belgique et en Hollande de 1800 à 1940*, établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1948;

DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, *Appunti sulla responsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia*, RTDPC, ano 44, n. 1/2, Madrid, 1990;

DUBARLE, L., *Code D'Organisation Judiciaire Allemand*, Volume I e II, à rimprimerie Nationale, M DCC LXXXV, Paris, 1988;

DUEZ, PAUL, *La responsabilité de la puissance publique* (en dehors du contrat), Librairie Dalloz, Paris, 1927;

DUMITRESCO, JEAN, *L'Autorité de chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Librairie de Jurisprudence ancienne et modeme, Paris, 1935;

DUTOIT, BERNARD, *Gopodfaith and Equity in Swiss Law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN établissements, Émile

Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

ENTERRÍA, GARCIA DE e FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1984;

ESPÍNOLA, EDUARDO, *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, 1918;

_____ *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Quarta edição, Volume VI, comentários aos artigos 574/646, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955;

FAILEN GUILLEN, VICTOR, *Estúdios de Derecho Procesal Civil, Penal Y Constitucional*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983;

FARIA, BENTO DE, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Terceira edição atualizada, Volume VII, Parte Especial, arts. 286 a 361, Distribuidora Récord Editora, Rio de Janeiro, 1961;

FASSI, SANTIAGO C. e PETRIELLA DIONISIO, *Codigo Civil italiano, libro I, De las personas Y de la familia*, Colecion Italia contemporanea, Association dante alighieri, Buenos Aires, 1982;

FAZZALARI, ELIO, *Nuovo profili della responsabilità civile del giudice*, Revista Trimestralle di Dirito e Procedura Civile, Ano XLII, Roma, 1988;

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *Lãs constituciones históricas espanolas* (un análises historico-jurídico), 4^a ed., Civitas, Madrid, 1986;

FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Introdução ao Direito Comparado*, 2a Edição, Almedina, Coimbra, 1998;

FERRER BARQUERO, RAMON, *El Delito de Prevaricación Judicial*, Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales, n. 3, México, janeiro-junho de 2008;

FIGUEIREDO TEIXEIRA, SÁLVIO DE, *Código de Processo Civil Anotado*, Saraiva Editora, São Paulo, 2003;

_____ *Reforma do Código de Processo Civil*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996;

FIÚZA MALHEIROS, RICARDO, *O Poder Judiciário no Brasil*, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizontes, Brasil, 1995;

FRANCISCI, PIETRO DE, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954;

GALTERIO, LUCIO, *Ordenamiento Giudiziario*, Quarta Edizione, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1985;

GALVÃO TELLES, INCÊNCIO, *Direito Das Obrigações*, 7^a Edição (revista e atualizada), Coimbra Editora, 1997;

GAMERO CASADO, EDUARDO, *Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Juriddicción*, Tecnos, Madrid, 1997;

GARCIA MANZANO, PABLO, *Responsabilidad civil de jueces y magistrados*, Revista de Administración Publica, ISSN 0034-7639, nº 117, Madrid, 1988;

GARDENAT, LUIS e RICCI, SALMON, *De la Responsabilité civile* (délits et quasi-délis), Librairie des juris-classeurs, Editions Godde, 1927, Paris;

GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Comentários a la Constitución*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001;

GARRIDO FALLA, FERNANDO e FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARIA, *Regimen Juridico y Procedimiento de las Administraciones Publicas: un Estudio de las Leyes*, 3ª edição, Civitas Ediciones, Madrid, 1999;

GELSI BIDART, ADOLFO, *Responsabilidade dos Juizes no Direito Uruguaio*, Revista de Direito Processual Civil, 5º Volume, Saraiva SÁ Livreiros Editores, São Paulo, 1966;

GIANNATTASIO, CARLO, *La Magistratura*, G. Barbera Editore, Firenze, 1950;

GIFFARD, *Précis de Droit Roman, Petits Précis Dalloz*, Tome Premier, Trisieme Édition, Librairie Dalloz, Paris, 1938;

GIMENO SENDRA, VICENTE, *El proceso de "Habeaus Corpus"*, Temas clave de la Constitución Espanola, Editora Tecnos, Madrid, 1985;

GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM, O Problema da responsabilidade do estado por actos licitos, Almedina, Coimbra, 1974;

GONZÁLEZ PEREZ, J., Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1996;

GRAZIADEI, MICHELE e MATTEI, HUGO, *Judicial Responsibility in Italy, A new statute*, The American Journal of Comparative Law, Volume 38, number 1, Roma, 1990;

GRECO FILHO, VICENTE, *Manual de Processo Penal*, 6ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002;

GRIMAL, PIERRE, *A Civilização Romana, Lugar da História*, Edições 70, Lisboa, 1993;

GROSSI, P., *Constitutional premises for a study on liability and responsibility resulting from the exercise of the judicial power*, University of Rome II, Department of Public Law, Editoriale Scientifica, Rome, Yearbook 1988;

GUARNIERI, CARLO, *L'Indipendenza della magistratura*, Università di Bologna, Padova, Cedam Casa Editrici Dott. Antonio Milani, Bologna, 1981;

GUIDICELLI-DELAGE, GENEVIÈVE, *La Responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale*, Justices, Revue Générale de droit processuel, La Responsabilité des gens de Justice, dalloz, n° 5, Paris, Janv.-Mars 1997;

GUIMARÃES, MÁRIO, *O Juiz e a função jurisdicional*, Forense, Rio de Janeiro, 1958;

GUTIERRES ALVIZ, FAUSTINO, *Diccionario de Derecho Romano*, Instituto Editorial Réus, Madrid, 1948;

HABSCHEID, WALTER J., *Memoires publiés par la Faculte de Droit de Genève*, n.°48, Droit Judiciaire prive suisse, Georg Librairie de L'Université, Genève, 1975;

HARVEN, PIERRE DE, *Mouvements généraux du Droit Belge Contemporain*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1928;

HEBRAUD, PIERRE, *Uautorité de la Chose Jugée au Criminei sur lê Civil*, Librairie du Recuil Sirey, Paris, 1929;

HORTEGA TORRES, JORGE, *Código Penal y de Procedimiento Penal*, Quinta edición aumentada, Libreria Colombiana, Bogotá, 1950;

HUNGRIA, NELSON, *Comentários ao Código Penal*, Volume IX, Arts. 250 a 361, Forense, Rio;

IGLESIAS, JUAN, Derecho Romano, *Historia e Instituciones*, undécima edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1994;

JEANNEAU, BENOIT, *The reception of Equity in in French Private and Public Law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE, *Organizacion Judicial Espanola*, Serie G, Manual de Derecho Economia Y hacienda, Volume XXV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952;

KELSEN, HANS, *O que é a Justiça*, tradução de Luís Carlos Borges, Editora Martins Fontes, São Paulo 1997;

LALOU, HENRI, *Traité pratique de la responsabilité civile*, sixième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1962;

LEHMANN, HEIRICH, *Tratado de Derecho Civil*, Volumen I, Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956;

LESSONA, SILVI, *La funzione giurisdizional*, G. Barbera Editore, Firenze, 1950;

LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990;

LORCA NAVARRETE, ANTÔNIO MARIA, *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales dei derecho, Organización judicial y principios rectores del proceso*, Dykinson, Madrid, 1998;

LOUREIRO, OSMAN, *O Direito Penal e o Código de 1940*, Forense, Rio, São Paulo, 1960;

LUCHAIRE, FRANÇOIS e CONAC, GÉRARD, *La Constitution de la République Française*, Econômica, 1987;

LUCIEN-BRUN, PIERRE, *Lê role et lespouvoirs dujoge dans lê Code Civil Suisse*, Université de Grenoble Faculte de Droit, Imprimerie Saint-Bruno, Orenoble, 1920;

LUSO SOARES, FERNANDO, *Direito Processual civil de declaração*, Almedina, Coimbra, 1985;

MAGALHÃES ARRUDA, KÁTIA, *A Responsabilidade do Juiz e a Garantia da Independência*, Revista de Informação Legislativa, ano 34, n. 133 jan./mar, Brasília, 1997;

MAIA GONÇALVES, MANUEL LOPES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12a Edição, Almedina, Coimbra, 2001;

MAMOPOULOS, PIERRE, *Code Civil Hellénique*, Collection de L'Institut Français D'Athènes, Série Juridique, Athènes, 1956;

MARANINI, G., *L 'Italie*, Collection sous la direction de GEORGES BURDEAU, Tome V, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964;

MARECHAL, ACHILLE, *Manuel Pratique de la détention préventive, Extrait dès Nouvelles" procédure pénale"*, maison Ferdinand Larcier (SÁ), Bruxelles, 1947;

MANRESA, JOSÉ MARIA, *Del Recurso de Responsabilidad*, Revista General de Legislación y Jurisprudência, Madrid, 1885;

MARQUES, JOSÉ FREDERICO, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 9ª ed. Millennium Editora, São Paulo;

MARSHALL, BURKE, *The Supreme Court and Human Rights*, Fórum Series, Washington DC, 1982;

MARTIN REBOLLO, LUÍS, *Jueces Y Responsabilidad dei Estado*, El articulo 121 dela Constitución, Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, 1983;

MARTIN-GRANIZO FERNÁNDEZ, MARIANO, *Los danos y la responsabilidad objetiva en el Derecho Positivo Espanol*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972

MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Aproximacion ai Derecho Constitucional Espanol, La Constitucionde 1978*, 2ª edición, Valencia, 1983;

MARTINEZ, SOARES, *Filosofia do Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991;

MARTINS, PEDRO, *História Geral do direito romano, Peninsular e português*, Imprensada Universidade, Coimbra, 1906;

MARTINS, SOVERAL, *A organização dos tribunais judiciais portugueses*, 1º Volume, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994;

MATTEUCCI, MARIO, *Equity in Italian law, Equity in the world's Legal systems*, NEWMAN, RALPH A. établissements Émile Brussels, Belgium, 1973;

MATTIROLO, LUIGUI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. IV, Quinta Edizione, Fratelle Bocca Editori, Roma, 1904;

MEIRA, SILVIO, *Lei das XII Tábuas*, Fonte de Direito Público e Privado, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1961;

MELON INFANTE, CARLOS, *Código Civil Alemân (BGB)*, Bosch, Casa

Editorial, Barcelona, 1955;

MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito das Obrigações*, Volume I, Introdução, Da constituição das Obrigações, Almedina, Coimbra, 2000;

MERÊA, PAULO MANUEL, *Código Civil Brasileiro Anotado*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1917;

MERÊA, PAULO, *Lições de História do Direito Português*, feitas na Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1922-1923, Imprensa da Universidade Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1923;

_____*Estudos et direito Visigótico*, Acta Universitatis Conimbricensis, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1948;

MILAN HERNANDEZ, CARLOS, *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Editorial Montecorvo S.A, Madrid, 1987;

MINC, ALAIN, *Em nome da lei*, Editorial Inquérito, Lisboa, Março de 2000;

MIRANDA, JORGE, *As Constituições Portuguesas de 1822 ao texto atual da Constituição*, 4ª Edição, Livraria Petrony Ltda, Lisboa, 2007;

MIRANDA, PONTES DE, *Tratado de Direito Privado*, v. 26, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1954-1969;

MONTALVÃO MACHADO, ANTÔNIO e PIMENTA, PAULO, *O novo Processo Civil*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;

MONIZ SODRE DE ARAGÃO, ANTÔNIO, *O Poder Judiciário na Revisão Constitucional*, Livraria Acadêmica, São Paulo, Brasil, 1929;

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.

II, 1ª ed., Editora Forense, São Paulo, 1974;

MONTERO AROCA, JUAN e ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte General, Biblioteca Procesal Libreria Bosch, Barcelona, 1987;

MONTERO AROCA, JUAN, *Independência y Responsabilidad del Juez*, Editorial Civitas, Madrid, 1990;

_____, *Responsabilidad Civil del Juez y Del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998;

MORENO CATENA, VICTOR, *Comentários à ley Orgânica dei Poder judicial*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1988;

MORENO MARTINEZ, JUAN ANTÔNIO *La Responsabilidad Civil y Su Problemática Actual*, Dykinson, Madrid, 2007;

MOROZZO DELLA ROCCA, M.F., *Lês diverses formes de la responsabilité personelle du juge*, seminário proferido no Colóquio de Direito Europeu ocorrido em Bordéus, 17 a 19 de Junho de 1985, subordinado ao tema Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour lês actes juridictionnels, Conseil de UEurope, Strasbourg, 1986;

MOTA PINTO, CARLOS, *Teoria geral do direito civil*, 2ª Edição atualizada, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1983;

NEGRÃO, THEOTONIO, *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*, 1ª Edição atualizada até 31-03-1980, RT Legislação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980;

OLLERO, ANDRES, *Equity in Spanish law?, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium,

1973;

OLIVEIRA, NÍSIO BAPTISTA DE, *Habeas Corpus e desaforamentos*, Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Imprensa Nacional, Belo Horizonte, 1962;

PAGE, HENRI DE, *Traité élémentaire de Droit Belge, Principes- -Dictrine- Jurisprudence*, Tome Troisième, Lês Obligations (Seconde partie), troisième édition, établissemen Émile Bruylant, Bruxelles, 1967;

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ, *A teoria finalista e o ilícito civil*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1987;

ORTI VALLEJO, ANTONIO, *Derecho a la intimidad e informatica*, Editora Comares, Espanha, 1994;

PALLI BONET, JULIO, *Biblioteca Clássica Gredos 89*, Editorial Gredos, Madrid, 1998;

PANTÉLIS, ANTOINE M., *Lês granas problèmes de la nouvelle constitution hellénique*, Bibiothèque constitutionnelle et de science politique, Tome LXIV, librairie generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979;

PAULA, ALEXANDRE DE, *O processo civil à luz da Jurisprudência*, Volume XVIII (Artigos 1º a 198), Forense, Rio, 1ª edição, 1960;

PECES-BARBA MARTINEZ, GREGÓRIO e FERNANDEZ GARCIA, EUSÉBIO, *Historia de los derechos fundamentales, Ttransito a la modernidad siglos XVIYXVII*, Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las casas, Tomo I, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998;

PEREIRA DE MELO, LUIZ, *Responsabilidade civil do juiz, Da cousa Pública*, SI, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XVIII, Lisboa, 1969;

PESSOA VAZ, ALEXANDRE, *Direito Processual Civil, do antigo ao novo Código*, Almedina, Coimbra, 1998;

PEZZANTINI, POMPEO, *La custodia preventiva*, Milano Dott. A Giuffrè - Editore, 1954;

PICARDI, NICOLA e GIULIANI, ALESSANDRO *La responsabilità del giudice*, Giuffrè editore, Milano, 1995;

_____ *Modelli Storici Della Responsabilità del Giudice*, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, Università degli Studi di Milano, Volume Primo, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1979;

PICARDI, NICOLA, *Le problème de indépendence et de la responsabilité judiciaire du XVI au cours et du XVIII siècle*, Roleand organization of judges and lawyers in contemporary societies, General Reports, Ixth. World Conference on Procedural Law, Coimbra, 25 a 31 de Agosto de 1991;

PIETRO, ALFREDO DI, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, Argentina;

PITTA, PEDRO e CUNHA NUNES DE CARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito Civil, Contributo para uma teoria geral de responsabilidade civil por omissão*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999;

PLANIOL, MARCEL e RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Tome IV, Obligations, premier partie, Libreria Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1930;

PRIETO-CASTRO, L., *Derecho de Tribunales Organización, Funcionamiento, Gobierno*, Editorial Aranzandi, Madrid, 1986;

PULIDO QUECEDO, MANUEL, *La Constitución Española com la*

Jurisprudência dei Tribunal Constitucional, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996;

RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1992;

REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Organização judicial*, Lições feitas ao curso do 4º Ano de 1908 a 1909, Imprensa Acadêmica, Coimbra, 1909;

RENAUD, J., *Reflections on the concept of Equity in Belgian law*, Equity in the World's Legal systems, RALPH A. NEWMAN établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;

REZENDO FILHO, GABRIEL, *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. III, Saraiva, São Paulo, 1968;

RIPERT, GEORGES, *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, Livraria Adadêmica, São Paulo, 1937;

RODRIGUES BASTOS, JACINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Almedina, Lisboa, 1963;

RODRIGUES, SILVIO, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 4., Saraiva, São Paulo, 1975;

RODRIGUEZ PINERES, EDUARDO, *Código Penal Colombiano*, Quinta edición, Bogotá, 1929;

ROGEIRO, NUNO, *A Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha*, Coimbra Editora, 1996;

ROGEL VIDE, CARLOS, *La responsabilidad civil extracontratual en el Derecho Espanol*, Editaria Civitas SÁ, Primera edición, Madrid, 1977;

ROMANO, SANTI, *Scritti Minori*, Volume Secondo, Diritto Administrativo, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1950;

ROSADO DE AGUIAR JR., RUY, *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*, v. 20, Revista da AJURIS, Porto Alegre, 1993;

_____, *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*, v. 36, Edição Especial, Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004;

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO e DARANAS PELÁEZ, MARIANO, *Constituciones De Los Estados de la Union Europea*, Editorial Ariel Derecho, 1ª Edición, Barcelona, 1997;

RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituições de Direito Civil, Volume I, Introdução e Parte Geral, Direito das Pessoas*, tradução de ARYDOS SANTOS, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1934;

SALVO VENOSA, SÍLVIO DE, *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, 10ª ed., Editora Atlas, Porto Alegre, 2010;

SAMPAIO SIQUEIRA, MARCELO, *A responsabilidade do Estado-Erro Judicial praticado em ação cível*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001;

SANCHEZ AGESTA, LUÍS, *Sistema político de La Constitución Espanola de 1978*, Segunda edición, Editora Nacional, Madrid, 1981;

SANDULLI, ALDO M., *Atti del giudice e responsabilità civile*, Scritti in onore di salvatore Pugliatti, v. III, Diritto Pubblico, Milano dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1978;

SANTO FERRARI, ROBERTO e FERRARI, GIORGIO, *Codice di Procedura civile 1994*, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1994;

SANTOS BRIZ, JAIME, *La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, tercera edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993;

SHUTTER, OLIVIER DE, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant Bruxelles, 1999;

SIFUENTES, MÓNICA, *O Poder Judiciário no Brasil em Portugal: reflexões e perspectivas*, Revista de Informação Legislativa, Abril/Junho, Ano 35, n.º 142, Brasília, 1999;

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª Edição revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 1992;

SMITH, P. F. e BAILEY, S. H., *The modern English Legal System*, Sweet and Maxwell, London, 1984;

SOARES MENDONÇA, PAULO, *A argumentação das decisões judiciais*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997

SOLUS, HENRY e PERROT, ROGER, *Droit Judiciaire Prive*, Tome I, Sirey, Paris, 1961;

SOUZA, MARNOCO E, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 2ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908;

SOUSA REIS FIGUEIRA, ÁLVARO DE, *Estatuto do Juiz/Garantias do cidadão, da independência à responsabilidade*, (itinerários de direito comparado), CJ, Ano XVI, T. II, Lisboa, 2004;

SPIEZIA, VICENZO, *La sentenza nel processo penale*, Edizione "La Toga", Napoli, 1936;

STEFANO, GIUSEPE, *Responsabilità dei Giudice, Sritti*, in Onore di Salvatore Pugliatti, v. III, Diritto Pubblico, DottAGiuffrè Editore, Milano 1978;

STOCO, RUI, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário* (Brasil), José Dantas Pimentel, 2001 (citado em 21 de Julho de 2001). Disponível na Internet: em <http://www.dantaspimentel>;

TERRÉ WIELL, ALEXE, *Droit Civil, introduction générale*, Quatrième édition, Dalloz, Paris, 1979;

THEODORO JR., HUMBERTO, *Curso de Direito Processual Civil*, 47^a ed., v. I, Forense, Rio de Janeiro, 2007;

TUNC, ANDRÉ, *Lê droit des États-Unis*, n.º 1159, Presses Univeritaires de France, Paris, 1964;

TUHR, A. VON, *Derecho Civil Teoria General del derecho Civil alemán*, Volumen I, tradução de TITO RAVA, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid, 1998;

VAN COMPERNOLLE, JACQUES, *Considerations sur la responsabilité de L'État dufait du fonctionnement defectueux de la justice en droit belge*, Justices, Revue Générale de droit processuel, La Responsabilité dès gens de Justice, Dalloz, n.º 5, Janv. - Mars, Paris, 1997;

VANNI, ROBERTO, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, Quaderni de "L'Indice Penale" a cura de Mario Pisano, 7, Casa Editrici Dott. Antonio Milani, Padova, 1992;

VARELA, ANTUNES, *A Responsabilidade Pessoal do Juiz*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 124, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;

_____ *A Responsabilidade Pessoal do Juiz*,
Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 130, Coimbra Editora,
Coimbra, 1998;

VARI, MASSIMO, *La responsabilità civile dei magistrati*, Istituto poligrafo
e Zecca dello Stato, Libreria dello Stato, Roma, 1988;

VAZ, CARLOS, *O processo civil à luz da Jurisprudência*, Volume XXII
(Artigos 1º a 121), 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1962;

VENTURA, RAUL, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl
Ventura, Direito Romano, História do Direito*, vol. I, Coimbra Editora,
2003;

VIGORITI, VICENZO, *La Responsabilità del giudice: Che fare?* Rivista di
Diritto Civile, Ano XXXIII, Parte prima, Padova, Cedam, 1987;

VILLEY, MICHEL, Direito Romano, Prefácio e notas de FERREIRA DA
CUNHA, PAULO, Coleção Resjurídica, Porto, 1988;

VISINTINI, GIOVANNA, *Tratato breve della responsabilità civile, Fatti
illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Cedam Casa Editrici Dott.
Antonio Milani, Padova, 1996;

WALINE, M., *Droit Administratif*, Prème édition, éditions Sirey, Paris,
1957;

WERNECK VIANNA, LUIS, e CARVALHO, MARIA ALICE, e CUNHA MELO,
MANUEL e BAUMANN BURGOS, MARCELO, *O perfil do magistrado
brasileiro*, Projeto Diagnóstico da Justiça, Rio de Janeiro, 1996;

WIEDERKEHR, GEORGES, *La Responsabilité de l'Etat et des magistrats du
fait de la justice, panorama général*, *Justices*, Revue Générale de droit
processuel, La Responsabilité des gens de Justice, Dalloz, n.º 5, Janv.-

Mars, Paris, 1997;

ZALLOUTH JÚNIOR, CARLOS, *Atuação do magistrado trabalhista no Brasil, Como superar a crise do judiciário*, O Neófito, São Paulo, 2000;

ZANELLA PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI, *Direito Administrativo*, 18^a ed., Editora Atlas, São Paulo, 2005;

ZEPOS, PAN J., *Equity in Greek law, Equity in the World's Legal systems*, RALPH A. NEWMAN, Établissements Émile Bruylant, Brussels, Belgium, 1973;