

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

POR EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL EN EL BRASIL\*

*“La responsabilidad de jueces y magistrados se está convirtiendo, día a día y a pasos agigantados, en uno de los temas de atención preferidos en el mundo jurídico de todos los países que tienen, o quieren tener, una magistratura independiente.”*

JUAN MONTERO AROCA

### § 41. INTRODUCCION

Mientras la doctrina de la responsabilidad civil de la administración pública en general se desarrolla y amplía, el tema de la responsabilidad por hecho de la justicia continúa presentando, en el Brasil, una aplicación restricta. Este hecho, en contraposición a las aspiraciones del Estado moderno, contribuye de cierta manera para la despreocupación con el perfeccionamiento de los servicios judiciales y la simplificación de los procedimientos.

En este trabajo, presentado al “III Congreso Internacional de Derecho de Daños”, celebrado en Buenos Aires en mayo de 1993,

\* Estudio elaborado por el doctor RUY ROSADO DE AGUIAR (Jr.), docente de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Brasil, en memoria del profesor Clóvis Verissimo do Couto e Silva.

pretendemos realizar una breve descripción de la evolución y de la caracterización que presenta actualmente en el Brasil la responsabilidad civil del Estado en general y por un hecho de la justicia, en particular, haciendo referencia al derecho de países que modificaron, en estos últimos tiempos, sus principios y concluyendo con la presentación del sistema que se entiende aplicable, de acuerdo con la legislación vigente.

#### PARTE PRIMERA

### *La evolución del sistema de responsabilidad civil del Estado*

Conviene iniciar el estudio de la responsabilidad civil del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional, tal y como está reglamentada en el Brasil, con un breve resumen sobre la evolución del concepto más amplio de responsabilidad civil del Estado propiamente dicha. Mientras que ésta pasó de la irresponsabilidad absoluta de la Hacienda pública (admitiéndose únicamente la responsabilidad personal del funcionario) a la responsabilidad directa y objetiva del Estado (con derecho de repetición contra el funcionario culpable), la idea de responsabilidad estatal por un acto jurisdiccional poco fructificó en la ley y en la aplicación de los tribunales, no obstante el actual apoyo mayoritario de la doctrina, predominantemente favorable a su plena incidencia.

#### § 42. *LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA*

a) Con la independencia en 1822, la Constitución Imperial de 1824 estableció: "Los empleados públicos son estrictamente responsables por los actos y omisiones practicados en el ejercicio de sus funciones y por no hacer efectivamente responsables sus subalternos" (art. 178, ítem 29).

El hecho de que tal precepto figuraba en el artículo relativo a los derechos políticos fundamentales, llevó a Pimenta Bueno, uno de sus más autorizados comentaristas, a hacer énfasis en la circunstancia que la responsabilidad del servidor público ingresó en nuestro ordenamiento constitucional como una garantía básica del ciudadano<sup>1</sup>.

Se adoptaba de esta forma la teoría regaliana de la irresponsabilidad del Estado, según la cual es inconcebible asociar el Estado a la práctica de actos ilícitos; si estos acontecen son el fruto de conductas de funcionarios culpables y sólo a ellos, a título de culpa o dolo, pueden serles imputados.

b) Inmediatamente después de la proclamación de la República (1889), el gobierno editó dos decretos que nos interesan: el decr. 451-B del 31/5/1890 relativo al Registro Torrens y el decr. 847 del 11/10/1890 publicando el nuevo Código Penal. El primero estableció la obligación de la Hacienda pública de indemnizar los daños sufridos como consecuencia de la indebida inscripción de un inmueble o de un derecho real de una persona en nombre o en favor de otra (art. 61). El Código Penal, al tratar de la rehabilitación, atribuyó al Estado la responsabilidad directa por los daños derivados de un error judicial reconocido en una sentencia de rehabilitación<sup>2</sup>. En ambos casos, el Estado fue colocado en confrontación directa con el perjudicado como deudor de la obligación y legitimado pasivo en la acción de indemnización.

La Constitución Republicana de 1891 no siguió esa línea, limitándose a repetir el principio general ya consagrado en la Constitución Imperial: "Los funcionarios públicos son estrictamente responsables por las acciones y omisiones en que incurran en el ejercicio de sus cargos, así como por la indulgencia o

<sup>1</sup> Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p. 428.

<sup>2</sup> Art. 86, 2º: "La sentencia de rehabilitación reconocerá el derecho del rehabilitado a una indemnización justa, que será liquidada en ejecución, por todos los perjuicios sufridos con la condena. La Nación, o el Estado, son responsables por la indemnización".

negligencia en no hacer efectivamente responsables a sus subalternos" (art. 82).

Sin embargo, el legislador continuó ocupándose de la responsabilidad directa del Estado. La ley 221 del 20/11/1894 reglamentó los procedimientos: "Art. 13. Los jueces y tribunales federales procesarán y juzgarán las causas que tengan por fundamento la lesión de derechos individuales por actos o decisiones de las autoridades administrativas de la Unión"<sup>3</sup>.

El decr. legislativo 1151 del 5/1/04, reorganizando el servicio federal de higiene, dispuso: "Queda garantizado a la persona perjudicada el derecho de reclamar judicialmente, ante la justicia federal, las pérdidas y daños que le correspondan si el acto o la medida de la autoridad sanitaria hubiere sido ilegal y promover la punición penal si hubiere sido criminosa".

Fuera de los casos excepcionales del reo rehabilitado, del perjudicado por acto ilegal de la autoridad sanitaria y por la falta de servicio de Registro de Torrens, prevalecía la idea de la irresponsabilidad del Estado<sup>4</sup>. Como observa Alcino de Paula Salazar, los demás actos ilegales serían anulados o no según se les diese aplicación, pero la declaración de nulidad o de ineficacia no conllevaría la reparación de los daños resultantes. Para ilustrar esa orientación, el tratadista cita la *Nova Consolidação*, de Carlos de Carvalho (1898), donde constaba: "Art. 1021, 1º: La Unión no responde por los daños provenientes de errores o abusos de funcionarios o empleados públicos".

c) El 1º de enero de 1917 entró en vigor el Código Civil que aceptaba, en el tema genérico de la responsabilidad civil, la teoría de la culpa<sup>5</sup>. En su art. 15, haciendo aplicación de esa

<sup>3</sup> El decr. 1939 del 28/8/08 extendió el proceso instituido por la ley 221/1894 a la indemnización por daños causados por autoridades administrativas de los Estados y Municipios.

<sup>4</sup> Sentencia del STF, 28/4/1897: La Hacienda no responde por las faltas de los funcionarios, en *O Direito*, vol. 73, p. 504.

<sup>5</sup> "Le Code Civil brésilien a suivi la théorie de la faute que vient du droit roman, selon la systematisation que commence avec les Glossateurs", Couto e Silva, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, p. 82.

teoría<sup>6</sup> junto con la de la representación (el funcionario es el representante de la entidad estatal), el Código asumió claramente la posición favorable a la responsabilidad directa (o sea primaria)<sup>7</sup> del Estado: “Art. 15: Las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por actos de sus representantes que en esa calidad causen daños a terceros, procediendo de forma contraria al derecho o faltando al deber prescrito por ley, salvo el derecho de repetición contra los causantes del daño”<sup>8</sup>.

Esa disposición legal reforzó la corriente, que nunca dejó de existir y que se tornó cada vez más numerosa, de aquellos que defendían la amplia responsabilidad del Estado por actos de sus servidores, considerada como una idea fundamental del Estado moderno.

En varias ocasiones, Rui Barbosa se manifestó en favor de la consagración de la responsabilidad del Estado, sosteniendo que la responsabilidad personal prevista en el art. 32 de la Constitución de 1891, no excluía la del Estado<sup>9</sup>. Aceptar la irresponsabilidad de la Hacienda pública —doctrina “rechazada actualmente por los juristas”— sería apartarse de la fecunda revolución jurídica que se estaba realizando en los demás países, según lo afirmaba Pedro Lessa, con su autoridad de maestro del derecho y ministro del Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>. Amaro Cavalcanti, que escribió en 1905 una notable monografía sobre la responsabilidad civil del Estado, daba a los términos del art. 82 de la Constitución de 1891 un alcance limitado: el dispositivo consagraba la responsabilidad del funcionario por sus faltas, pero no impedía la coexistencia de la res-

<sup>6</sup> Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 552.

<sup>7</sup> En el texto la utilización de la expresión “responsabilidad directa” significa la posibilidad del perjudicado de actuar directamente contra el Estado, de manera primaria e inmediata.

<sup>8</sup> Durante el trámite del proyecto fue rechazada la enmienda que restringía la responsabilidad únicamente a los actos de gestión.

<sup>9</sup> Barbosa, *Obras completas*, t. V, vol. XXV, p. 178; “Revista dos Tribunais”, 1900, vol. 133, p. 438.

<sup>10</sup> Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 161.

ponsabilidad estatal de forma principal, solidaria o subsidiaria, según el caso<sup>11</sup>.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal pasó de la total negativa (la Hacienda pública no responde por las faltas de sus funcionarios)<sup>12</sup>, a la aceptación ilimitada del principio (es indiscutible la responsabilidad civil del Estado por los daños causados a los particulares por los funcionarios públicos)<sup>13</sup>. En cierto momento se realizó una distinción (1921-1924): el Estado no respondería si el acto del funcionario fuese criminal, caso en el cual la responsabilidad sería personal<sup>14</sup>. No obstante, a partir de 1932 volvió a prevalecer la tesis más amplia<sup>15</sup>.

d) Con la revolución de 1930 el gobierno expidió el decr. 24.216 del 9/5/34, cuyo tenor era el siguiente: "La Unión Federal, el Estado o el Municipio no responden civilmente por los actos criminosos de sus representantes, funcionarios o delegados, aun cuando sean practicados en el ejercicio del cargo, función o desempeño de sus servicios, salvo que en ellos fueren mantenidos con posterioridad a su verificación". Como el párrafo primero imponía el deber de dimitir el funcionario que hubiese incurrido en falta, la hipótesis de la responsabilización del Estado en esos casos, prácticamente desapareció.

Sin embargo, inmediatamente después, el 16/7/34, fue promulgada la Constitución Federal que admitió la responsabilidad directa y solidaria del Estado sin exceptuar la naturaleza criminosa del acto: "Art. 171: Los funcionarios públicos son responsables solidariamente con la Hacienda nacional, estatal o municipal, por cualquier perjuicio resultante de negligencia, omisión o abuso en el ejercicio de sus cargos". La Constitución de 1937, instituyendo el régimen totalitario del "Estado Nuevo", repitió la misma regla.

<sup>11</sup> Cavalcanti, A., *Responsabilidade civil do Estado*, vol. II, p. 653.

<sup>12</sup> Sentencia del STF, 28/4/1887, en *O Direito*, vol. 73, p. 504.

<sup>13</sup> Sentencia del STF, 27/7/1898, en *O Direito*, vol. 77, p. 487.

<sup>14</sup> "Revista de Direito", vol. 65, p. 320; vol. 78, p. 526; vol. 81, p. 343.

<sup>15</sup> Salazar, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, p. 27 y siguientes.

e) La gran novedad vino con la Constitución de 1946, promulgada con posterioridad a la democratización del país, que mantuvo el principio de la responsabilidad directa del Estado y acogió la teoría objetiva: "Art. 194: Las personas jurídicas de derecho público interno son civilmente responsables por los daños que sus funcionarios, en esa calidad, causen a terceros. Parágrafo único. Les corresponde la acción de repetición contra los funcionarios causantes del daño, cuando hubiere culpa de los mismos". La Constitución de 1967 —art. 105—, así como la enmienda de 1969 —art. 107— no introdujeron alteraciones substanciales: "Art. 107: Las personas jurídicas de derecho público responderán por los daños que sus funcionarios, en esa calidad, causen a terceros. Parágrafo único. Cabrá acción de repetición contra el funcionario responsable, en los casos de culpa o dolo".

f) La Constitución de la República en vigor (1988), al reglamentar la administración pública, dispone: "Art. 37, 6º. 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, asegurando el derecho de repetición contra el responsable en los casos de dolo o culpa".

Esa disposición constitucional proporcionó las directrices para un sistema de responsabilidad civil del Estado del cual resaltamos los siguientes aspectos.

- 1) El agente (servidor, empleado o funcionario) es representante de la persona jurídica de derecho público, en consecuencia la responsabilidad de ésta deriva directamente de la acción del agente, como su órgano, sin que se caracterice una responsabilidad transubjetiva, como si el agente fuese su representante, a la manera reglamentada en el art. 15 del Cód. Civil.
- 2) El Estado responde siempre que de su funcionamiento regular o irregular resulte perjuicio para el tercero, independientemente del cuestionamiento sobre la existencia de culpa en el servicio, bastando el hecho del servicio. No

obstante, habrá exoneración total o parcial si el órgano público demuestra culpa exclusiva o concurrente de la víctima<sup>16</sup>.

- 3) La responsabilidad objetiva se extiende a los hechos activos. En los casos de omisión es preciso distinguir dos situaciones: el Estado estaba obligado a prestar una acción y no la presta, resultando inmediatamente de esa omisión un daño (el Estado deja de prestar el servicio al cual estaba obligado y la industria paraliza, sufriendo daños), o el Estado tenía el deber de evitar el resultado y no hace, siendo el daño causado por la acción de un tercero o por un hecho de la naturaleza (el Estado no garantiza la seguridad del presidio y la víctima muere por la acción del reo forajido; o el Estado no limpia los canales que la lluvia hace desbordar provocando una inundación). En el primer caso, basta el hecho del servicio, la omisión de la prestación debida; en el segundo, además de la omisión debe demostrarse que el Estado estaba obligado a evitar el resultado dañoso, ocupando la posición de garante del bien y que concurrió, mediante su omisión culposa (falta del servicio), al resultado<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La disidencia que se desarrolló en la doctrina sobre la predominancia de la teoría del riesgo integral o del riesgo administrativo (expuesta en el texto) no presenta mayor importancia, pues los defensores de ambas corrientes aceptan la posibilidad de exclusión o atenuación de la responsabilidad del Estado siempre que sea probada la actuación de factores causales extraños al Estado, como la culpa exclusiva o concurrente de la víctima (Falcão, *Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público*, en *RDA*, vol. 11, p. 45; Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 30 y ss.; Araújo, *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, p. 42). Sólo una corriente minoritaria defiende que el Estado responde siempre, aún cuando la víctima sea culpable por el evento. El STF ha acogido reiteradamente la teoría del riesgo administrativo: Sentencia del 24/2/87, en *AI*, 113.722-3, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, en *Lex - JSTF*, 103-25. En el mismo sentido, *RTJ*, 55-50. Ver, Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 549 y ss.; Velloso, *Responsabilidade civil do Estado*, en "Revista de Informação Legislativa", 1987, nº 96, p. 233.

<sup>17</sup> Para la depuración de la culpa del Estado como garante del bien y obligado a impedir el resultado, se aplican las reglas establecidas para la deter-

- 4) Son causas excluyentes de la responsabilidad del Estado: la culpa exclusiva de la víctima<sup>18</sup>, el hecho de terceros y la fuerza mayor<sup>19</sup>. El caso fortuito no es considerado por ser “una causa interna, inherente al propio servicio... será el cable de una instalación que se rompe, será la pieza de una máquina que se despedaza”<sup>20</sup>. No hay exclusión igualmente cuando el Estado tenía el deber, determinado por las circunstancias, de evitar el resultado dañoso de la acción de terceros o de un acontecimiento natural y no lo evitó por falta del servicio<sup>21</sup>. El estado de necesidad no constituye causa de exoneración, salvo si la situación de peligro fue dispuesta por la víctima y el Estado practicó la acción necesaria en su contra, provocándole un daño. En ese caso de estado de necesidad defensivo el autor del peligro es finalmente perjudicado y no puede reclamar. En los demás casos de estado de necesidad agresivo, ac-

minación de la *faute de service*, sirviéndonos de la lección de Rivero: la culpa del servicio es una deficiencia real del mismo, que surge cuando él queda abajo de su nivel medio; no es imputable a los agentes, por lo que no hay razón para distinguir entre culpa de un agente individualizado o culpa anónima, no hay manera abstracta de caracterizar la culpa, que debe ser apreciada en cada caso; es relativamente independiente de la legalidad, pues puede haber acto ilegal solamente en lo que respecta a sus formalidades externas, que en las circunstancias puede no constituirse en hecho dañoso; la culpa admite grados; el juez puede considerar que ciertos servicios, particularmente difíciles, sólo responden por culpa grave, como los servicios de protección del fuego; la prueba de la culpa corresponde a la víctima, pero es posible presumir culpa (Rivero, *Tratado de direito administrativo*, ps. 319-320).

<sup>18</sup> “La responsabilidad objetiva de la persona jurídica de derecho público, prevista en la Constitución Federal, no implica que el Estado sea siempre responsable por daños causados a terceros por sus órganos representativos. No se adoptó, en el sistema jurídico brasileño, en materia de responsabilidad civil, la teoría del riesgo integral. Si el acto jurídico ilícito del policía fuese practicado en legítima defensa, no corresponden al Estado ni el deber ni la obligación de indemnizar a la víctima”. Sentencia de la 1ª Turma del STF, 15/9/81, en *Lex-JSTF*, 36-49.

<sup>19</sup> *RTJ*, 78-243.

<sup>20</sup> Cavalcanti, T., *Tratado de direito administrativo*, p. 417.

<sup>21</sup> “En estas hipótesis (crecientes, vendavales) la indemnización por la Hacienda pública sólo es debida si se comprueba culpa de la administración”, Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 555.

tuando el Estado en defensa de un interés colectivo para apartar el peligro, no creado por la víctima, debe indemnizar a aquel a quien su acción causó perjuicio.

5) El fundamento de la responsabilidad reside en el principio de igualdad, que exige armonía en la distribución de las cargas sociales. Sin embargo, si el acto lesivo es contrario a la ley, el principio que sirve de base a la imputación es el de la legalidad<sup>22</sup>.

6) El punto central de visualización del sistema se trasladó de la acción del agente (comportamiento lícito o ilícito) para la consideración de la situación de la víctima y del daño injusto, lo que acentuó el deber de reparación del daño derivado de la actuación del Estado<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Bandeira de Mello, *Responsabilidade patrimonial da administração por atos administrativos*, en RDA, 132-48.

<sup>23</sup> Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Fue con Starck que se inició la orientación de considerar la responsabilidad civil del punto de vista de la víctima. "Ensayamos una construcción enteramente nueva, con el único cuidado de proporcionar una explicación lógica y simple a los datos reales del problema. La existencia de varios casos de responsabilidad es independiente de toda imprudencia, negligencia o dolo, aun cuando susceptibles de indemnización. No pudiendo justificar satisfactoriamente con la idea del riesgo el fundamento de la responsabilidad civil, nos preguntamos si el problema no fue mal situado ante el dilema: culpa o riesgo. Nos parece que esas dos teorías, para algunos radicalmente opuestas, tenían en común un defecto. Ellas buscaban la razón, la justificación de la obligación de reparar el perjuicio causado, fundamentándose solamente en la posición del autor del daño. Ellas son, como hemos señalado, subjetivas. ¿No será ésta la razón principal de su fracaso? ¿No se podría, invirtiendo el curso habitual del pensamiento jurídico, abordar el problema de la responsabilidad civil del punto de vista de la víctima...?" (p. 10). "La razón, la causa jurídica de toda responsabilidad civil no puede ser plenamente percibida sino tomando en consideración el punto de vista de la víctima" (p. 259). Esa también es la lección de Mosset Iturraspe: "La responsabilidad que mira a la víctima es, a nuestro juicio, la verdaderamente jurídica" (Mosset Iturraspe, *Responsabilidad civil*, p. 30). En Argentina, tal perspectiva asumió importancia después de la ley 17.711 de 1968: "El viraje de la problemática fue de ciento ochenta grados; se comenzó a estudiar el fenómeno desde el dañado y del daño y no exclusivamente desde el dañador" (Gherzi, *Responsabilidad civil*, p. 46).

- 7) La relación entre el Estado y su agente es de naturaleza subjetiva: el Estado tendrá acción de repetición, en caso de culpa o dolo del agente. En el ejercicio y para garantizar ese derecho el Estado puede denunciar la *litis* al servidor que faltó a su deber<sup>24</sup>.
- 8) La redacción dada al dispositivo superó la antigua discusión sobre la extensión de los principios de la responsabilidad objetiva a las empresas de derecho privado que desempeñaban servicios públicos. La noción central reside actualmente en el concepto de “servicio público”, otorgando poca importancia a la naturaleza de la persona jurídica.
- 9) La denominación que recibe más acogida para el instituto continúa siendo la de responsabilidad civil del Estado, a pesar de la resistencia de los publicistas<sup>25</sup>.

#### § 43. *LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL*

a) En la época de la colonia, regían las Ordenanzas del Reino de Portugal y sus leyes complementarias. Las primeras Ordenanzas, las Alfonsinas, mandadas publicar por Alfonso V en 1446, constituyeron una importante expresión de unidad y centralismo jurídico<sup>26</sup>. Ellas reunían, en un texto dividido en

---

No distinguimos, para el estudio del tema, entre indemnización por hecho lícito y resarcimiento por hecho ilícito, como ha sido propuesto en la doctrina extranjera.

<sup>24</sup> La orientación jurisprudencial mayoritaria es contraria a la denuncia de la *litis* al servidor, sobre la base de que ella encierra materia relacionada con la culpa en una acción indemnizadora donde la responsabilidad del Estado es objetiva. Ocurre que la denuncia de la *litis* trae siempre para la demanda ya existente una nueva relación, cuya naturaleza y contenido es necesariamente diferente de la establecida entre autor y reo. Impedir la denuncia por ese único motivo sería negar el propio instituto.

<sup>25</sup> Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, ps.17-19; Mosset Iturraspe, *Responsabilidade civil*, ps. 37-39.

<sup>26</sup> Couto e Silva, *Le droit civil brésilien - Aperçu historique et perspectives d'avenir*, p. 5.

cinco libros, las normas sobre las diferentes ramas del derecho. Consolidaban leyes promulgadas por sus antecesores, inspirándose en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico, en el Fuero Juzgo y en la Ley de las Siete Partidas<sup>27</sup>. Un poco más de medio siglo después, les siguieron las Ordenanzas Manuelinas (1521) y en enero de 1603 las Ordenanzas Filipinas que rigieron en Portugal hasta 1867 y en Brasil por más de trescientos años, hasta la vigencia del Código Civil en 1907.

Las Ordenanzas Filipinas adoptaron el principio de la responsabilidad personal del juez, del que seleccionamos algunos pasajes: Libro I, Tít. LXXVI, párr. 16: "... y el juez que no cumpla esto, pagará al huérfano todas las pérdidas y daños que por ello se le causen"; Libro III, Tít. LXII, párr. 5º: "... y el juez que procesó tales actos, será obligado a las costas en el caso que procesó sin citación o con citación nula"; Libro IV, Tít. CII, párr. 7º: "... y haga el juez de tal forma que por su culpa o negligencia, los bienes de los huérfanos no sufran daño, por que todo daño y pérdida será pago con sus bienes".

Con el objetivo de garantizar esa responsabilidad personal, como ocurría en España<sup>28</sup>, el juez estaba obligado a dar residencia, con el deber de permanecer por ciento tiempo en el lugar donde hubiera ejercido la función, para responder a las reclamaciones de los eventuales lesionados. El nuevo juez del lugar debía, en los diez días siguientes a su pose, proceder a la investigación exhaustiva del juez anterior denominada "Janeirinha" —reglamentada en las Ordenanzas Filipinas, Libro I, Tít. LXV, párrs. 39-72— enviando su resultado al Corregidor de la Corona<sup>29</sup>.

b) Con la independencia ese cuadro no fue alterado, sin que la Constitución de 1824 hiciera referencia a la responsabilidad de los jueces. El importante decr. 737 del 25/11/1850, refirién-

<sup>27</sup> Martins, (Jr.), *História do direito nacional*, p. 93.

<sup>28</sup> Nosete, *Responsabilidad judicial*, p. 15.

<sup>29</sup> Nequete, *O poder judiciário no Brasil - Crônica dos tempos coloniais*, vol. 2, párr. 296 y siguientes.

dose al orden del juicio en el proceso, prevía la responsabilidad personal del juez<sup>30</sup>.

La novedad aconteció con la promulgación del Código Penal de 1890, que impuso al Estado el deber de indemnizar al reo condenado por sentencia criminal y posteriormente rehabilitado. Con base en ese precepto legal Pedro Lessa, no obstante partidario de la irresponsabilidad del Estado por acto jurisdiccional admitió: "En los casos de revisión o rescisión de la sentencia... los particulares pueden obtener el resarcimiento del perjuicio infringido por una sentencia ilegal"<sup>31</sup>.

El Código Civil de 1917, fuera de la regla del art. 15 ya señalada, estableciendo la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público por actos de sus funcionarios, contiene varios preceptos que imponen directamente al juez la responsabilidad por los daños causados a las partes, como por ej., los arts. 294, 420, 421 y 1552<sup>32</sup>.

c) A partir de 1940 fueron editadas las nuevas codificaciones: Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código de Procedimiento Civil.

El Código Penal de 1940, actualmente en vigor con algunas modificaciones, después de enunciar diversos delitos que pueden

<sup>30</sup> Decr. 737, 25/11/1850: "Art. 677: Las nulidades argüidas, no siendo saneadas o pronunciadas por el juez, traerán como consecuencia:

1º La anulación del proceso en la parte respectiva, si ellas causaren perjuicio a aquel que las alegó.

2º La responsabilidad del juez".

<sup>31</sup> Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 165.

<sup>32</sup> Art. 294: "El juez que concediere alienación fuera de los casos y sin las formalidades del artículo anterior o no tomare las providencias necesarias a la subrogación del precio, de conformidad con el párrafo único del mismo artículo, será subsidiariamente responsable"; art. 420: "El juez responde subsidiariamente por los perjuicios que sufra el menor en caso de insolvencia del tutor, de no haberle exigido la garantía legal o de no haberlo removido, tornándose sospechoso por esa conducta"; art. 421: "La responsabilidad será personal y directa, cuando el juez no hubiere nombrado tutor o cuando el nombramiento no hubiere sido oportuno"; art. 1551: "Se consideran contrarios a la libertad personal (art. 1550): I. La cárcel privada; II. La prisión por queja o denuncia falsa o de mala fe; III. La prisión ilegal (art. 1552)"; art. 1552: "En el caso del artículo anterior número III, solamente la autoridad que ordenó la prisión es obligada a reparar el daño".

ser practicados por los funcionarios públicos (entre ellos los jueces), como peculado, concusión, corrupción, prevaricato, etcétera, previstos en los arts. 312 a 317, definió el crimen de ejercicio arbitrario o abuso de poder: "Art. 350. Ordenar o ejecutar medida privativa de la libertad individual sin las formalidades legales o con abuso de poder". Posteriormente, la ley 4898 del 9/12/65 relativa a la responsabilidad civil, administrativa y penal en los casos de abuso de autoridad, definió como tal "dejar el juez de ordenar la liberación de prisión o detención ilegal que le sea comunicada" (art. 4º, d), imputándole además de otras sanciones la reparación civil del daño (arts. 6º, 2º).

El Código de Procedimiento Penal (1942), también en vigor, trató de la indemnización del error judicial, atribuyéndole esa responsabilidad directamente al Estado, condicionándola ya no a la rehabilitación del reo, sino a la revisión de la sentencia condenatoria<sup>33</sup>.

El actual Código de Procedimiento Civil (1973), reproduciendo la regla ya constante del Código Procesal Civil de 1939, dispone: "Art. 133: Responderá por pérdidas y daños el juez, cuando: I. en el ejercicio de sus funciones, proceda con dolo o fraude; II. rechace, omita o retarde, sin justo motivo, providencia que deba ordenar de oficio o a solicitud de parte. Parágrafo único. Se reputarán verificadas las hipótesis previstas en el nº II sólo después que la parte, por intermedio del escribano, requiera al juez que determine la providencia y éste no atienda el pedido dentro de diez (10) días".

La Ley Orgánica de la Magistratura (ley complementaria 35 del 14/3/79) reprodujo tal enunciado en su art. 49, extendiendo

<sup>33</sup> Art. 630 del Cód. de Procedimiento Penal: "El Tribunal, a solicitud del interesado, podrá reconocer el derecho a una justa indemnización por los perjuicios sufridos. 1º Por esa indemnización, que será objeto de liquidación en el juicio civil, responderá la Unión si la condena hubiere sido proferida por la Justicia del Distrito Federal o de Territorio, o el Estado si lo hubiese sido por la respectiva justicia. 2º La indemnización no será debida: a) si el error o la injusticia de la condena procede de acto o falta imputable al propio solicitante, como el confisco o la ocultación de prueba en su poder; b) si la acusación hubiere sido meramente privada" (La cláusula de la letra b) es inadmisibles).

su incidencia a los actos practicados en las demás jurisdicciones (criminal, electoral, laboral, militar)<sup>34</sup>. Esta ley, que también es el estatuto en la magistratura nacional, regula la hipótesis de jubilación del juez por manifiesta negligencia e incapacidad para el servicio (art. 56)<sup>35</sup>.

Las Constituciones Federales de 1946, 1967 y la enmienda nº 1 de 1969, no dijeron nada en relación a la responsabilidad del juez. La Constitución de 1988, en el título de los derechos y garantías fundamentales, contiene la siguiente norma: "Art. 5º, párr. LXXXV. El Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como a quien permanezca preso tiempo mayor que el fijado en la sentencia".

En resumen, coexisten en el Brasil sobre el tema, los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución de 1988, art. 5º, párr. LXXXV y art. 37, 6º; Cód. Civil de 1917, arts. 15, 294, 420, 421 y 1551; Cód. Penal de 1942, arts. 312 a 317 y 350; Cód. de Procedimiento Penal de 1942, art. 630; ley 4898/65; Cód. de Procedimiento Civil de 1973, art. 133; Ley Orgánica de la Magistratura (LOMAN) de 1979, arts. 49 y 56.

d) Ante este cuadro legislativo, la orientación jurisprudencial predominante ha afirmado hasta ahora la irresponsabilidad del Estado por actos de los jueces, salvo en los casos en que el deber de indemnizar esté expresamente previsto en la ley, como ocurre con el error judicial criminal, después de un proceso de revisión (art. 630, Cód. Proc. Penal).

<sup>34</sup> El reciente proyecto de Estatuto de la Magistratura Nacional, encaminado por el STF al Congreso Nacional ("Diário da Justiça", ejemplar del 21/12/92), no hace referencia a la responsabilidad por acto judicial. Esta sería la sede legislativa más adecuada para reglamentar la materia a nivel nacional y para todas las jurisdicciones.

<sup>35</sup> Ley Complementaria 35, 14/3/79 (Ley Orgánica de la Magistratura Nacional - LOMAN): Art. 56: "El Consejo Nacional de la Magistratura podrá determinar la jubilación, con pagamentos proporcionales al tiempo de servicio, del magistrado: I. Manifiestamente negligente en el cumplimiento de los deberes del cargo; II. De conducta incompatible con la dignidad, la honra y el decoro de sus funciones; III. De escasa o insuficiente capacidad de trabajo, o cuya conducta funcional sea incompatible con el buen desempeño de las actividades del Poder Judicial".

La negación encuentra fundamento en la tesis universalmente difundidas sobre el tema<sup>36</sup>. Tres de ellas son presentadas con mayor énfasis: la soberanía ejercida por la autoridad judicial; la fuerza de la cosa juzgada y la necesidad de garantizar la libertad y la independencia de los jueces.

El Estado no respondería por el acto jurisdiccional emanación de la propia soberanía, *supra legem*, de cuyo ejercicio no puede surgir pretensión de resarcimiento. El Supremo Tribunal Federal, en plenario, decidió: "El Estado no es civilmente responsable por los actos del Poder Judicial, fuera de los casos expresamente declarados en ley, por cuanto la administración de justicia es uno de los privilegios de la soberanía"<sup>37</sup>. Más recientemente: "El pensamiento dominante es que tratándose del ejercicio de actos de soberanía, al igual que la responsabilidad del legislador, no podría resultar la responsabilidad de indemnizar a quien, súbitamente, sufriese perjuicios resultantes de tal ejercicio"<sup>38</sup>. Como consecuencia de esa afirmación el juez no sería funcionario o delegado del Estado, de tal manera que si hubiere ilicitud esta sería de responsabilidad exclusiva y personal de su autor en los términos legales (Cód. Proc. Civil, Cód. Civil, LOMAN).

<sup>36</sup> Ardant, (*La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, ps. 171 a 186), actual Rector de la Universidad de París, en su excelente monografía, enumeró los fundamentos teóricos contrarios al principio de la responsabilidad del Estado por hecho de la justicia: la responsabilidad eliminaría la libertad de espíritu de los jueces; las partes no colaboran para el funcionamiento correcto de la justicia; hay riesgo de colusión entre las partes; la organización de los servicios de la justicia y las reglas del proceso ofrecen garantías suficientes para impedir la realización de un daño; el recurso a la justicia es un acto voluntario; el reconocimiento de la responsabilidad acarrearía una carga excesiva para las finanzas públicas; la función jurisdiccional, como manifestación de la soberanía, es irresponsable; la autoridad de la cosa juzgada impide la responsabilización por daño resultante de sentencia .

<sup>37</sup> Sentencia del STF, 13/10/71, en *RTJ*, 64-689.

<sup>38</sup> Sentencia del STF, 25/3/80, en *RTJ*, 94-423. Es apenas la reiteración de precedentes consolidados desde principios de siglo: "La Unión no es civilmente responsable por las decisiones contenciosas o administrativas, proferidas por el Poder Judicial, porque éste no es representante o delegado de ella sino uno de los órganos de la soberanía nacional" (Sentencia del STF, 29/10/26, en "Revista Forense", 49-46).

El segundo obstáculo reside en la existencia de la cosa juzgada: "La responsabilidad del Poder Público en ese caso es un corolario fatal de la autoridad de *res judicata*"<sup>39</sup>. La cosa juzgada, considerada como expresión de la verdad (*res judicata pro veritate habetur*, Ulpiano, D. 12.2.31), es un instituto procesal particularmente importante para la seguridad de las relaciones sociales y la inmutabilidad de las decisiones judiciales tiene una relevancia social preponderante.

Finalmente la perturbación de la independencia del juez: "La irresponsabilidad del Estado por los actos y omisiones de los jueces deriva de la independencia de la Magistratura, prerrogativa que tiene como consecuencia lógica el tomar exclusivamente personal la responsabilidad"<sup>40</sup>. En el Supremo Tribunal Federal se afirmaba: "Domina pues, en este campo, el principio de la irresponsabilidad, no sólo en relación a la autoridad de la cosa juzgada sino también a la libertad e independencia de los magistrados, que se sentirían paráliticos a cada paso en su función de decir el derecho o resolver las graves cuestiones administrativas que les son sometidas, por el temor de engendrar responsabilidad para sí o para el Estado que representan"<sup>41</sup>. Las manifestaciones judiciales en sentido diverso son escasas<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 164.

<sup>40</sup> Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira (1946)*, vol. III, p. 262.

<sup>41</sup> Sentencia del STF, 9/12/58, en "Revista Forense", 194-159. En la justicia de los Estados la tesis de la irresponsabilidad encontró la misma aceptación: *TJSP - RDA*, 50-239; 53-183; *RT*, 259-127; *TJRS - Ajuris*, 19-114; *Rev. de Jur. TJRS*, 113-367.

<sup>42</sup> Los juicios de procedencia de acciones indemnizatorias constituyen una excepción, destacándose la sentencia del antiguo Tribunal Federal de Recursos, del 23/7/57, que condenó al Estado a indemnizar un suplente de diputado indebidamente separado del servicio del mandato por sentencia judicial (*RDA*, 54-188). En este punto es imprescindible la referencia al voto histórico del Min. Aliomar Baleeiro, que no llegó a convencer la mayoría del STF, proferido en el RE, 70.121 del 13/10/71, batiéndose por la responsabilidad directa del Estado en razón de la negligencia del juez, que conservó indiferentemente, por más de dos años, los autos de un proceso de reo preso (*RTJ*, 64/689).

La doctrina, hasta mediados de siglo, insistió siempre en el mismo punto: el acto jurisdiccional es emanación de la soberanía, reviste la fuerza incontestable de cosa juzgada, no ofende derechos subjetivos y no genera la responsabilidad civil del Estado<sup>43</sup>.

e) No obstante, en los últimos años está surgiendo un movimiento vigoroso en favor de la ampliación del concepto, por motivos de orden político y por razones de orden jurídico. Del punto de vista político, porque la marcha hacia la plena realización del Estado de Derecho —aspiración que debe orientar a todos— impone la extinción gradual de la idea de la irresponsabilidad, vestigio de privilegios antes concedidos a clases y personas para el mantenimiento de poderes y beneficios injustificados a la luz del Estado moderno, democrático, igualitario y solidario. Jurídicamente porque el acto estatal practicado a través del juez no se distingue ontológicamente de las demás actividades del Estado, generadoras del deber de indemnizar una vez presentes los requisitos. O sea, el Estado-juez es una fracción del Poder Público que puede, a través de su agente, en esa calidad, causar daño injusto, no habiendo razón jurídica para imponer al perjudicado el sufrimiento del perjuicio de ahí derivado. La necesidad de realizar la justicia material, finalidad que debe presidir el sistema jurídico estatal, no se satisface con el sacrificio individual injusto, aun como consecuencia del acto jurisdiccional. Tal vez ahí y por esta razón, sea mayor el senti-

<sup>43</sup> Además de Maximiliano y Lessa, ya citados, ver: Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. I, p. 356; Castro Nunes, *Da fazenda pública em juízo*, 420-44; Martins, P., *Comentários ao CPC*, I-361: "Tornar el juez civilmente responsable por los juicios que profiere es un absurdo que la doctrina jamás podrá tolerar. Ni el juez, ni el Estado que lo hubiere investido en la función, responden por los daños..."; Lopes Meirelles, uno de los más citados administrativistas brasileños en su *Direito administrativo brasileiro*, p. 557, afirma: "El acto judicial típico, que es la sentencia, no encierra responsabilidad civil de la Hacienda pública, salvo en la hipótesis única del art. 630 del Cód. de Proced. Penal, una vez obtenida la revisión criminal. En los demás casos, las decisiones judiciales, como actos de soberanía interna del Estado, no propician ningún resarcimiento".

miento de inconformidad, pues el objetivo de la jurisdicción es la realización de la justicia.

Las primeras y más destacadas manifestaciones a favor de la responsabilidad del Estado por acto de los jueces aparecen en la década del 40, en la monografía de Alcino de Paula Salazar, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, y en la obra clásica del derecho brasileño, *Da responsabilidade civil*, de José de Aguiar Dias. El primero, luego de examinar y rebatir las objeciones hechas al principio de la responsabilidad, concluye: I. Por la responsabilidad del Estado en consecuencia del funcionamiento del servicio público, por actos de cualquier naturaleza, siendo fundamento de esa responsabilidad la idea solidarista de la equitativa distribución de las cargas públicas; II. Este principio general se aplica también a los actos judiciales, a excepción de la cosa juzgada, que se entiende debe ser deshecha a través de la revisión o rescisión<sup>44</sup>. Aguiar Dias, admitiendo estar en minoría, sustenta enfáticamente ante nuestro derecho positivo, la responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales, manera de garantizar la plena satisfacción del principio de igualdad ante la ley, de cuya violación surge el derecho amplio a la indemnización, incluyendo en ella la reparación del daño moral, con lo que refuta al mismo tiempo, a quien sostiene que el deber de reparar es un mero imperativo del deber de asistencia social (Rocco) y aún contrae la reducción del daño indemnizable a su componente patrimonial. Afirmar, además, ser indemnizable el daño resultante de prisión preventiva injustificada<sup>45</sup>.

Desde entonces y cada vez con mayor uniformidad, numerosos y valiosos trabajos doctrinarios, expuestos en monografías y artículos, pasaron a acoger el principio de la responsabilidad del Estado por actos dañosos practicados en el ejercicio de la función judicial<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Salazar, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, ps. 95 a 99.

<sup>45</sup> Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, vol. II, p. 320 y ss., n° 214.

<sup>46</sup> Silva, *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdiccionais*, en "Revista dos Tribunais", 1965, vol. 351, p. 19; Cretella, *Responsabilidade do Es-*

#### § 44. *INFORMACIONES DE DERECHO COMPARADO*

a) Algunos años después de la promulgación de la Constitución italiana de 1947, con la apertura propuesta por el art. 28, se desarrolló un intenso debate sobre el papel y la responsabilidad del juez en la sociedad moderna, habiéndose caracterizado las décadas del 70/80 por el “difícil equilibrio entre lo viejo y lo nuevo”, impulsado por la propuesta constitucional por un lado y condicionado por la legislación defectuosa por el otro<sup>47</sup>. En los años 70 se organizaron varios congresos sobre el tema<sup>48</sup> y fueron elaboradas tres propuestas de ley<sup>49</sup>. Finalmente en 1988

*tado por atos judiciais*, en “Revista de Direito Administrativo”, 1970, vol. 99, p. 13; Sento Sé, *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*; Ferreira Pinto, *A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*, en “Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais”, 1977, p. 143; Araújo, *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional; O Estado juiz e sua responsabilidade*, en “Boletim de Direito Administrativo”, enero 1986, p. 20; Porto, *Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juizes*, en “Revista dos Tribunais”, 1982, vol. 563, p. 9; Pellegrini Grinover, “A responsabilidade do juiz brasileiro”, en *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, p. 3; Carlin, *A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais*, en “Revista dos Tribunais”, 1982, vol. 557, p. 15; Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*; Delgado, *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, en “Revista do Processo”, 1985, vol. 40, p. 147; *Poderes, deveres e responsabilidades do juiz*, en “Revista Forense”, 1988, vol. 301, p. 335; Velloso, *Responsabilidade civil do Estado*, en “Revista de Informação Legislativa”, 1987, vol. 96, p. 233; *Problemas e soluções na prestação da justiça*, en “Revista dos Tribunais”, 1991, vol. 664, p. 215; Rodrigues Wambier, *A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais*, en “Revista dos Tribunais”, 1988, vol. 633, p. 34; Suannes, *A responsabilidade do juiz pelo erro judiciário*, en “Cadernos de Advocacia Criminal”, dic. 1988, vol. 1, n° 6, p. 124; *Má prestação judicial e indenização correspondente*, en “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, número especial de lançamento, p. 62; Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*; Souza, *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*, en “Revista dos Tribunais”, 1990, vol. 652, p. 29; Silva Filho, *Juízes irresponsáveis*, en “Revista dos Tribunais”, 1991, vol. 674, p. 70; Cotrim Neto, *Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988*, en “Ajuris”, 1992, vol. 55, p. 76.

<sup>47</sup> Trocker, *La responsabilità del giudice*, en *RTDPC*, 1982, p. 1283.

<sup>48</sup> Figurelli, *La responsabilità disciplinare del giudice: il dibattito più recente e la prospettiva de soluzioni nuove*, en *RTDPC*, 1982, p. 260.

<sup>49</sup> Picardi, *Problemi attuali della responsabilità del giudice*, en *RTDPC*, 1979, n° 4, p. 1485.

fue publicada la ley 117, del 13/4/88, que dispuso sobre el resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función jurisdiccional y de la responsabilidad civil del magistrado. Es el instrumento más reciente que trata de forma completa el tema y traza las líneas de un sistema orgánico de la responsabilidad del Estado por acto del juez, cuyas características principales son las siguientes:

- 1) El Estado responde por el daño causado por dolo, culpa grave o denegación de justicia. Constituye culpa grave la violación de la ley por negligencia inexcusable, la afirmación o la negación de hecho, por negligencia inexcusable, contrariando lo contenido en los autos; orden de privación de libertad fuera de los casos legales o sin motivación. Caracteriza denegación de justicia de rechazo, omisión o retardo del magistrado en practicar acto de su oficio cuando, después de terminado el plazo legal, la parte haya recurrido la providencia, pasando inútilmente, sin motivo justificado, treinta días de la fecha del depósito del pedido en notaría. Ese plazo se reduce para cinco días cuando se trata de privación de la libertad.
- 2) El magistrado y el Estado responden por el daño resultante de crimen cometido por el magistrado en el ejercicio de su función.
- 3) En ambos casos el Estado tiene acción de repetición contra el magistrado, cuyo valor no puede exceder de un tercio de la anualidad líquida recibida por el magistrado en el momento en que fuese propuesta la acción de resarcimiento. Tal límite no se aplica al hecho cometido con dolo.
- 4) El juez cuyo comportamiento se examina en la acción de indemnización no puede ser llamado a la causa, pero puede intervenir en ella a cualquier fase o grado, por lo que debe ser comunicado de la primera audiencia.
- 5) La acción contra el Estado debe ser propuesta al Presidente del Consejo de Ministros, en el tribunal del lugar donde tiene sede la corte de apelación del distrito más

próximo de aquel al cual pertenecía el magistrado en el momento del hecho.

- 6) La acción sólo puede ser propuesta cuando se hayan agotado los medios ordinarios de impugnación y en el plazo de dos años.

b) En el derecho inglés vigoraba desde 1613 el principio de la absoluta inmunidad judicial por los actos practicados dentro de los límites de la jurisdicción (*intra vires*), sin excluir la responsabilidad por los actos *ultra vires*. Como siempre se respetó el principio de que corresponde a los jueces de los tribunales superiores determinar el ámbito de su jurisdicción y como ellos, juzgando cierta demanda, estaban implícitamente admitiendo su competencia<sup>50</sup>, la consecuencia práctica era que el juez de la corte superior practicaba actos *intra vires* y en consecuencia, al abrigo de la *judicial immunity*, aun cuando actuase con dolo o culpa.

Para los jueces de las cortes inferiores, que no tienen el privilegio de determinar el ámbito de la propia jurisdicción, vigoraba plenamente el principio con su responsabilización en los actos practicados *ultra vires*, cuya práctica significaba error de derecho inexcusable. En el caso *Sirros c. Moore* (1974)<sup>51</sup>, por el voto

<sup>50</sup> "The Supreme Court may, by statute, lack jurisdiction to deal with a particular matter... but it has jurisdiction to decide whether or not it has jurisdiction to deal with such matters". Caso *Taaffe v. Downes* (1812) en Crisculi, *I nuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese nel caso "Sirros v. Moore and Another": un motivo per riflettere*, en *RTDPC*, 1975, n° 3, p. 1060. También: Lévy, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, p. 103.

<sup>51</sup> *Sirros* era un ciudadano turco contra el cual fue expedida, en 1971, por un *magistrate* (juez de Paz) orden de expulsión de Inglaterra. *Sirros* recurrió a la *Crown Court* que rechazó la demanda. Después de finalizado el juicio y proclamado el resultado, cuando *Sirros* se retiraba de la sala, el juez ordenó su prisión, ejecutada cuando el demandante ya se encontraba en la calle. *Sirros* propuso la acción de *hábeas corpus*, que fue juzgada procedente por haber sido preso por orden expedida después de haberse concluido el caso. *Sirros* promovió entonces una acción indemnizatoria contra el juez que ordena-

de Lord Denning<sup>52</sup>, fue dejado de lado el principio de la graduación de la inmunidad en razón del *status* de la corte, estableciéndose que, tanto el juez de corte superior como el de corte inferior, deben estar protegidos de la misma manera, pues lo que interesa es que el juez haya actuado de buena fe. En el caso no fue reconocida procedencia de la acción indemnizadora promovida contra el juez de corte inferior, a quien se atribuía la práctica de un acto fuera de la jurisdicción, debido a su actuación de buena fe en el ejercicio de la actividad judicial, aun cuando su acto hubiese sido fruto de un error declarado ilegítimo<sup>53</sup>. El juez podía estar errado, pero creyendo honestamente haber actuado dentro de su jurisdicción, no era responsable<sup>54</sup>. No obstante, más recientemente en el caso *in re* "MCC" (*a minor*), 1985, la Cámara de los Lores no siguió ese camino, habiendo fracasado aparentemente el objetivo de generalizar la responsabilidad por mala fe, lo que dependería de una ley aprobada por el Parlamento<sup>55</sup>.

c) Durante el período feudal en Francia el sistema se caracterizaba por la privatización de las funciones estatales, entre ellas la de la magistratura, para la cual vigoraba el principio de la venalidad del cargo, considerado éste como un bien de pro-

---

ra su prisión y contra el oficial que la ejecutara. La acción fue juzgada improcedente, pero el fundamento de la decisión contrariaba la orientación jurisprudencial adoptada siglos antes.

<sup>52</sup> Walker & Walker, *The english legal system*, ps. 220-221.

<sup>53</sup> Criscuoli, *I nuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese nel caso "Sirros v. Moore and Another": un motivo per riflettere*, en *RTDPC*, 1975, n° 3, p. 1064.

<sup>54</sup> Walker & Walker, *The english legal system*, p. 221, transcribiendo el voto de Lord Denning: "He should not have to turn the pages of his book with his trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages?' So long as he does his work in the honest belief that is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction—in fact or in law—but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable... Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it".

<sup>55</sup> Montero Aroca, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, ps. 24-25.

riedad del magistrado y transferible *inter vivos* o *causa mortis*, por lo que la responsabilidad de los jueces era vista como una responsabilidad profesional<sup>56</sup>. Con la ascensión de la realeza y fruto de la creación jurisprudencial, surgió desde 1521 el instituto de la *prise à partie*, procedimiento para la responsabilidad personal de los jueces por daños cometidos en el ejercicio de la función, admitido cuando hubiese dolo, fraude, concusión o error manifiesto de hecho o de derecho, reglamentado substancialmente por la Ordenanza de Luis XIV de 1667. Con la revolución se trató de organizar un sistema burocrático-judicial, en un momento histórico caracterizado por la desconfianza del legislador para con los jueces, que llegaron a ser prohibidos de interpretar la ley y quedaron sometidos jerárquicamente al gobierno. El juez se tornó responsable únicamente en los casos expresamente previstos por la ley, siendo necesaria autorización previa para el proceso. La ley del 8/6/1895, modificando el art. 446 del Cód. Procesal Criminal, instituyó un régimen de indemnización, a cargo del Estado, en favor del condenado declarado inocente en un proceso de revisión. En 1933, por la ley del 7 de febrero, fue alterada la redacción del art. 505 del Cód. de Procedimiento Civil, admitiéndose la *prise à partie* en los casos de dolo, fraude, concusión o falta profesional grave en el curso de la instrucción o del juicio; se admitió también la responsabilidad subsidiaria del Estado. La falta grave sería la practicada sobre la influencia de error tan evidente que un magistrado, si hubiese tomado el cuidado normal para con sus deberes, no podría cometerlo<sup>57</sup>.

En 1956, con el Arrêt Giry, la Corte de Casación admitió la responsabilidad del Estado en hipótesis no previstas en la legislación, fundamentando la decisión en un principio general del derecho público<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Righetti, *La responsabilità civile del giudice nel diritto francese*, en "Rivista di Diritto Procesal", 1991, p. 178.

<sup>57</sup> Lombard, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5/7/72*, en "Revue du Droit Public", 1975, n° 3, p. 585.

<sup>58</sup> Lombard, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5/7/72*, en "Revue du Droit Public", 1975, n° 3, p. 598.

La ley 70/643 del 17/7/70 introdujo en el Código Procesal Penal la reglamentación de la responsabilidad del Estado por los daños causados por prisión preventiva, estableciendo una indemnización a favor del preso absuelto, cuando de la detención derivase daño manifiestamente anormal y de particular gravedad.

La ley del 5/7/72, en su art. 11, atribuyó al Estado la obligación de reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso de la justicia en razón de falta grave<sup>59</sup> o denegación de justicia. La responsabilidad de los magistrados ordinarios, por falta personal, se rige por el estatuto de la magistratura y la de los demás por ley especial, apareciendo el Estado simplemente como garante de esa responsabilidad.

La ley orgánica del 18 de enero de 1979 incluyó en el estatuto de los magistrados un artículo donde especifica que los de la jurisdicción ordinaria responden solamente por su culpa personal, pero la acción de responsabilidad contra el magistrado no puede ser ejercida sino por acción de repetición del Estado ante una sección civil de la Corte de Casación. Con eso desapareció el proceso de *prise à partie* para los jueces ordinarios<sup>60</sup> y se amplió el campo de la responsabilidad directa del Estado también por las faltas personales de los jueces<sup>61</sup>.

d) El art. 121 de la Constitución de España de 1978 dispone: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia de la administración anormal de la justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado de acuerdo con la ley". Esta vino a ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), del 1/7/85, que trata la materia en los arts. 292, 297. El sistema

<sup>59</sup> Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. I, p. 829: "Une interprétation littérale des dispositions de l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 priverait les victimes du bénéfice de la responsabilité pour faute simple ou sans faute que les avait accordé la jurisprudence Giry. La Cour de Cassation n'a pas admis cette interprétation qui, dans un arrêt Cons. Pourcel... a consacré la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de dommages causés, au cours d'une opération de police judiciaire...".

<sup>60</sup> Rivero, *Droit administratif*, p. 380: "La responsabilité pour faute personnelle n'est plus liée à la procédure de prise à partie, qui disparaît".

<sup>61</sup> Vincent, *La justice et ses institutions*, 3<sup>e</sup> ed., p. 430.

implantado por ella se caracteriza por la responsabilidad directa y objetiva del Estado, cuando estén reunidos los siguientes requisitos:

- a) Un comportamiento dañoso, calificable como error judicial o como funcionamiento anormal de la administración de justicia, independiente de culpa o caso fortuito.
- b) Daño injusto, es decir, el que el perjudicado no está obligado a soportar.
- c) La relación de causalidad<sup>62</sup>.

Se incluye entre las hipótesis de reparación la prisión preventiva injusta.

La ley trató el error y el funcionamiento anormal como siendo cosas distintas, pasando tales conceptos a ser objeto de discusión por la doctrina. El error sólo podría acontecer en la actividad propia del juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional y comprendería el error accidental y el culposo<sup>63</sup>. Sin embargo, Nosete considera que el error culposo o doloso constituye funcionamiento anormal de la justicia y en esa clase debe ser incluido, reservando para la categoría "error" únicamente el accidental, pues éste forma parte de la esencia de la acción judicial, cuyo sistema está estructurado sobre la presunción de esa falibilidad<sup>64</sup>. Limitado al concepto de error verificado en resolución judicial, Rebollo aclara que tal resolución no es exclusivamente la sentencia firme sino todo tipo de actuación judicial incluyendo otras decisiones, providencias, sentencias. De no atribuirse esa amplitud al concepto, el sistema retornaría al error judicial reconocido en la revisión de la sentencia, lo que sería reducir demasiado la norma constitucional<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Díez-Picazo, *Appunti sulla resonsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia*, en RTDPC, 1990, año 44, nº 1/2, p. 581.

<sup>63</sup> Díez-Picazo, *Appunti sulla resonsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia*, en RTDPC, 1990, año 44, nº 1/2, p. 592.

<sup>64</sup> Nosete, *Responsabilidad judicial*, p. 85.

<sup>65</sup> Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, ps. 140-142.

También existe un debate sobre si el funcionamiento anormal sería únicamente el de la administración de la justicia en su actividad jurisdiccional *stricto sensu*, a) siendo trasladadas 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<sup>66</sup>, o b) si se extiende para cualquier tipo de actuación ejercida en el complejo orgánico de la administración de la justicia, incluyendo en ella la participación de todos sus auxiliares y colaboradores<sup>67</sup>.

El funcionamiento anormal corresponde al funcionamiento defectuoso del derecho francés, que ocurre cuando la justicia no funciona, funciona mal o tardíamente, de acuerdo con los *standards* de actuación y rendimiento normalmente exigibles<sup>68</sup>.

La indemnización por prisión preventiva (art. 294, LOPJ) sólo es debida al reo que sea condenado por la inexistencia del hecho imputado. La regla ha sido criticada por excluir la absolución sobre la base de otro fundamento como el de la inexistencia de autoría, lo que tal vez venga a justificar la interpretación extensiva para considerar que ella apenas proporciona un ejemplo.

## PARTE SEGUNDA

### *El sistema propuesto*

#### § 45. *EXAMEN DE LAS OBJECIONES PRESENTADAS*

La importancia y el interés de la discusión entre las corrientes antagónicas sobre la responsabilidad del Estado por actos

<sup>66</sup> Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, ps. 150-157.

<sup>67</sup> Díez-Picazo, *Appunti sulla resonsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia*, en *RTDPC*, 1990, año 44, nº 1/2, p. 594. En Brasil, considerando que la responsabilidad por acto judicial tiene reglamentación restrictiva, la responsabilidad por los daños causados fuera de la actividad del juez y de sus auxiliares en el proceso debe ser reglamentada por el principio general de la administración pública (art. 37, 6º de la Constitución), como la indemnización por la apropiación de bienes en el depósito judicial, la colisión de vehículo del servicio de la justicia, etcétera.

<sup>68</sup> Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, ps. 158-160.

de sus jueces, en el Brasil, debe disminuir sensiblemente ante la nueva realidad expuesta en la Primera Parte, donde se vio como muchos ordenamientos jurídicos europeos admiten tal responsabilidad y pasaron a reglamentarla. Es difícil concebir que en esos países, con las alteraciones sufridas en la legislación, quedó debilitada la soberanía o se perturbó la independencia y la libertad de sus jueces.

No obstante, retornando al plano en que se encontraba el debate nacional, vale la pena examinar, aun cuando brevemente, esas cuestiones:

a) La soberanía es una calidad del poder del Estado<sup>69</sup>, que se manifiesta internamente como la capacidad de imponer la voluntad propia en última instancia<sup>70</sup> y, externamente, en la relación de igualdad con otros Estados. Ella es indispensable al mantenimiento de la unidad del Estado, pues “la vida del Estado consiste en una perpetua reafirmación de la propia unidad... Si el Estado no tuviese real supremacía sobre los individuos que lo componen, dejaría de ser Estado, pues la soberanía está implícita en su propia naturaleza”<sup>71</sup>. Necesaria como factor de mantenimiento de la unión orgánica de las fuerzas que conviven en el Estado, la propia soberanía es una, sin que se reparta entre los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, aun cuando sea a través de esos órganos y sus agentes que el Estado soberano ejerce sus funciones específicas. Si todos los poderes desempeñan funciones estatales, cuya fuente última reside en la soberanía, todos estarían igualmente cubiertos por la misma inmunidad<sup>72</sup>. Como los actos del Poder Ejecutivo sujetan el Estado y los del Poder Legislativo también (pues hasta los efectos dañosos de las leyes inconstitucionales son indemni-

<sup>69</sup> Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 53.

<sup>70</sup> Ferreira Pinto, *Teoria geral do Estado*, vol. I, p. 207.

<sup>71</sup> Del Vecchio, *Teoria do Estado*, p. 39.

<sup>72</sup> Dutuig, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 282: “Si la souveraineté est une réalité, elle ne se manifeste ps d’une manière plus intense dans l’acte juridictionnel que dans l’acte administratif...”.

zables)<sup>73</sup>, no hay como basarse en la soberanía para excluir los actos judiciales.

En verdad, reflejándose la soberanía, en mayor o menor grado, en todos los actos específicos del Estado, no quedan ellos excluidos del ámbito de la responsabilidad, pues la soberanía "es un poder limitado por el derecho y no sólo por el derecho positivo, del cual el Estado es una de las principales fuentes de revelación, sino también por el derecho en general, por el principio superior de justicia y aún por el bien común del grupo..."<sup>74</sup>.

b) La cosa juzgada, así como aparece definida en el Código de Procedimiento Civil, corresponde a la idea de Liebman, para quien la eficacia natural de la sentencia se refuerza cuando precluyen todos los recursos, siendo la cosa juzgada una eficacia especial de la sentencia: "Art. 467: Se denomina cosa juzgada material la eficacia que torna inmutable e indiscutible la sentencia, no más sujeta a recurso ordinario o extraordinario"<sup>75</sup>.

El fundamento de esa autoridad está en la ley, habiendo optado el legislador entre dos alternativas: o permitir la continua renovación de los litigios, en la búsqueda incesante de una sentencia mejor, la consiguiente inseguridad para las relaciones sociales o atribuir a la sentencia, con tal eficacia, la fuerza de ley<sup>76</sup>.

En la Constitución de la República se incluyó entre los derechos fundamentales el respeto a la cosa juzgada: "Art. 5º, XXXVI. La ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada"<sup>77</sup>. La regla, cuyo destinatario

<sup>73</sup> Sentencia del STF, 19/7/48, en *RDA*, vol. 40, p. 42: "El Estado responde civilmente por el daño causado en virtud de acto practicado con fundamento en una ley declarada inconstitucional".

<sup>74</sup> Ferreira Pinto, *Teoria geral do Estado*, vol. II, p. 212.

<sup>75</sup> En la Ley de Introducción al Código Civil (decr.-ley 4657 del 4/9/42), constaba en el art. 6º, 3º: "Se llama cosa juzgada o caso juzgado la decisión judicial contra la cual no cabe recurso".

<sup>76</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 468: "La sentencia que juzgue total o parcialmente la *litis*, tiene fuerza de ley en los límites de la *litis* y de las cuestiones decididas".

<sup>77</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 301, 1º: "Se verifica la litispendencia o la cosa juzgada, cuando se reproduce una acción anteriormente sometida".

inmediato es el legislador, debe ser preservada con mayor razón por el juez, impedido de conocer una acción que reproduzca otra ya juzgada. Pontes de Miranda se preocupó por el problema técnico de la sentencia *contra legem* y de la sentencia injusta, concluyendo que del punto de vista jurídico “la decisión *contra legem* está cubierta por la cosa juzgada formal y material. Mal y duro, pero así debía ser para acabar con la antinomia ‘incidencia, aplicación injusta’... lo que queda es el deber moral”<sup>78</sup>.

Por lo tanto, dentro de nuestro sistema constitucional es irrecusable que la cosa juzgada constituya un obstáculo al surgimiento de un derecho de indemnización contra el Estado en cuanto subsista la sentencia en tránsito en el juzgado. Desde un punto de vista meramente procesal podría considerarse el impedimento inexistente, una vez que la acción indemnizada no contiene los mismos elementos de la acción donde fue pronunciada la sentencia que causa el daño injusto, siendo diferentes las partes, el pedido y la causa de la demanda. Es preciso reconocer, sin embargo, que el ordenamiento jurídico no puede convivir con la oposición inconciliable entre dos sentencias antagónicas e igualmente eficaces, como ocurriría, por ejemplo, entre una decisión criminal que mantiene preso el reo condenado y otra sentencia que ordena al Estado pagar una indemnización a ese mismo reo por el hecho de su condena. Por la naturaleza de la cosa y por una exigencia lógica tal antagonismo debe ser evitado<sup>79</sup>.

No obstante, el impedimento desaparece con el menoscabo de la cosa juzgada. Si el interesado intenta, en el plazo de dos años, acción rescisoria del juicio civil (art. 485, Cód. Proc. Civil) o, en cualquier tiempo, la revisión de la sentencia criminal (art. 622, Cód. Proc. Penal), podrá obtener, en la misma sentencia de rescisión, o en otra acción, la indemnización pretendida.

---

da a juicio”. Art. 471: “Ningún juez decidirá nuevamente las cuestiones ya decididas, relativas a la misma *litis*, salvo...”.

<sup>78</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, vol. V, ps. 146-147.

<sup>79</sup> Parellada, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, p. 166: “La remoción de la cosa juzgada es necesaria para poder proponer acción de responsabilidad contra el magistrado intervector en el proceso dañoso y contra el Estado”.

Alegar la existencia de cosa juzgada no puede, entonces, servir de motivo para la irresponsabilidad por los actos jurisdiccionales, ya que la sentencia puede ser menoscabada.

La precariedad de tal argumento es aún más evidente cuando consideramos que la cosa juzgada es efecto de algunos actos practicados por el juez (sentencias definitivas, las que deciden la *litis*), siendo excluidas de ese campo todas las sentencias que no producen cosa juzgada (las que encierran el proceso pero no deciden el mérito, las decisiones interlocutorias, los despachos ordinarios, las sentencias proferidas en la jurisdicción voluntaria, las decisiones preliminares en los procesos cautelares, etcétera)<sup>80</sup>.

c) La independencia del magistrado y el espacio de libertad para la decisión no justifican la pretendida exención estatal. Es absolutamente cierto que la necesidad de interpretar la ley y de escoger constantemente entre varias alternativas posibles, cada una de ellas determinante de sacrificios y pérdidas para una de las partes, son peculiaridades que hacen necesario configurar un sistema que preserve esa libertad, para que el juez no sea atormentado, a cada estudio de los autos, por la preocupación con los efectos de una posible acción de resarcimiento contra el Estado o contra él mismo. Por eso es necesario establecer un sistema que elimine el riesgo de que "sus sentencias no reflejen los imperativos de su consciencia, sino el cuidado con su seguridad"<sup>81</sup>. Eso se obtiene garantizando, de un lado, la libertad de elección del contenido de la decisión, y de otro, imponiendo la obligación de motivar todas las decisiones de carácter jurisdiccional ("todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos y todas las decisiones serán motivadas", Constitución, art. 93, IX), con lo que se evita, *a priori*, la posibilidad del arbitrio, atribuyendo al juez el deber de mantenerse en los límites del ordenamiento jurídico vigente. Así, preservada al juez la libertad de interpretación de la norma dentro del sistema, debe aceptarse que fuera de tales límites, como ocurre con el acto de

<sup>80</sup> Santos, *Comentários ao CPC*, vol. IV, ps. 443-444.

<sup>81</sup> Ardant, *La Responsabilité de l'Etat du fait de la fonction jurisdictionnelle*, p. 173.

cualquier otro poder, sea posible la responsabilidad del Estado, estableciendo una convivencia saludable entre los dos intereses colectivos: la responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus agentes y la independencia del juez<sup>82</sup>.

d) Se discutió ampliamente sobre la naturaleza del cargo ejercido por el magistrado y su calificación administrativa, porque las Constituciones anteriores atribuían al Estado la responsabilidad por los actos de sus "funcionarios". Clasificado el juez en categoría especial de servidor público, desaparecería uno de los requisitos para la imputación. La Carta de 1988 superó el problema al mencionar los "agentes" de las personas jurídicas de derecho público, comprendiendo así todos aquellos que ejercen legítimamente una función estatal<sup>83</sup>. El Poder Judicial presta un servicio público, eso es innegable, y el juez es su principal agente<sup>84</sup>. La existencia de un estatuto propio para la magistratura demuestra, simplemente, la especialidad de la categoría dentro de la estructura estatal, pero no excluye al juez del concepto amplio de agente del poder público.

#### § 46. *LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS LEGALES VIGENTES*

a) El art. 37, 6º, de la Constitución de la República de 1988 enunció el principio de la responsabilidad objetiva y directa del Estado por acto de sus agentes. Ejerciendo el Poder Judicial un servicio público y siendo el juez su agente, sus actos caen en el ámbito de esa regla general.

Ocurre que el art. 133 del Cód. Proc. Civil y el art. 49 de la LOMAN reglamentan los casos en que el juez responde perso-

<sup>82</sup> Cappelletti, *Juizes irresponsáveis*, p. 33.

<sup>83</sup> Bandeira de Mello, *Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos*, p. 3: "Todos aquellos que prestan servicio al poder público (Unión, Estados y Municipios y respectivas autarquías), o realizan actividad de competencia de éste, pueden ser designados agentes públicos".

<sup>84</sup> Cotrim Neto, *Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988*, en "Ajuris", 1992, vol. 55, p. 76.

nalmente, por los daños, actuando con dolo, fraude o negligencia. Por su parte, el Código Civil contiene varias disposiciones sobre la responsabilidad personal (arts. 294, 420, 421, 1533).

b) Ante esa aparente antinomia, se formaron corrientes de opinión:

- 1) Están revocados por la Constitución los dispositivos de las leyes ordinarias que contrarían el principio de que la responsabilidad es directa del Estado<sup>85</sup>.
- 2) La responsabilidad es directa, tanto del Estado como del juez, en los casos previstos por la ley, correspondiendo al interesado escoger el sujeto pasivo contra el cual pretende promover su acción indemnizadora<sup>86</sup>.
- 3) En los casos del art. 133, I, del Cód. Proc. Civil, el Estado responde directamente y tiene acción de repetición contra el juez; en las hipótesis del art. 133, II, “se trata de responsabilidad personal del juez, con nítido alcance correccional”<sup>87</sup>.

c) Para resolver el problema es preciso considerar, en primer lugar, que tanto el Código de Procedimiento Civil como la Ley Orgánica de la Magistratura no hacen ninguna referencia en relación a la inmediatez de la responsabilidad atribuida al juez, por lo que tales reglas deben ser interpretadas de conformidad con el texto constitucional, o sea, el Estado responde directa y primariamente frente a la víctima; el juez responde en virtud de una acción de repetición frente al Estado, en los casos

<sup>85</sup> Cretella, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, en “Revista de Direito Administrativo”, 1970, vol. 99, p. 13; Araújo, *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, p. 64; Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*, p. 29; Sento Sé, *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*, p. 60.

<sup>86</sup> Pellegrini Grinover, “A responsabilidade do juiz brasileiro” en *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, p. 10; Tornaghi, *Comentários ao CPC*, vol. I, p. 412.

<sup>87</sup> Porto, *Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juizes*, en “Revista dos Tribunais”, 1982, vol. 563, p. 9.

señalados en el art. 133, para la jurisdicción civil y en el art. 49 de la LOMAN para las demás jurisdicciones. Esto significa respetar el principio general de la responsabilidad directa del Estado por los actos de sus agentes y la limitación del derecho de repetición, tratándose de acto judicial, a las hipótesis establecidas en los artículos mencionados.

Ya son diferentes las reglas del Código Civil, editadas en el tiempo en que predominaba la doctrina regaliana y aún a la sombra de nuestra larga tradición, mantenida por las Ordenanzas de responsabilidad directa del juez. Los preceptos de la ley civil, no puede negarse, contrarían el principio de la responsabilidad directa del Estado, pues expresamente asignan al juez la responsabilidad principal (art. 421), única (art. 1552) o subsidiaria (arts. 294 y 420). En esa parte deben ser considerados revocados a partir de la Constitución de 1946. No obstante, tienen un valor de referencia legal para la responsabilidad exigida por una acción de repetición. Lo mismo ocurre con el art. 6º de la ley 4898/65: "es inadmisibles la sanción civil...".

El art. 5º, LXXV, de la Constitución de 1988, que es norma especial en relación al art. 37, 6º, pues especificó lo que ya estaba contenido en la Carta, sirvió para resaltar dos casos de responsabilidad estatal erigidos en derecho fundamental del ciudadano: por error judicial y por exceso de cumplimiento de pena. El primero está siempre y necesariamente inserido en el tema de la responsabilidad por acto jurisdiccional dada su naturaleza; pero el segundo dependerá de las circunstancias, pues el retardo en la liberación podrá ser consecuencia de acto del juez de la ejecución de la pena, de falta de los servicios de notariado de la justicia o únicamente de falta del servicio administrativo al que está vinculado el sistema carcelario, integrante de la administración pública centralizada. La norma también sirve para dejar en evidencia los diferentes planos donde encuentra origen la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional:

- a) La actividad jurisdiccional propiamente dicha, ejercida por el juez en la sentencia de mérito que transita en juzgado.
- b) La actividad judicial postsentencia o presentencia.
- c) La actividad de los servicios de la justicia.

d) En resumen, son constitucionales los art. 133 del Cód. Proc. Civil y 49 de la LOMAN, interpretados como hipótesis de responsabilidad directa del Estado y donde se admite la acción de repetición contra el juez; por otra parte, las disposiciones legales que atribuyen responsabilidad directa al juez (principal o subsidiaria), como las contenidas en el Código Civil, están revocadas en ese punto, pues la responsabilidad directa es siempre del Estado, sirviendo únicamente para indicar, como las anteriores, la acción de repetición. El art. 5º, LXXV, de la Constitución consagra la regla general del art. 37, 6º, y traza parámetros para la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional.

#### § 47. *LAS CARACTERISTICAS DEL SISTEMA PROPUESTO*

a) En primer lugar vale la pena especificar cuál es el alcance del concepto de función jurisdiccional.

Definir jurisdicción ha sido uno de los puntos más complicados del procedimiento civil, para cuya solución nos valemos de las lecciones de Chiovenda (la jurisdicción se caracteriza por la substitución de la actividad privada por la actividad del juez)<sup>88</sup>, de Carnelutti (la jurisdicción es la justa composición de la *litis*)<sup>89</sup>, de Couture (jurisdicción tiene por objeto dirimir conflictos mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada)<sup>90</sup> y de Galeno Lacerda (la jurisdicción consiste en el juicio de cuestiones controvertidas)<sup>91</sup>.

Para los fines que nos ocupan en el tema de la responsabilidad civil del Estado, corresponde determinar si únicamente el acto jurisdiccional típico (independientemente del contenido o de la naturaleza que se le pueda atribuir, conforme se adopte una u otra de las corrientes doctrinarias existentes) integra el sistema propio de la responsabilidad del Estado por acto del juez, o si en él se comprenden otros actos jurisdiccionales *stric-*

<sup>88</sup> Chiovenda, *Instuições de direito processual civil*, vol. II, p. 3.

<sup>89</sup> Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, t. I, p. 131 y siguientes.

<sup>90</sup> Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 40.

<sup>91</sup> Lacerda, *Comentários ao CPC*, t. I, vol. VIII, ps. 22-23.

*to sensu*. Si la respuesta fuere por la primera alternativa, la exacta apreciación del concepto sería de fundamental importancia para la delimitación de las fronteras del instituo del cual tratamos; si prevaleciese la segunda propuesta, la cuestión disminuye de importancia.

La peculiaridad de tratamiento que se dispensa al tema, en el campo de la responsabilidad civil del Estado, deriva de las condiciones propias de trabajo del juez: debiendo hacer actuar el ordenamiento jurídico, que necesita comprender y expresar a través de un juicio de valor, él depende de un espacio de libertad interna que le garantice la posibilidad de escoger entre las diferentes opciones ofrecidas; siendo tercero en relación a las partes, se le debe asegurar la independencia y la imparcialidad; puesto a decidir sobre un conflicto de intereses, el acto jurisdiccional trae consigo la posibilidad de modificar posiciones jurídicas, conllevando ventajas y pérdidas a las partes. Ahora bien, esos predicamentos existen tanto en el momento de la sentencia que juzga la *litis* y adquiere la fuerza de cosa juzgada, como en los actos de administración del proceso y decisión de innumerables cuestiones de hecho y de derecho que deben ser superadas durante el curso normal de la demanda, tanto en el proceso de conocimiento, dirigido para el típico acto jurisdiccional, como en el proceso cautelar y en el de ejecución<sup>92</sup>; tanto en la jurisdicción contenciosa como en la jurisdicción voluntaria<sup>93</sup>, considerada ésta como actividad administrativa y por eso mismo tenida en nuestro Código “como extraña a la verdadera jurisdicción, en sentido propio”<sup>94</sup>.

Sin embargo, y eso es lo que nos interesa, esa jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa distinta de la masa de los actos administrativos en general, a la cual el Estado dis-

<sup>92</sup> Agrícola Barbi, *Comentários ao CPC*, t. I, vol. I, ps. 27-28: “La jurisdicción no comprende solamente la función de decidir cuál es el derecho, sino la actividad de tornar efectivo el derecho reconocido (proceso de ejecución) y de salvaguardar el derecho de quien venza la demanda (proceso cautelar)”.

<sup>93</sup> Da Silva, *Teoría geral do processo civil*, p. 48: “La jurisdicción voluntaria es una auténtica actividad administrativa ejercida por el juez”.

<sup>94</sup> Furtado Fabricio, *Comentários ao CPC*, t. III, vol. VIII, p. 4.

pensó atención especial, confiándola a los jueces, por las garantías de que disponen<sup>95</sup>.

En consecuencia, la función jurisdiccional a que nos referimos, que conlleva responsabilidad del Estado en los términos restrictos aquí expuestos, no se resume al acto jurisdiccional típico, o acto jurisdiccional *stricto sensu*, que la mayoría de la doctrina localiza en la sentencia de mérito, apta a tener la eficacia de cosa juzgada, pero comprende la actividad ejercida por el juez en el proceso, tanto antes como después de la sentencia, tanto en el proceso de conocimiento como en el cautelar y en el de ejecución, tanto en la jurisdicción contenciosa como en la voluntaria.

Fuera de la actuación del juez, comprende la actividad que el Estado debe desarrollar necesariamente en el proceso para dar cumplimiento a su deber de prestar la jurisdicción, a través del personal de notaría y auxiliares de la justicia. Queda restringida a la actividad exclusivamente procesal, por lo cual el resto de su actuación administrativa cae en el ámbito del principio general de la responsabilidad del Estado<sup>96</sup>.

b) Aun como una aclaración preliminar, debemos enumerar, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, las hipótesis de hecho que pueden dar origen al deber del Estado de indemnizar por el ejercicio de la función jurisdiccional. Para esto consideramos las diferentes especificaciones hechas en nuestra legislación constitucional y ordinaria (como la referencia expresa al error judicial) y atendemos al concepto amplio de función jurisdiccional, tal y como lo consideramos anteriormente. Sirven de base a la indemnización:

- 1) La falta del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, de que es ejemplo lo dispuesto en el art. 133 del Cód. Proc. Civil.
- 2) El error judicial, que en la mayoría de los casos constituye una especie de falta del juez, pero que también puede

<sup>95</sup> Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 16.

<sup>96</sup> Montero Aroca, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, p. 105.

resultar de simple accidente, fuera de quedar restringido a la sentencia de mérito (art. 5º, LXXV, parte 1ª, Const. Republicana).

3) La falta del servicio, verificada en el proceso, de manera individualizada o anónima (art. 5º, LXXV, parte 2ª, Const. Republicana).

c) Establecida la premisa de la responsabilidad del Estado por los actos de los jueces, causantes de daño injusto, cabe determinar las características del sistema en que ella se presenta. El principio de la responsabilidad objetiva, que se satisface con la causa del daño, no puede ser aceptado en el ámbito de los actos judiciales porque siempre, o casi siempre, de la actuación del juez en la jurisdicción contenciosa resultará alguna pérdida para una de las partes. Si ese daño fuera indemnizable, se transferirían para el Estado, en la más absoluta socialización de los perjuicios, todos los efectos de las contiendas entre los particulares. Es por eso que la regla amplia del art. 37, 6º, de la Constitución, debe ser conducida para los límites indicados en su art. 5º, LXXX, que admite la indemnización cuando el acto es imperfecto (error en la sentencia) o cuando falla el servicio (exceso de prisión). A partir de allí, la legislación ordinaria y complementaria vale para delinear con mayor precisión los contornos de esa responsabilidad. El Estado responde cuando el juez actúa con dolo, fraude (art. 133, I, Cód. Proc. Civil; art. 49, I, LOMAN), o culpa grave, ésta revelada por la negligencia manifiesta (art. 133, II, Cód. Proc. Civil; arts. 49, II y 56, I, LOMAN) o por la incapacidad para el trabajo (art. 56, III, LOMAN)<sup>97</sup>.

d) El dolo está aquí como elemento del ilícito absoluto, componente de la conducta contraria al deber genérico de no causar daño. Actúa con dolo el juez, en el ejercicio de su función,

<sup>97</sup> La culpa grave debe hacerse presente en las hipótesis expresamente reglamentadas en disposiciones dispersas, como acontece en los arts. 294, 420, 421 y 1552 del Cód. Civil y en el art. 4º, d), en combinación con el art. 6º de la ley 4898, del 9/12/65.

cuando practica acto que sabe indebido y así lo hace con el fin de violar la ley y causar directa o indirectamente daño a la parte. En este sentido, dolo es el pleno conocimiento del mal y el directo propósito de practicarlo<sup>98</sup>. Pero no sólo el dolo directo como también el eventual: en el dolo, “el agente tiene la representación del resultado dañoso, siendo el acto practicado con la intención malévola de producirlo, o apenas aceptado ese efecto reflexivamente, o aun corriendo el riesgo de que se produzca”<sup>99</sup>.

Fuera de la hipótesis de que la propia conducta del juez es suficiente para producir el resultado dañoso, a través de la sentencia o de otro acto en el proceso, puede acontecer, aun cuando en menor frecuencia, la especie de dolo consistente en inducir maliciosamente otro a la práctica del acto que lo perjudica, v. gr., en la mediación de un litigio induciendo maliciosamente la parte a celebrar un acuerdo ruinoso. Es el dolo a que se refiere el art. 92 del Cód. Civil: “Los actos jurídicos son anulables por dolo, cuando éste fuere su causa”, que se considera como siendo el “artificio o expediente astucioso empleado para inducir alguien a la práctica de un acto que lo perjudica y aprovecha al autor del dolo o a un tercero”<sup>100</sup>. En la omisión dolosa debe estar presente, *mutatis mutandis*, el mismo elemento subjetivo de la inejecución dolosa de los contratos<sup>101</sup>: la voluntaria y consciente transgresión del deber, con la intención de causar el daño a la parte, excluida la simple determinación voluntaria de incumplir.

El fraude está incluido en el concepto amplio del dolo, que comprende toda forma de artificio capaz de inducir otro a engaño<sup>102</sup>. La importancia dada por el legislador del Código de Procedimiento Civil (art. 133, I) debe ser interpretada como preo-

<sup>98</sup> De Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, p. 284. Pontes de Miranda da el ejemplo: “El juez fundamentó el juicio sobre la base de que una de las escrituras públicas contenía la cláusula de retroventa, pero él sabía que la escritura pública era falsa” (*Comentarios ao CPC*, vol. II, p. 395).

<sup>99</sup> De Almeida Costa, *Direito das obrigações*, p. 382.

<sup>100</sup> Bevilacqua, *Código Civil*, vol. I, p. 272.

<sup>101</sup> De Ruggiero, *Instituições de direito civil*, vol. 3, p. 123.

<sup>102</sup> Betti, *Teoría general del negocio público*, p. 339.

cupación de hacer mención a las demás maniobras engañosas que el agente puede practicar para falsear la realidad y perjudicar a una de las partes, especialmente a través de la falsedad ideológica o material, por la reproducción incompleta de documentos, etcétera.

La culpa que implica la responsabilidad estatal por acto del juez se manifiesta en tres modalidades:

- a) En el rechazo, omisión o retardo de la providencia que se deba ordenar (art. 133, II, Cód. Proc. Civil).
- b) En la negligencia manifiesta (art. 56, I, LOMAN).
- c) En la insuficiente capacidad para el desempeño de la función (art. 56, III, LOMAN).

La hipótesis del literal a) se concretiza con la falta de atendimento injustificada del pedido de la parte, diez días después de presentado su requerimiento a través del notario (art. 133, párrafo único), es una especie de omisión, pero circunscrita a la ausencia de orden judicial para una cierta providencia. Es decir, falta la orden, como la de expedición de edicto, de mandato de libertad, etc. Ya en el literal b) la "negligencia manifiesta" cubre cualquier otra omisión del juez dentro del proceso, desde la falta de despacho, ausencia de solemnidades aplazadas, hasta la demora en la decisión de la sentencia<sup>103</sup>.

La incapacidad para el desempeño del trabajo judicial es una especie de impericia que se manifiesta en la ignorancia o en el error sobre la técnica profesional necesaria al ejercicio de la función.

<sup>103</sup> Velloso, *Problemas e soluções na prestação da justiça*, en "Revista dos Tribunais", 1991, vol. 664, p. 228: "Es claro que no sería posible responsabilizar al juez por la mala interpretación que dé a la ley. Si eso fuera posible, le retiraríamos toda su independencia. Sin embargo, en lo que toca al juez indolente, tardío, que injustificadamente no cumple plazos, que aplaza audiencias, que retarda actos de oficio, que no reside en su comarca, pienso que ya es hora de propugnar, para ese mal juez, un sistema de responsabilización en términos civiles... Es necesario que el sistema sea perfeccionado, ampliando el campo de la responsabilidad civil del magistrado en los casos anteriormente mencionados".

En todos los casos, la culpa debe ser grave, o sea, expresar una inexcusable distracción en el cumplimiento del deber funcional. La falta de justificativa para el rechazo, omisión o retardo de la orden de providencia debe significar grave desconsideración para con el interés de la parte, circunstancia esta que de ninguna manera era autorizada. La negligencia debe ser manifiesta, evidente a cualquier examen, reveladora del descuido grosero al deber de cuidado en el ejercicio de las funciones. La demora es el retardo intolerable de los actos del oficio, no justificada por los hechos. La incapacidad es la inaptitud relevada a través del conocimiento de regla elemental o de error craso.

Estas últimas situaciones (literales b) y c), imponiendo al Estado el deber de retirar sus autores del servicio (art. 56, LOMAN), tiene como corolario responsabilizar al propio Estado por los daños que sus jueces en esa calidad causaron a las partes<sup>104</sup>. No obstante, el procedimiento administrativo contra el juez no es presupuesto para la responsabilidad patrimonial del Estado, precisamente por que la hipótesis puede ser aislada, bastante grave para justificar la reparación del daño, pero insuficiente para la punición administrativa.

e) El error judicial ocurre por la equivocada apreciación de los hechos o del derecho aplicable, lo que conduce al juez a dictar una sentencia susceptible de revisión o de rescisión. Puede derivarse de dolo o de culpa del juez, de falta del servicio o inclusive, “producirse fuera de cualquier falta del servicio público. A pesar de la diligencia y de la extrema atención de los magistrados y de sus auxiliares: los errores judiciales pueden surgir...”<sup>105</sup>. El error puede encontrarse en sentencia proferida en cualquier jurisdicción o instancia, a despecho de estar comunemente asociado a la sentencia criminal<sup>106</sup>. Como advierte Ar-

<sup>104</sup> Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, discurrendo sobre la responsabilidad por el mal funcionamiento del servicio concluye: “Ni se comprendería lo contrario, cuando el propio Estado considera tales hechos como ilícitos, al punto de establecer penas para quienes los practican” (vol. II, p. 328, nota 1150).

<sup>105</sup> Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 143, nota.

<sup>106</sup> Tawil, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, p. 61.

dant, cualquiera sean las diferencias entre la justicia civil y la justicia criminal, la responsabilidad debe comprender el error de ambas, pues el riesgo de error es inherente a la función jurisdiccional, sea ésta civil o criminal<sup>107</sup>.

Fuera del error judicial, reparable luego de menoscabo de la sentencia<sup>108</sup>, debemos incluir en el ámbito de la reparación civil la prisión preventiva, cuando sea ilegal, así como la legal de quien vino a ser finalmente absuelto<sup>109</sup> con fundamento en la categórica negativa de la existencia del hecho o de la autoría, o por el reconocimiento de la licitud del comportamiento. Los autores discuten sobre la incidencia de la absolución por falta de pruebas<sup>110</sup>, lo que parece inaceptable; la falta de pruebas de cualquiera de los presupuestos de la condena criminal inhibe la formulación de juicio condenatorio, pero no se refleja en la jurisdicción civil, ni puede hacer surgir para el reo una pretensión a la indemnización fundamentada en ofensa al derecho sobre el cual se tiene duda.

f) Tratemos ahora de los actos que, no derivando directamente de la acción del juez, como los anteriores, caracterizan hipótesis de funcionamiento anormal o mal funcionamiento del servicio judicial, que no funciona, funciona mal o funciona tardíamente, y que ocurren desde la propuesta de la acción hasta los actos de ejecución de la sentencia final<sup>111</sup>.

El monopolio de la prestación de la justicia trajo para el Estado, en consecuencia, el deber de cumplir esa tarea a satisfacción,

<sup>107</sup> Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction jurisdictionnelle*, p. 226.

<sup>108</sup> La sentencia que no transita en juzgado, como la proferida en proceso civil sin la citación del reo, puede ser anulada a través de acción ordinaria. Esta anulación es el presupuesto para la acción de indemnización.

<sup>109</sup> Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, vol. II, p. 327.

<sup>110</sup> Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*, p. 43.

<sup>111</sup> Velloso, *Responsabilidade civil do Estado*, en "Revista de Informação Legislativa", 1987, nº 96, p. 251: "También hallamos que el Estado es responsable, civilmente, por los actos de sus jueces, no sólo en razón del comportamiento negligente de éstos sino, y sobre todo, por el mal funcionamiento del servicio, así como en razón de la falta del servicio".

de forma a no violar el derecho que prometió proteger. Los efectos dañinos de la mala organización de los servicios judiciales, resultado de la incompetencia y de la visión estrecha de la administración pública, no pueden recaer sobre los hombros de los ciudadanos. Seguir la vasta diferencia entre lo que existe y lo que sería razonable esperar, en las condiciones del país, puede servir de escudo a la desidia, a la inoperancia y a la incapacidad de operar el sistema jurídico de forma a atender la demanda. El Estado debe ser capaz de resolver satisfactoriamente el problema de la justicia, con los recursos de que dispone aun cuando escasos, lo cual es plenamente posible, desde que se comience por admitir que nuestro sistema procesal no es viable, como lo comprueban los millares de montones de autos en los tribunales y en las notarías, angustian-do jueces, abogados y partes. Es preciso crear mecanismos ágiles, rápidos y baratos, adaptados a los recursos económicos de la comunidad que los sustenta. Para eso tal vez sea una necesidad imperiosa contar con menos palacios y con más notarías, menos sellos y más resultados, menos recursos y más simplicidad<sup>112</sup>.

El mal funcionamiento de la justicia puede resultar de la culpa de su agente, determinado e individualizado o de la culpa anónima, simple falta del servicio. La acumulación de trabajo, cuyo ingreso no puede ser controlado, la insuperable falta de jueces y servidores en virtud de la morosidad propia de la burocracia, que es lenta desde el proceso de selección del personal, y la falta de recursos suficientes son factores determinantes del funcionamiento anormal, sin que se pueda precisar aquel a quien se le debe imputar la falta. Para la víctima basta demostrar la falta del servicio, el daño y el nexo causal<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Aliomar Baleeiro, votando en el RE 32.518, en la 2ª Turma del STF, el 26/6/66, afirmaba: "Si el Estado responde, según antigua y activa jurisprudencia, por los motines multitudinarios, o por el 'hecho de las cosas' del servicio público, independientemente de culpa de sus agentes..., con mayor razón debe responder por su omisión y negligencia en proveer eficazmente al servicio de la justicia, según las necesidades y reclamos de los jurisdicionados, que le pagan impuestos y hasta tasas judiciales específicas para ser atendidos" ("Revista Forense", vol. 220, p. 105).

<sup>113</sup> Es ejemplo de mal funcionamiento la permanencia del reo preso fuera del tiempo previsto en la sentencia (art. 5º, LXXX de la Constitución).

El mal funcionamiento corresponde a la hipótesis más genérica de denegación de justicia y caracteriza, normalmente, una ilegalidad procesal<sup>114</sup> que puede ocurrir en cualquier plano, por acción del agente en el desempeño de función procesal, como sirve de ejemplo el excesivo cumplimiento de pena (art. 5º, LXXX, de la Constitución).

g) La acción de reparación de daños presupone el agotamiento de los recursos ordinarios, pues este es el camino propuesto por la propia ley para la rectificación de las irregularidades y equivocaciones que previsiblemente pueden ocurrir durante el proceso. Si la parte se contenta con el acto y omite la reclamación, concurre para su permanencia, no teniendo de qué quejarse. Sin embargo, en ciertos casos, debemos estar atentos para la dificultad del ejercicio de la defensa y para la precariedad de los medios de que dispone el interesado para hacer valer su derecho, como muchas veces ocurre con la asistencia judicial gratuita, que el Estado no consiguió aún organizar suficientemente. Siendo de él el deber de prestar la asistencia, la eventual deficiencia de la defensa no puede ser causa de exoneración.

Habiendo sentencia en tránsito en juzgado, constituye presupuesto de la demanda indemnizatoria el previo menoscabo de aquel acto que puede ser obtenido a través de la rescisión, en el juicio civil en los casos del art. 485 del Cód. Proc. Civil, y de revisión en el juicio criminal (art. 621, Cód. Proc. Civil). En el criminal, la ley autoriza al juez de la revisión la deliberación sobre el monto de la indemnización, en el civil nada impide la acumulación de pedidos.

h) Son causas de exoneración de la responsabilidad del Estado:

- 1) Cuando el daño se deriva con exclusividad de la acción dolosa o culposa de la parte (dejando de constituir prueba, prestando aclaraciones inexactas, no compareciendo

<sup>114</sup> Montero Aroca, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, p. 131.

a aquellos actos para los cuales tiene tal obligación, confabulándose con la otra parte, induciendo testigos, reteniendo o extraviando autos, dejando de practicar actos de su deber, corrompiendo los que participan de la escena judicial, etc.). Si hay concurrencia de culpas la responsabilidad del Estado será atenuada en la proporción de su participación causal.

- 2) Derivar el daño de mala interpretación dada por el juez a la ley<sup>115</sup>. Los conceptos indeterminados (“mujer honesta”, “motivo relevante”, “interés público”, etc.) y las cláusulas generales (debiendo en este caso el juez establecer previamente cual es la norma de conducta que debería haber sido observada para el caso, como en el art. 159, Cód. Civil), dejan al juez un largo margen para decidir, cuya opción debe ser admitida en tanto no sea arbitraria, es decir, mientras encuentre fundamento en el sistema jurídico vigente<sup>116</sup>.
- 3) Resultar el daño de fuerza mayor, pues es una cosa extraña al servicio, ordinariamente imprevisible en su producción y absolutamente irresistible<sup>117</sup>. El caso fortuito, por ser un evento interno, directamente conectado con el funcionamiento del servicio pero con causa desconocida, no exonera al Estado de responder por el mal funcionamiento del servicio. Mientras en la fuerza mayor la causa del daño es externa, inexistiendo nexo de causalidad entre la acción

<sup>115</sup> Velloso, *Problemas e soluções na prestação da justiça*, en “Revista dos Tribunais”, 1991, vol. 664, p. 131.

<sup>116</sup> En la Reunión de Tunes, de la Unión Internacional de Magistrados, 22/10/80, se concluyó: “No se puede responsabilizar al magistrado por las decisiones que tome, cuando se trata de simple error de apreciación o de interpretación. Los únicos casos en los cuales su responsabilidad puede ser admitida son los que demuestren una negligencia muy grave, una falta muy seria de comportamiento y de carácter inaceptable, que un magistrado normal y razonablemente diligente no cometería. Como ejemplo de negligencia grave fue citado el caso de demora excesiva para juzgar una causa, imputable al magistrado” (Delgado, *Poderes, deveres e responsabilidade do juiz*, en “Revista Forense”, 1988, vol. 301, p. 335).

<sup>117</sup> García Enterria, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, p. 351.

del juez o del servicio y el resultado, en el caso fortuito la causa es la falta del servicio, aun cuando desconocida.

- 4) Haber sido el daño producido por terceros, cuyo resultado no incumba al Estado evitar, en las circunstancias del hecho.
- 5) El estado de necesidad defensivo, cuando el peligro fue creado por la víctima, que sufre así el daño resultante de la acción necesaria del Estado para apartar el peligro. En los demás casos no hay exclusión: "El estado de necesidad pre-excluye la ilicitud, no la responsabilidad"<sup>118</sup>.

i) El Estado tiene derecho de proponer la acción de repetición contra el juez causante del daño desde que éste haya actuado con dolo, fraude (art. 133, I, Cód. Proc. Civil) o cupa grave, por negligencia manifiesta (art. 133, II, Cód. Proc. Civil y 56, I, LOMAN) o inaptitud (art. 56, III, LOMAN) y en los casos previstos en el Código Civil, ya mencionados, desde que haya culpa. Reo en la acción de indemnización promovida por el perjudicado, el Estado puede denunciar la *litis* al juez, a fin de obtener en ese mismo proceso sentencia sobre su derecho de repetición (art. 70, III, Cód. Proc. Civil). En la jurisprudencia predominante le ha sido rechazado al Estado el derecho de denunciar la *litis* al servidor culpable, bajo el argumento de que se estaría encajando en una acción donde se discute la responsabilidad objetiva, el tema subjetivo de la culpa, materia extraña a la relación jurídica sobre la cual versa la acción<sup>119</sup>.

j) La competencia para el proceso y juicio de la demanda contra el Estado, en el caso de error judicial, es del tribunal competente para la acción de revisión o de rescisión, en los casos en que se deba apurar dolo, fraude o culpa grave del juez, definidas

<sup>118</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. 53, p. 94.

<sup>119</sup> Velloso, *Responsabilidade civil do Estado*, en "Revista de Informação Legislativa", 1987, nº 96, p. 245: "La denuncia no causaría, a mi parecer, perjuicio al autor de la demanda... El STF, sin embargo, no lo ha entendido de esta forma".

en el estatuto disciplinar, en el mismo tribunal competente para aplicar la sanción administrativa; en las demás hipótesis de falta del servicio, en el juicio donde pueden ser intentadas las acciones contra la Hacienda pública.

#### § 48. *CONCLUSION*

1. — Es siempre directa la responsabilidad del Estado por los daños derivados del ejercicio de la función jurisdiccional.

2. — Esa responsabilidad tiene causa en la acción del juez que actúa con dolo, fraude o culpa grave (negligencia manifiesta o incapacidad para la función), en el error judicial y en los demás casos de mal funcionamiento de los servicios de la justicia, incluyendo la falta anónima.

3. — Son inaceptables las tesis que justifican la irresponsabilidad por el ejercicio de la soberanía, respecto a la cosa juzgada o a la necesidad de preservación de la independencia del juez.

4. — La independencia del juez se reserva vedando la responsabilidad por interpretación del derecho o de los hechos, de acuerdo con el sistema.

5. — Por ejercicio de la función jurisdiccional se entiende la práctica del acto jurisdiccional en sentido estricto (sentencia) y de los demás actos judiciales practicados durante el proceso, en la jurisdicción contenciosa o voluntaria.

6. — La acción de indemnización por acto jurisdiccional en sentido amplio solamente puede ser intentada luego del agotamiento de los recursos ordinarios o menoscabada la cosa juzgada civil o criminal.

7. — El derecho de repetición contra el juez solamente tiene lugar existiendo dolo, fraude o culpa grave, en los casos definidos en la ley.

coordinador  
CARLOS A. GHERSI

ALEGRIA / BORDA / BARBIER / GROSMAN / MOSSET ITURRASPE  
KEMELMAJER DE CARLUCCI / TRIGO REPRESAS / VAZQUEZ FERREYRA  
CIFUENTES / MILMAIENE / GALGANO (*Italia*)  
RUY ROSADO AGUIAR (*Brasil*) / OLIVAR JIMENEZ (*Colombia*)

# LOS NUEVOS DAÑOS

*Soluciones modernas de reparación*

El daño y la protección a la libertad.  
La persona: deshumanización por daño psíquico.  
Daños por noticias agraviantes e inexactas. Derecho de réplica.  
Daños derivados de la actividad industrial y de la tecnología.  
Daños derivados de la ecología y medio ambiente.  
La política económica: quiebra y grupos económicos.  
Daños a los ciudadanos por políticas económicas.  
Daños derivados del procedimiento judicial.  
Retardo y negación de justicia.  
Nuevos daños derivados del proceso y la sentencia de divorcio.  
Daños derivados del contrato de edición.  
*MERCOSUR*: Los daños transnacionales y el seguro  
de responsabilidad civil por productos elaborados.  
La problemática de la tarjeta de crédito:  
daños y derechos de los usuarios.



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. La responsabilidad civil del estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en el Brasil. In: GHERSI, Carlos Alberto. (Coord.). **Los nuevos daños**: soluciones modernas de reparación. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. p. 251-297.