GUIDO SANTIAGO TAWIL

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de los Comités de Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo Comparado de la American Bar Association y de la International Bar Association.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

DEPALMA ABRIENDO SURCOS

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

1989

ISBN 950-14-0499-4

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

Talcahuano 494

A mis padres.

A mi hermano Alejandro.

ÍNDICE

PARTE SEGUNDA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES

A modo de introducción

Desde que se instauró este curioso y en cierta medida complejo —mucho más que el del Estado absolutista pero infinitamente más justo— sistema político-jurídico de gobierno llamado "Estado de derecho", una de las principales preocupaciones de los hombres de leyes y de los ciudadanos en general, ha sido la de obtener —cada día con mayor énfasis— el sometimiento pleno del Estado al derecho, y con él la responsabilización amplia de los órganos estatales.

A pesar de los obstáculos impuestos por quienes continúan expresando ideas propias de tiempos y sistemas jurídicos ya superados, así como especialmente por aquellos que pudieran en alguna medida verse obligados a responder como consecuencia de tal responsabilidad, el avance ha sido, indudablemente, significativo.

Sin embargo, aun sin desconocer los elogiosos términos utilizados para catalogar al principio de legalidad[1] en los distintos sistemas jurídicos —donde se lo ha conside-

[1] Señalaba así el comisario de Gobierno M. Devolvé, respecto de la ley francesa del 23 de mayo de 1943: "este texto ha desconocido el principio más importante, tal vez, de nuestro derecho público, principio anterior a la propia legislación republicana y cuyo respeto os habéis esforzado en imponer, desde hace más de ciento cincuenta años, a las autoridades administrativas, por muy elevada que haya sido su jerarquía y carácter...; es la garantía de los ciudadanos y de la ciudad, se impone al propio legislador, por cuanto una ley que lo desconociera contendría en ella un principio de contradicción". Sentencia del 15 de setiembre de 1950, "Dame Lamotte", en "Revue Droit Public", 1951, p. 479, con nota de Marcel Waline.

rado desde "la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del derecho administrativo" [2], o "una de las piezas maestras del derecho administrativo" [3], hasta "el signo común más característico y patente de los sistemas jurídicos contemporáneos" [4]—, claro resulta que quedan todavía en la actualidad ciertos ámbitos en los cuales el Estado de derecho, y especialmente el principio de legalidad, parecen no haber surtido todos sus efectos, trasformándose también, en alguna medida —utilizando las acertadas palabras de un prestigioso catedrático español—, en verdaderos círculos o inmunidades del poder [5].

Así, a pesar de haberse señalado con acierto que la efectividad misma del Estado de derecho depende en gran medida del control judicial de la actividad estatal y de la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños que produzca en el ejercicio de su autoridad [6], existen en este último campo ámbitos aparentemente impenetrables, donde tanto la doctrina como especialmente la jurisprudencia han rechazado adentrarse, en gran medida sobre ideas falsas o presupuestos míticos [7].

[2] Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, I, Madrid, 9ª ed., 1985, p. 273.

[3] Weil, *Le droit administratif*, Paris, 1964, p. 81.

[4] Brewer Carias, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 23.

[5] Ver: García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, "R.A.P.", nº 38 (1962), reproducido por Cívitas, 3ª ed., Madrid, 1983.

[6] Fernández Rodríguez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1988, p. 93. Idem, en Francia, Rivero (*Droit administratif*, 12ª ed., París, 1987, p. 321), quien señala que "la teoría de la responsabilidad presenta una extrema importancia práctica y teórica. La posibilidad, para los administrados, de obtener la reparación de los daños imputables a las personas públicas es una pieza esencial del Estado de derecho..., toda la teoría de la responsabilidad refleja una certera forma de civilización".

[7] En exceso frecuentes en el derecho administrativo argentino. Ver respecto a algunos de ellos, Tawil, *Los grandes mitos del derecho administrativo. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial*, "El Derecho" (E.D.), Buenos Aires, 9, 10 y 11 de agosto de 1988.

En este sentido, ya había destacado hace algunos años el profesor Bernard Schwartz —poniendo en evidencia, como venimos sosteniendo desde hace un tiempo, que en el derecho administrativo moderno las diferencias entre los sistemas continental europeo y anglosajón son más aparentes que reales [8]— la importancia que reviste el obtener la responsabilización plena del Estado, al expresar en un recordado trabajo que "un sistema de derecho administrativo no resulta adecuado meramente porque adorna a un ciudadano afectado adversamente por la actividad administrativa con el derecho a una revisión judicial... Lo que es necesario en tales casos es reparar el daño infligido por la acción de la Administración. Un sistema de derecho administrativo que omite proveer al ciudadano con una acción de daños para obtener una reparación completa en tales supuestos, no es actualmente otra cosa que un sistema carente de contenido (*«skeletonized system»*)" [9].

Y también lo había reconocido, con gran similitud, en nuestro país, María Graciela Reiriz, en quizá uno de los trabajos más importantes publicados hasta la fecha en la Argentina sobre el tema de la responsabilidad estatal, al expresar que "la búsqueda de un equilibrio justo debe ser la meta impostergable del derecho administrativo de nuestro tiempo. Disciplina jurídica nacida de las entrañas del Estado de derecho, debe hacer de éste un Estado responsable y fuerte a la vez. Que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrán jamás edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos sean impunemente violados" [10].

Dentro de aquellos ámbitos en cierta medida todavía inmunes al derecho se destaca, indudable pero curiosa-

[8] Ver: Tawil, *Dos aniversarios en el derecho administrativo comparado. A 100 años de la Ley Santamaría de Paredes y 50 del "The Administrative Process" de Landis*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", t. 48, nº 3, Buenos Aires, noviembre de 1988, ps. 79 y ss.

[9] Schwartz, *French administrative law and the Common-Law World*, New York, 1954, ps. 250/251.

[10] Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969, XIX. Idem: Dromi, *Derecho administrativo económico*, 2, Buenos Aires, 1979, p. 653.

mente —dado lo paradójico que resulta que sea justamente en el ámbito de la Justicia donde se sustraiga el Estado del sometimiento al derecho—, el de la responsabilidad estatal por su actividad judicial.

En este aspecto, aun cuando la tendencia a la responsabilización plena del Estado por los daños ocasionados en dicho ámbito ha gozado de importante reconocimiento en algunos sistemas de derecho comparado, como el francés, y principalmente —a partir de la sanción de la Constitución de 1978— el español, no ocurre lo mismo en nuestro país, donde tal responsabilidad no ha sido admitida, o cuando lo ha sido, su reconocimiento se ha limitado, en general, a la resultante del error judicial cometido en sede criminal [11].

El panorama relatado ha llevado al absurdo de que en un régimen caracterizado por el fiel cumplimiento del derecho —o que al menos debiera caracterizarse por ello— sea justamente en el ámbito del Poder Judicial donde el ordenamiento jurídico, y fundamentalmente la justicia y equidad, no logran adentrarse en plenitud.

Tal situación parece hoy en día inadmisible. Los continuos temores manifestados por nuestra jurisprudencia y doctrina para aceptar la responsabilidad plena del Estado en todos sus ámbitos [12] debieran ser de una vez por todas superados.

[11] Ver, así: Díez, *Derecho administrativo*, V, Buenos Aires, 1971, p. 164, quien señala, mediante un ejemplo que no nos convence en absoluto que "en cuanto a los supuestos errores en el campo civil, el problema no se presenta, porque si se trata de un juicio ejecutivo, siempre es posible recurrir a un juicio ordinario posterior. En estos supuestos, el Estado carece de responsabilidad. La doctrina enseña que sólo cuando el error es debido a la culpa o dolo del juez, el Estado será responsable". Respecto a esta última afirmación, veremos que el panorama actual en el derecho comparado no es tal, admitiéndose en numerosos países, como España o Francia, el carácter objetivo de la responsabilidad estatal en este ámbito.

[12] Esencial para admitir plenamente que hoy en día el Estado puede ser considerado un "hombre honesto" ("the State is an honest man"), principio propio de la etapa en que vive hoy la humanidad. Ver, al respecto: Schwartz, *French administrative law*..., ob. cit., p. 270.

Excelentes ejemplos resultan, en este sentido, los logros obtenidos en los sistemas francés y, especialmente, español. Por tal razón, aun cuando el principal objetivo del presente estudio es el poner de manifiesto la necesidad de obtener una responsabilización plena del Estado, sus magistrados y funcionarios por el daño producido como consecuencia del mal funcionamiento de la administración de justicia en nuestro país, así como el demostrar que ello resulta incluso posible en nuestro derecho positivo —a falta de un régimen jurídico específico, como acontece en España y Francia—, las referencias al derecho comparado respecto a esta cuestión no serán poco frecuentes.

Cabe advertir, asimismo, que aun cuando el contacto entre el aspecto hoy en análisis y el estudio de la responsabilidad del Estado en general, resulta por demás evidente, no se trata el presente, en modo alguno, de un estudio sobre la responsabilidad genérica del Estado, sino de la responsabilidad que pudiera llegar a generarse en el ámbito del Poder Judicial. Omitiremos, por ello, el análisis de cuestiones tales como las distinciones formuladas entre las teorías de la indemnización y de la responsabilidad patrimonial [13]; entre la responsabilidad del Estado en el campo del derecho público o privado; contractual y extracontractual; por actividad legítima o ilegítima [14]; etc., sin perjuicio de alguna ocasional mención de ellas.

Cabe, pues, adentrarnos en el análisis de la cuestión que hoy nos ocupa. Recordemos, para comenzar, las si-

[13] Ilustrativa de estas diferencias resultan las disímiles posiciones de Garrido Falla y García de Enterría a este respecto en el derecho español. En cuanto al primero, ver su trabajo *El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*, "Revista de Administración Pública" ("R.A.P."), nº 81, Madrid, 1976, ps. 10 y ss., así como su *Tratado de derecho administrativo*, II, reimpr., 7ª ed., Madrid, 1986, ps. 245 y ss. Con relación a Enterría, ver su clásico estudio *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1965. En nuestro país, ver Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973, ps. 45 y ss.

[14] Ver, al respecto: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, 3ª ed. act., Buenos Aires, 1980, ps. 690 y ss.

guientes palabras del maestro uruguayo Eduardo J. Couture, que en cierta medida nos guiarán: "El poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante, constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial, en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces" [15].

Buenos Aires, noviembre de 1988.

[15] Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, ed. 1978, ps. 91 y ss.

PARTE PRIMERA

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

"La lucha por el control del poder y por su sujeción al derecho es una lucha permanente y, permanentemente también, inacabada, porque, en cierto modo, es en sí misma una lucha imposible. La esencia del poder radica, precisamente, en su capacidad de imponerse sin limitaciones. Por eso, justamente, se revuelve siempre cuando parece dominado y adopta nuevas formas que lo hacen, otra vez, inaprehensible" (TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1988, p. 95).

I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO. DISTINTAS CONCEPCIONES.

Siguiendo a la clásica distinción reconocida por Montesquieu[16], la doctrina ha considerado, en general, desde antaño, a tres como las principales funciones desempeñadas por el Estado: la legislativa, la administrativa y la judicial o jurisdiccional.

La primera de ellas, tendiente al establecimiento por vía general de las normas a que debe ajustarse la conducta de los integrantes de la comunidad política, ha sido caracterizada tradicionalmente por la sanción de normas abstractas de alcance general, impersonales, permanentes e imperativas.

[16] Ver al respecto el libro XI, capítulo VI, de su célebre *Del espíritu de las leyes*; así como el clásico trabajo de Jorge Tristán Bosch, *Ensayo de interpretación del principio de separación de poderes*, Buenos Aires, 1944.

La administrativa, cuantitativamente quizá la más importante, ejercida mediante decisiones concretas, relativas a asuntos determinados [17], es aquella resultante de una actividad inmediata, concreta, permanente, práctica y normalmente espontánea.

La jurisdiccional, por su parte, resulta caracterizada por la resolución por parte de un órgano imparcial e independiente de controversias concretas entre partes con fuerza de verdad legal [18].

Tal distinción tradicional de poderes o —en una concepción más moderna— de funciones [19], ha merecido, sin embargo, distintas interpretaciones.

Así, se ha utilizado en algunos sistemas —como acontece en forma predominante en España desde Santamaría de Paredes [20]— una interpretación de índole orgánica o subjetiva, para la cual el tipo de función dependerá del órgano que la ejerce. Así, se considera ejercicio de función legislativa, bajo esta corriente, a toda la actividad del Congreso; administrativa a la desempeñada por el Poder Ejecutivo o la Administración; y judicial o jurisdiccional a la realizada por el Poder Judicial, aun cuando el contenido no sea el típico de tales funciones [21].

Resulta evidente, sin embargo, que los poderes del Estado no se limitan al ejercicio exclusivo de aquellas funciones que primordialmente le han sido atribuídas. Por tal

[17] Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 36.

[18] Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, I, Buenos Aires, 1980, cap. VII, p. 16.

[19] Pues como señala Gordillo (*Tratado...*, I, ob. cit., cap. VII, p. 2), "el poder es uno solo".

[20] Ver: Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1894, ps. 36 y ss. Ídem, en Francia, Ducrosq, *Cours de droit administratif*, I, París, 1897, p. 29.

[21] Tal era, por ejemplo, la posición tradicional de Garrido Falla, modificada sustancialmente en el año 1982. Ver, al respecto: Garrido Falla, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del derecho administrativo español*, Madrid, 1982, p. 61; ídem, *Tratado de derecho administrativo*, I, ob. cit., 9ª ed., 1985, ps. 51 y ss.

razón, teniendo en cuenta, pues, que el Congreso no sólo legisla, sino que también administra o juzga, y que lo mismo ocurre con los poderes Ejecutivo y Judicial, se ha abierto campo, en el derecho comparado, y especialmente en nuestro país —donde su predominio es casi absoluto—, una concepción distinta de las funciones del Estado, de orden orgánico o material, y que en contraposición evidente con la concepción subjetiva, hace hincapié —a efectos de caracterizar a la función estatal—, no ya en el órgano del Estado del cual ésta emana, sino en el contenido material o sustancial de la función desempeñada.

Así, aun cuando no cabe duda de que la función estatal que por excelencia desarrolla el Poder Judicial es la jurisdiccional [22], se debe reconocer que también ejerce funciones administrativas al nombrar, sancionar o remover funcionarios; así como materialmente legislativas al dictar acordadas estableciendo, por ejemplo, las reglas que deben regir para la redacción de las cédulas en el ámbito de la Justicia nacional.

Por esta concepción orgánica o material se ha inclinado predominantemente nuestra jurisprudencia [23] y parte de nuestra doctrina tradicional [24]; haciéndolo también en la actualidad la mayor parte de nuestros autores contemporáneos, entre los cuales cabe destacar, entre otros, a Marienhoff [25], Cassagne [26], Reiriz [27], Grecco [28], Dromi [29], Gor-

[22] Podetti, *Tratado de la competencia*, 2ª ed., ob. cit., p. 337.

[23] Ver: C.S.J.N., "Fallos", 137-354; S.C.B.A., "Villar de Puenzo, Leticia C., c. Provincia de Buenos Aires", 20/2/84, "L.L.", 1984-D-141 y ss., con nota de Grecco.

[24] Ver, así: Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, I, Buenos Aires, 1949, p. 41.

[25] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 77.

[26] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, Buenos Aires, 1983, ps. 55 y ss.

[27] Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 49/50.

[28] Grecco, *Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial*, "L.L.", 1984-D-142.

[29] Dromi, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1973, p. 163; ídem, *Responsabilidad del Estado*, "J.A.", 1970-doctrina-50.

dillo [30], Hutchinson [31] y Spota [32]. Lo mismo han hecho, en el derecho comparado, Tivaroni [33] y Ranelletti [34] en Italia; autores como el desaparecido García Trevijano [35], Santamaría Pastor [36], Delgado Barrio [37] y Guaita [38] en el derecho español, o Brewer Carias [39] en el sistema venezolano; así como nuestros cuerpos normativos más modernos, como el Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de La Pampa [40], al permitir —en su art. 2, inc. *b*— la utilización de la acción contencioso-administrativa para la impugnación de "contratos administrativos celebrados por los poderes Legislativo y Judicial".

Por una concepción subjetiva —de antaño predominante— lo han hecho, en cambio, autores del prestigio de

[30] Gordillo, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1969, p. 97.

[31] Hutchinson, *La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial*, "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", año 1, nº 1, Buenos Aires, setiembre 1988, p. 26.

[32] Spota, *Responsabilidad del Estado por actos administrativos del Poder Judicial*, "L.L.", 51-612.

[33] Tivaroni, *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1939, p. 25.

[34] Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed., Milano, 1945, ps. 1 y ss.

[35] Señalaba así éste: "a mi juicio, hay que incluír entre los actos administrativos todos aquellos que por su contenido y efectos son tales, provengan de donde provengan, y aunque tengan, obviamente, aspectos diferenciales en cuanto a las formas de manifestación y sistema de impugnación, quedando excluídos los actos normativos y las leyes singulares". García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, Madrid, 1986 (obra póstuma), p. 24.

[36] Santamaría Pastor, *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas*, "Revista de Derecho Político", Madrid, nº 9, p. 15.

[37] Delgado Barrio, *Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial: su impugnación*, "Revista Española de Derecho Administrativo" ("R.E.D.A."), Madrid, nº 32, ps 839 y ss.

[38] Guaita Martorell, *Los actos administrativos del Tribunal Constitucional*, "R.E.D.A.", nº 29, ps. 249 y ss.

[39] Brewer Carias, *Instituciones...*, ob. cit., p. 110.

[40] Ley 952 de la provincia de La Pampa, producto del trabajo del profesor Marienhoff.

Waline en Francia [41], Forsthoff en Alemania [42], Entrena Cuesta [43] o García de Enterría y Fernández, en España —quienes si bien reconocen la existencia de funciones administrativas en sentido material en órganos del Estado distintos de la Administración pública, los consideran excluídos del estudio del derecho administrativo [44]—, así como la ley de procedimiento administrativo (L.P.A.E.) [45] y la jurisprudencia española [46]; la legislación uruguaya [47], e inadvertidamente, quizá, siguiendo a una orientación minoritaria en nuestro país, nuestra ley 19.549, al circunscribir en su art. 1 el ámbito de aplicación de nuestra ley al de la Administración pública centralizada y descentralizada.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA TENDENCIA AL RECONOCIMIENTO PLENO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. LÍMITES. LA INMUNIDAD SOBERANA.

La admisión de la responsabilidad del Estado, impensada o al menos inaceptable en el Estado autoritario, no ha sido sino una conquista relativamente reciente del Estado de derecho, trasformándose a su vez en un elemento esencial de éste [48].

[41] Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

[42] Ver, así: Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958, p. 287.

[43] Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, 9ª ed., I/1, Madrid, 1987, p. 29.

[44] García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, I, 4ª ed., Madrid, 1984, ps. 31/2. En el mismo sentido, Escribano Collado, *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y del derecho administrativo?*, "R.E.D.A.", nº 37, ps. 176 y ss.

[45] Ver arts. 40 y ss.

[46] Ver Tribunal Constitucional español, sentencia del 8 de febrero de 1982.

[47] Establecen en tal sentido las Normas Generales de Actuación Administrativa (decreto 640 de 1973), en su art. 10, que "acto administrativo es toda declaración de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos".

[48] Idem: Díez, *Derecho administrativo*, V, ob. cit., p. 18.

En tal sentido, numerosas eran las manifestaciones en el derecho comparado, hasta épocas recientes, que hacían aparecer a la irresponsabilidad estatal como la regla y a su responsabilización como la excepción.

Cabe mencionar, así, la inexistencia de toda previsión al respecto en el derecho romano según la "ley aquilia" [49]; a la teoría del fisco originada en Roma y que derivó en la posterior aceptación —hoy ya superada— de la existencia de una doble personalidad del Estado; a la doctrina anglosajona de la inmunidad soberana [50] —derivada en importante medida de la expresión *"the king can do no wrong"*, no siempre interpretada en forma feliz [51]—; y las construcciones derivadas de ésta [52]; a la falta de reconocimiento de

[49] Ver, al respecto, las referencias efectuadas por Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 5 y ss.) y Altamira Gigena (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 49), respecto a la irresponsabilidad del Estado en las distintas etapas del imperio romano.

[50] Considerada por el *Justice* Frankfurter como "un resabio anacrónico de un privilegio monárquico". Disidencia de Frankfurter en "Kennecott Copper Corp. *v.* Tax Commission", 327 U.S. 573, 580 (1946). Expresó en sentido similar el juez Wolfe —en su disidencia— en "Bingham *v.* Board of Education", 223-P. 2d 432, 438 (Utah, 1950), que "el razonamiento que sustenta a la doctrina de la inmunidad soberana ... es tan falaz e injusto que choca con la inteligencia, así como con el sentido de justicia de aquellos que creen en el sistema de vida norteamericano (*american way of life*). En mi opinión, decisiones de esta clase resultan no sólo generadoras de un desprecio por la ley y los tribunales, sino que pueden, asimismo, ser utilizadas como sustento para propaganda que pueda afectar la estabilidad de nuestro gobierno".

[51] Ver, al respecto: Tawil, *La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano*, "L.L.", 1988-C-651 y ss., y las marcadas diferencias existentes entre nuestra interpretación y aquella a que llegan otros autores, para quienes en el derecho anglosajón la irresponsabilidad del Estado resulta absoluta. Así, por ejemplo, Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 57, quien no justifica, a nuestro entender, en debida forma, su posición.

[52] Así, la idea absolutista del *"princeps legibus solutus"* o la concepción esbozada por Bodin en el sentido de que *"or la souveraineté n'est limitée, ni en puissance ni en charge"*. Ver, así, respecto a la máxima francesa de *"le roi ne peut mal faire"*, Rokham y Pratt, *Studies in French Administrative Law*, 1947, p. 69.

su existencia en Francia hasta la caída del Imperio y la resolución por parte del Tribunal de Conflictos del *arrêt* "Blanco", el 8 de febrero de 1873, donde se reconoció la existencia de una concepción publicista de la responsabilidad del Estado y la inaplicabilidad de los principios del derecho privado sobre la base de la distinción entre la falta de servicio y la falta personal [53], y fundamentalmente hasta los *arrêts* "Pelletier" [54], "Le Berre", del 29 de mayo de 1903, y "Tommaso Greco", del 10 de febrero de 1905, que extendió el reconocimiento de la responsabilidad estatal a toda clase de servicios [55].

Es que en cierta medida, cuando la autoridad o el Estado se identificaban con la figura del príncipe o del soberano, "su irresponsabilidad por los hechos que produjera en perjuicio de sus súbditos era pacíficamente aceptada por éstos" [56].

[53] Distinción posteriormente consagrada en el art. 14 de la ley del 19 de octubre de 1946. El rasgo distintivo entre una y otra fue puesto especialmente de manifiesto por Laferrière, en su carácter de comisario de Gobierno, en el *arrêt* "Laumonnier-Carriol" (T.C. 5/5/1877). Así, se trataría de una falta de servicio —y no de una falta personal— "si el acto perjudicial es impersonal, si él revela un funcionario, un mandatario del Estado sujeto a error, y no a un hombre con sus debilidades, pasiones e imprudencias". Ver, en el mismo sentido, Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 2ª ed., París, 1896, p. 648, y la crítica formulada a tal distinción —por imprecisa— por Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, ob. cit., p. 300. Respecto a esta distinción, señaló por su parte Hauriou (*Précis de droit administratif*, 12ª ed., París, 1933, p. 525) que "el acto resulta personal para el funcionario cuando existe una circunstancia manifiestamente separable respecto al ejercicio de la función que lo coloca fuera de las prácticas ordinarias de la Administración y hacen presumir que el funcionario ha sido inspirado en su obrar por un deseo distinto al del administrador". Se han considerado así supuestos de faltas personales, en Francia, a aquellas que derivaran del uso de vehículos del gobierno para cuestiones particulares de los funcionarios ("Salah ben Larbi Bezine", Tribunal de Conflictos, 10/7/46; "Pastor", C.E., 28/11/47); del uso de la fuerza por parte de un policía de civil y fuera de servicio ("Clautour", T.C., 14/12/46); etc.

[54] T.C., 30/7/873.

[55] Ver respecto a estos pronunciamientos, Long, Weil y Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8ª ed., París, 1984, ps. 5 9 y 59.

[56] Liendo, *La responsabilidad del Estado nacional en el derecho posi-*

La irrupción del Estado de derecho y la consolidación de uno de sus principios fundamentales, el de legalidad [57] —producto del dogma rousseauniano de la voluntad general [58] y perfeccionado posteriormente por obra de la doctrina, especialmente de la alemana [59]—, implicó el comienzo

tivo, "L.L.", 1983-B-951 y ss. Señalan en tal sentido García de Enterría y Fernández (*Curso de derecho administrativo*, I, ob. cit., ps. 411 y ss.) que "el derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos («cosmos de privilegios»: Max Weber). El derecho público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del monarca, pero dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales, estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*). Cuando las leyes existían (lo cual era contingente, y no necesario) se trataba de un *instrumentum regni* entre otros, producto de las circunstancias concretas, pero que no aspiraban a la permanencia o a la inexorabilidad, ni eran sustantivables como instancias reguladoras del poder y mucho menos como presupuestos de la concreta actuación de éste. En cualquier caso, de las leyes políticas no podía entenderse que derivasen nunca derechos subjetivos para los súbditos, aun cuando éstos pudiesen exhibir derechos subjetivos de naturaleza patrimonial que, a través de la doctrina de los rescriptos contra *ius naturale ac gentium*, que ya conocemos, podían eventualmente oponerse a la acción del Príncipe".

[57] Señalaba en tal sentido Linares Quintana que "a diferencia del Estado de policía —inspirado en el principio de que el fin justifica los medios, y dentro de cuya concepción la autoridad actúa de manera discrecional y sin ninguna traba frente al individuo, como que todos los poderes se refunden en un poder único avasallador y que opera sin el freno de la ley—, el Estado de derecho únicamente se desenvuelve *secundum legem*, y en sus relaciones con los ciudadanos se somete él mismo a un régimen de derecho". Ver Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, I, Buenos Aires, 1953, ps. 87 y ss.

[58] Esbozado especialmente por Rousseau en el cap. IV de su clásica obra *El contrato social*. Idem: Debbasch, *Institutions et droit administratifs*, 2, París, 1978, p. 201; García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, ob. cit., p. 14. Entienden, sin embargo, algunos autores argentinos que aun cuando se consideró originariamente consecuencia de la idea de la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular, propia del iluminismo, el principio de legalidad reconocería, en realidad, antecedentes aristotélicos. Ver: Bidart Campos, *Derecho constitucional*, II, Buenos Aires, 1969, p. 159.

[59] Ver, al respecto, en lengua castellana, Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. española de Herrero, Madrid, 1978; Gallego Anabitarte, *Ley y reglamento en el derecho*

de una profunda trasformación en la materia, todavía en curso, aun cuando en sus comienzos no fue del todo visible como consecuencia de la idea de que el Estado sólo se subrogaba en el lugar antes ocupado por el príncipe, heredando los privilegios propios de éste [60].

El correr de los años y la consolidación del Estado de derecho permitió la confirmación de esta tendencia trasformadora, esencial en el derecho administrativo contemporáneo, ya que como señalan Enterría y Fernández, "el principio de legalidad ...y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen ... los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende justamente de su correcto juego" [61].

Así lo reconoció en nuestro país alguna jurisprudencia al señalar que "la juridicidad esencial de un Estado de derecho es la resarcibilidad de todo daño originado en un hecho culpable sin atender a excepciones fundadas en la «impecabilidad del soberano». El Estado no puede ubicarse por encima de la ley sin vulnerar su fin principal, cual es la protección del orden jurídico" [62].

Y también lo destacó no hace mucho tiempo el Tribunal Supremo español [63], al señalar —en su sentencia del

público occidental, Madrid, 1971, capítulo VI; Gallego Anabitarte, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración*, "R.A.P.", nº 34, ps. 11 y ss.

[60] Señalaba en tal sentido Gaston Jèze (*Réparation du préjudice spécial causé par une loi générale impersonnelle*, "Revue du Droit Public" [R.D.P.], París, 1945, p. 368) que "c'est le droit divin du people substitué au droit divin des rois". Idem: García de Enterría y Fernández (*Curso...*, II, ob. cit., p. 323), y Schwartz (*French administrative law...*, ob. cit., ps. 270/1), quienes también citan esta célebre frase de Jèze.

[61] García de Enterría y Fernández, *Curso...*, ob. cit., II, p. 321.

[62] C.2ª Civ. y Com., La Plata, Sala I, 3/2/59, "D.J.B.A.", 54-89, citado por Izquierdo, *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, Buenos Aires, 1986, p. 66.

[63] Cabe destacar en este aspecto la recepción expresa del principio de legalidad efectuado por la Constitución española de 1978 —siguiendo al

16 de noviembre de 1983— que "conviene no olvidar que la entronización de la responsabilidad civil de la Administración pública [64], sobre todo la del Estado, ha representado la máxima conquista, en la configuración del moderno Estado de derecho, ya que hasta fechas recientes, contemporáneas, lo propio de los entes soberanos era que se impusieran a todos, sin compensación, en frase de un reputado tratadista...".

Así, en un principio la idea predominante era la de la irresponsabilidad absoluta del Estado [65], basada esencialmente en la idea de la soberanía [66] como equivalente a la de poder omnímodo y absoluto [67] delegado al monarca por Dios [68]. Su infalibilidad derivaba de tal origen divino. Producto de la viva encarnación de los dioses, los actos del soberano debían ser acatados por sus súbditos, sin recurso alguno, identificándose plenamente así el Estado con la persona de sus gobernantes.

art. 20, 3, de la Ley Fundamental de Bonn— al prescribir en sus arts. 9, 3, que "la Constitución garantiza el principio de legalidad... y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"; y 103, 1, que "la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Como señala García de Enterría (*El principio de legalidad en la Constitución*, en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1ª reimpresión, Madrid, 1984, p. 87), también la ha adoptado en sus aplicaciones específicas en varios preceptos, como los arts. 25 (legalidad de los delitos y las infracciones administrativas); 31, 3, y 133 (legalidad tributaria y de prestaciones personales); 117, 1 (legalidad de la actuación de jueces y tribunales); 124, 1 (defensa de la legalidad por el ministerio fiscal); etc. En nuestro país, el principio de legalidad ha encontrado su recepción —principalmente— en el art. 19, así como también en los arts. 16, 17, 19 y 28 de la normativa constitucional. Ver, al respecto: Linares, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 55, nota 3; Cassagne, *Derecho administrativo*, II, ob. cit., p. 30.

[64] Criticando la denominación "responsabilidad civil del Estado", señalaba hace ya algunos años Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 2, ob. cit., cap. XX, p. 5) que "queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado. Se llama todavía, a veces, responsabilidad «civil» del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica «responsabilidad» del derecho privado, ni es tampoco «civil» en el sentido de regirse por las normas de dicho Código (estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de «responsabilidad civil»). A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal".

[65] Ver: Moreau, *Dommages causés par des décisions administratives entachées d'excès de pouvoir*, "Jurisclasseur Administratif", París, 1970, fascículo 720, números 4 y 5. Respecto a la evolución histórico-sociológica de la responsabilidad del Estado, ver Gordillo, *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la Administración pública*, tesis doctoral, inédita, Buenos Aires, 1959.

[66] Ídem: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 693; Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 1 y ss. Señalaba, en tal sentido, Bielsa (*Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, Buenos Aires, 1947, p. 344, nota 1) que "el concepto fundamental en la histórica teoría de la irresponsabilidad absoluta de la Administración pública está en estos tres postulados: El de la soberanía del Estado, que, por antítesis irreductible, prohíbe o niega su igualdad con el individuo súbdito, en cualquier relación. La responsabilidad del soberano hacia el súbdito es imposible por la contradicción absoluta entre los dos términos de la ecuación de la responsabilidad. A ese postulado sigue inmediatamente este otro: representando el Estado soberano el derecho organizado, no puede aparecer como violador de ese mismo derecho. De ahí se deduce el último postulado, o corolario, y es que los hechos que en contra de lo dispuesto por la ley realicen los funcionarios, jamás podrán ser considerados como hechos del Estado, sino que deben ser atribuídos personalmente a aquéllos, en cuanto es posible, como si hubieran obrado, no en representación de la entidad pública, sino *nomine proprio*". Se olvidaba, como lo señaló el diputado Carlos Moret (h.) al presentar un proyecto de reparación de daños patrimoniales causado por los agentes públicos (Cámara de Diputados, "Diario de Sesiones", 1934, t. 6, p. 389) que la soberanía no se menoscaba por asegurarse el goce efectivo y el respeto de los derechos patrimoniales.

[67] Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 41 y ss.

[68] Criticaba con agudeza tal concepción Rousseau (*El contrato social*, lib. I, cap. III, citado por Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 176, nota 24), expresando: "Todo poder emana de Dios, lo reconozco, pero toda enfermedad también. ¿Estará prohibido, por ello, recurrir al médico?". Lo mismo hacía Jellinek (*L'État moderne et son droit*, trad. Fardis, II, p. 129, citado también por Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 9) al señalar que "si el poder político fuera omnipotente podría suprimir el orden jurídico, introducir la anarquía y, en una palabra, destruírse a sí mismo. El poder estatal encuentra una limitación en la necesidad de ser poder jurídico, es decir, un poder cuyo ejercicio se haya normativamente re-

Tal principio fue el imperante en la antigüedad, ya que como señaló Teissier, "la idea de que puedan existir derechos individuales, privados, opuestos a la soberanía, parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad. En Atenas y Esparta el soberano (es decir, según las edades: la monarquía, la aristocracia o la democracia gobernantes) disponía libremente de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos más que ante la divinidad, de la cual constituía una encarnación...; todo el peso del daño recaía sobre las víctimas, sin que tuviesen ninguna acción para hacerse indemnizar ni contra el agente de quien emanaba más directamente el acto dañoso, ni contra el soberano" [69].

La posterior distinción entre actos de imperio o de autoridad [70] y de gestión [71], como consecuencia de la aceptación de la teoría de la doble personalidad del Estado [72],

gulado. El Estado puede, es verdad, elegir su constitución; pero es imprescindible que tenga alguna. La anarquía es una posibilidad de hecho, no de derecho".

[69] Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 1.

[70] Ejemplos de éstos, es decir, de los denominados actos "de poder público", eran, entre otros, la matanza de animales infestados por las autoridades sanitarias; el derribo de una casa por los bomberos para evitar la propagación de un incendio; etc. Conf.: Bielsa, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, ob. cit., p. 345.

[71] Ver, al respecto: Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920, ps. 75 y ss.; Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 62 y ss.

[72] Esta teoría, que gozó de gran aceptación en nuestro país durante años, gracias a la influencia de la doctrina francesa y, entre otros, de autores como Bielsa (ver su trabajo *El Estado como persona de derecho privado y como persona de derecho público*, "L.L.", 64-129), fue paulatinamente abandonada ante la aceptación de la posición esbozada en sentido contrario por autores como Michoud (*La théorie de la personnalité morale*, I, París, 1906 p. 270) y Ferrara (*Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, p. 685), adoptada en nuestro país, entre otros, por Bullrich (*Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 127) y Villegas Basavilbaso (*Derecho administrativo*, 2, ob. cit., p. 161).

permitió, a partir del siglo XIX [73], la paulatina aceptación de la responsabilidad estatal respecto de estos últimos [74], a pesar de que se sostenía, en un principio —como, por ejemplo, lo hizo el Tribunal Supremo español en su sentencia del 7 de enero de 1898—, que el Estado no era responsable de los daños producidos a los particulares como consecuencia de los actos de sus empleados en ejercicio de las funciones propias de sus cargos, ya que no se podía suponer culpa o negligencia de aquél en la organización de los servicios públicos y en la designación de los agentes [75]. A similar resultado, aun cuando con mayor lentitud, se ha arribado paulatinamente en el "*common law*" [76].

Aun cuando la responsabilidad contractual del Estado [77], por su enriquecimiento indebido [78], y por sus actos

[73] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, Buenos Aires, 1983, p. 271. Ver, al respecto: Koechlin, *La responsabilité de l'État de l'an VIII à 1875*, París, 1957.

[74] Rivero, *Droit administratif*, 12ª ed., París, 1987, p. 323.

[75] Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, I/1, ob. cit., p. 394, nota 3.

[76] Señalaba así Robson (citado por Gellhorn, *Administrative law; cases and comments*, 2ª ed., St. Paul, 1947, p. 299) que "la responsabilidad personal del funcionario por los actos cometidos en cumplimiento de sus funciones que tantos elogios ha recogido entre los autores ingleses, resulta, esencialmente, una reliquia del pasado, cuando la función gubernativa estaba en manos de unas pocas prominentes e independientes personas... que no resultaban en modo alguno responsables frente a los ministros, legisladores... Tal doctrina resulta claramente inadecuada para el Estado del siglo XX, en donde el funcionario de dichas características ha sido sustituído por ejércitos de anónimos y oscuros servidores públicos, que actúan directamente bajo las órdenes de sus superiores y resultan en definitiva responsables frente a cuerpos electivos. La responsabilidad exclusiva del funcionario es una típica doctrina de un derecho común altamente individualista, de valor decreciente hoy en día". Ver, al respecto: Tawil, *La responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., ps. 651 y ss.

[77] C.S.J.N., "Ferrocarril Central Argentino c. Gobierno de la Nación", "Fallos", 3-390.

[78] Ver: C.S.J.N., "Banco de Londres y Brasil *v.* Fisco Nacional", "Fallos", 129-5. Señaló al respecto el juez federal de primera instancia Dr. Arias, rechazando la aplicación del art. 43 del Código Civil, que "la responsabilidad civil en casos como el ocurrente, arranca del principio fundamental de justicia, según el cual nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, ni

de gestión, ya era reconocida con anterioridad [79], fue con la resolución por parte de nuestra Corte del *leading case* "Tomás Devoto y Cía. S. A. c. Gobierno Nacional" [80], en el año 1933, que —siguiendo a un importante sector doctrinal [81]— se aceptó en forma expresa en nuestro país la posibilidad de responsabilizar al Estado en su carácter de poder público en la esfera extracontractual —a pesar de la opinión en contrario sostenida por autores como Laferrière en Francia y Bielsa en nuestro país [82] y la posición sostenida tradicionalmente por el tribunal [83]—, mediante la in-

lesionar impunemente el derecho de terceros; y si bien entre las personas de existencia real y las de existencia ideal median diferencias, unas y otras, que tienen análogos derechos y deberes ante la ley civil, contrayéndolos las jurídicas por medio de sus representantes o agentes, deben responder del hecho ilícito por éstos realizado".

[79] Ver: Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 89 y ss.

[80] C.S.J.N., 22/9/33, "Fallos", 160-11; "J.A.", 43-416 (1933), con nota de Bielsa. En el mismo sentido, ver C.S.J.N., 3/9/41, "María C. Echegaray e hijos c. Nación Argentina", "Fallos", 190-457.

[81] Ver, así: Rayces, *La responsabilidad del poder público*, en "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1916; Barcia López, *Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1922, ps. 421 y ss.

[82] Señalaba así este prestigioso tratadista (*Compendio del derecho público, constitucional, administrativo y fiscal*, II, Buenos Aires, 1952, p. 171) que "el Estado como poder público es irresponsable, pues obra en virtud de su soberanía y, por consiguiente, no sujeto a responsabilidad alguna, salvo ley que expresamente imponga la obligación de indemnizar". Criticó asimismo Bielsa (*Responsabilidad del Estado como poder administrador*, "J.A.", 43-416) los fundamentos de la decisión de la Corte en su nota a "Devoto", ante la aplicación de principios propios del derecho civil, señalando "este fallo que parece dictado en una causa entre particulares —pero que lo es contra el gobierno nacional, es decir, contra el Estado-Poder público—, aun cuando se presente como un caso común, tiene una significación jurídica insospechada. Implica, desde luego, la rectificación de una jurisprudencia que se levantaba contra la desidia legislativa, pues el legislador no ha sancionado sino excepcionalmente la responsabilidad del Estado...; la jurisprudencia de la Corte Suprema ha mantenido invariablemente el principio contrario al que ahora acaba de aplicar".

[83] Ver, así, C.S.J.N., "Donaire de Cabrera *v.* Gobierno Nacional", "Fallos", 99-22; "Samuel de Madrid *v.* Gobierno Nacional", "Fallos", 119-414; "José Wicky *v.* Provincia de Entre Ríos", "Fallos", 153-158; etc.

vocación de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, sin mencionar la previsión del art. 43 del mismo cuerpo normativo [84], que sirvió en tantas ocasiones para rechazar anteriormente la responsabilidad estatal [85], al considerarse que el Estado era incapaz de cometer, en su carácter de persona jurídica, delitos o cuasidelitos [86].

Configuró, pues, esta decisión, el abandono de la posición tradicional de la Corte que negaba la responsabilidad del Estado por sus actos "*iure imperii*", salvo que existiera una ley especial que alterara la situación [87].

A pesar de algún apartamiento ocasional de la doctrina sentada en "Devoto" [88], dicha posición se consolidó

[84] Señalaba así éste, con anterioridad a la reforma introducida en el año 1968 por la ley 17.711, que "no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Expresa, en cambio, hoy en día dicha normativa que "las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título «De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos»". Respecto a este artículo y la interpretación de que fue objeto con anterioridad a la reforma del año 1968, ver el excelente estudio de Leonardo A. Colombo, *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, I, Buenos Aires, 3ª ed. act., 1965, ps. 392 y ss., así como el clásico trabajo de Arturo Barcia López (*Evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos*, "L.L.", 13-602 y ss.) comentando el fallo "Caveda".

[85] Ver, así, C.S.J.N., "Carlos M. Escalada c. Municipalidad de la Capital Federal", "Fallos", 29-249 (1886); "Luis F. Aráoz c. Municipalidad de Tucumán", "Fallos", 52-371 (1893); "Fallos", 78-371 (1899); etc. Ver, asimismo: Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 103 y ss.

[86] Ver, así, C.S.J.N., "Cía. de Gas de Rosario *v.* Provincia de Santa Fe", 25/11/16, "Fallos", 119-47.

[87] Señaló así, en la causa "Ducass c. Gobierno Nacional" (C.S.J.N., "L. L.", 15-880), que "las relaciones entre la Nación y el militar que perdió la vida en actos de servicio están gobernadas por el derecho público, por lo cual, a falta de un texto expreso que atribuya responsabilidad al Estado, éste es irresponsable". Idem: C.S.J.N., "Frank Brown c. Gobierno Nacional", "Fallos", 130-72.

[88] Ver, así, C.S.J.N., 26/9/36, "Quiding, Gunnar, c. Gobierno Nacional", "L.L.", 9-177, donde se demandó por los perjuicios causados como conse-

con lo resuelto en 1938 en el ya célebre decisorio recaído en los autos caratulados "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" [89], en donde el más alto tribunal reconoció, siguiendo a Aubry y Rau, Laurent y Bibiloni, la responsabilidad del Estado como consecuencia de la prestación irregular de un servicio público —se trataba del daño causado a un tercero por un falso certificado expedido por el Registro de la Propiedad—, al señalar que "la disposición del art. 1112 del Código Civil, correlacionada con la del art. 1113 del mismo, significa la aceptación del principio de responsabilidad del Estado, por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en ejercicio de su función, cuando la entidad ejerce un monopolio, un servicio público o una industria", fallo que gozó en su momento del reconocimiento de nuestra más destacada doctrina [90], y del cual se destaca principalmente la utilización por parte de la Corte del art. 1112 del Código Civil, a efectos de reconocer la existencia de una falta de servicio, así como la inaplicabilidad expresa del art. 43 del Código Civil, por la cual se pronunció el más alto tribunal [91].

cuencia de un accidente provocado por un camión del Ministerio de Marina. Declaró, sin embargo, responsable al Estado por considerar que no se trataba de un delito y, por ende, no resultaba de aplicación el art. 43 del Código Civil.

[89] C.S.J.N., 3/10/38, "Fallos", 182-5; "L.L.", 12-122, con elogiosa nota de Alberto G. Spota. Ver también al respecto: Gainza, *Responsabilidad del Estado por la actuación de los registradores*, "Fides", Revista Jurídica Notarial, La Plata, nº 6, febrero de 1972.

[90] Ver: Spota, *La responsabilidad aquiliana de la Administración pública*, "L.L.", 12-122 y ss.; especialmente las conclusiones a que llega en la página 129.

[91] Señaló en tal sentido la Corte: "...cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y siendo así, la invocación del art. 43 del Código Civil no es pertinente".

La superación del criterio del Estado omnímodo, infalible y, por ende, también irresponsable [92], por aquella concepción propia del Estado de derecho que ve en la organización estatal a quien debe actuar dentro del ordenamiento jurídico y responder plenamente por las lesiones que con su obrar u omisión causa, se ha manifestado quizá en su mayor intensidad a partir de la aceptación de la responsabilidad estatal por su obrar legítimo. Así lo ha admitido en numerosas oportunidades nuestra Corte Suprema, habiendo señalado, por ejemplo, que "la realización de obras públicas en el cumplimiento de funciones estatales, atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, salud, tranquilidad de los habitantes, si bien es lícita, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que esas obras priven a un tercero de su propiedad o se lesionen sus atributos esenciales" [93].

A pesar de la utilización casi exclusiva durante el siglo pasado de las disposiciones del Código Civil para fundar la posibilidad de responsabilizar al Estado —criticada tenazmente, entre otros, por Bielsa—, la posición predominante en Francia [94] —adoptada a partir de la resolución en el año 1873 del *arrêt* "Blanco" [95]— respecto a la inaplicabilidad directa de las normas del derecho civil en el ámbito

[92] Ver, al respecto: Acuña Anzorena, *La responsabilidad extracontractual del poder público*, "L.L.", 24-459 y ss.

[93] C.S.J.N., 3/8/62, "Obras Sanitarias de la Nación c. Provincia de Mendoza", "L.L.", 110-276.

[94] Ver: Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, ob. cit., ps. 607 y ss.; Rivero, *Droit administratif*, ob. cit., p. 327.

[95] Expresó en aquella célebre ocasión el Tribunal de Conflictos: "la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier: que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés".

de la responsabilidad del derecho público [96], fue paulatinamente aceptada también en nuestro país [97].

III. La responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho privado. La responsabilidad contractual y extracontractual. El proyecto de unificación del derecho privado.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado, en forma genérica, implicó además la proliferación de intentos tendientes a clasificarla en distintas categorías.

En la Argentina, dos han sido las clasificaciones que han gozado de mayor acogida.

La primera, que reconoce la responsabilidad del Estado en el campo del derecho público y en el campo del derecho privado.

La segunda, que distingue entre la responsabilidad contractual y extracontractual de él [98], respondiendo tales clasificaciones a la índole de la conducta o comportamiento generador de la responsabilidad [99] y al vínculo jurídico que une al responsable y al perjudicado [100], no existiendo en

[96] Ver, así, C. E., "Cames", 21/6/1895, donde el Consejo de Estado fundó la responsabilidad estatal, no en los textos de derecho civil, sino en principios superiores de justicia al considerar a la recepción de tal responsabilidad producto del derecho de equidad.

[97] Ver, así: Bielsa, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, ob. cit., ps. 394 y ss. En contra se pronunciaba Bullrich (*La responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 191), para quien resultaban aplicables los principios del derecho privado.

[98] Ver: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., ps. 690 y ss.; Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 2, ob. cit., cap. XX, ps. 5 y ss.

[99] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 719.

[100] Señala así Gordillo (*Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XX, p. 5) que responsabilidad extracontractual es "aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída..., sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado".

principio opción entre uno y otro tipo de responsabilidad [101].

Aun cuando en sus orígenes esta posición (es decir, aquella que entiende en el derecho privado que la diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad surgía de una diferencia de tipo ontológico, al fundarse la responsabilidad contractual en la violación de un deber específico —el fijado contractualmente—, mientras que la responsabilidad extracontractual resultaba producto de la violación de un deber genérico —el no dañar a otro [102]—) era aceptada en forma pacífica, se ha intentado superarla entendiéndose que lo esencial es la naturaleza del derecho lesionado: absoluto en el caso de la responsabilidad extracontractual y relativo en el supuesto de la responsabilidad contractual [103].

En cuanto a la responsabilidad contractual, ella ha obtenido esencialmente su basamento en los arts. 43 y 512 del Código Civil. Respecto a la extracontractual, ha reconocido, en general, como fundamento, a las previsiones de los arts. 33, 43, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil [104], sosteniendo, sin embargo, algunos autores, que mientras que en el ámbito del derecho privado ésta se basa en los arts. 1109 y 1113, en el del derecho público lo hace en el 1112.

Si bien tal distinción se halla todavía plenamente vigente, la tendencia en la actualidad resulta clara hacia su superación. En este sentido, se destaca sobremanera el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial —sancionado el 15 de julio de 1987 por la Cámara de Diputados

[101] Ver: Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, 2ª ed. act., Buenos Aires, 1977, ps. 559 y ss.

[102] Señalaba así Llambías (*Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, ob. cit., p. 556) que se daría una u otra, "según que tal conducta se manifieste con respecto a una obligación preexistente, o bien que consista en un comportamiento reprochable que origina la obligación de reparar el daño causado a un extraño con quien el agente no mantenía vínculo anterior".

[103] Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, II, Buenos Aires, 1979, ps. 619/620.

[104] Ver, en tal sentido: C.N.Civ., Sala C, "Guiffre, Lázaro, y otra c. Gobierno Nacional (Comando en Jefe del Ejército)", 5/10/82, "E.D.", 102-775.

y a la espera de su tratamiento por la Cámara de Senadores al momento de elaboración del presente trabajo [105]—, que "unifica a todos los fines el régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual" [106], suprimiendo el art. 1107 del Código Civil, el cual —tomado por nuestro codificador de Aubry y Rau— sirvió para distinguir ambos campos de responsabilidad.

Como consecuencia de ello, somete este proyecto a las mismas reglas tanto a la responsabilidad aquiliana como a la derivada de incumplimientos obligacionales, estableciendo un alcance idéntico a la reparación en ambos supuestos. Ésta debe cubrir tanto los daños inmediatos como los mediatos previsibles, abarcando todos los daños que estén "en relación de causalidad adecuada" [107].

IV. La responsabilidad del Estado como consecuencia del ejercicio de la actividad judicial. Diferencia con la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa de los órganos judiciales.

El ejercicio de la función judicial implica, como hemos visto, desde una perspectiva o concepción material, tanto una faceta administrativa, como otra netamente jurisdiccional. La primera de ellas poca diferencia reviste con la típicamente desempeñada por los órganos administrativos, y encuentra incluso un basamento en el derecho positivo, al otorgar el art. 99 de la Constitución nacional al más alto tribunal la facultad de dictar su reglamento interno y de nombrar todos sus empleados subalternos; conteniendo dis-

[105] Se ha considerado respecto a ésta que "en el devenir científico, y en sus consecuencias prácticas, si este Proyecto llegara a sancionarse, constituirá un hito fundamental en la historia del derecho argentino, y sin ninguna duda será el instrumento legislativo de mayor importancia desde Vélez Sarsfield hasta nuestra época". Roitman, "Consideraciones previas", en *Proyecto de Código Civil...*, Buenos Aires, 1987, p. 14.

[106] "Notas explicativas" al *Proyecto de Código Civil*, ob. cit., p. 35.

[107] Art. 906, Proyecto del Código Civil.

posiciones similares la mayor parte de las constituciones provinciales al otorgar a los tribunales superiores las facultades de superintendencia [108]. La jurisdiccional resulta, en nuestro sistema jurídico y según lo dispuesto por el art. 95 de la Constitución nacional, propia del Poder Judicial, aun cuando con ciertas limitaciones se aceptara su ejercicio por parte del Poder Ejecutivo [109].

Distintos son los tipos de responsabilidad que —aun cuando no siempre reconocidos [110]— pueden generarse en el ámbito del Poder Judicial, según se trate de la responsabilidad del Estado o de los magistrados y funcionarios integrantes de tal poder estatal.

Dentro de la responsabilidad que pudiera corresponderle al Estado en tal ámbito, cabe distinguir, en primer lugar, entre la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa de los órganos judiciales y la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional de éstos.

Aunque en general no reconocida, nada obsta a la posible configuración, además, de responsabilidad del Estado por la actividad legislativa —en una concepción objetiva o material de las funciones estatales— de los órganos judiciales, que pudiera llegar a producirse, por ejemplo, como consecuencia del daño que acarreara a un particular el dictado de una acordada por la Corte Suprema de Justicia de la

[108] Ver, así, los arts. 149, inc. 5, y 152 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 144, incs. 1 y 10, de la de la provincia de Mendoza; 82, incs. 2 a 6, de la de la provincia de Santa Fe; etc.

[109] Ver: C.S.J.N., "Fernández Arias, Elena, y otros c. Poggio, José (s/suc.), s/recurso de hecho", 19/9/60, "Fallos", 247-646 y ss.

[110] Idem: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, Pamplona, 1987, p. 18. Tal falta de reconocimiento —especialmente de la responsabilidad estatal en este ámbito— puede vérsela claramente en nuestro país, donde se sostuvo tradicionalmente —como lo hizo en su momento Rafael Bielsa (*Derecho administrativo*, II, Buenos Aires, 1947, p. 363)— que "las resoluciones judiciales, aun definitivas, injustas o arbitrarias, pueden ser revocadas o anuladas mediante recursos judiciales, inclusive por el recurso extraordinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil del juez que ha dictado esas decisiones; pero esta responsabilidad es puramente personal, alcanza al magistrado, y no al Estado".

Nación. Obviamente, de cumplirse en este supuesto con los demás recaudos exigidos, como veremos, para reconocer la responsabilidad estatal.

La distinción esencial resulta, sin embargo, la primera esbozada.

En el ámbito nacional, lamentable y sorprendentemente, tal distinción no parece ser siempre comprendida.

Constante ha resultado así el rechazo por parte de nuestros tribunales superiores —incluída nuestra Corte Suprema— de la posibilidad de que sus actos materialmente administrativos puedan ser revisados por otros órganos judiciales, sean éstos de primera o segunda instancia [111], y mucho más aún, que el Estado o los magistrados pertenecientes a los mencionados tribunales puedan verse obligados a reparar patrimonialmente los perjuicios producidos como consecuencia de dichos actos.

Tal actitud se ha basado, evidentemente, en el entendimiento erróneo de que los jueces o tribunales de grado inferior son órganos subordinados a la Corte y que como tales no pueden revisar el obrar del más alto tribunal —o de otros tribunales de grado superior—, olvidando que aun cuando se pudiera suponer erróneamente ello, en tanto ambos estén ejerciendo la función jurisdiccional —por más que no existe relación jerárquica entre los distintos tribunales judiciales y que tan juez es el de primera instancia como cualquier ministro de la Corte—, no ocurre lo mismo en lo que a la revisión de las decisiones administrativas de los órganos judiciales se refiere, en cuya toma no ha existido ejercicio de función jurisdiccional, sino administrativa [111 bis].

[111] Señala en tal sentido Hutchinson (*La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial*, ob. cit., p. 31) que "para justificar dicha actitud, se emplearon diversos argumentos, casi todos ellos especiosos y efectistas, pero ninguno atendible desde el punto de vista jurídico, ya que ninguno tenía entidad suficiente para dejar sin efecto el principio constitucional de revisión judicial por un órgano imparcial e independiente".

[111 bis] Acotaba en sentido coincidente Hutchinson, en su voto en la causa "Pieri" (C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala IV, 26/9/88, "L.L." del 14/12/88), que "las funciones administrativas se hallan potencialmente subordinadas a una serie de funciones condicionantes. Ello no ocurre con la función judicial. El órgano judicial cuando realiza una función administrativa está realmente subordinado —respecto a esa función— a otro órgano judicial «superior». Cuando realiza una función judicial —cuando dicta una sentencia— no está subordinado en esta calidad a ningún órgano judicial. La «jerarquía» de la instancia significa solamente una competencia de derogación, en ningún caso una competencia de mando del «superior» sobre la instancia inferior".

Es que en este caso la actuación del juez de grado implica el primer supuesto de verdadera revisión jurisdiccional ejercida por órganos del Poder Judicial, exigida como regla general por los arts. 95, 100 y siguientes de la Constitución nacional.

Haciendo suya la posición precedentemente criticada, señaló en tal sentido la Sala II de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo de esta Capital, en el caso "Guayan", que "cuando el legislador constituyente dijo que la Corte es «Suprema», no usó el vocablo de manera casual, impensada o metafórica. Lo que quiso decir es que los actos de poder público que ella produce no son pasibles de revisión ni de revocación por otros órganos de la administración de justicia, a los cuales ha de considerárselos jerárquicamente subordinados. Esta conclusión no se altera por la distinción entre la función judicial propiamente dicha y la función administrativa o de superintendencia que los jueces ejercen" [112].

No coincidimos, en absoluto, con esta interpretación.

Creemos, al contrario, como lo afirmó un autor, que "la función judicial se caracteriza por la coordinación, lo cual implica independencia orgánica; ya que ningún órgano judicial está subordinado a otro, en el sentido de implicar la inadmisibilidad y la no obligatoriedad de instrucciones respecto al tratamiento de los distintos casos, aunque provengan de jueces de mayor categoría. Los jueces, en cuanto tales, no se vinculan jerárquicamente. La revisión de un proceso judicial por un órgano de instancia superior

[112] C.N.Cont.-adm. Fed., Sala II, "Guayan, Alberto, c. Estado Nacional (Poder Judicial)", 3/6/82, "E.D.", 116-394, nº 70.

es un examen técnico completamente ajeno a una primacía de orden jerárquico, es sólo una garantía de justicia" [113].

Poca duda nos cabe, pues, de la necesidad de permitir en supuestos como el mencionado, en primer lugar, la revisión de tales decisiones en sede administrativa —ante el mismo órgano judicial que tomó la decisión u otro—, así como su posterior revisión ante órganos judiciales en ejercicio de funciones jurisdiccionales, que, en principio y dada la organización de nuestra justicia nacional, corresponderá a los jueces de primera instancia en lo contencioso-administrativo federal, pudiendo entender posteriormente otros tribunales, conforme a lo que en ese sentido disponga el ordenamiento procesal.

Obviamente, de corresponder según este último, en algún aspecto, la intervención del órgano judicial que tomó la decisión administrativa cuestionada, no podrá él intervenir, debiendo hacerlo otro tribunal de similar grado o en su caso formárselo con conjueces, a efectos de garantizar así la independencia e imparcialidad esenciales para el debido ejercicio de la función judicial.

Así lo ha entendido, por ejemplo, el Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de La Pampa, al señalar en su art. 2, inc. *b*, que la acción contencioso-administrativa "incluso procederá respecto a contratos administrativos celebrados por los poderes Legislativo y Judicial; en este último caso, para la tramitación del juicio serán reemplazados los jueces del Superior Tribunal de Justicia que hubieren intervenido en la celebración del contrato", en solución que, sin embargo, creemos otorga tan sólo una garantía parcial de independencia, ante el espíritu de cuerpo que prevalecerá, sin duda, en los restantes integrantes del Tribunal.

Lo han hecho también, en forma reciente y a pesar de las particularidades propias del sistema administrativo, el

[113] Hutchinson, *La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial*, ob. cit., p. 27.

Consejo de Estado francés [114]; y en nuestro país, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al admitir —formada por conjueces— la revisión judicial de sus actos administrativos, en las causas "Villar de Puenzo" y "Puga" [115], modificando así su postura tradicional mediante la cual rechazaba la revisión judicial de los actos administrativos de los poderes Legislativo y Judicial [116].

Elogiable parece, en este aspecto, la posición del máximo tribunal provincial, pues como lo señaló en su momento Grecco al comentar elogiosamente a "Villar de Puenzo" [117], "todo habitante de la Nación tiene derecho a un proceso, y esta garantía comprende también los actos del Poder Judicial, actuando en función administrativa, lesivos de derechos. El sistema de recursos administrativos no satisface la exigencia del debido proceso si es que corresponde

[114] Ver así lo resuelto por éste en el *arrêt* "Darmont" (1978), citado por Weil, *Derecho administrativo*, trad. española, Madrid, 1986, p. 166.

[115] S.C.B.A., 20/2/84 y 6/5/88, respectivamente.

[116] Ver así, respecto al rechazo de la revisión por parte del Poder Judicial de actos dictados por tales poderes en el ámbito disciplinario, S.C.B.A., "Medone", 9/6/59, "A. y S.", 1959-II-245; "Cantero", 29/10/68, "D.J.B.A.", 85-301; etc.

[117] S.C.B.A., "Villar de Puenzo, Leticia C., c. Provincia de Buenos Aires", 20/2/84, "L.L.", 1984-D-141 y ss. La decisión de la Suprema Corte se originó en la adjudicación por parte del tribunal de un contrato de suministro a quien posteriormente resultó demandante, con el fin de suministrar casilleros metálicos, archivos metálicos y una caja de seguridad al tribunal. Aduciendo incumplimiento, no aceptó éste la entrega de algunos de los elementos y —previo rechazo de un recurso de reconsideración interpuesto— procedió a rescindir el contrato. Ello motivó que la contratista promoviera demanda contencioso-administrativa contra el Estado provincial, fundada en las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires ("Código Varela"), a cuya procedencia opuso el fiscal de Estado de la Provincia la excepción de incompetencia, por entender que no se trataba de la autoridad administrativa de la cual debía emanar el acto, conforme al art. 3 del mencionado Código, por interpretar que éste se refería exclusivamente al Poder Ejecutivo. Adoptando una concepción material u objetiva de las funciones estatales, rechazó la Suprema Corte tal posición, así como consecuentemente la excepción interpuesta, y ordenó que la Provincia procediera a contestar la acción instaurada.

resolver a la autoridad judicial que dictó el acto administrativo recurrido" [118].

Tal revisión resultará, por ende, ineludible, por ejemplo, de plantearse algún conflicto en los supuestos en que la Corte Suprema o cualquier órgano judicial nombre, sancione o remueva a sus empleados; cuando disponga la compra de máquinas de escribir u ordene la refacción de un edificio; etc. Así lo ha comprendido desde hace varias décadas la jurisprudencia uruguaya [119]. Inadecuada parece, al contrario, aquella orientación jurisprudencial argentina que cree ver suficiente garantía de imparcialidad en el hecho de que el órgano que dictó el acto administrativo causante del perjuicio sea judicial [120].

Es que aun cuando no se aceptara la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional —lo que en modo alguno, como veremos, encuentra justificación—, tales actos son materialmente administrativos y "la sola circunstancia de que el acto emane de un órgano judicial e incluso pueda haberse dictado bajo formas procesales, no excluye la responsabilidad si fuera ilícito" [121].

En este mismo sentido, expresaba ya en 1948 Alberto G. Spota —negando, sin embargo, la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional— que "cuando se habla de la irresponsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales de la justicia, no se hace sino poner en juego el principio de la fuerza de verdad legal de las decisiones judi-

[118] Grecco, *Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial*, "L.L.", 1984-D-141, 146.

[119] Ver Trib. Apel 1er. turno, Montevideo, 14/8/47, "L.L.", 48-1031, al establecer la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de la cesantía decretada por la Corte Electoral de un funcionario de ella.

[120] Ver, así, Superior Tribunal de Corrientes, "Lacava, Roberto, s/prepara vía", del 10/8/77; C.N.Cont.-adm. Fed., Sala III, "Alonso", del 16/2/83, citados por Hutchinson, *La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial*, ob. cit., p. 30.

[121] Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, I, Montevideo, 1974, p. 672.

ciales, o sea, de las sentencias y demás actos en los cuales se fija una doctrina legal o se decide una cuestión litigiosa, o aun se establece un acto-condición. Pero extender esa doctrina a simples actos administrativos de la justicia, aun cuando se les dé la forma de acordada, comporta una equivocación en los conceptos implicados" [122].

Empero, el rechazo sistemático por parte de nuestros tribunales de esta tesitura —a pesar del trascurso de más de 40 años desde el comentario antes mencionado, y de su ocasional aceptación por parte de algunos tribunales inferiores [123]— ha llevado a la paradoja de que no existan empleados públicos jurídicamente más desprotegidos que los judiciales [124], o contratista con menos posibilidades de obtener justicia ante un incumplimiento contractual que aquel que contrata con el Poder Judicial.

En este aspecto, consideró, por ejemplo, en su momento la Cámara Civil 2ª de esta Capital que no procedía la acción entablada contra la Nación, como consecuencia de los perjuicios que le causó al actor la privación de su empleo judicial por la errónea confección de una lista de empleados por la Cámara de Paz Letrada [125].

La problemática esbozada, sin duda grave, ha merecido estudios de cierta importancia. Responde, sin embargo, a un ámbito distinto de aquel al cual se intenta dirigir el presente análisis, centrado esencialmente en las distintas especies de responsabilidades que pueden derivar del ejercicio por parte de los órganos judiciales de la función jurisdiccional.

[122] Spota, *Responsabilidad del Estado por actos administrativos del Poder Judicial*, "L.L.", 51-613.

[123] Ver, así, C.N.Cont.-adm. Fed., Sala III, "Fabris", 2/3/87; ídem, Sala IV, "Carrillo Ávila", 6/5/88.

[124] Ver, al respecto: Hutchinson, *Funcionarios del Poder Judicial: ¿Ciudadanos de segunda categoría?*, "Jus", nº 37, ps. 43 y ss.

[125] C.C.2ª, "Díaz, Manuel, c. Gobierno Nacional", 26/9/48, "L.L.", 51-608, con nota de Alberto G. Spota.

Tres han sido, dentro de ellas, las especies reconocidas en forma predominante.

En primer lugar, la responsabilidad del Estado por error judicial de sus magistrados o funcionarios, típica del ejercicio de la función jurisdiccional.

Segundo, la responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, no siempre propia de la función mencionada, mas tan estrechamente emparentada con su ejercicio que justifica más su estudio con ella que con la responsabilidad que pudiera derivar del ejercicio de la función materialmente administrativa, aun cuando en ocasiones no será más que un supuesto de esta última [126].

[126] Coincidimos en ello con Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 78 y ss.), en cuanto a que "el problema de la responsabilidad estatal por el ejercicio de la función judicial no se agota en el supuesto de sentencias erróneas. Muchas veces, los daños son provocados por actos procesales que no son sentencias; o por la irregularidad o deficiencia con que son ejecutados dichos actos procesales (decretos de embargo o levantamiento de medidas precautorias; secuestros, extracciones de fondos depositados judicialmente; etc). Podrá discutirse —en doctrina— si tales actos son judiciales o administrativos, según se adopte un criterio estrictamente orgánico o material. Mas entendemos que —aun en la posición material u objetiva en que nos colocamos— los actos del proceso de la función judicial (aunque no tengan el carácter definitivo de las sentencias) son siempre actos propios del Poder Judicial, y no actividad administrativa de los órganos judiciales. Los órganos judiciales realizan función administrativa cuando nombran o remueven a su personal, contratan suministros de muebles, libros y útiles, compran o alquilan inmuebles para los juzgados, etc. En cambio, todos los actos vinculados al proceso (principal o accidental) y que tienden a que «se decida con fuerza de verdad legal, una controversia entre partes por medio de un órgano imparcial e independiente» son de sustancia jurisdiccional. Y ello aunque su aplicación no esté a cargo de magistrados, sino de funcionarios que constituyen auxiliares de la justicia, sean éstos secretarios de juzgados, oficiales de justicia, agentes fiscales, etc. De todos modos, se trate de actos judiciales o administrativos, no modificaría la situación: el Estado debe responder por los daños que se cause con tales actos procesales, cuando los mismos sean ilícitos. Los principios para fundar la responsabilidad no podrían diferir". En sentido similar, Hutchinson (*La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional*, "E. D.", 84-843) señala que también resultan actos jurisdiccionales aquellos actos necesarios para llegar a la sentencia y aquellos realizados durante el proceso en el cual no ha habido todavía sentencia.

Por último, la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios por los daños producidos por su obrar u omisión.

En cuanto al carácter contractual o extracontractual de las responsabilidades mencionadas, no cabe duda de que aun cuando se hablara en su momento del "cuasicontrato de *litiscontestatio*", no se puede atribuír a las responsabilidades mencionadas carácter contractual, resultando ellas de fuente extracontractual [127], sea ésta, como veremos, constitucional o legal.

V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL. DISTINTOS SUPUESTOS.

El tema de la responsabilidad del Estado y de los jueces por los daños producidos como consecuencia del mal ejercicio de la función judicial, no ha sido —a pesar de que así pareciera demostrarlo su aceptación en la mayor parte de los sistemas jurídicos en los últimos siglos— en absoluto una innovación de las sociedades modernas.

Han existido, muy al contrario, menciones respecto a la necesidad de aceptar dicha responsabilidad, por lo menos desde el siglo XV antes de Cristo [128].

La responsabilidad del Estado como consecuencia del ejercicio de la actividad judicial no ha sido, sin embargo,

[127] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 690.

[128] Se expresaba así en la Recopilación de Menfis (de aproximadamente el año 1500 a. de C., citada por Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 7): "No dejes a ningún demandante sin haber prestado atención a sus palabras. Cuando un requirente apela a ti, no desoigas sus palabras con la excusa de que (ya) fueron dichas. No le despidas hasta haberle dado a entender las razones por las cuales le despides, puesto que un demandante desea que se preste atención a sus propósitos más (aún) que ver juzgado aquello por lo que ha venido. Mira, estás seguro de que el magistrado que habla injustamente será juzgado en consecuencia. Pero tú triunfarás si ejerces esa función practicando la justicia, puesto que es (fundamentalmente) el ejercicio de la justicia lo que se espera del comportamiento del visir. Él está destinado a ello desde los tiempos del dios".

fácilmente reconocida, especialmente a partir de la formulación por parte de Montesquieu de su célebre tesis de la división o separación de poderes y su recepción por parte de la Constitución norteamericana, ya que como señala con acierto Fernández Hierro, a partir de la configuración de los tribunales como Poder Judicial, "parece más difícil exigir ésta a quien es parte de uno de los tres poderes fundamentales del Estado, que no está sometido a los otros dos y sí solamente a la ley, que es nombrado de manera permanente e inolvidable, que al funcionario que no es más que un delegado del monarca cuyo nombramiento se revoca pasado el tiempo" [129].

Así, se consideró tradicionalmente en Francia irresponsable al Estado por el ejercicio de su actividad jurisdiccional [130], ante la fuerza de verdad legal atribuída a las decisiones jurisdiccionales en virtud del principio *"res judicata pro veritate habetur"* [131], salvo en lo referente a los actos preparatorios separables de los estrictamente jurisdiccionales, que podían llegar a ser considerados como faltas de servicio, engendrando responsabilidad estatal [132].

Ha sido justamente la fuerza de la cosa juzgada —entendida como una presunción *"iure et de iure"* de verdad y exactitud de la decisión, justificada en la necesidad de obtener seguridad jurídica [133]— la que ha servido, en general, como principal argumento para aquellos que niegan la posibilidad de responsabilizar al Poder Judicial como órgano del Estado [134], habiéndose señalado que "el Estado es irresponsable en el ejercicio del poder jurisdiccional porque siendo el juicio la aplicación de la ley al caso litigioso —después de haber pasado a la categoría de cosa juzgada normalmente irrefutable—, constituye una presunción absoluta de veracidad y conformidad a la ley" [135]. Señalan así algunos autores y tribunales que "si se reputa que la sentencia declara el derecho, no puede surgir responsabilidad de la misma, pues el acto está conforme a derecho" [136].

En el mismo sentido se pronunció en ocasiones nuestra Corte Suprema al señalar que "por vía de acción de daños y perjuicios contra la Provincia, no pueden discutirse el grado de acierto o error de los procedimientos judiciales o conducta de un juez en un litigio; importaría revisar las decisiones judiciales y destruír lisa y llanamente la autoridad de la justicia" [137].

Y se ha utilizado ese mismo argumento para eximir en nuestro país de responsabilidad civil a los magistrados y funcionarios judiciales, al considerar que si la resolución resultaba apelable y el damnificado no la ha recurrido, ello trae aparejada la presunción de que ha renunciado a la acción de daños y perjuicios que como consecuencia del obrar del imputado podría haberse generado [138].

Aun cuando resulta clara la tendencia en el derecho comparado al reconocimiento —con variantes— de la responsabilidad estatal en este espectro, destacándose en tal sentido la reciente evolución no sólo del derecho español,

[129] Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 18.

[130] Ver Ass., "Pourcelet", 4/1/52, concl. Delvolvé; "Conseil National de l'Ordre des Médecins", C.E., 15/2/63.

[131] Debbasch, *Institutions et droit administratifs*, 2, Paris, 1978, p. 296.

[132] Ver así el célebre *arrêt* "Blondet", C.E., 28/11/58.

[133] Ver: Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 588.

[134] Idem: Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, I, Montevideo, 1974, p. 671. Ver así en el derecho hindú: "Motilal Ghose *v.* Secretary of State", 9 C.W.N. 495, 497 (1905), basado en la sección 1ª de la Judicial Officiers Protection Act; Kapur, *Liability of the state for illegal conduct of his organs. India*, Internaciones Kolloqium, Colonia, 1967.

[135] *Nuevo Digesto Italiano*, voz "Responsabilidad administrativa", citado por Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 19. Idem, en nuestro país: Colombo, *Culpa aquiliana*, II, ob. cit., p. 54, negando la responsabilidad del Estado por error judicial en la esfera civil.

[136] Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 73. Idem: C.N.Fed., Sala I Civil y Com., "Casanova, José, y otra c. Estado Nacional", "E.D.", 71-331, en un fundado voto del Dr. Pérez Delgado, el cual, sin embargo, no compartimos.

[137] Fallo del 27/12/47, citado por Izquierdo, *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 30.

[138] Ver, en ese sentido: Salvat, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, IV, 2ª ed., Buenos Aires, 1958, nº 2980; Colombo, *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, ob. cit., p. 261.

sino también de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, poca ha sido, lamentablemente, la aceptación de que ha gozado ésta en nuestro país [139], habiéndose señalado —a nuestro entender, erróneamente— que "la responsabilidad estatal por actos judiciales *stricto sensu* puede considerarse mínima o prácticamente inexistente" [140].

El peligro que implica la aceptación sin más de este tipo de afirmaciones —ante la profusa elaboración existente sobre la materia en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada— justifica, sin duda, la necesidad de proceder a un estudio desde una perspectiva comparatista de la cuestión, máxime cuando de la lectura de la mayor parte de las obras argentinas pareciera —aun cuando no es así— que es ésta la posición predominante en la actualidad en otros sistemas jurídicos [141], que no existe una teoría orgánica sobre la materia [142] o que la responsabilidad estatal sólo debe ser reconocida cuando sea consecuencia del daño producido en el ámbito penal [143].

[139] Ver, así: Bullrich, *La responsabilidad del Estado,* ob. cit., p. 163; Bielsa, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina,* II, ob. cit., ps. 345/6.

[140] Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños,* II-B, Buenos Aires, 1973, p. 320.

[141] Señala, en tal sentido, Florentino Valerio Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales,* ob. cit., p. 2) que tales características "se aprecian no sólo a nivel nacional, sino también en el derecho comparado", aun cuando sin hacer mención alguna de obras, legislación o jurisprudencia extranjera en la materia.

[142] Expresa así Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales,* ob. cit., p. 3) que "quizás haya llegado el momento en que sea necesario elaborar una teoría definitiva sobre la responsabilidad del Estado por los errores de sus jueces", desconociendo así no sólo las elaboraciones producidas respecto al error judicial en España y Francia, sino también las atinentes a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

[143] Señala así Marienhoff (*Tratado de derecho administrativo,* IV, ob. cit., 761) que "la responsabilidad del Estado-juez no se la circunscribe a su actividad en el ámbito penal: se pretende extenderla al ámbito civil o comercial"; pero, "si bien la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales en el ámbito penal se impone racionalmente, no puede decirse lo mismo de esa responsabilidad referida al fuero civil o comercial". Idem: Majorano, *Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos,* "L.L.", 1984-D-985.

Se olvida así, incluso, el esfuerzo de recordados autores, como el profesor Rodolfo Bullrich, quien destacó la importancia de esta cuestión, "tan importante bajo diversos puntos de vista y desconocida en absoluto en nuestro país. Sea quizás porque nuestro estado de civilización no nos ha permitido ocuparnos en absoluto de este asunto, o sea porque por nuestra indiferencia en esas cuestiones no hemos hecho nada sobre el particular, el hecho fundamental es que la vida y fortuna de los habitantes está a la disposición del Poder Judicial, el que felizmente para nuestro país, lo honra por la sabiduría y la justicia de sus decisiones. Tiene una falla, grande, enorme, para los litigantes, que es la demora de los procedimientos ocasionada por los defectos de leyes antiguas, por la naturaleza del carácter argentino y por el error que comporta el designar para las funciones de la magistratura a personas que no han tenido oportunidad de conocer la práctica de la profesión y que ignoran en consecuencia las angustias y ansiedades que significan para el litigante o para la persona que lo patrocina, los retardos inútiles que se producen en el trámite de los expedientes. La responsabilidad del Estado por los errores del Poder Judicial a la par que su responsabilidad y la de los magistrados, efectiva y seria, por la demora en el despacho de sus asuntos, deben legislarse sin demora, para llenar el vacío que su falta implica en nuestra legislación" [144].

Ante estas consideraciones, argumentos tales como el vertido por Spota en el sentido de que "los errores judiciales, tampoco pueden dar lugar a la responsabilidad porque la ley habla por boca de los jueces" [145], parecen hoy en día un tanto simplistas.

Pareciera —como señaló hace ya algunos años Reiriz—

[144] Bullrich, *La responsabilidad del Estado,* ob. cit., ps. 261/2.

[145] Spota, en su comentario a "Ferrocarril Oeste" (*La responsabilidad aquiliana de la Administración pública,* "L.L.", 12-126), ya citado.

que "admitido que los jueces son los custodios de la Constitución nacional y celosos guardianes de las libertades y derechos individuales frente a los posibles excesos del poder público, se concluye en creer que jamás —sus decisiones— pueden causar daño injusto a los administrados. Cabe entonces preguntarse si no será ésta una vertiente más del viejo problema de la ciencia política: «¿cómo custodiar a los custodios»" [146].

Es que a pesar del profundo respeto que nos merecen opiniones como la de Cassagne —para quien "se trata de una responsabilidad de carácter excepcional, dado que en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable" [147]—, no creemos que ésta debe en modo alguno revestir carácter excepcional, salvo que se intente atribuír este carácter por la reacia actitud de los magistrados a reconocer la responsabilidad derivada en ocasiones por el obrar o las omisiones de sus pares.

Sin embargo, no debe otorgársele a frases como la expresada alcances que no tiene. Así, no cabe deducir de ellas, obviamente, que el análisis de la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad judicial se limitará a considerar conveniente o no la responsabilización del Estado por las consecuencias derivadas de sus decisiones. Al contrario, la falta de mención a otros numerosos supuestos de responsabilidad derivados del ejercicio de la función judicial, tales como aquellos a que en general nos referiremos como de anormal funcionamiento de la administración de justicia, resulta producto, en la mayor parte de nuestros autores, no del desconocimiento de su existencia, sino de su encuadre

[146] Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 73.

[147] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 317. Idem: Maiorano, *Responsabilidad del Estado por errores judiciales...*, ob. cit., lug. cit.

quizá técnicamente más adecuado —desde una perspectiva objetiva o material de las funciones del Estado— dentro de la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa [148].

Entre quienes admiten en la actualidad la generación de responsabilidad en el ámbito de la justicia existen, sin embargo, distintos grados de aceptación.

Hay así, en primer lugar, quienes limitan el reconocimiento de la responsabilidad a aquella producto de las actuaciones del Poder Judicial que no son estrictamente judiciales. Se enrola en esta postura alguna jurisprudencia norteamericana [149].

Existen, en segundo lugar, aquellos que admiten una responsabilidad más amplia, en tanto exista dolo o culpa. Se puede diferenciar, dentro de quienes se enrolan en esta postura, a los que por un lado aceptan la responsabilidad únicamente en el supuesto de dolo, culpa o negligencia inexcusable [150]; y a quienes, por el otro, consideran suficiente para su reconocimiento la configuración de culpa o negligencia simple, al igual que lo que acontece al respecto en el derecho privado.

Reflejo todavía de una posición, sin lugar a dudas, minoritaria, existen también, por último, aquellos que reconocen la existencia de responsabilidad estatal aun a falta de dolo o culpa, al adjudicarle a ésta el carácter de objetiva. Es en esta última concepción, como se verá en las próximas páginas, en la cual nos hemos enrolado.

En cuanto al reconocimiento expreso de la responsabilidad estatal originada en el ámbito de la Justicia, aun cuando contemplada por normas especiales desde, por lo

[148] Ver, en tal sentido: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 760; y Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 50.

[149] Ver, así, "Villanazul v. City of Los Ángeles", 37 Cal. 2d 718 (1951).

[150] En esta posición, aunque limitada al reconocimiento de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios, se enrolaba la Ley Orgánica del Poder Judicial (España) del 18 de setiembre de 1870, en su art. 260.

menos, fines del siglo pasado [151], pocas previsiones resultan tan claras —en el derecho comparado— como la contenida en el art. 121 de la Constitución española de 1978, al disponer ella que "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

Siguiendo la senda iniciada en su momento por la primera Constitución española —la de Cádiz [152]— y por las constituciones de 1845 [153], 1856 —que no hizo sino reproducir la disposición de 1845— y 1869 [154], que aceptaban la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios y principalmente de la frustrada Constitución de 1931 —que introdujo la primera previsión expresa sobre responsabilidad por error judicial, reconociendo asimismo la responsabilidad subsidiaria del Estado [155]—, la Constitución de 1978 ha significado, sin embargo, un importante avance respecto de las anteriores, al reconocer en forma definitiva la existencia de una responsabilidad estatal por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, y eliminar el carácter subsidiario de la responsabilidad del Estado, tanto en este supuesto como en el de error judicial; determinando,

[151] Ver así la ley francesa del 8 de junio de 1895.

[152] Que señalaba en su art. 254: "Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los jueces que la cometieran".

[153] Que expresaba en su art. 70: "Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan".

[154] Que disponía —dentro de la misma tónica— en su art. 98: "Los jueces son personalmente responsables de toda infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces o magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo".

[155] Al expresar en su art. 106: "Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones".

además, en ambas el carácter objetivo de la responsabilidad estatal.

Elogiada con razón —al igual que el trascendental art. 24, 1, del mismo cuerpo normativo, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva— esta previsión constitucional, fielmente representativa de la nueva etapa institucional en la cual se halla avocada España en los últimos lustros, representa un cambio significativo respecto del sistema anterior al consagrar una responsabilidad patrimonial más amplia del Estado en el ámbito de la administración de justicia, a diferencia de las responsabilidades tradicionalmente reconocidas.

Por un lado, respecto de la estrictamente personal de los magistrados y funcionarios en el ejercicio de sus cargos, que preexistía y todavía subsiste. Por el otro, de la responsabilidad genérica de la Administración, reconocida por lo común como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos [156].

No implica, obviamente, el reconocimiento de tal responsabilidad el considerar que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales presupone por sí sola derecho a indemnización [157].

Significa sí, en cambio, que en algunos supuestos la labor u omisión de la Justicia —cada día menos limitada a ser, como lo entendía Montesquieu, *"la bouche que prononce les paroles de la loi"* [158]— podrá generar el error judicial o un funcionamiento de ella que reúna determinadas características por las cuales engendrará la responsabilidad estatal y su consecuente obligación patrimonial.

[156] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 9.

[157] Como bien lo aclara el art. 292, 3, de la L.O.P.J., siguiendo a la previsión efectuada en el mismo sentido —respecto a las decisiones administrativas— por el art. 40, 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado español del 26 de julio de 1957.

[158] Ya que como señala de la Vega Benayas (*Introducción al derecho judicial*, Madrid, 1970, p. 114), "reconocer y admitir la creación judicial del derecho es, simplemente, constatar la verdadera, intrínseca y práctica judicial de la obra y efectos de la sentencia judicial...".

En el supuesto español, el art. 121 de la Constitución de 1978 se ha limitado a la previsión de la responsabilidad y a la necesidad de la reparación patrimonial del daño causado como consecuencia de ella, dejando —al igual que la mayor parte de los preceptos constitucionales— al legislador la labor de reglamentar los supuestos, condiciones y procedimiento para hacer efectiva tal responsabilidad.

Aunque se discutiera si la remisión constitucional podía referirse a normas legales anteriores —tales como las previsiones de los arts. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, del 16 de diciembre de 1954, y 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, del 26 de julio de 1957— que preveían la responsabilidad genérica del Estado como consecuencia de las lesiones producidas por el funcionamiento de los servicios públicos; la omisión de éstas respecto a la responsabilidad producto de la actividad judicial trajo como consecuencia el que se considerara que esta responsabilidad no existía en España hasta la sanción de la Constitución.

A pesar del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional español del carácter operativo de las disposiciones constitucionales [159], la inexistencia de la normativa específica a que se refiere el art. 121 de la Constitución impidió, en España, la responsabilización del Estado en forma efectiva, en este ámbito, hasta la sanción de la controvertida Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 de julio

[159] Expresó así éste en su sentencia 16/82, del 26 de abril de 1982 —referida al art. 53, 2, de la Constitución y el denominado derecho a la objeción de conciencia—, que "como ha señalado reiteradamente este tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9, 1, y 53, 1, de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos... Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido..., pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo... se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella".

de 1985 [160], que llenó el vacío existente en la materia [161], y que sancionada con el fin de poner en funcionamiento las previsiones de la Constitución española en materia de organización de la justicia (art. 117, 3, C.E.) [162], dedicó su título V —compuesto de 6 artículos— a "la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia".

La función judicial: ¿servicio público?

La previsión establecida por la Constitución española en su art. 121 y el carácter novedoso que algunos autores le han atribuído al diferenciarla de la responsabilidad contemplada por ciertas previsiones legales anteriores, así como la inexistencia de toda previsión expresa en nuestro país sobre la responsabilidad del Estado en este ámbito, torna necesario analizar, aunque más no sea en forma somera, una cuestión escasamente debatida en nuestro derecho público.

La función jurisdiccional en general —y la judicial en especial— ¿constituye un verdadero servicio público?

La dilucidación de esta cuestión cobra especial trascendencia en sistemas como el nuestro, donde a pesar de no reconocerse en forma pacífica la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, sí se ha dado tal reconocimiento, en principio, a la responsabilidad del Estado por los per-

[160] Que fue objeto del primer conflicto de competencias en la historia de la Constitución de 1978 —promovido por el Consejo Superior del Poder Judicial— y de un recurso de anticonstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pendiente, al año 1987, todavía de resolución. Idem: Fernández Hierro, *La responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 28.

[161] A pesar de la opinión en contrario de algunos autores como Martínez-Cardos Ruiz, que consideraba de aplicación plena a la disposición constitucional aun antes de la sanción de la L.O.P.J. Ver así su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de febrero de 1986 —que negaba la aplicación directa del art. 121 de la Constitución—, aparecido en la "Revista de Derecho Procesal", Madrid, nº 2 de 1987, ps. 409 y ss.

[162] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 10.

juicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos [163].

Por tal razón, de considerarse al ejercicio de la función judicial como prestación de un servicio público, poca duda cabrá —ante el reconocimiento de la responsabilidad estatal derivada de tal prestación— de la necesidad de aceptar la responsabilidad del Estado producto del ejercicio de la función judicial.

Su falta de aceptación no implicará, sin embargo —como veremos—, necesariamente, el rechazo del reconocimiento de la responsabilidad estatal en este ámbito.

Aun cuando han considerado algunos autores que el ejercicio de la función judicial constituye un servicio público [164], tal posición ha sido rechazada por un importante sector de la doctrina, tanto nacional como extranjera, al considerarse que le son inaplicables algunas notas características de aquél, como la posibilidad de que el servicio pueda ser gestionado por entidades o particulares ajenos a la función pública o la inexistencia de verdaderas potestades administrativas [165], a pesar de encontrarse, en el ejercicio de la función judicial, aquellos caracteres de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad típicos del servicio público.

Centrándose esencialmente en una cuestión de técnica legislativa, se ha sostenido, asimismo, en España, que de no ser así, poco sentido tendría la previsión constitucional mencionada ante el reconocimiento genérico de la responsabilidad del Estado por el daño producido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos contemplado no sólo en las normas legales antes mencionadas, sino también en el art. 106, 2, de la Constitución de 1978 [166]. Así,

[163] Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 72.

[164] Ver: Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Poder Judicial, Madrid, 1983, p. 323; ídem: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., ps. 67 y 182.

[165] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 11.

[166] Que dispone: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

se ha entendido que el art. 121 de la Constitución española contempla una actividad específica distinta y autónoma, matizándola según las características propias de tal función [167]. Por tal asimilación se ha pronunciado, sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia [168].

En nuestro país, la posición predominante ha sido aquella que rechaza el considerar al ejercicio de la función judicial como un servicio público, por interpretar a la judicial como una función esencial del Estado, diferenciada claramente de la prestación del servicio público, de naturaleza típicamente administrativa, al tratarse de una actividad inmediata, práctica, permanente y continua [169].

Como consecuencia de ello, aun cuando se pudiera haber considerado en su momento a la función judicial como una especie de servicio público —especialmente durante la vigencia de la concepción francesa tradicional, hoy prácticamente abandonada—, la denominada crisis de la noción del servicio público y su circunscripción a una de las especies de ejercicio específico de la función administrativa, han llevado en forma generalizada a su rechazo.

Cabría afirmar, pues, que el ejercicio de la función judicial no resulta, en principio, asimilable a la prestación de un servicio público en el sentido restringido que se lo entiende en la actualidad, ni la responsabilidad estatal derivada de la resolución de conflictos, una especie de la deducida genéricamente como consecuencia de la prestación del servicio.

Ello no obsta, sin embargo, al reconocimiento de su

[167] Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid, p. 1738.

[168] Ver Tribunal Supremo español, sentencia del 15 de diciembre de 1976, citada por Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 12.

[169] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, II, ob. cit., ps. 49 y 164; IV, ob. cit., ps. 725/6.

existencia, entendida como un supuesto de responsabilidad estatal específica, asentada, como se podrá observar, en principios propios y manifestada sobre todo en sus dos variantes predominantemente reconocidas: el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL Y ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Dentro de las funciones típicamente judiciales —desarrolladas en el denominado proceso judicial— se han reconocido, tradicionalmente, dos tipos distintos de responsabilidad: la responsabilidad *in iudicando* y la responsabilidad *in procedendo* [170].

La primera, única derivada en realidad del ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto, es la que ha gozado en general de mayor aceptación en nuestro medio [171], manifestándose dicho reconocimiento —aunque con evidentes limitaciones— en la denominada responsabilidad del Estado por error judicial.

La responsabilidad *in procedendo*, al contrario, responde a supuestos más vagos, no siempre asociados al concepto puro de función jurisdiccional, resultando producto, en gran número de ocasiones, del ejercicio de actividad administrativa por parte de órganos o auxiliares de la Justicia.

Rechazado en general su reconocimiento —al no tratarse siquiera de la actividad administrativa típica del Poder

[170] Ver: Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, 1963, ps. 132 y ss.

[171] Señalaba en tal sentido Fiorini (*Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, p. 1122) que "se sostenía otrora que la justicia es irresponsable porque realiza la soberana función de aplicar con equidad el derecho. La afirmación tiene alguna apariencia de verdad, pero las sentencias erróneas manifiestan un acto que es la negación del acto judicial. Los perjuicios por sentencias que son revisadas por error o dolo, se deben a un sacrificio que injustamente ha impuesto el Estado por conducta reprochable de uno de sus órganos".

Judicial porque se desarrolla dentro del proceso judicial—, la estudiaremos dentro de un concepto incluso más amplio, el de la denominada responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, cuya aceptación —sustentada esencialmente en el carácter objetivo, directo y exclusivo de la responsabilidad estatal— no ha sido sino el último peldaño alcanzado en los sistemas jurídicos contemporáneos, a efectos de la obtención de una responsabilidad plena del Estado en todos los ámbitos de su actuación.

A) *La responsabilidad del Estado por error judicial.*

La distinción señalada entre la responsabilidad del Estado por error judicial y por el anormal funcionamiento de la Justicia, permite circunscribir dentro de la primera a aquella producto de la función jurisdiccional del Poder Judicial, limitada, en principio, a los supuestos de ejercicio de la potestad de juzgar o de resolver el modo de ejecutar lo juzgado [172].

No implica ello que tal ejercicio erróneo no derive o pueda derivar en un anormal funcionamiento de la Justicia, ya que al contrario, "interpretando ampliamente el concepto error con el calificativo de judicial, naturalmente tanto lo es toda equivocación, yerro, agravio, cometido por el juzgador tanto en su actuación procesal como juzgadora" [173].

No es éste, sin embargo, el concepto de error judicial a que nos referiremos, así como el comprendido en forma mayoritaria por la doctrina moderna o por cuerpos normativos tales como la Constitución española de 1978, el art. 292 de la L.O.P.J. (España), el art. 24 de la Constitución italiana [174] o la ley francesa del 8 de junio de 1895.

[172] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 17.

[173] González-Alegre, *Del recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados*, "Revista del Poder Judicial", Madrid, setiembre de 1983, p. 13.

[174] Que prevé: "Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus

El error judicial, al contrario, representa un concepto más restringido, que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado y que puede reconocer como origen tanto un error de hecho como de derecho, para cuya producción resulta irrelevante la existencia o no de culpabilidad [175].

Implica, pues, una violación de la obligación de todo magistrado de dictar sus resoluciones conforme a derecho, el que se podrá producir en todos los ámbitos de la actuación judicial, es decir, no sólo en el criminal, sino también en el civil, comercial, laboral, etc. [176]. Así lo ha reconocido, implícitamente, en nuestro país, el codificador civil [177].

Su reconocimiento se ha dado, sin embargo, primordialmente respecto al error cometido en sede criminal, exis-

derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en todo estado o grado del procedimiento. Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y las modalidades para la reparación de los errores judiciales".

175 Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 20, para quien puesto que "la potestad jurisdiccional... se materializa en la sentencia o resolución —auténtica declaración de voluntad del órgano que ostenta aquélla—, siempre ha de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde, el error ha de radicar en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación a aquél de la solución únicamente querida por el legislador".

176 Idem: Waline, *Droit administratif*, ob. cit., p. 909.

177 Señala así el art. 515 del Código Civil, en su inc. 4, dentro de las denominadas obligaciones naturales a "las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez". No nos convence en este sentido la observación efectuada por Marienhoff (*Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 762), para quien "la eventual responsabilidad del Estado en el fuero civil o comercial aparece muy atenuada, pues en él el Estado actúa como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes, siendo éstas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones; en cambio, en el fuero penal el control del proceso está a cargo del Estado, y no del imputado: de ahí que la responsabilidad estatal tenga mayor asidero respecto a la actuación del mismo en el ámbito penal". Es que en todos los ámbitos de la Administración de Justicia, la función del Estado es la de impartir justicia conforme a derecho, sea quien fuere el que lleve el impulso o control del proceso; por lo que de producir el obrar u omisión antijurídica del Estado en tal carácter un daño, estará siempre obligado a repararlo.

tiendo antecedentes de éste ya dentro de una de las ocho causas de la "*in integrum restitutio*" del derecho romano; así como en las ordenanzas francesas de Felipe IV (1340), Luis IX (1479), de 1670, en el reglamento de 1738 y en la ordenanza de 1749 [178]. Aun cuando esta última fue abolida en 1789 por la Asamblea Constituyente, se reconoció también la responsabilidad estatal por error judicial, en algunos supuestos, durante la etapa revolucionaria francesa [179], adoptándose nuevamente esta especie de responsabilidad en el derecho positivo francés, por el Código de Instrucción Criminal de 1808.

También reconocieron esta responsabilidad en el ámbito criminal el duque Leopoldo de Lorena en una ordenanza dictada en el año 1707, Leopoldo de Toscana en 1786, el art. 35 de la ley penal de las Dos Sicilias (1819), numerosas normativas de los cantones suizos [180], las leyes sueca del 12 de marzo de 1886, danesa del 5 de abril de 1888, austríaca del 16 de marzo de 1892, belga del 18 de junio de 1894, alemanas del 20 de mayo de 1898 y 14 de julio de 1904, española del 7 de agosto de 1899, etc.

En el ámbito americano reconocieron asimismo esta especie de responsabilidad estatal los arts. 344 y 384 del Código Penal de Méjico del 7 de diciembre de 1871 y la ley federal norteamericana del 24 de mayo de 1938 [181].

El reconocimiento mencionado resultó, sin embargo, limitado, aceptándose expresamente la responsabilidad del Estado por el error judicial en todos los ámbitos tan sólo en épocas más recientes, destacándose en este aspecto las

178 Colombo, *Culpa aquiliana*, II, ob. cit., p. 41.

179 Señala así Semion (*La reparación a las víctimas de los errores judiciales*, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", año XX, nos. 2 y 3, p. 68) el caso de un ciudadano de apellido Busset, a quien se le otorgaron mil francos por haber sido detenido y encarcelado sin razón.

180 Ver así las de Vaud (1850), Berna (1854), Turgovia (1868), Friburgo (1873), Zuz (1874), Ginebra (1884), Basilea (1889), Neuchâtel (1893), etc.

181 Colombo, *Culpa aquiliana*, II, ob. cit., ps. 38 y ss.

previsiones de la Constitución española de 1978 y la L.O.P.J. de 1985, ya mencionadas.

1. *Error de hecho y error de derecho.*

El error judicial puede responder a numerosos factores, entre los cuales se destacan la errónea apreciación de los hechos, el mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico o la utilización errónea de normas legales.

Aun cuando para algunos autores sólo el primero de ellos, es decir, el error *de facto,* resulta relevante a efectos del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por error judicial, ya que el error *de iure* "o error en el conocimiento, interpretación o aplicación de las normas tiene su propio y eficaz correctivo en el principio de la audiencia de las partes y en el sistema de recursos" [182], creemos que tal distinción resulta irrelevante.

Ello es así, pues a pesar de la existencia de recursos en el ámbito judicial, el error puede subsistir o incluso producirse en la decisión final adoptada por el órgano superior competente en la esfera del Poder Judicial para resolver la controversia. Además, pues, de ser aceptado como válido el argumento mencionado, se debiera admitir, asimismo, que la vía recursiva resulta en principio apta no sólo para la corrección del error *de iure,* sino también del error de hecho.

Por otra parte, y quizá sea ello lo más importante, el error de hecho, por sí solo, jamás será determinante de responsabilidad, ya que cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, en sí mismos considerados, sino en el modo de subsumir a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada [183].

[182] Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia,* Poder Judicial, Madrid, 1983, p. 332.

[183] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...,* ob. cit., p. 20

Será consecuentemente en el encuadramiento jurídico de los hechos donde se producirá, en general, el error judicial.

Es que como señala con acierto Reyes Monterreal, podría llegar a darse el supuesto de hallarnos frente a hechos inexistentes pero formalmente probados, ante los cuales el juez deberá aplicar una solución jurídica conforme al ordenamiento jurídico —aun cuando no acorde con la realidad—, decisión que obviamente no podrá calificársela como injusta, por resultar legalmente adecuada [184].

En tal sentido, no tratándose de una ciencia exacta, la diferente interpretación del derecho en una materia controvertida no generará, como veremos, de por sí responsabilidad.

El error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado existirá, al contrario, cuando "del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, y, por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación" [185].

En este aspecto, aun cuando un importante sector de nuestra doctrina limita la reparación del error judicial al "ineludible supuesto de que la injusta decisión... haya sido dejada sin efecto" [186], disentimos con tal criterio, sostenido incluso en forma reciente, entre otros tribunales, por nuestra Corte Suprema de Justicia en "Vignoni" [187].

[184] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...,* ob. cit., p. 21, quien agrega: "a menos que se confunda el error judicial con las circunstancias que lo originan".

[185] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...,* ob. cit., p. 18.

[186] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo,* IV, ob. cit., p. 768, refiriéndose al único supuesto de error judicial que reconoce, es decir, al cometido en sede criminal.

[187] C.S.J.N., "Vignoni, Antonio S., c. Estado de la Nación Argentina", V-209, XXI, 14/6/88, en el sentido de que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese

Creemos, al contrario, que el reconocimiento y posterior reparación del error no puede depender del hecho de que la decisión impugnada haya sido dejada sin efecto, sino de la posibilidad de probar adecuadamente la existencia manifiesta de la equivocación. Lo contrario sería admitir que a pesar de reconocerse la existencia de conductas manifiestamente antijurídicas, ellas resulten inmunes a la reparación de los daños que han causado, como consecuencia de no haberse podido recurrir la resolución que les dio origen, sea, por ejemplo, por no ser advertido el error en término, porque el resultado dañoso se manifestó una vez firme aquélla, por no tratarse de una de las resoluciones recurribles conforme al ordenamiento formal, o, lo que es aún peor, por no haber sido el damnificado parte en el proceso en que el supuesto error se cometió [188].

De los estudios realizados respecto a la caracterización del error judicial capaz de engendrar responsabilidad estatal, cabe distinguir dos posturas.

Una primera, que considera esencial la causa de la decisión judicial errónea, entendiendo que el error existe cuando, por dolo, negligencia, equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que merece, por tanto, el calificativo de injusta [189].

Y una segunda posición que privilegia la consideración del error judicial como resultado, por suponer éste un resultado equivocado no ajustado a la ley, bien porque no se haya aplicado correctamente el derecho, bien porque se hayan establecido unos hechos que no se corresponden con la realidad [190].

Aun cuando no es esta última posición la predominante, resulta a nuestro entender la más adecuada, ya que debe bastar la confrontación de la solución adoptada judicialmente con la que exclusivamente cabe dar al caso enjuiciado para determinar si existe distorsión y consecuente error judicial, con independencia de su causal, máxime cuando el reconocimiento de la responsabilidad estatal encuentra, como veremos más adelante, un basamento de tipo objetivo.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por error judicial no debe, sin embargo, llegar a supuestos extremos.

Así, a efectos de evitar, entre otras consecuencias, la posibilidad de responsabilizar al Estado por errores judiciales puramente materiales, ha admitido el Tribunal Supremo español, recientemente, en elogiable fallo, la posibilidad de que los errores puramente materiales cometidos en las sentencias judiciales puedan ser subsanados en cualquier momento, incluso de oficio [191], a pesar del plazo perentorio a tales efectos fijado por el art. 363 de la ley española de Enjuiciamiento Civil, evitando así un dispendio jurisdiccional inútil y que un formalismo que en nada beneficia a las partes, permita la consolidación de un perjuicio en detri-

momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.

188 Viene en este sentido a nuestra memoria un claro supuesto de error judicial al cual nos enfrentamos en el ejercicio profesional. Representando al comprador de un inmueble subastado judicialmente, tomamos conocimiento luego de su adquisición que, a pesar de señalar los edictos que anunciaban la celebración de la subasta de que el inmueble estaba "apto y habilitado municipalmente para taller y depósito", ello no era así; circunstancia, ésta, agravada como consecuencia de la averiguación de que la Municipalidad no otorgaba más habilitaciones del tipo requerido en la zona de ubicación del inmueble. Aun cuando gestiones administrativas efectuadas permitieron obtener la habilitación, no nos cabe duda de que de no haber sido así, hubieran resultado responsables solidariamente tanto el Estado, como —a título personal— el juez y el secretario que anunciaban la venta en tales condiciones, por el daño causado a nuestro representado. Obsérvese, sin embargo, que mal podría haber evitado nuestro mandante la configuración del error o subsanado su comisión, cuando no era éste parte, ni tenía interés alguno en el expediente con anterioridad a la adquisición del inmueble.

189 Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 330.

190 Almagro, *El sistema español de responsabilidad judicial*, Poder Judicial, Madrid, 1983, p. 459.

191 Tribunal Supremo español, sentencia del 22 de diciembre de 1986, basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional español del 8 de mayo de 1984 y lo dispuesto por el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

mento del particular injustamente afectado, y en última instancia, también, del propio Estado.

2. *Requisitos para la configuración del error judicial.*

Aunque guardan gran similitud con los requisitos exigidos en general para la configuración de la responsabilidad estatal por el anormal funcionamiento de la administración de justicia —sobre los cuales nos referiremos en forma detenida más adelante—, cabe hacer alguna mención respecto a los requisitos esenciales exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por error judicial.

Además de la existencia de un error —material o no— en el pronunciamiento judicial, presupuesto esencial para la configuración de esta responsabilidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia más destacada en nuestro país y en el extranjero exigen la existencia de un daño físico o moral evaluable económicamente y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable [192].

Se ha entendido asimismo necesaria para la configuración del error judicial indemnizable, la ausencia de relación causal entre éste y cualquier actitud dolosa o culposa por parte del damnificado, disponiendo así, por ejemplo, la L.O.P.J. de España, en su art. 295, que "en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del damnificado".

Ello encuentra su justificativo en la moralidad del proceso judicial y en los deberes de lealtad, probidad y buena fe que deben inspirar el obrar de los litigantes [193], ya que

[192] Ver Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de noviembre de 1986.

[193] No siempre en la práctica existente, ya que aun cuando cueste admitirlo —como lo hace González-Alegre (*Del recurso de responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 14)—, "en principio y salvo raras excepciones", los litigantes "son astutos, sagaces y piensan no ser descubiertos; borran huellas; ponen otras para desorientar; buscan coartadas, en no pocas ocasiones los mismos hechos se presentan equívocos y hasta su apariencia, a veces incluso fortuitamente, conducen por caminos muy distintos y desviados de lo que fuera realidad".

"cuando un error, de uno u otro sentido, se ha producido en el desarrollo de la actividad judicial, es obligado para cuantos intervienen en el proceso, procurar con lealtad procesal y con la buena fe exigible a todo litigante, ponerlo de relieve para su subsanación..." [194].

Sin embargo, cabe aclarar que la existencia de conducta imputable al damnificado —esencialmente culposa— no resulta siempre adecuada para liberar al Estado de su responsabilidad. Tal conducta deberá contar, obviamente, y a la luz de los hechos que dieron lugar al error, con una estrecha relación causal con el error cometido o la posibilidad de su subsanación no advertida.

Se puede afirmar, así, que a efectos de la existencia del error judicial, resulta irrelevante la actuación dolosa o culposa de quien mediante su intervención en el proceso hubiera dado lugar a él, pero que para obtener la reparación originada en la responsabilidad producida por dicho error, se ha de tener en cuenta si ha existido dolo o culpa en quien pretenda el resarcimiento [195].

3. *Supuestos de error judicial.*

Aunque no siempre reconocidos, numerosos son los ejemplos de errores judiciales que arrojan tanto el derecho argentino como el extranjero, en el sentido antes expuesto.

Así, aun cuando el supuesto clásico [196] —y en muchos casos, como en Italia [197], el único reconocido como de

[194] Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de noviembre de 1986.

[195] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 28.

[196] Así lo reconocían, entre otras normativas, la vieja ley francesa del 8 de junio de 1895; y las leyes alemanas del 20 de marzo de 1898 y 14 de julio de 1904.

[197] Ver la ley del 23 de mayo de 1960, que —determinando las condiciones y modalidades para la reparación de los errores judiciales prevista por el art. 24 de la Constitución italiana— concede el derecho a reparación solamente a quien resultara absuelto en el curso de un proceso de revisión de un juicio en el cual hubiera sido condenado, siempre y cuando la condena no hubiera sido producto de dolo o culpa grave.

error judicial [198]— es aquel por el cual se condena a un inocente a una pena privativa de libertad en decisión que posteriormente se reconoce como errónea [199] —supuesto adoptado en Francia a finales del siglo XVIII [200] y en España mediante el art. 3 de la ley del 7 de agosto de 1899, donde se plasmó definitivamente en 1933 con la redacción del art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [201]—, no es éste el único supuesto de error judicial que engendra responsabilidad estatal.

En tal sentido se puede mencionar, como ejemplo judicial producido fuera de la esfera criminal, al que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo español del 24 de noviembre de 1986 [202], por el cual se incluyó en una subasta judicial un bien que no debió ser incluído por pertenecer a una persona distinta del ejecutado, como se pudo comprobar en la tercería que a tal efecto fue necesario promover.

También el reconocido hace escasos dos años por nues-

[198] A pesar de que algunos autores como Reyes Monterreal (*La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., ps. 78 y ss.) niegan —no sin razón— que se trate de un supuesto de error judicial, sino de un supuesto de responsabilidad judicial distinta y específica —de obrar legítimo—, ya que "en verdad no puede considerarse que el instructor de una causa penal haya actuado erróneamente o de modo anormal por el hecho de haber decretado una prisión preventiva cuando, en el momento que la acuerda, existía una racional y muy fundada creencia de que un hecho delictivo se había producido y la de que éste resultaba imputable a determinada persona".

[199] Dispone así el art. 294, 1, de la L.O.P.J. que "tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios". Idem la ley francesa del 17 de julio de 1970. Ver, al respecto, Pisier-Kouchner, *La responsabilité de l'État à raison d'une détention provisoire*, A.J.D.A., París, 1971, p. 571.

[200] Ver en ese sentido el edicto de Luis XVI del 8 de mayo de 1788.

[201] Ver, al respecto, Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., p. 1735.

[202] A pesar del rechazo de que fue objeto la acción de resarcimiento solicitada al no haberse producido —ante la subsanación judicial posterior al anularse la adjudicación del bien— un daño físico o moral evaluable económicamente.

tra Corte Suprema de Justicia en el caso "Echeverry" [203], donde se consideró responsable al Estado nacional por el levantamiento irregular por un juez nacional en lo civil de medidas precautorias trabadas anteriormente sobre un inmueble por un juez provincial, como consecuencia de un juicio de colación.

O el señalado por Reiriz, en el cual, a pesar de haber trabado un acreedor un embargo sobre los fondos depositados en un juicio sucesorio, dispuso el juzgado el libramiento de cheques sobre tales depósitos —sin haberse satisfecho previamente el crédito del acreedor embargante—, trasfiriéndose los fondos a Italia, donde se domiciliaba el heredero, sin que existieran otros bienes en el país para responder por las deudas del causante [204].

Limitado resulta, sin embargo, lamentablemente, el reconocimiento del error judicial en nuestro país. Así, siguiendo a la posición predominante en la doctrina argentina [205], las disposiciones existentes en la materia, tanto en las constituciones [206] como en las normas legislativas provinciales,

[203] C.S.J.N., "Echeverry, Luisa M., y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros", 16/12/86, "L.L.", 1987-B-254 y ss.

[204] Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 79/80.

[205] Ver, en ese sentido: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., ps. 762 y ss.; Maiorano, *Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, ob. cit., p. 985.

[206] Señalaba así el art. 17 de la Constitución de la provincia de Córdoba de 1949 —en disposición reproducida por el art. 28 de la Constitución de la provincia de Chubut de 1957— que "la ley reputa inocentes a los que por sentencia no han sido declarados culpables. Las víctimas de errores judiciales en lo penal tendrán derecho a reclamar indemnización del Estado. Una ley dictada al efecto reglamentará los casos y el procedimiento correspondiente". Expresan en el mismo sentido el art. 21 de la Constitución de la provincia del Chaco que "si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la provincia tomará a su cargo el pago de la indemnización de los daños causados"; el art. 19 de la Constitución de la provincia de Formosa de 1957 que "si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la Provincia tomará a su cargo la indemnización de los daños materiales y morales derivados del error judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer sobre quienes lo hubieran cometido; el art. 11 de la Constitución de la provincia de La Pampa de 1960 que "las víctimas de errores judiciales en materia penal tendrán derecho a reclamar indemniza-

limitan la reparación estatal a aquellos supuestos de daños producidos como consecuencias de errores cometidos en sede criminal [207], salvo contadas excepciones [208].

Lo mismo ha ocurrido en el ámbito federal. Reconociendo el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 10, la responsabilidad estatal con la limitación antes mencionada [209], su recepción por nuestro derecho interno por medio de la ley 23.054, ha significado la aceptación en el

ción del Estado. La ley reglamentará los casos y el procedimiento correspondiente"; el art. 40 de la Constitución de la provincia de Neuquén de 1957 que "la Provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales"; el art. 27 de la Constitución de la provincia de Misiones de 1958 que "si por vía de revisión de una causa criminal se declarase la inocencia de un condenado, estará a cargo de la Provincia la indemnización de los daños emergentes de la condena y su ejecución"; el art. 29 de la Constitución de la provincia de Santa Cruz de 1957 que "una ley establecerá indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente"; etc.

[207] Expresa así el art. 1 de la ley 8132 de la provincia de Buenos Aires que "toda persona condenada por error a una pena privativa de la libertad tiene derecho, una vez resuelto definitivamente en su favor el recurso de revisión, a una reparación económica por el Estado provincial, proporcionada a la privación de su libertad y a los daños morales y materiales experimentados. El monto de la indemnización nunca será menor al que hubiera percibido el condenado durante todo el tiempo de la detención, calculado sobre la base del salario mínimo vital y móvil que hubiera regido durante ese período". Ver, al respecto: Maffía, *La ley de la provincia de Buenos Aires sobre reparación económica a todo condenado erróneamente*, "L.L.", 154-1044.

[208] Cabe destacar, entre ellas, la esbozada en el art. 23 de la Constitución de la provincia de Río Negro de 1957, en que se señaló que "la Provincia es responsable por los actos de sus agentes realizados con motivo y en ejercicio de sus funciones. Puede ser demandada sin necesidad de autorización previa...", y en el art. 18 de la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1962, donde se expresó que "en la esfera del derecho público, la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables", posibilitando una interpretación más amplia.

[209] Al señalar que "toda persona tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

ámbito nacional de la responsabilidad del Estado por error judicial exclusivamente en lo referente a la esfera criminal [210], ámbito al que también se han limitado, en general, los proyectos de ley ocasionalmente presentados [211] y el eventual reconocimiento de la responsabilidad del Estado por error judicial en nuestra jurisprudencia [212], salvo supuestos excepcionales, como el de "Echeverry" antes mencionado.

No derivando, sin embargo, como observaremos posteriormente, el reconocimiento de la responsabilidad estatal, de fuente legal, sino constitucional, tal limitación no impedirá, a nuestro entender, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por error judicial en todos los ámbitos de ejercicio de esta actividad.

B) *La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia.*

A pesar de constituír el anormal funcionamiento de la administración de justicia, sin lugar a dudas, uno de los mayores problemas y principal causa de perjuicios para el justiciable —de mucho mayor entidad y gravedad que el eventual y excepcional error judicial—, pocos han sido los sistemas jurídicos que han contemplado o siquiera analizado la responsabilidad producida como consecuencia de tal funcionamiento anormal.

En este ámbito el reconocimiento de la responsabilidad estatal se ha limitado —en los supuestos de su aceptación—

[210] Tawil y Gallegos Fedriani, *El artículo 10 del Pacto de San José de Costa Rica*, trabajo de seminario para la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Buenos Aires, 1985, inédito, ps. 1/2.

[211] Ver así los proyectos García-Peco, Damonte Taborda, Graña Etcheverry, Tortonese, Juárez, Luna y Menem-Sánchez, a los que hace mención Maiorano (*Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, ob. cit., ps. 983, 990).

[212] Ver, así, C.S.J.N., "Carda Ortiz, Enrique, c. Estado Nacional", 4/11/86, "E.D.", 122-345, con nota de Cassagne.

exclusivamente al producido por el accionar ilegítimo, denominado también como de funcionamiento anormal de la Justicia, a diferencia de lo ocurrido en el supuesto de responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, en donde el reconocimiento de la responsabilidad por el accionar lícito o legítimo está definitivamente aceptado, siguiendo en ello a la célebre máxima de Hauriou: "Que la Administración actúe, pero que obedezca a la ley, que actúe, pero que pague el perjuicio".

Así lo ha puesto de manifiesto, como ejemplo más claro, el art. 121 de la Constitución española antes mencionado; apartándose de la previsión más amplia del 106, 2, que prevé la responsabilidad del Estado "por el funcionamiento de los servicios públicos", es decir, tanto por su funcionamiento normal como anormal.

La diferencia en el reconocimiento de la mencionada responsabilidad ha intentado ser justificada mediante la distinción entre las razones que llevan en uno u otro supuesto a responsabilizar al Estado. Así, se ha entendido tradicionalmente que la actividad ilegítima reconoce como fundamento para responsabilizar al Estado la actividad culpable de éste o de sus funcionarios, mientras que en el supuesto de la actividad lícita la exigencia de una reparación patrimonial reconoce su fundamento en "el riesgo objetivo que ocasiona la realización de determinadas actividades o servicios" [213], el cual en principio no existiría en el ejercicio de la función judicial.

Otros autores, como Reyes Monterreal, han sostenido, en cambio, que tanto en uno como en otro supuesto, la responsabilidad del Estado es de raíz objetiva, tornándose irrelevante para su determinación la conducta del agente, ante la necesidad de que el Estado deba responder por el riesgo producido como consecuencia de la gestión del servicio [214], no justificándose, en consecuencia, la limitación

[213] Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., p. 1735.
[214] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 15.

establecida para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el normal funcionamiento de la administración de justicia, criterio con el cual plenamente coincidimos, aun cuando se deba admitir que no hemos conocido todavía ordenamiento jurídico alguno que adopte esta posición.

Algunas normativas —como la constitucional española— han rechazado, sin embargo, la responsabilización amplia del Estado por su actividad judicial, excluyendo consecuentemente el art. 121 la producida por el funcionamiento normal de la Justicia.

Se ha señalado, intentando justificar esta solución, que de no haber sido así, y aplicarse la concepción predominante en cuanto al alcance de la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función administrativa, "una objetivación a ultranza de la responsabilidad, incluído el funcionamiento normal, hubiera dado lugar a una indemnización por los daños causados por una sentencia pronunciada con todos los requisitos legales" [215].

Creemos, sin embargo, que tal observación resulta errada, al olvidar que la responsabilización del Estado no será en dicho supuesto posible, por no haber sido el aparente perjuicio sino producto de la conducta del presunto damnificado, careciéndose consecuentemente —como veremos— de uno de los requisitos esenciales para el reconocimiento de la responsabilidad estatal objetiva, es decir, su exclusividad. De no ser así, pareciera que el Estado debiera responder por los daños producidos como consecuencia del funcionamiento de la administración de justicia, aun cuando pudiera considerarse a éste dentro de los límites de lo normal.

En cuanto a los orígenes del reconocimiento de esta especie de responsabilidad, aun cuando resulta la española la norma más precisa existente en la actualidad, ésta ya había sido contemplada anteriormente en Francia por el art. 11 de la ley 72-626, del 5 de julio de 1972, al disponer

[215] Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., p. 1738.

en forma expresa la obligación del Estado de reparar "el perjuicio causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la Justicia..." [216], limitándola, sin embargo, al supuesto de que el magistrado o tribunal hayan cometido una falta grave o hubieren incurrido en una denegación de justicia.

Aun cuando esta disposición resulta de aplicación exclusiva a la jurisdicción judicial, y no, sin más, a la administrativa, el Consejo de Estado ha hecho también suyos los principios generales que emanan de tal normativa [217]. Abarca, ello sí, no sólo los actos propiamente jurisdiccionales, sino también la actividad preparatoria y de ejecución de las decisiones judiciales [218].

En nuestro país, las referencias a esta especie de responsabilidad estatal han resultado prácticamente inexistentes. Entre quienes parecieran aceptarla, cabe mencionar quizá únicamente —y con limitaciones— a Alberto G. Spota —quien negando la posibilidad de responsabilizar al Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional la encuadra dentro de los supuestos de responsabilidad derivada de la función administrativa—, para quien en el supuesto de causarse un perjuicio como consecuencia de la mala organización del servicio de justicia se podría hablar de responsabilidad del Estado por hecho propio, es decir, por hecho del servicio, basando su reconocimiento en el art. 1109 del Código Civil [219].

A pesar de ello, la omisión o el rechazo de la responsabilidad estatal ha resultado la constante en este aspecto. En los escasos supuestos en que ésta ha sido aceptada lo ha

[216] Ver, al respecto: Auby, *La responsabilité de l'État en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi 72-626, du 5 juillet 1972)*, "L'Actualité Juridique. Droit Administratif" (A.J.D.A.), París, 1973, p. 4.

[217] Ver así el *arrêt* "Darmont", C.E., 29/12/78. Idem: Braibant, *Le droit administratif français*, Paris, 1984, p. 271.

[218] Debbasch, *Institutions...*, 2, ob. cit., p. 298.

[219] Spota, *Responsabilidad del Estado por actos administrativos del Poder Judicial*, "L.L.", 51-611.

sido limitada, sin embargo, a aquellos actos derivados en forma directa del proceso judicial [220].

1. *Delimitación del concepto de funcionamiento anormal de la administración de justicia.*

En cuanto al alcance del concepto "funcionamiento anormal de la administración de justicia", derivado del de funcionamiento normal o anormal del servicio público [221], éste alcanza, para algunos autores, toda la actividad residual desplegada no sólo por quienes juzgan u ordenan ejecutar las decisiones, sino también por quienes auxilian o colaboran de algún modo con la administración de justicia [222].

[220] Expresaba así Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 78 y ss.): "El problema de la responsabilidad estatal por el ejercicio de la función judicial no se agota en el supuesto de sentencias erróneas. Muchas veces, los daños son provocados por actos procesales que no son sentencias; o por la irregularidad o deficiencia con que son ejecutados dichos actos procesales (decretos de embargo o levantamiento de medidas precautorias; secuestros; extracciones de fondos depositados judicialmente; etc.). Podrá discutirse —en doctrina— si tales actos son judiciales o administrativos, según se adopte un criterio estrictamente orgánico o material. Mas entendemos que —aun en la posición material u objetiva en que nos colocamos— los actos del proceso de la función judicial (aunque no tengan el carácter definitivo de las sentencias) son siempre actos propios del Poder Judicial, y no actividad administrativa de los órganos judiciales. Los órganos judiciales realizan función administrativa cuando nombran o remueven a su personal, contratan suministros de muebles, libros y útiles, compran o alquilan inmuebles para los juzgados, etc. En cambio, todos los actos vinculados al proceso (principal o accidental) y que tienden a que «se decida, con fuerza de verdad legal, una controversia entre partes por medio de un órgano imparcial e independiente» son de sustancia jurisdiccional. Y ello aunque su aplicación no esté a cargo de magistrados, sino de funcionarios que constituyen auxiliares de la justicia, sean éstos secretarios de juzgados, oficiales de justicia, agentes fiscales, etc. De todos modos, se trate de actos judiciales o administrativos, no modificaría la situación: el Estado debe responder por los daños que se cause con tales actos procesales, cuando los mismos sean ilícitos. Los principios para fundar la responsabilidad no podrían diferir".

[221] Ver así el art. 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (España).

[222] Solchaga, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Poder Judicial, Madrid, 1983, p. 2580.

más notable— el origen constitucional directo de la responsabilidad del Estado en el ámbito de la Justicia.

Es indudable, asimismo, que deberá responder el Estado —dentro de esta especie de responsabilidad— por el perjuicio causado por la actuación inadecuada, entre otros, de los oficiales notificadores o de los oficiales de justicia. Así, por ejemplo, en el supuesto de daños producidos como consecuencia del secuestro erróneo de un bien o el perjuicio causado ante la imposibilidad de rectificar una situación jurídica consolidada mediante una resolución mal notificada.

Algunas dudas se han generado, sin embargo, respecto al reconocimiento de la posible responsabilidad que pudiera derivarse de las actuaciones u omisiones del ministerio fiscal [228].

Coincidimos al respecto con aquellos autores —y tribunales provinciales argentinos [229]— que se han inclinado por reconocer en tales supuestos la responsabilidad estatal por los perjuicios causados, en tanto exista una lesión y se pruebe la existencia de un nexo causal entre ésta y la actuación anormal que la desencadene [230].

También podrá originar responsabilidad del Estado por anormal funcionamiento de la administración de justicia la inadecuada intervención de algunos auxiliares de la Justicia, como, por ejemplo, los integrantes de la denominada Policía Judicial o los peritos. Respecto a estos últimos, se ha entendido, sin embargo, con razón, que la responsabilidad estará limitada a aquellos peritos adscritos en forma "más o menos habitual y permanentemente, al servicio de la administración de justicia"; no alcanzando, obviamente,

[228] Ver: Xifra Heras, *La jurisdicción en la Constitución de 1978*, Poder Judicial, Madrid, 1983, ps. 2713 y ss.; Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 235.

[229] Ver, así, Superior Tribunal del Chaco, Sala I, 5/5/67, "Díaz, Cándido, y otro c. Provincia del Chaco y otro", "L. L.", 133-945, S. 19.166.

[230] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 31.

a los designados por las partes, denominados también, en nuestro sistema jurídico, consultores técnicos [231].

Aun cuando la recepción de esta especie de responsabilidad ha pasado prácticamente inadvertida en nuestro país, algunos fallos recientes, como el dictado por la Sala IV de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo de la Capital en la causa "Nahoum", alientan la esperanza de un importante cambio en lo que a este aspecto se refiere.

Adoptando una infrecuente postura amplia en cuanto a la admisión de la responsabilidad estatal por el anormal funcionamiento derivado de la intervención inadecuada de un auxiliar de la Justicia, aceptó el citado tribunal que el daño causado por el irregular desempeño del martillero en un juicio debía ser imputado al Estado, encontrando su fundamento en el art. 1112 del Código Civil, por ser ésta "una responsabilidad por riesgo administrativo derivado del monopolio de impartir justicia que se ha reservado el Estado, siendo que todo el procedimiento de la subasta judicial de los bienes para la satisfacción del crédito ha sido regulada por aquél y se cumple con el nombramiento de un auxiliar de la justicia inscrito en un registro que lleva el propio Estado" [232].

[231] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 32, quien señala con acierto: "Es decir, que no sea el que en determinada ocasión, sea propuesto por alguna de las partes, porque ésta quiera servirse de sus informes para tratar de justificar la pretensión que deduzca. Es cierto que toda prueba pericial tiene su razón de ser cuando, para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos y, en tal sentido, como asesores que son del juez, pueden originar un error en la decisión de éste o un funcionamiento anormal de la Justicia. Pero no es lo mismo que el causante de éstos sea un perito judicial —por ejemplo, médico forense, psicólogo, calígrafo, tasador, sociólogo, etc.— que el que la parte designe, a veces para prescindir de aquéllos, con tendencia o, al menos, la esperanza de que la actuación del mismo favorecerá a quien la promueve. Porque, para explicarlo de alguna manera, de la anormalidad que del dictamen se siga, cualquiera que sea el sentido de éste, no debe responder el Estado; ni siquiera... en el caso de que este perito estuviera al servicio de otra actividad estatal".

[232] C.N.Fed. Cont.-adm., Sala IV, "Nahoum, Alberto V., c. Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia)", 8/4/86, "L. L.", 1987-A-224 y ss.

2. *La lentitud en la tramitación de los expedientes judiciales como supuesto de anormal funcionamiento de la administración de justicia.*

El anormal funcionamiento de la administración de justicia y los perjuicios producidos por él pueden resultar consecuencia —como se habrá podido observar— de numerosas y variadas causas.

Una de las más graves resulta, sin duda, aquella que reconoce como origen la demora en la tramitación o resolución de las actuaciones judiciales, así como en la ejecución de las decisiones en éstas recaídas.

Aunque no es en general esta demora la causa directa e inmediata del perjuicio producido al particular —al resultar comúnmente éste consecuencia de la conducta u omisión en virtud de la cual se ha solicitado el auxilio judicial—, la falta de prestación adecuada del auxilio peticionado en debido tiempo y forma —de resultar éste ordinariamente apto para remediar el perjuicio— genera asimismo la responsabilidad del Estado, al haber asumido éste en forma exclusiva la carga de prestar en debida forma justicia. Tal responsabilidad resultará, como veremos, independiente de la existencia o no de dolo, culpa o negligencia por parte de los magistrados o funcionarios judiciales responsables de la tramitación, los cuales podrán ser, ello sí, objeto de una acción de repetición por parte del Estado o de una acción de responsabilidad civil por parte del particular damnificado, de haber resultado efectivamente culpables de la demora.

Es que si bien es cierto que la esencia de la actividad judicial no reside principalmente en su rapidez, "sino en el acierto y eficacia de la actividad" [233], no cabe duda de

[233] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 37, citando un discurso del presidente del Consejo General del Poder Judicial español, donde éste señaló que "la eficacia de la Justicia no es definible sólo en términos cuantitativos. Un Juzgado sin autos ni diligencias pendientes

que ésta depende en gran medida de la celeridad con que se imparta.

Nuestra vida cotidiana presenta muchos ejemplos de los perjuicios que trae aparejada la lenta administración de justicia. Obsérvese así, en materia de amparo, la enorme cantidad de cuestiones declaradas abstractas debido a que el tiempo trascurrido desde la promoción de la acción hasta la consideración de la apelación contra la sentencia definitiva en la alzada, ha tornado a la garantía constitucional que se pretendía proteger en ilusoria. Pensemos, del mismo modo, que en ciertas salas de nuestras cámaras federales algunos expedientes han celebrado ya su quinto aniversario desde el llamado de autos para sentencia, esperando el arribo de la decisión judicial como si fuera para algunos creyentes el ansiado mesías.

Pareciera haberse olvidado en este aspecto que —como lo señaló en España Gimeno Sendra— "la eficacia de la Justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto, mediante el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida y la aplicación a ella del derecho objetivo, y todo ello con los mínimos costes para las partes. Celeridad, economía y justicia material conforman los nuevos postulados del modelo procesal del Estado social de derecho, que se han venido a superponer a los ya clásicos del liberalismo" [234].

En este sentido, aun cuando muchas veces producto de la falta de medios materiales —no imputables a quienes intervienen en el proceso judicial—, la exasperante lentitud en la administración de justicia deriva no sólo en su mal

puede no ser el modelo ideal. No todo es agilidad y rapidez. Importan también la cualidad y la calidad, es decir, cómo se discierne el valor de lo justo".

[234] Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, "Revista de Derecho Procesal", año 1987, nº 2, Madrid, p. 265.

o anormal funcionamiento, sino incluso se podría decir en su falta de funcionamiento, ya que la justicia tardía no siempre es justicia.

Poca duda nos cabe, pues, de que —tratándose como es de una responsabilidad directa [235] y objetiva [236] en la cual resulta irrelevante la existencia de dolo o culpa en funcionario alguno [237]—, también deberá responder el Estado en tales supuestos por los perjuicios causados a los administrados, ya que es el Estado quien reglamenta, estructura y económicamente atiende el aparato de la Justicia, y el que debiendo hacerlo adecuadamente, se abstiene de ello en la medida en que actualmente se le exige [238]. Así lo ha reconocido recientemente el Tribunal Constitucional español [239].

En tal sentido, coincidimos plenamente con Almagro, quien con acierto señala que "las dilaciones indebidas que

[235] Idem: Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 730; Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., p. 1259. Acepta en nuestro país el carácter de directa de la responsabilidad estatal, entre otros, Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 717.

[236] Señala en este sentido con razón Fernández Hierro (*Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 59) que "aun cuando tal vez podría hablarse de culpa del Estado, como tal, por falta de designar el número de personas necesarias para cumplir una finalidad como es la de hacer justicia..., tal concepto rebasa, con mucho, el concepto habitual que de la misma se tiene".

[237] Aun cuando de existir también podrán verse obligados a responder civilmente —como hemos observado— los magistrados o funcionarios culpables. En este último aspecto, interesante resulta una antigua sentencia del Tribunal Supremo español —la del 1 de octubre de 1890— donde éste señaló: "la Sala, al condenar a A, juez municipal, al pago de 183 ptas., 25 cvts., a B, en concepto de perjuicios a éste causados, ajusta su fallo al resultado de los autos... Tal afirmación se deduce, recordando que el 15 de junio de 1887 B demandó en juicio verbal a C al pago de la cantidad, y a ella fue condenado en el 16, siendo notificadas las partes en el mismo día; y aun cuando en el 21 personalmente, y el 25 por escrito se solicitó la ejecución del fallo, expresándose la urgencia para evitar la insolvencia, el indicado juez no proveyó hasta el 28, quedando sin cumplir por carecer de bienes suficientes el deudor, y no encontrarse el trigo que existía el 25, y que debía ser embargado..., es notoria, como se ha indicado, la morosidad del juez municipal en proveer, y la obligación de reparar los daños ocasionados, según prescribe la ley de Partidas".

[238] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 39.

[239] Ver su sentencia 36/1984, del 14 de marzo de 1984.

con tanta frecuencia tiene que soportar el justiciable, son en muchas ocasiones consecuencia indeseable de factores múltiples, entre los que no son de rechazar la escasez de medios materiales y de personas o el exceso de trabajo. Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tiene que soportarlas el usuario del mismo, que debe tener acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio" [240].

En este aspecto, la pésima situación económico-financiera por la cual atraviesa nuestro Tesoro no puede resultar en modo alguno causal eximente de responsabilidad. Muy al contrario, tales condiciones se han visto reflejadas en general en un desmesurado aumento de tasas —entre las cuales justamente se destacan las judiciales—, impuestos innominados y presión tributaria en general, razón por la cual resulta indiscutible el derecho de todo ciudadano —en cuanto contribuyente en general— a exigir un funcionamiento normal de la administración de justicia, y, en su caso, incluso la reparación patrimonial que la omisión de ello le pudiera causar.

Como expresamos ya en otra ocasión, no resultará de la eximición de pago de sus obligaciones que el Estado saneará sus finanzas, sino con un manejo más racional de ellas, la eliminación de una manifiesta corrupción y la limitación del obrar estatal a sus verdaderas funciones [241].

Por tal razón, aunque desconocemos la existencia de supuestos de recepción de esta posición en nuestro país, nada obsta para propugnar su aplicación. Máxime cuando, como lo reconoció nuestro más alto tribunal en "Valenzuela" [242], "comprometen la responsabilidad del Estado los hechos que lesionen a los particulares, cuando ocurren en la prestación de un servicio público, si se debe al comportamiento irre-

[240] Almagro, *El sistema español de responsabilidad judicial*, ob. cit., p. 460.

[241] Ver: Tawil, *El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación*, "L.L." del 1, 2 y 5 de setiembre de 1988, capítulo IV.

[242] C.S.J.N., "Luis René Valenzuela c. Provincia de San Luis", "Fallos", 252-195 (1962).

gular y hasta exorbitante de los funcionarios estatales, cuya selección, aptitud y vigilancia, en todo caso, no incumbe a los administrados".

VII. EL DAÑO REPARABLE Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

1. *El daño reparable.*

a) La trascendencia de su existencia.

En materia de responsabilidad, tanto estatal como civil, la existencia de un daño reparable resulta, quizá, el elemento esencial [243].

Como señalan Mazeaud y Tunc:

"En efecto, ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad... Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal. La moral castiga el pecado, sin preocuparse por determinar si hay un resultado o no. El derecho penal llega menos lejos; para que exista responsabilidad penal hace falta al menos que se exteriorice el pensamiento, que haya habido lo que se denomina un principio de ejecución. Pero

[243] Idem: Zachariae, *Le droit civil français*, IV, Paris, 1858, p. 20; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, Paris, 1887, p. 498; Rivero, *Droit administratif*, ob. cit., p. 331; en nuestro país, Orgaz, *El daño resarcible*, 3ª ed., Buenos Aires, 1967, ps. 17 y ss.; Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 708, quien señala con acierto que "sin la existencia de perjuicio no existe responsabilidad"; C.N.Cont.-adm. Fed., Sala IV, "Nahoum, Alberto, c. Gobierno Nacional", 8/4/86, "L.L.", 1987-A-225 y ss.; C.N.Civ., Sala F., "Clifton Goldney, Tomás A., y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 16/2/84, "E.D.", 108-638 y ss., "aceptada la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, su admisión en los casos concretos dependerá, entre otras cosas, de la acreditación del perjuicio que deba ser reparado. Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento. El «perjuicio» es un elemento esencial de la responsabilidad". En contra, Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno: culpa extracontractual*, trad. esp., Madrid, 1904, p. 91.

no es necesario, en modo alguno, al menos como regla general, que la ejecución iniciada se termine aun cuando el agente no pueda cumplir el acto que desea, es penalmente responsable del mismo. En tal caso, hay desde luego un perjuicio para la sociedad; porque desde el instante en que la infracción entra en la fase de ejecución, amenaza al orden social; pero no hay en ello perjuicio en el sentido en que se toma aquí. Ningún particular resulta lesionado: no hay daño privado. Por el contrario, el derecho civil no puede tomar en consideración más que ese perjuicio tan sólo. En efecto, la acción no se encuentra ya en manos de la sociedad; es ejercida por un individuo determinado; por lo tanto, éste no puede reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya sufrido personalmente. Mientras que no haya sido lesionado, no puede demandar el abono de daños y perjuicios. Si lo hace choca contra el principio fundamental: «Donde no hay interés, no hay acción». Mientras que no haya una víctima, no podrá plantearse la cuestión de la responsabilidad..." [244].

Las previsiones normativas existentes respecto a los bienes cuya reparación se exige resultan, en el derecho comparado, esencialmente genéricas, correspondiéndole a la doctrina, y sobre todo a la jurisprudencia, la determinación de su alcance. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el derecho español, en el cual el art. 121 de la Constitución se refiere a "los daños causados", o el art. 292 de la L.O.P.J., que prevé su reparación cuando recaigan sobre "cualesquiera bienes o derechos".

[244] Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. II, Buenos Aires, 1961, ps. 293 y ss. Expresó en el mismo sentido la C.2ª C.C. San Juan ("Yudica, Felipe, c. Provincia de San Juan", "Rep. E.D.", 20-A-310, nº 58) que "si no hay daño o demostración del mismo, la antijuridicidad culpable del incumplimiento no tiene relevancia, pues no hay ilícito punible sin daño causado".

b) El alcance de la indemnización.

b1) *La necesidad de una reparación integral.*

En cuanto al alcance de la indemnización por responsabilidad del Estado en general, la posición predominante en nuestro país es aquella que distingue según se trate de responsabilidad del Estado por accionar legítimo o ilegítimo, entendiéndose que ésta debe ser integral en el caso de la actividad ilegítima del Estado, y responder exclusivamente a los daños directos e inmediatos, con exclusión del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad por el accionar legítimo [245].

Ésta ha sido la posición adoptada en ocasiones por el legislador [246], y en general por la jurisprudencia contencioso-administrativa, aun cuando algunos recientes fallos de la Corte —como el ya célebre "Sánchez Granel" [247]— parecieran indicar una tendencia al reconocimiento de la reparación integral aun en los supuestos de responsabilidad por accionar legítimo, en los cuales el alcance de la indemnización no esté contemplado en la ley, modificando la tendencia tradicional a aplicar analógica o directamente [248] el criterio sentado por el art. 10 de la ley de expropiaciones [249].

[245] Ver así, entre otros: Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 282.

[246] Ver, en tal sentido, el art. 10 de ley 21.499, de expropiaciones.

[247] C.S.J.N., "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S. A. c. Dirección Nacional de Vialidad", 20/9/74, "E.D.", 111-551; ídem, "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.I.C., S.R.L., c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 20/9/73, "Fallos", 286-333. Algunos fallos posteriores de tribunales inferiores continúan, sin embargo, aplicando analógicamente la solución de la ley de expropiaciones. Ver, así: C.N.Civil, Sala F, "Ramos, José M., c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 19/11/85, "E.D.", 118-190, con nota de Guastavino. En el mismo sentido, S.C.B.A., "Yabra, M., c. Municipalidad de Vicente López", citado por Guastavino, *Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado*, "E.D.", 118-205.

[248] Como lo propugnó Marienhoff (*El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, "E.D.", 114-949 y ss.) al criticar la resolución de la Corte en "Sánchez Granel".

[249] Por tal posición se pronunció anteriormente la Corte, entre muchos otros supuestos, en el hoy ya célebre caso "Cantón, Mario Elbio, c. Gobierno Nacional", C.S.J.N., "Fallos", 301-405 (1979). Respecto a esta cuestión, ver el excelente estudio de Guastavino, *Indemnizaciones por la actividad...*, ob. cit., ps. 208 y ss.

Aunque en otros sistemas jurídicos, como el español, la solución difiere sustancialmente al propugnarse como regla general la de la reparación integral, es decir, que ésta debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante [250], las diferencias prácticas no resultan en los supuestos hoy en análisis de mayor entidad, al encuadrar tanto el error judicial como el anormal funcionamiento de la administración de justicia en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima [251].

De no haber encuadrado en éste o de ser aceptada —como propugnamos— la responsabilidad del Estado por el accionar legítimo en el ámbito del Poder Judicial, creemos —apartándonos así de la doctrina argentina mayoritaria— que la reparación deberá ser integral [252]. Ello es así, pues además de no existir norma expresa que restrinja el alcance de la reparación, fundándose la responsabilidad estatal en "la garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado", la reparación resultaría "incompleta e incumplida si es que no abarca a cualquier beneficio que hubiera podido obtenerse de no haberse producido las citadas causas" [253].

No se debe olvidar en este sentido que de poco sirve para la víctima la declaración de culpabilidad o el reconocimiento de la responsabilidad estatal, si éste no lleva aparejado consigo una reparación que la ponga en una

[250] Blasco Esteve, *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 241. Ídem, Tribunal Supremo español, sentencias del 23 de enero y 20 de junio de 1976; 10 de diciembre de 1979; 24 de marzo de 1983; etc. En contra, Garrido Falla, *Tratado...*, II, ob. cit., p. 270.

[251] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 320.

[252] En el mismo sentido: Bianchi, *Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado*, "E.D.", 111-50 y ss.; Morello, *Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito*, "E.D.", 120-890.

[253] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., ps. 41 y ss.

situación similar a la que tenía con anterioridad al hecho u omisión que produjo el daño. Es que "indemnizar significa justamente ello: dejar indemne a la víctima, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio" [254]. Creemos, pues, que la reparación de los perjuicios causados debe ser integral y completa, con prescindencia del carácter del obrar estatal o de su imputabilidad, ya que como lo señaló la Cámara Civil de esta Capital, "la indemnización no se mide por la culpa" —o agregaríamos por el tipo de conducta dañosa— "sino por el daño" producido [255].

Se ha entendido en este mismo sentido, en España, que la utilización de expresiones más restrictivas, como la mención por parte del art. 294 de la L.O.P.J. del término "perjuicio" —al referirse al experimentado por quien debiera sufrir prisión preventiva y luego es absuelto o sobreseído por inexistencia del hecho—, no obsta a una reparación amplia por "resultar totalmente injusto que quien privado de libertad, sufrió un daño corporal o simplemente material que en otras circunstancias no hubiera padecido, no fuera indemnizado cuando el fundamento de la garantía en uno y otro caso es el mismo" [256].

b2) *El daño moral.*

Aunque tradicionalmente rechazada [257], la orientación más moderna tanto en nuestro país [258], como en el derecho

[254] Leguina Villa, *La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios públicos*, "Revista de Administración Pública" (R.A.P.), nº 92, Madrid, 1980, p. 34.

[255] C.N.Civil, Sala D, "Paolini, Rubén D., c. García, Héctor R., y/o Teatro Estrellas", 10/4/81, "Rep. E.D.", 16-328, nº 134.

[256] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 42.

[257] Ver: Debbasch, *Institutions...*, 2, ob. cit., p. 27.

[258] Ver, así: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 711; Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 301, aun cuando referidos a la responsabilidad del Estado en general. Idem, en el derecho privado: Colombo, *Culpa aquiliana*, II, ob. cit., ps. 270 y ss.

público comparado, es aquella que acepta dentro de los rubros a reparar no sólo el daño material, sino también el denominado daño moral, denominado metafísicamente por alguna doctrina civilista como "el precio del dolor".

Así lo han admitido, entre otros, el Consejo de Estado francés en los *arrêts* "Morell" (1942), "Dame Durand" (1949), "Bondurand" (1954) y "Letisserand" (1961), donde admitió incluso éste su reparación a falta de daño material; el Consejo de Estado español, en su ya célebre dictamen del 22 de octubre de 1970; el Tribunal Supremo español [259], variando así su postura tradicional en la materia [260]; y algunas constituciones provinciales argentinas, como la de la provincia de Formosa del año 1957, aun cuando limitada al reconocimiento de la responsabilidad derivada por error judicial en sede criminal [261].

Tal posición parece, sin duda, la más adecuada, debiéndose aceptar incluso la reparación del daño moral aun a falta de un perjuicio material [262], ya que no cabe duda

[259] Ver así su sentencia del 16 de julio de 1984 respecto del supuesto del art. 294 de la L.O.P.J., donde a fin de determinar el daño indemnizable por quien había sido víctima de prisión en forma injustificada, entendió que debían considerarse "los salarios dejados de percibir, el tiempo indebido de prisión, la importancia y trascendencia de las lesiones, tanto en el puro orden personal como en el profesional, y el daño moral producido como consecuencia de todo ello". Idem, la sentencia del 4 de diciembre de 1983.

[260] Solchaga, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 2562.

[261] Señala así ésta, en su art. 19, que "si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la Provincia tomará a su cargo la indemnización de los daños materiales y morales derivados del error judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer sobre quienes lo hubieran cometido".

[262] Idem, en nuestro país: C.N.Especial Civil y Com., Sala II, "Córdoba, Delfín A., c. Gayo, Gregorio", 11/8/87, "L.L.", 1988-C-47; C.N.Civ., Sala G, "Zalmerovich, José I., c. Dicon, S. A. Teleonce", 21/11/81, "L.L.", 1982-C-508, nº 4674. Señalan en este sentido Mazeaud y Tunc (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, ob. cit., t. I, vol. I, p. 439) que "aun cuando el dinero sea en este supuesto un factor muy inadecuado de reparación, la reparación de la lesión moral por la concesión del abono de daños y perjuicios no es imposible sin embargo, al menos en cierta medida... Ciertamente, no todos los sufrimientos morales son tan sencillos de compensar.

de que aquél puede producirse y debe reparárselo aun a falta de éste, como ocurre en los supuestos de imputaciones criminales falsas, ante el grave descrédito y desprestigio que traen aparejadas [263]. No se puede dudar, hoy en día, de que la reparación de los agravios morales resulta esencial, ya que "se infieren ataques al alma lo mismo que al cuerpo" [264].

Creemos, pues, como lo destacó Picard, que la protección debe alcanzar al individuo en la triple envoltura de su "yo", es decir, no sólo en lo corporal y civil, sino también en la moral [265].

Por tal reparación amplia se pronunció en su momento nuestro codificador al reconocer el daño moral en los arts. 1068 y 1075 del Código Civil, así como tangencialmente en los arts. 1078, 1088 y 1099 del mismo cuerpo

Se vacila, por ejemplo, en declarar que el dinero está en condiciones de procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre que ha perdido a su hijo o al de un marido engañado; muchos son los que descubren en eso algo «chocante», incluso «repugnante». Sin embargo, hay que reconocer que el dinero no sólo facilita un enriquecimiento intelectual o artístico, sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos. Por lo tanto, no es chocante permitirle a un padre o a una madre que hayan perdido a su hijo encontrar al menos una atenuación a su pena en el consuelo que llevarán a niños desventurados. Concederles esa posibilidad es desde luego «reparar» el daño, al menos en cierta medida". Distinta ha sido en ocasiones la interpretación de nuestra jurisprudencia, al expresar que "el daño moral no es indemnizable, porque el dolor no se tarifa ni se paga, por lo que la justificación de la solución legal ha de buscarse no por el lado de la víctima, sino por el del agente del daño, que deba ser sancionado. Por ello, la condena por reparación del agravio moral no tiene carácter resarcitorio, sino ejemplar, constituyendo una verdadera pena mediante la cual se reprueba la falta cometida". C.N.Civil, Sala D, "Bulacio, Juan, c. Rey, Manuel J.", 20/4/81, "L.L.", 1982-C-508, nº 4676. Idem: Sala A, "Vezzetti, Héctor, c. Rodríguez, Omar, y otros", 26/5/81, "L.L.", 1982-C-508, nº 4679. En contra: C.N.Civil, Sala F, "La Anglo Argentina, Cía. de Seguros, y otros c. Rossi, Rodolfo", 24/2/81, "L.L.", 1982-C-508, nº 4680.

263 Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., ps. 42/43.

264 Acuña Anzorena, *La reparación del agravio moral en el Código Civil*, "L.L.", 16-532.

265 Picard, *El derecho puro*, trad. esp., Madrid, 1911, ps. 70 y ss.

normativo. Y lo hizo aun con mayor claridad la ley 17.711 al reformar el art. 1078 del Código Civil [266].

Por la misma posición lo ha hecho también el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial —asimilando a los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual— al establecer en su art. 522 que "la indemnización comprende el daño moral".

c) *Existencia, certeza y evaluación económica del perjuicio.*

El daño a repararse debe ser además cierto [267] y efectivo —pues si no no sería daño [268]—, es decir, real y claramente individualizable mediante la acreditación del nexo causal entre la actuación de la Justicia y la lesión producida, aunque ello no implica necesariamente que deba ser siempre actual [269].

Es que, como señala Reyes Monterreal, "lo cierto, aunque no actual, implica una realidad; no la simple eventualidad de que el daño pueda producirse, pero no impide que la realidad de lo que se tiene por cierto no pueda acaecer en el futuro. Piénsese, sobre todo, en el caso del lucro cesante, que puede ser irreversible con efectos posteriores al hecho-causa, e incluso a la declaración de responsabilidad del Estado" [270].

266 Señala éste en su redacción actual: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

267 Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, II, ob. cit., p. 708.

268 Fernández Hierro, *La responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 29.

269 Solchaga, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 2561. Idem, en Francia, "Aurnagne", C.E., 5/1/62; en nuestro país, Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 300. Respecto a estas características del daño, ver el excelente trabajo de Taugourdeau, *Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique*, L'Actualité Juridique. Droit Administratif (A.D.J.A.), Paris, 1974, p. 503.

270 Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., ps. 44/5.

Por ello, si "el juez tiene la certidumbre de que el ofendido sufrirá un perjuicio, sería absurdo" —como expresa Mazeaud— "obligar a retardar una acción que deberá admitir más adelante. Sería constreñirlo a admitir por el mismo asunto una infinidad de pleitos sucesivos cada vez que se trata de un perjuicio susceptible de escalonarse a través de numerosos años...; conviene, por lo tanto, que el tribunal, de una sola vez, ordene el resarcimiento no sólo del perjuicio recibido hasta la traba de la litis, sino también del que se producirá en el futuro" [271].

El daño deberá, sí, poder ser evaluable económicamente [272].

Como lo interpretó el Tribunal Supremo español en su sentencia del 24 de noviembre de 1986, "la simple existencia de un error judicial no determina, sin más, la declaración formal de su existencia a los efectos de peticionar la correspondiente indemnización al Ministerio de Justicia..., sino que es indispensable que complementariamente se produzca el daño físico o moral evaluable económicamente y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable".

Así lo ha entendido también el legislador español al disponer en el art. 292, 2, de la L.O.P.J. que "en todo caso, el daño alegado deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas" [273].

Expresó en el mismo sentido la C.1ªC.C. La Plata ("Sani, Lido E., c. Pavagnan, Juan C., y otro", 5/6/86, "L.L.", 1987-B-597, 37.620-S) que "no sólo es cierto el daño actual o presente ya realizado, sino que también puede serlo el daño futuro que ha de realizarse, puesto que un daño no deja de ser cierto si es efectivo, por más que sus consecuencias se proyecten hacia adelante en el tiempo".

[271] Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Paris, 1934, p. 238.

[272] Entrena Cuesta, *Curso*..., I/1, ob. cit., p. 400.

[273] Reproduciendo el criterio general esbozado en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el art. 40, 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado español del 26 de julio de 1957.

Comprobada la existencia efectiva del perjuicio material o moral, no obsta, sin embargo, a su reconocimiento, la dificultad que pudiera producirse para tal evaluación económica, propia no sólo de la responsabilidad estatal, sino también de la que resultan objeto los particulares en el derecho común.

No existiendo al respecto una indemnización tasada, la determinación de los criterios de cuantificación corresponderá a los tribunales teniendo en cuenta las circunstancias del daño, la índole del perjuicio, etc., debiéndose excluír del reconocimiento a las meras molestias, afecciones leves o incomodidades sin entidad suficiente [274].

Cumplidos los requisitos de efectividad, evaluación económica e individualización ya mencionados, poca importancia tendrá el alcance del interés a proteger mediante el reconocimiento de la responsabilidad estatal, debiéndose descartar, en principio, tan sólo a las simples expectativas, por tratarse de algo eventual, hipotético, contingente y tan sólo posible, que no responde, por ende, aun cuando legítimas, a las notas características antes señaladas [275].

2. *El nexo causal.*

Al igual que en todo supuesto de responsabilidad, esencial resulta, además, la acreditación de una relación o nexo causal directo entre la conducta cuestionada y el perjuicio reparable, según la cual conforme al curso natural y común de las cosas, la primera resulte idónea para producir el daño cuya reparación se pretende [276].

Esta relación de causalidad —denominada en Francia como la "*liaison*" entre la causa y el efecto— no es sino "el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que

[274] Idem: Solchaga, *La responsabilidad del Estado*..., ob. cit., p. 2563.

[275] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado*..., ob. cit., p. 45.

[276] Idem: C.Fed. La Plata, Sala I, "Pesado, Manuel, y otra c. Segba", 10/6/82, "Rep. E.D.", 18-347, nº 49. Ver, al respecto, Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, ob. cit., ps. 713 y ss.

no sólo sucede uno después de otro, sino que aquél, sin éste, no se hubiera producido" [277].

La exigencia referida se traduce, pues, en la necesidad de que exista una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influír en el nexo causal [278].

Tal requisito de exclusividad no debe ser, sin embargo, objeto de una prueba diabólica, bajo riesgo de tornar a la responsabilización del Estado en una mera ilusión.

Muy al contrario, "implica" —como lo señaló el Tribunal Supremo español— "un juicio valorativo de lo acreditado en autos o en el expediente y no se ha de llegar a exigir una prueba concluyente de difícil consecución en la mayoría de los casos; sí se ha de precisar para su apreciación deducir conforme a las reglas del criterio racional un enlace preciso y directo entre uno y otro, expresivo de esa dependencia entre ambos" [279].

El hecho de que la responsabilidad estatal revista carácter objetivo no trae aparejado, pues, que para la determinación de ella no resulte esencial la existencia del nexo causal, es decir, de la relación entre el acto y el daño [280]. Es que como acertadamente lo explica Cassagne, "puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado,

[277] Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, II, Madrid, 1984, p. 82.

[278] Tribunal Supremo español, sentencia del 28 de julio de 1986. Idem: C.N.Especial Civil y Com., Sala V, 5/10/87, "Brites, Virgilio, c. Llanos, Antonio A.", "L.L.", 1988-C-203.

[279] Tribunal Supremo español, sentencia del 8 de octubre de 1986.

[280] Expresó así el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia del 19 de enero de 1987 (citada por Tornos Más y Font i Llovet, "Revista de Administración Pública" [R.A.P.], nº 115, Madrid, 1988, p. 309), que "la responsabilidad patrimonial objetiva de ésta no supone que la obligación de indemnizar nazca siempre que se produzca una lesión por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino que es preciso que entre la lesión y el funcionamiento haya un nexo de causalidad objetiva del cual resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento, y sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado, pues si esta intervención es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa eficiente es imputable al propio dañado...".

aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiente a la relación de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente" [281].

Mayores dudas trae aparejada —aun cuando quizá no revista su discusión la misma importancia en lo que al ámbito judicial se refiere— aquella posición que entiende que de poder individualizarse al autor del perjuicio, se debe exigir, por más objetiva que sea la responsabilidad estatal, que el acto o la omisión del funcionario o agente cuestionada sea producto del ejercicio de sus funciones, no pudiéndose, al contrario, invocar esta responsabilidad cuando el perjuicio hubiera sido consecuencia de su obrar particular.

Así se pronunció, en supuesto de aplicación analógica, el Tribunal Supremo español en su sentencia del 20 de mayo de 1986, al expresar que "no puede declararse la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones imputables a autoridades o funcionarios que hayan ocasionado una lesión en los bienes o derechos de los particulares, cuando su conducta, dolosa o culposa, no se corresponda con el ejercicio de esa autoridad o función que sea inherente a un servicio público, pues en este supuesto falta el nexo de causalidad... entre la conducta de un agente que actúa en el ejercicio de una potestad o función pública y el daño causado, ya que no se puede responsabilizar al Estado de lo que se haga u omita por un particular, o por quien esté revestido de autoridad o sea empleado público, pero obre al margen de esa condición, y por ello sin relación alguna con el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, por lo que, aunque los causantes de las lesiones sufridas por el demandante fueren policías nacionales, no se puede estimar que actuaren en el ejercicio de su función pública estando fuera de servicio y no llevar uniforme, ni tener enco-

[281] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 301.

mendado ninguno a consecuencia del cual se originaran las lesiones sufridas por el recurrente" [282].

Es que en muchos supuestos no resultará posible determinar si el perjuicio ha sido causado como consecuencia del obrar particular del funcionario, o por el ejercicio excesivo, inadecuado o abusivo de la autoridad que le fue conferida. En caso de razonable duda, el reconocimiento de la responsabilidad estatal se impone, al no haber sido sino el Estado quien designó al funcionario y le otorgó a éste los elementos con los cuales causó el perjuicio cuya reparación se reclama.

A pesar de no existir disposición alguna que en forma expresa requiera la existencia del mencionado nexo causal, éste se ha deducido, en nuestro derecho privado, no sólo de la naturaleza misma de la responsabilidad, sino de numerosas disposiciones, tales como los arts. 1109, 1111, 1113, 1114, 1124 y 1133 del Código Civil, en cuanto utilizan términos tales como "ocasione", "cause", "causado", "resultare daño", etc. [283].

Deduciéndose —sea por vía directa o analógica— la responsabilidad estatal de las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, nada obsta a adherirse a la interpretación formulada en tal aspecto por nuestros más prestigiosos privatistas.

[282] Demostrativa de lo controvertida que resulta tal posición resulta, sin embargo, el pronunciamiento dictado en sentido inverso por el mismo tribunal el 25 de abril de 1986 —es decir, ni siquiera un mes antes—, al expresar que "el servicio falló en este caso porque el agresor, como miembro de una institución que impone a sus componentes un estado de servicio permanente, no puede ser considerado en ningún momento como un simple ciudadano, fallando el servicio porque previamente falló la disciplina tan inherente a este cuerpo, de carácter militar, dando lugar con ello a que este guardia se permitiera recorrer el día de autos diversos bares de la localidad, a altas horas de la noche, hasta encontrarse en estado de embriaguez en el lugar de los hechos enjuiciados, lo que implica un alto riesgo para los demás, al estar en posesión de un arma de fuego reglamentaria".

[283] Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., ps. 119/120.

VIII. LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.

La exigencia de exclusividad de esta responsabilidad —de carácter eminentemente objetiva y directa— lleva aparejada la necesidad de establecer, sin embargo, algunos supuestos eximentes de responsabilidad —mal llamados por algunos autores de "exculpabilidad" ante la intrascendencia del factor subjetivo—, aun cuando los requisitos antes mencionados estén configurados en el caso concreto.

a) El caso fortuito y la fuerza mayor.

Definida como aquella "que por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación... que procede de la voluntad lícita o ilícita de un tercero" [284], resulta, sin duda, la fuerza mayor, la causal más importante para eximir en este supuesto de responsabilidad al Estado. En este aspecto, se la asimila a la figura del caso fortuito, contemplada en nuestro derecho por el art. 514 del Código Civil [285], al entenderse que ambas se refieren a sucesos imprevisibles o irresistibles, independientes de la voluntad de quien los alega [286], a pesar de imputársele tradicionalmente a la naturaleza el caso fortuito, y a hechos del hombre la fuerza mayor [287].

[284] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, I, 20ª ed., 1984, p. 665.

[285] El que en la proyectada unificación de la legislación civil y comercial incluye también al denominado "incumplimiento sin culpa", que se da "cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación".

[286] Tribunal Supremo español, sentencias del 19 de diciembre de 1930 y 19 de mayo de 1960. Idem, en la jurisprudencia francesa, Civ., 1 junio 1857, "D.", 57, 1307.

[287] Ver, así: Belluscio y otros, *Código Civil anotado*..., II, ob. cit., p. 662; Machado, *Exposición y comentario del Cód. Civ. argentino*, II, Buenos Aires, s/f., p. 172. Asimila a ambos en el sistema del Código Civil argentino, Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 3, nota 1.

Aun cuando discutido este carácter y criticada su inclusión como causal eximente de responsabilidad estatal por quienes consideran que aun ante su existencia debiera ser el Estado quien respondiera por el perjuicio causado [288], su reconocimiento como tal se basa en la idea de que "nadie, objetiva ni subjetivamente, debe responder de las consecuencias de un hecho que de ninguna manera le sea imputable" [289].

Es que la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor traerá aparejada, en cierta medida, la inexistencia del nexo causal entre la conducta y la violación del derecho ajeno [290].

Su carácter de eximente de responsabilidad estatal ha sido reconocido en forma expresa por los constituyentes españoles en el art. 106, 2, de la Constitución de 1978 —en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos—, y respecto a la responsabilidad por error judicial y anormal funcionamiento de la justicia por el legislador español, al prever en el art. 292, 1, de la L.O.P.J. que "los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los supuestos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título", acogiendo así la excepción omitida en la previsión específica del art. 121.

[288] Señala en este sentido Fernández Hierro (*Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 31) que "cuando en todos los ámbitos de la responsabilidad civil se tiende a la objetivización de la misma y cuando se trata de daños producidos de forma anónima e impersonal, la introducción de una causal de exculpación como puede ser la fuerza mayor es totalmente insatisfactorio. Y tal situación se refuerza cuando pensamos que el Estado podría presentar todo un conjunto, perfectamente armonizado y orquestado, de posibles causas de fuerza mayor: que no ha concurrido el número de aspirantes a oposiciones, que varios funcionarios judiciales han estado enfermos a la vez, que han sido robados por un tercero unos documentos de la sede del Juzgado, etc. Y siempre cabría la duda, la incógnita ante la solución que se iba a dar jurisprudencialmente al problema de su admisión en tales casos, teniendo además en cuenta que se trata de un proceso contencioso en el que hay que impugnar la legalidad de un acto administrativo (la decisión del Ministerio de Justicia) y que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo no ha sido la que más se ha distinguido en la objetivación de la responsabilidad civil. Porque lo que es evidente es el perjuicio sufrido por un tercero, y en estos casos, la sociedad debe ser quien los asuma por un principio de seguridad jurídica (lo que no es otra cosa sino una aplicación en grado elemental al campo del derecho del referido axioma); y además el minar la obligación de indemnización del Estado en el supuesto de funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia con la introducción de la fuerza mayor puede ser anticonstitucional, desde el momento en que la Constitución no admite para nada tal excepción, y de esta forma se violan unos derechos que, como ha precisado el Tribunal Constitucional, son de aplicación inmediata".

[289] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 50.

[290] Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 152.

Aunque su aceptación dependerá en la mayor parte de los supuestos de cuestiones esencialmente de hecho, su interpretación debe resultar, sin embargo —dado su carácter excepcional—, en extremo restringida, evitando que su invocación sirva para justificar acontecimientos previsibles [291]. Máxime cuando hasta cierto punto el carácter objetivo de la responsabilidad en análisis torna objetable su recepción como eximente de responsabilidad.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español al circunscribir la fuerza mayor a aquellos acontecimientos imprevisibles o inevitables en caso de ser previsibles, debiéndose tener en cuenta que nunca podrá ésta reconocer como origen "eventos internos, intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos" [292], al resultar estos "sucesos previsibles y evitables con una adecuada inspección" [293]. En sentido similar se ha pronunciado en reiteradas ocasiones nuestra Corte Suprema [294].

Por tal razón, corresponderá al propio Estado el de-

[291] Tribunal Supremo español, sentencia del 20 de octubre de 1970. Idem, en Francia, "Ville de Cannes c. Sté. «Institute d'Héliothérapie»", C.E., 10/4/74; en nuestro país, C.S.J.N., "Caveda, Francisco W., c. Pcia. de Santa Fe", 14/11/38, "L.L.", 13-603, con nota de Arturo Barcia López.

[292] Tribunal Supremo español, sentencia del 28 de julio de 1986.

[293] Tribunal Supremo español, sentencia del 28 de junio de 1983.

[294] Ver: C.S.J.N., "Manuela Aurora Eugenia Mercedes Añon de Muhlmann y otra, c. Nación Argentina", "Fallos", 247-607 (1960); "ENTEL c. Provincia de Buenos Aires", "Fallos", 259-350 (1964); etc.

mostrar en forma fehaciente su efectiva configuración [295].

Consecuentemente, no cabrá más que rechazar la invocación por parte del Estado de esta causal, por ejemplo, en los supuestos en que el anormal funcionamiento de la administración de justicia —manifestado por un notorio atraso en la resolución de las causas— se base en la insuficiencia de elementos personales y materiales.

Ello es así, porque en primer lugar no resulta, en modo alguno, imprevisible —sino al contrario— o irremediable. Y segundo, pues la aparente causal, es decir, la insuficiencia de medios —invocable quizá de tratarse de la responsabilidad personal de los funcionarios—, no resulta en realidad un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, sino de hecho propio del presunto responsable, es decir, del Estado, al no haber arbitrado éste los medios a su alcance para evitar tal situación [296].

b) La conducta del damnificado.

Aunque se trata, como hemos expresado anteriormente, de una responsabilidad de carácter objetivo, razón por la cual la conducta del damnificado pareciera en principio carecer de mayor relevancia, ello no es así, dada la exigencia de exclusividad que caracteriza en este supuesto a la responsabilidad estatal.

Por tal razón, resultará esencial que aquel que persigue una reparación no se haya extralimitado o hubiera abusado de su libertad o derecho, valiéndose de ardides o procedimientos mediante los cuales pudiera haber inducido a error o al funcionamiento anormal de la Justicia que dio origen al perjuicio.

Ello es así, pues en tal hipótesis, "aunque la inmediata causa del resultado lesivo sea algunos de estos hechos y

[295] Idem: Tribunal Supremo español, sentencias del 28 de enero de 1972, 16 de setiembre de 1883 y 20 de setiembre de 1985.

[296] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 51.

la responsabilidad tenga carácter directo y objetivo, producido el efecto por referida conducta, que constituye su auténtica causa eficiente, las consecuencias no deben imputarse más que al que la observó, porque el aparente nexo causal quedó roto e interferido por una muy relevante concausa que, por decirlo de algún modo, desobjetiviza la responsabilidad del Estado" [297].

Es que "si esta intervención es" —como señaló el Tribunal Supremo español— "tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa eficiente es imputable al propio dañado...", por muy objetiva que la responsabilidad sea [298].

En tal sentido se pronunciaba el derecho romano, al expresar el Digesto que "quien por su culpa sufre un daño, se entiende que no sufre daño". Lo mismo preceptuaba la ley 20 del título 34 de la VII[a] Partida, al señalar que "el daño que ome recibe por su culpa, que a sí mismo debe culpar por ello" [299].

Y lo hace también en la actualidad, en el derecho comparado, la Ley Orgánica del Poder Judicial española del 1 de julio de 1985, al disponer en su art. 295 —como hemos visto— que "en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado".

En sentido similar se pronunció en nuestro derecho Vélez Sarsfield, al prever en el art. 1111 del Código Civil que "el hecho que no causa daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone respon-

[297] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 51.

[298] Tribunal Supremo español, sentencia del 19 de enero de 1987, citada por Tornos Más y Font i Llovet, "R.A.P.", nº 115, ob. cit., p. 309. Ver, en el mismo sentido, C.N.Cont.-adm. Fed., Sala II, "Editorial Sarmiento S. A. c. Estado Nacional (Ministerio del Interior)", 19/11/81, "Rep. E.D.", 18-356, nº 141.

[299] Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 156.

sabilidad alguna", siguiendo en ello —a pesar de invocar haberse inspirado en Aubry y Rau— tanto a la solución esbozada en la VII[a] Partida, como especialmente al comentario efectuado por Proudhon al art. 1382 del Código Civil francés [300], posición, ésta, mantenida inalterada por el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

La conducta del damnificado podrá resultar trascendente como causal de eximición de responsabilidad, sobre todo en tres supuestos:

a) cuando haya cooperado en forma directa a la producción del daño;

b) cuando ésta consista en haber omitido el llamar la atención de la otra parte sobre la posibilidad concreta de producción del daño; y

c) cuando hubiera implicado la abstención por parte del damnificado de procurar los medios a su alcance a efectos de evitar la producción del daño o aminorar sus consecuencias [301].

No implica, sin embargo, ello, el creer que cualquier conducta dolosa o culposa del damnificado servirá como eximente de responsabilidad estatal, ya que no poco frecuentes resultan los supuestos donde la negligencia o culpa se halla repartida.

En tales supuestos, es decir, de no poder comprobarse que la lesión ha sido consecuencia exclusiva de la culpa o dolo del Estado o del particular damnificado, aun cuando invocan algunos autores la necesidad de recurrir al sistema de compensación de culpas esbozado en el derecho civil para los supuestos de culpa concurrente, creemos que en principio la aplicación de tal construcción no resulta procedente [302].

[300] Ver: Proudhon, *Traités des droits d'usufruit, d'usage personnel et d' habitation*, III, Dijon, 1836, p. 329.

[301] Santos Briz, *Derechos de daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 64, citado por Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, II, ob. cit., p. 651.

[302] Respecto a los criterios imperantes en el derecho privado para la

Ello es así, pues el basamento del reconocimiento de la responsabilidad objetiva del Estado en este supuesto se basa en la exclusividad de su obrar u omisión como generador de la lesión. Por tal razón, creemos, junto con un magistrado del Tribunal Supremo español, que "en el supuesto de conductas concurrentes es necesario ponderar la entidad y alcance que cada una de ellas tenga, a fin de eliminar la que resulte menos trascendente para producir el resultado lesivo" [303].

Consecuentemente, el papel de la conducta dolosa o culposa del particular damnificado como eximente de responsabilidad estatal, dependerá de la gravedad de ella y su incidencia como factor determinante en la producción de la lesión cuya reparación se persigue. Debe haber influído causalmente, en forma directa —y en cierta medida exclusiva—, en la configuración del perjuicio.

Tal criterio ha sido utilizado ya en ocasiones en el derecho comparado en virtud de la valoración de la proporcionalidad de la conducta estatal frente a la supuesta culpa concurrente [304], habiéndose señalado así que "en el concreto ámbito de la administración de justicia, deberá tenerse muy en cuenta si el error judicial o el anormal funcionamiento que el Estado pretenda atribuír a la conducta del perjudicado, pudo evitarse mediante el exacto cumplimiento del deber de vigilancia del proceso, no omitiendo la diligencia exigible y adoptando la cautela que los servidores de

atribución del daño en materia de culpa concurrente, ver Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, II, ob. cit., p. 652; Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, ob. cit., ps. 723 y ss.

[303] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 52.

[304] Expresó así el Tribunal Supremo español en su sentencia del 29 de abril de 1986, que "no hubo, pues, ataque al agente por parte del detenido que pudiera producir la ruptura del nexo causal. Lo que sucede es que la única medida para evitar cualquier intento de fuga fue la extrema de tener el arma aprestada para disparar, siendo así que podrían haberse tomado otras para el caso absolutamente eficaces, y que no habrían creado la situación de riesgo cierto de la que derivan los hechos con resultado de muerte".

la Justicia están llamados a adoptar. Porque cualquiera de estas omisiones anulará la posible influencia de la conducta del perjudicado y se erigirá en la verdadera causa determinante del daño" [305].

En el supuesto de que el perjuicio hubiera reconocido como origen la conducta de un tercero, la regla guarda cierta similitud, debiéndose determinar si incidió en ella en alguna forma el damnificado, y especialmente si ha habido connivencia entre ambos. De no ser así, el Estado deberá en principio responder por el perjuicio causado, ante el carácter objetivo de su responsabilidad [306].

IX. EL CARÁCTER OBJETIVO Y DIRECTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

a) El carácter objetivo.

La decisión a que arribó la Cámara Federal en el fallo "Nahoum", ya referido, pone especial énfasis en un aspecto esencial para el reconocimiento de esta especie de responsabilidad estatal —aun cuando se pueda discutir si éste encuentra su justificación realmente en el riesgo asumido por el Estado, o en otras posturas, como por ejemplo la del sacrificio especial—, el cual es el carácter directo y objetivo de la responsabilidad del Estado en este ámbito, como consecuencia de los cuales, irrelevante resultará la existencia o no de dolo, culpa o negligencia en los magistrados o funcionarios judiciales, ya que la responsabilidad estatal persistirá por la sola existencia del perjuicio, aun cuando no se diera el supuesto de antijuridicidad subjetiva.

Poco importará así, en la caracterización de la responsabilidad del Estado en los supuestos hoy en análisis, la determinación de la existencia en el caso concreto de dolo

[305] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 53.
[306] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 53.

o culpa en quien ha incurrido en el error o el carácter accidental de él [307].

No implica ello, en modo alguno, el olvidar que el Estado es responsable en cuanto por su obrar u omisión ha existido una conducta ilegítima. Lo que ocurre es que en la caracterización de la responsabilidad estatal la antijuridicidad [308] no se da ya más, hoy en día, exclusivamente, en virtud de un concepto subjetivo de ella, dependiente de la existencia o no de dolo o culpa [309, 310].

Es que como lo señaló Fiorini, "la vieja fórmula civilista de que no hay indemnización si no existe culpabilidad, se trasforma en el derecho administrativo, por la regla de que todo daño injustamente ocasionado por el Estado debe ser resarcido. El dato de injusticia proviene de la ruptura del respeto por el derecho individual" [311].

Ello ya era en cierta medida palpable en el derecho francés a partir de la resolución por parte del Tribunal de Conflictos del *arrêt* Blanco [312], donde la recepción de la figura de la "*faute du service*" implicó una objetivación de la responsabilidad, al producirse —como lo señala Cassagne—

[307] En el mismo sentido se pronuncia en general, en nuestro derecho, Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., ps. 280 y ss.
[308] Definida en nuestro país como "el carácter que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo considerado éste en su totalidad" (Orgaz, *El acto ilícito*, "L.L.", 140-1099); e identificada en Francia con la idea de la "*faute du service*". Ver, al respecto, C.E., "Carmouls", 23/6/33; "Priceteau", 9/11/62; "Martelli", 19/4/72; etc.
[309] Idem: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 706. Respecto a los distintos criterios esbozados para justificar la responsabilización del Estado, ver Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 26 y ss.) y Altamira Gigena (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 74 y ss.), quien se pronuncia por considerarla sustentada en el bien común.
[310] En sentido estricto, "la ilicitud de un acto es" —como señala Orgaz (*El acto ilícito*, ob. cit., p. 1102)— "independiente de las circunstancias relativas a los sujetos que realizan la acción; así, el acto contrario a derecho es siempre y por esto sólo ilícito, aunque haya sido practicado por un sujeto sin voluntad o que ha obrado sin culpabilidad...".
[311] Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, I, 1ª ed., Buenos Aires, 1968, p. 1098.
[312] T.C., 8/2/1873.

el desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniéndose el acento "más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño y en el servicio público" [313]. Y se consolidó, sin duda, con la recepción de la teoría del riesgo profesional en el derecho positivo francés, a partir de la ley de accidentes de trabajo de 1898 [314].

En el mismo sentido lo puso de manifiesto en su momento Duguit [315], al expresar que "en la época moderna, bajo la acción de trasformaciones económicas profundas, nacidos de los descubrimientos científicos y de la gran industria, bajo la acción de este fenómeno tan característico de la concentración de capitales, se ha sentido que la norma tradicional de la responsabilidad (por culpa) no era suficiente, que debía ampliarse, que la reparación era debida incluso por los daños causados sin falta por el individuo o por el grupo en interés de los cuales se ejerce la actividad causante del daño o por aquel al que pertenece la cosa que se produce. No se puede edificar la responsabilidad del Estado más que sobre la idea de un seguro social, soportado por la caja colectiva en provecho de aquellos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de los servicios públicos que tiene lugar en favor de todos... El Estado es, de alguna forma, asegurador de lo que a menudo se llama riesgo social".

Tal tendencia se ha manifestado con especial énfasis en la doctrina y jurisprudencia española contemporánea predominante, al sostener que el carácter objetivo de la responsabilidad estatal —esbozado inequívocamente ya por el

[313] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 275.

[314] Respecto a la aplicación de la teoría del riesgo para responsabilizar a la Administración, ver los *arrêts* "Société d'Assurances Mutuelles «Les Travailleurs Français»", C.E., 22/12/24; "Chayet", C.E., 1/3/33; "Lecomte", C.E., 24/6/49; "Aubergé et Dumont", C.E., 27/7/51; etc.

[315] Citado por Fernández Rodríguez (*La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, ob. cit., p. 94); Gordillo (*La responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., parág. XV, nº 5); Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 38) y Altamira Gigena (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 80).

art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954 [316]— no se basa en que la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, simplemente, en el hecho de que el sujeto no tiene el deber de soportarla (antijuridicidad objetiva) [317]; encontrando su fundamento, para algunos autores, en el principio de igualdad ante la ley, pues "cuando la Administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisible que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada" [318].

[316] El gran cambio que implicó esta normativa, verdaderamente revolucionaria para el pobre panorama que presentaba el reconocimiento de la responsabilidad estatal hasta ese entonces en España, ha sido descrito por Tomás-Ramón Fernández (*La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, ob. cit., p. 97) de la siguiente manera: "De la noche a la mañana, pues, pasamos del cero al infinito, de la irresponsabilidad de la Administración a la cobertura patrimonial integral del ciudadano frente a toda lesión resultante del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, a la responsabilidad objetiva, directa e ilimitada de los entes públicos, sin más excepciones que las relativas a los supuestos de fuerza mayor".

[317] García de Enterría y Fernández, *Curso...*, II, ob. cit., ps. 337. Idem, Tribunal Supremo español, sentencias del 27 de enero de 1971, 10 de febrero de 1972 y 12 de julio de 1985. Difiere ésta del término "ilegitimidad objetiva" utilizado por Cassagne (*Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 299), que asociada a la idea de la falta de servicio se traduce en la disconformidad del acto o del hecho con el ordenamiento jurídico.

[318] Entrena Cuesta, *Curso...*, I/1, ob. cit., p. 399. No es ésta sino una aplicación de la teoría del sacrificio especial esbozada ya por Otto Mayer en su *Derecho administrativo alemán*, IV, Buenos Aires, 1954, ps. 224 y ss. Señaló así el Consejo de Estado español, en su dictamen del 8 de julio de 1971, que "es acertado señalar que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para alguno de los administrados, se convierte en una típica lesión indemnizable en razón a la particular incidencia

También ha reconocido expresamente nuestra jurisprudencia dicho carácter objetivo de la responsabilidad estatal [319], extensamente tratado por la doctrina italiana [320], señalando, por ejemplo, en forma genérica, nuestro más alto tribunal en "Corvalán de Salinas", que "la distinción entre el ilícito privado y el ilícito de la Administración Pública" —léase genéricamente del Estado—, "no obstante identificarse en el concepto de ajuridicidad, se manifiesta con énfasis que en la primera adquiere importancia la culpa de los sujetos y el daño en la segunda" [321].

Resulta clara en este sentido, pues, la existencia de una tendencia a eliminar la consideración de los elementos de ilicitud y culpa como fundamento de la responsabilidad estatal, la que se apoya en nuevos criterios. Éstos han sido, principalmente, los de proporcionalidad de las cargas públicas [322], de igualdad ante la ley [323] —con basamento en

dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado. Esta mayor intensidad del sacrificio postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener una indemnización compensatoria del daño sufrido que, por su gravedad excepcional, no puede ser considerado como una carga general de obligado acatamiento".

[319] Ver: C.N.Civil, Sala A, "Costoya, Jesús, y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 30/9/85, "L.L.", 1987-C-292 y ss., con nota de Spisso.

[320] Ver, así: Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, 8ª ed., Milano, 1958, ps. 340 y ss.

[321] C.S.J.N., "Corvalán de Salinas, Anacleta, c. Gobierno Nacional", 11/4/75, "L.L.", 1975-C-69.

[322] Ver, así: Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 147; y en nuestro país, la mención que hace a esta teoría Bielsa, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, ob. cit., p. 355.

[323] O ante las cargas públicas, criterio propugnado en ocasiones por el Consejo de Estado francés para reconocer la responsabilidad estatal aun ante inexistencia de una *"faute du service"*. Ver: Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4ª ed., Paris, 1946, p. 420; Debbasch, *Institutions...*, 2, ob. cit., p. 271; Weil, *Derecho administrativo*, ob. cit., p. 168; y los *arrêts* "Cames" (1895), "Commune de Saint-Priest-la-Plaine" (1946), etc., citados por este último.

nuestro país en el art. 16 de la Constitución nacional— y de la lesión [324].

Lesión que —en las palabras de Blasco Esteve [325] —"en cuanto perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. Perjuicio que justo o injusto según la existencia o no de causas de justificación en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio, causas de justificación que han de ser expresas y concretas y consistirán siempre en un título que legitime al perjuicio contemplado" [326].

[324] En contra, parcialmente, Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 286, para quien el único fundamento de la responsabilidad por accionar legítimo es el del principio de igualdad, de los cuales se derivarían los restantes principios, de carácter complementario.

[325] Blasco Esteve, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1985, p. 29, con cita de García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1965, ps. 175 y ss.

[326] Especialmente ilustrativos del alcance que ha obtenido el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal en España, resultan los ejemplos brindados por Fernández Rodríguez (*La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales*, ob. cit., ps. 100 y ss.), especialmente el que surge de la sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de marzo de 1975, en el denominado asunto de "los novios de Granada", donde se condenó a la diputación provincial de Granada a indemnizar a la familia de una pareja de novios que paseaba junto al Hospital Provincial, dependiente de la diputación, cuando un demente internado en él se arrojó por la ventana causando la muerte al novio y heridas de consideración a la novia, condenándose al pago, entre otros, del daño moral consistente en la pérdida misma de las expectativas de matrimonio para la novia como consecuencia del fallecimiento del novio, por entender que la diputación provincial "no puede exonerarse invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de tercero, puesto que el perturbado, al hallarse internado en el hospital, no constituía agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que, como tal, se integraba en su organización y disciplina".

Así, se será responsable "no porque se haya obrado incorrectamente, no porque se haya hecho lo que se sabía no debía hacerse y no evitado lo evitable, sino simplemente por el hecho material de haberse causado un daño" [327].

En tal sentido, mencionaban ya los arts. 74 y 75 de la Introducción al Código General prusiano de 1794 (Einl ALR)[328]: "74. Los privilegios y derechos individuales de los miembros del Estado, deben ceder ante los derechos y obligaciones que imponen el fomento del bien común, cuando surge entre ambos una auténtica colisión. 75. Por su parte, queda el Estado obligado a indemnizar al que se haya visto obligado a sacrificar al bien común sus privilegios y derechos especiales".

Es que no se debe olvidar que en ambos supuestos —es decir, de responsabilidad del Estado por error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia— la responsabilidad del Estado es esencialmente objetiva [329] y directa, ya que más allá de los factores subjetivos que pudieran o no haber confluído en la toma de la decisión cuestionable [330], resulta evidente que "si toda resolución judicial

[327] Acuña Anzorena, *Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual*, Buenos Aires, 1946, p. 9. Ver en tal sentido, C.S.J.N., "Corvalán de Salinas, Anacleta, c. Gobierno Nacional", 11/4/75, "L. L.", 1975-C-69, ya mencionado.

[328] Citado por Blasco Esteve, *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 190.

[329] Expresaba así Garrido Falla (*El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*, en *Moneda y crédito*, Madrid, 1979, ps. 338 y ss.) que "la teoría de la indemnización es típica del derecho administrativo y se aplica en aquellos supuestos en que la Administración, actuando legítimamente, sacrifica el derecho de un particular (también legítimo, por supuesto)... La teoría de la responsabilidad tiene, en cambio, su origen en el derecho privado. Su fundamento se encuentra en una actividad dolosa, culposa o simplemente negligente de un sujeto que causa un daño a otro. De estos supuestos de responsabilidad subjetiva se pasa sucesivamente a la admisión por el ordenamiento jurídico de la llamada responsabilidad objetiva; basta —para ser declarado responsable— con que el sujeto haya creado un riesgo que se desprenda objetivamente del ejercicio de una actividad..., cualquiera que sea el grado de vigilancia y cuidado en el ejercicio de la misma".

[330] Señala así Martín Rebollo (*La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, "Revista Española de Derecho Administrativo" [R.E.D.A.], Madrid, marzo 1980, p. 27) que "el punto focal de nuestro sistema es el daño, la lesión, ofreciéndose la culpa como un simple criterio de tipificación".

debe ser el resultado de la constatación inequívoca de los hechos sobre los que recae y de la adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas a través de las cuales la situación conflictiva se soluciona, cuando aquélla se fundamenta en una errónea apreciación de tales hechos o en una inapropiada subsunción de los mismos en el específico ordenamiento, forzoso es concluír que el comportamiento del juzgador no es normal" [331].

Aunque no en el ámbito de la responsabilidad hoy en análisis, la justificación del carácter objetivo de la responsabilidad estatal en el derecho argentino ha sido explicado por nuestra Corte Suprema en "Cipollini", al señalar que "si bien puede discreparse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en casos como el presente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional y la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria" [332].

Como consecuencia de dicho carácter, el Estado será responsable aun cuando se demuestre que no ha mediado culpa o dolo de su parte o de alguno de sus agentes [333].

[331] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 24.

[332] C.S.J.N., 2/3/78, "Cipollini, Juan S., c. Dirección Nacional de Vialidad y otra", "E.D.", 77-223 (1978).

[333] Señalaba en tal sentido, ya en 1933, en nuestro país, Henoch D. Aguiar (*Tercera Conferencia Nacional de Abogados*, ed. Buenos Aires, 1935, p. 197) que "hay una tendencia bien marcada a establecer la responsabilidad del Estado en presencia de ciertos factores humanos que quiebran la rigidez de los principios sobre la culpa como única generadora de responsabilidad".

Así lo ha reconocido no sólo la doctrina [334] en la interpretación del art. 121 de la Constitución española, sino también en forma implícita el legislador español al expresar en el art. 296 de la L.O.P.J. que "el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos...", de lo que se deduce que igualmente lo hará de no existir tal antijuridicidad de carácter subjetivo.

La existencia de dolo o culpa podrá sí, en cambio, tener incidencia en cuanto a las responsabilidades penales o civiles de los magistrados o funcionarios. Poco importa, al contrario, respecto a la responsabilidad del Estado frente al particular damnificado, aunque algunas normativas específicas prevean —como la antes mencionada— la posibilidad de que el Estado repita las sumas pagadas en tal concepto, de sus magistrados y funcionarios únicamente de existir conducta dolosa o gravemente culposa que se les pueda atribuír.

Es que la marcada tendencia hacia una mayor objetivación de la responsabilidad civil en el campo del derecho privado, a la aplicación de principios tales como el de la responsabilidad por el riesgo o la inversión de la carga de la prueba en el campo del derecho procesal[335], se han manifestado aun con mayor fuerza en el ámbito del derecho público.

Así lo ha puesto de manifiesto Enterría al señalar: "¿Es que la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la Administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social? Nadie lo cree ya en ningún país y, por supuesto, no lo cree tampoco nuestro legislador, que desde 1954 viene, con reiteración y con generosidad digna de ser resaltada, sosteniendo

[334] Ver, así: Fernández Hierro, *La responsabilidad civil judicial*, ob. cit., ps. 30 y 59.

[335] Ver: Díez Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, ps. 605 y ss.

enérgicamente lo contrario. Ése era el planteamiento arcaico de la teoría de la responsabilidad civil de la Administración, el que se expresaba en los dogmas «The King can do not wrong» o «Le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensations», dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado definitivamente" [336].

En nuestro país, la inexistencia de normativas específicas en materia de responsabilidad del Estado, ha traído como consecuencia que algunos autores tiendan a deducir el carácter objetivo de la responsabilidad estatal de lo dispuesto en el art. 1112 del Código Civil, en cuanto regularía "una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio" [337], habiéndose pronunciado nuestra Corte por esta posición en algún fallo reciente [338].

Aunque un importante sector de nuestra doctrina rechaza expresamente tal posibilidad —por considerar que siendo la responsabilidad del Estado siempre directa, no se puede equiparar al Estado a la figura del patrón al ser los agentes públicos órganos de la persona pública Estado [339]—, el carácter objetivo de la responsabilidad estatal se ha deducido inclusive del art. 1113 del Código Civil [340]; habién-

[336] García de Enterría, *Prólogo a la responsabilidad civil de la Administración pública de Jesús Leguina*, Madrid, 1983, p. 22.

[337] Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 298, quien se pronuncia por la utilización exclusiva de tal previsión.

[338] C.S.J.N., "Vadell, Jorge F., c. Provincia de Buenos Aires", 18/12/84, "E.D.", 114-215, con nota de Cassagne, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*.

[339] Cassagne, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, ob. cit., p. 217.

[340] Que señala: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...". En contra se pronuncia Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 40), que critica a

dose basado expresamente en este precepto, en ocasiones, nuestra Corte Suprema [341].

Así acontecía también en España —en cuanto a la responsabilidad estatal en forma genérica— en virtud de la interpretación del art. 1903 del Código Civil [342], hasta la sanción, primero, en el año 1954, de la Ley de Expropiación Forzosa [343]; luego, de la Ley de Régimen Jurídico de

quienes no reconocen la responsabilidad del Estado en ausencia del dolo o culpa del magistrado, y señala que "el alto grado de inaceptabilidad que todavía tiene en la legislación la responsabilidad del Estado por fallas de la judicatura, proviene de la «incomodidad» jurídica de tener que admitir que en cada acto jurisdiccional dañoso, indemnizable, existe necesariamente un juez a quien debe responsabilizarse, siendo que la responsabilidad es más bien propia del sistema judicial-institucional en que se halla inmerso".

[341] Ver: C.S.J.N., "Corvalán de Salinas, Anacleta, c. Gobierno Nacional", 11/4/75, "L.L.", 1975-C-69 y 71, ya citado; ídem, C.S.J.N., "Caveda, Francisco W., c. Pcia. de Santa Fe", 14/11/38, "L.L.", 13-603, con nota de Arturo Barcia López. Ver, sin embargo, cambiando la orientación de la Corte, "Vedell, Jorge F., c. Provincia de Buenos Aires", "E.D.", 114-215 y ss.

[342] Que señala en forma muy similar: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

[343] Que dispone en su art. 121, 1: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento, toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

la Administración del Estado, del 26 de julio de 1957 [344]; y, finalmente, en el ámbito específico de la responsabilidad por error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia, de la Constitución de 1978 y de la actual L.O.P.J., en el año 1985.

Del mismo modo lo han entendido, en nuestro país, prestigiosos autores, como Spota, respecto a la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, al señalar que "cuando se trata de daños inferidos en el ejercicio de sus funciones, por los miembros del P.J. o por los auxiliares y agentes en la administración de la justicia, la ley civil ya ha dado una respuesta terminantemente asertiva al problema de la responsabilidad extracontractual y del adecuado resarcimiento por el Estado. El art. 1112 establece esa responsabilidad del agente o funcionario. El precepto siguiente hace surgir el deber resarcitorio, como inherente al riesgo creado por la función encomendada, al que dio la incumbencia, en el caso, al Estado (art. 1113). . . .nada obsta a que, por mala organización del servicio estatal, quepa hablar de responsabilidad del Estado por hecho propio (art. 1109), es

[344] Que en lo que constituye la previsión general de responsabilidad del Estado (art. 40) dispone: "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La simple anulación en vía administrativa o por lor tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización. Ésta podrá pedirse en vía contenciosa con arreglo a la ley de dicha jurisdicción, o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente. 3. Cuando la lesión sea consecuencia de hechos o de actos administrativos no impugnables en vía contenciosa o, aun siendo impugnables, el perjudicado opte por la vía administrativa, la reclamación se dirigirá al Ministerio respectivo, o al Consejo de Ministros si una ley especial así lo dispone, y la resolución que recaiga será susceptible de recurso contencioso-administrativo en cuanto a la procedencia y cuantía de la indemnización. En todo caso, el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización".

decir, por el hecho *del* servicio y no sólo por hecho *de* servicio" [345].

Más allá de la relevancia relativa de tal discusión, no existe impedimento alguno, incluso, a nuestro entender, en que tal responsabilidad se pueda fundar —como lo señaló nuestra Corte en el mencionado caso "Cipollini"— en forma directa en la Constitución nacional, especialmente en sus arts. 14, 16, 17 y 100 [346], solución, ésta, ya propugnada en su momento por el profesor Bullrich y antigua jurisprudencia de nuestro más alto tribunal [347].

Es que como señala Gordillo, "la Constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole, al primero, además, un cierto poder para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales para que puedan equilibrar el poder estatal... Cuando la Constitución determina los derechos individuales y se preocupa de aclarar que el Estado no puede alterarlos (art. 28), no está dando protección a los individuos frente a sus semejantes, sino frente al Estado. La Constitución considera que la protección de los individuos a sus semejantes la dará la ley, imparcial y ajena a la contienda que pueda existir, pero la protección de los individuos frente al Estado no puede la Constitución habérsela encargado al Estado mismo; entonces no tendría sentido el art. 28 de la misma" [348].

[345] Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3, Buenos Aires, 1951, p. 552.

[346] Idem: Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 44 y ss.), quien deduce de las previsiones constitucionales la aplicación de las teorías del sacrificio especial y de la igualdad de las cargas públicas (arts. 4, *in fine*, y 16); de la garantía del derecho de propiedad (art. 17) y de los derechos adquiridos (arts. 14 a 20); y Fiorini (*Manual de derecho administrativo*, II, ob. cit., ps. 1095 y ss.), quien extrajo tal responsabilidad del Preámbulo ("afianzar la justicia") y de los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 28 y 100 de la Constitución nacional.

[347] Ver así, por ejemplo, C.S.J.N., "Laplacette, Juan (suc.), c. Provincia de Buenos Aires", "L.L.", 29-696, donde se la extrajo en forma directa de los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional.

[348] Gordillo, *La responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., parág. XI. En el mismo sentido, Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 170) señala que "mientras la legislación adecuada no sea aprobada, los jueces deberán declarar la obligación estatal de resarcir todos los daños que resulten antijurídicos, por la violación de garantías constitucionales. Porque la primera norma que deben aplicar los magistrados es la Constitución nacional (arts. 31 y 100, C.N.)".

La tendencia hacia la objetivación se ha manifestado claramente también —como expresamos— en el campo de la responsabilidad civil [349], retornándose en cierta medida, así, al derecho primitivo, en donde la noción de culpa era inexistente y sólo se atendía a la existencia de un resultado dañoso para reaccionar contra su causante [350], superándose la noción tradicional adoptada por Vélez Sarsfield en el art. 1067 del Código Civil en cuanto a que no hay responsabilidad sin culpa [351].

Quizá sea por ello que se ha expresado que "la idea de culpa no es hoy sino una mentira jurídica destinada a camuflar la verdad" [352].

Bajo tal tendencia, no importa, pues, que la violación de la norma jurídica responda a una imputación jurídica determinada; "es el hecho material en sí mismo lo único que debe tomarse en consideración" [353].

Así, se ha reconocido en el derecho comparado la responsabilidad objetiva del trasportista, aunque el daño hubiera sido consecuencia de un caso fortuito o pruebe haber actuado con la debida diligencia [354]; o se ha admitido la

[349] Ver: Díez Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, ob. cit., ps. 605 y ss.

[350] De Cupis, *El daño*, Barcelona, 1975, p. 188.

[351] Ver, respecto a esta noción tradicional: Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, ob. cit., p. 505.

[352] Morin, *La loi et le contrat*, p. 117, citado por Borda, *Fundamento de la responsabilidad extracontractual*, "L.L.", 94-828.

[353] Saleilles, citado por Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 15.

[354] Ver en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo español del 10 de junio de 1943, 8 de abril de 1958, 30 de junio de 1959 y 9 de abril de 1963; y el art. 120 de la ley española de Navegación Aérea del 21 de julio de 1960.

teoría del riesgo [355] —introducida entre otros por Ripert—, para la cual aquel que se aprovecha de los beneficios de una cosa o derecho, debe soportar sus riesgos, discutiéndose si la responsabilidad cesaría cuando el agente obra conforme a las condiciones de su época y ambiente —como lo propone Ripert—, o si la teoría del riesgo equivale a la responsabilidad objetiva [356].

A pesar de su indiscutible filiación subjetiva —visible en los arts. 508, 520, 521, 622, 1067, 1109, 1072 y 1081 del Código Civil—, la irrupción de la responsabilidad objetiva en nuestro sistema jurídico ha resultado clara a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 a los arts. 907 y 1113 del Código Civil. La proyectada unificación de la legislación civil y comercial se inclina aún más por la tendencia objetiva, al poner especial énfasis —en su art. 1067— en la resarcibilidad del daño, suprimiendo la necesidad de imputarlo al dolo, culpa o negligencia de los agentes, aunque limitando en principio el resarcimiento, en los casos de atribución objetiva del deber de reparar, a dos mil argentinos oro por cada damnificado directo [357].

[355] Expresaba, así, el Tribunal Supremo español en su sentencia del 15 de abril de 1964 que "si bien no cabe prescindir del aspecto subjetivo con que la culpa extracontractual es contemplada, predominantemente, en la ley, a impulsos de las exigencias de la realidad por imperativos de justicia, viene orientándose, cada vez más acentuadamente, hacia una estimación más objetiva de la llamada responsabilidad aquiliana, ponderando no sólo el insoslayable aspecto subjetivo de la culpa a exigir, sino el más real y efectivo del riesgo creado, con vista a una más clara y equitativa apreciación de aquél...".

[356] Ver, en este sentido: Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947, ps. 37 y ss.

[357] En tal sentido, el art. 1113 del Proyecto señala que "en los casos de atribución objetiva del deber de reparar el daño, la indemnización se limitará a un equivalente a dos mil argentinos oro por cada damnificado directo. Dicho límite no será aplicable si el demandado: 1) no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño; o 2) debió razonablemente haberse asegurado...". Ver, al respecto: Trigo Represas, *La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, "L.L.", 1987-C-860 y ss.; López Cabana, *La atribución objetiva de responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del derecho privado*, "L.L.", 1988-C-823 y ss.; y Simone, *La reforma al artículo 1113 del Código Civil en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, "L.L.", 1987-D-1028 y ss., quien critica la nueva redacción.

b) El carácter directo.

A pesar de algunas opiniones aisladas [358], la posición predominante en la actualidad, tanto en el derecho argentino como en el extranjero, es aquella que considera, como hemos señalado, que la responsabilidad del Estado reviste siempre el carácter de directa.

Ello se funda en que a diferencia de lo que ocurre con el supuesto de responsabilidad indirecta previsto por el art. 1113 del Código Civil, el Estado no es en realidad el patrón al cual implícitamente se refiere la norma en su primera parte, ni los funcionarios públicos sus dependientes.

Muy al contrario, al igual que los restantes funcionarios públicos, tanto los magistrados como los funcionarios judiciales son en realidad órganos del Estado, y no dependientes, mandatarios o representantes de él [359], resultando, por ende, inadecuado hablar de responsabilidad indirecta o por el hecho del dependiente.

Téngase en cuenta que a diferencia de lo que acontece con el patrón en el derecho civil, el Estado no actúa sino siempre por medio de sus funcionarios, resultando éste el modo frecuente y ordinario por el cual el órgano estatal expresa su voluntad.

Así lo ha entendido también nuestra Corte Suprema en "Hotelera Río de la Plata", al expresar —refiriéndose a los funcionarios públicos en forma genérica— que "en el caso de responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus fun-

[358] Como la de Guastavino (*Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado*, "E.D.", 118-190), quien considera a la responsabilidad estatal en algunos supuestos indirecta.

[359] Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 718; Gordillo, *Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XX, p. 16.

ciones no se trata de una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" [360].

X. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ERROR JUDICIAL Y ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

a) El procedimiento para su reconocimiento.

Aunque todavía se discute en nuestro país la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación en el campo de la Justicia —esencialmente en el supuesto del error judicial, ya que el de responsabilidad derivada de la anormal administración de justicia no ha sido en general siquiera planteado—, otros sistemas jurídicos han regulado en forma detallada el procedimiento que se debe seguir para obtener en tales supuestos la reparación patrimonial.

En España, el procedimiento para el reconocimiento de tales responsabilidades —aceptadas, como hemos visto, por el art. 121 de la Constitución de 1978— se halla previsto en forma detallada a partir de los arts. 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 de julio de 1985, en su título V, "De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia", estableciéndose la competencia para entender en esta especie de reclamos, de la jurisdicción contencioso-administrativa [361].

[360] C.S.J.N., "Hotelera Río de la Plata S. A. c. Provincia de Buenos Aires", 4/6/85, "Rep. E.D.", 19-527, nº 83.

[361] Señala así el art. 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L.J.C.A.) que ella conocerá, entre otras, en "las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública", habiéndose considerado dentro de ésta —a los efectos de la atribución de competencia entre los órganos judiciales— a la denominada Administración

En el caso de la responsabilidad por error, el procedimiento cuenta con tres etapas claramente diferenciadas, habiéndoselo criticado por el "cúmulo de requisitos, trabas y obstáculos" impuestos a quien busca su reconocimiento [362].

La primera etapa, previa al reclamo de indemnización, se dirige a obtener una sentencia judicial que declare tal error [363], considerada como el título legitimante de la solicitud de indemnización [364], debiéndose iniciar la acción judicial para el reconocimiento del error "ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error", dentro de los tres meses "a partir del día en que pudo ejercitarse" [365], debiendo dictar sentencia previo informe del órgano judicial a quien se le atribuye el error [366]. Aun cuando la interpretación mayoritaria de plazos similares como el establecido por los arts. 40, 3, de la L.R.J.A.E. y 122, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa, era que se trata en aquellos su-

de Justicia. Ver: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 214.

[362] Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., ps. 30 y ss., quien señala: "cuando se trata de error judicial, la ley plantea lo que parece ser una carrera de obstáculos al ciudadano antes de que pueda conseguir una indemnización como consecuencia de tal error. En realidad, tal situación no beneficia a nadie: ni evidentemente al ciudadano que ve dificultado su derecho hasta límites insospechados, ni siquiera al juez o magistrado, ya que el perjudicado podrá optar por acudir a la reclamación directa frente a él que parece menos escabrosa".

[363] Dispone así el art. 293, 1, de la L.O.P.J. que "la reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión...".

[364] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 54.

[365] L.O.P.J., art. 293, 1, ap. *b* y *a*. En el supuesto de imputarse el error a una sala o sección del Tribunal Supremo, el conocimiento le corresponderá a una sala formada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de sala y el magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas (art. 61, L.O.P.J.).

[366] L.O.P.J., art. 293, 1, *d*.

puestos de plazos de prescripción [367], se ha considerado también que el plazo impuesto por la L.O.P.J. es en realidad de caducidad [368].

La segunda etapa resulta exclusivamente administrativa, al disponer el art. 293, 2, de la L.O.P.J. que "tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse".

La tercera, de índole judicial, sólo será factible, pues, de rechazar el Ministerio de Justicia el reclamo efectuado, debiéndose instaurar la acción por la vía ordinaria prevista por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (L.J.C.A.), es decir, la acción o recurso contencioso-administrativo previsto en los arts. 37 y ss. de dicha normativa.

En cuanto a la reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia, ella no es sino una variante del denominado en nuestro país "reclamo administrativo previo", y su recepción por la L.O.P.J. no es sino consecuencia de la aplicación específica del procedimiento genérico establecido por el art. 40, 3, de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (L.R.J.A.E.) para obtener la reparación patrimonial ante la responsabilidad estatal [369]. Esta

[367] Ver, así, las sentencias del Tribunal Supremo español del 2 de abril de 1979, 5 de febrero de 1980 y 5 de junio de 1981.

[368] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 55.

[369] Expresa así tal disposición que "cuando la lesión sea consecuencia de hechos o actos administrativos no impugnables, en vía contenciosa o, aun siendo impugnables, el perjudicado opte por la vía administrativa, la reclamación de indemnización se dirigirá al ministro respectivo, o al Consejo de Ministros si una ley especial así lo dispone, y la resolución que recaiga será susceptible de recurso contencioso-administrativo en cuanto a la procedencia y cuantía de la

disposición ha merecido importantes críticas por considerarse que "si la Constitución ha pretendido realizar plenamente los principios de división de poderes y autogobierno del Poder Judicial, la reclamación administrativa debe dirigirse al Consejo General del Poder Judicial, órgano de dicho Poder, como consagra el art. 122, 2, del texto constitucional" [370]; así como por lo engorroso del procedimiento [371].

Nótese, en este sentido, la diferencia entre el régimen establecido por la L.O.P.J. española y nuestra ley 19.549. Aunque no está todavía plenamente reconocida la responsabilidad del Estado por su actividad judicial en nuestro país, los principios generales establecidos por nuestra L.P.A. determinarían, al contrario, lo innecesario del reclamo administrativo previo y la procedencia directa de la acción judicial por tratarse del supuesto del art. 32, inc. *d*, de nuestra normativa [372].

Aun cuando la L.O.P.J. dispone en su art. 293, 1, g, que "la mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute", se ha entendido que ello no obsta a que durante la primera etapa mencionada —y ya interpuesta la solicitud— el órgano judicial declare la suspensión de la ejecutoriedad de la decisión cuestionada, a efectos de evitar que se intensifiquen sus efectos perjudiciales, al tratarse de una típica medida cautelar dentro del campo de sus atribuciones [373].

indemnización. En todo caso, el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización".

[370] Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 346; ídem, Almagro, *El sistema español de responsabilidad judicial*, ob. cit., p. 474. Adecuada le parece, al contrario, a Solchaga, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., ps. 2579 y ss.

[371] Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 217.

[372] Que señala: "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:...*d*) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado...".

[373] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 58.

En el supuesto de responsabilidad por el anormal funcionamiento de la Justicia, el procedimiento se inicia directamente con la reclamación efectuada ante el Ministerio de Justicia [374].

La falta de recepción expresa de la responsabilidad del Estado en este ámbito ha impedido, obviamente, que exista en nuestro país un procedimiento específico para obtener su reconocimiento, al menos en el orden nacional.

Ello no obsta a la aplicación, a nuestro entender, del mismo procedimiento utilizado para reclamar los daños y perjuicios consecuencia de la responsabilidad del Estado en general. Máxime cuando, como hemos sostenido, no creemos necesaria —a diferencia de la doctrina y jurisprudencia predominante— la declaración previa de existencia de error judicial para la procedencia de la acción resultante de ésta; etapa obviamente innecesaria en el supuesto de que el perjuicio fuera producto del anormal funcionamiento de la administración de justicia.

No se requerirá por ello —en virtud de lo dispuesto por el art. 32, inc. *d*, de la ley 19.549 antes señalado— la interposición del reclamo administrativo previo previsto en los arts. 30 y ss. de dicha normativa. Aunque pareciera que la acción debiera dirigírsela contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación —ante la inexistencia en la actualidad de un órgano como el Consejo General del Poder Judicial existente en España—, la práctica judicial indica —ante la inexistencia de la estructura para ello en el ámbito del Poder Judicial— que la acción será en realidad evacuada y defendida por el Ministerio de Justicia, órgano dependiente del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la sustanciación del proceso, éste se regirá, ante la inexistencia de normas expresas en sentido contrario, por las disposiciones de la Ley de Demandas contra la

[374] L.O.P.J., art. 293, 2.

Nación [375] y el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación [376].

b) Para el reconocimiento de la responsabilidad estatal ¿se requiere la existencia de una norma que así lo disponga?

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado originada en el ámbito de la Justicia ha llegado acompañado, en la mayor parte de los sistemas comparados, como hemos visto, de una normativa específica, previendo la existencia de esta responsabilidad.

Cabe preguntar, pues, como consecuencia de ello, si la inexistencia de tal normativa —como ocurre en el ámbito nacional o en el provincial respecto a la responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia— impide el reconocimiento de su existencia.

Aunque algunos prestigiosos tratadistas argentinos, como Bielsa, sostuvieron la necesidad de que exista siempre una ley formal [377] para responsabilizar al Estado, al carecer ésta de un fundamento jurídico propio [378], creemos, como se habrá podido observar, que tanto en lo que a la responsabilización genérica del Estado, como en el supuesto de las responsabilidades específicas que hoy nos ocupa, la exis-

[375] Ley 3952, del año 1900, con su reforma por la ley 11.634.

[376] En la actualidad está vigente el sancionado por la ley 17.454, con las reformas introducidas por la ley 22.434, del 16 de marzo de 1981.

[377] O una disposición constitucional que así lo establezca en forma expresa, como lo sostiene Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 18.

[378] Bielsa, *Responsabilidad del Estado en el derecho actual*, en *Contribución al examen de algunas instituciones jurídicas*, Buenos Aires, 1933, p. 61. En contra se pronunciaba, sin embargo, en forma bastante similar a la que lo hacemos nosotros hoy en día, Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, ob. cit., ps. 186 y ss.

tencia de una normativa específica no resulta imprescindible para tal reconocimiento [379].

Es que a efectos de la existencia de responsabilidad en cualquier ámbito, pareciera que lo único que resulta necesario es la existencia de un deber y de un acto u omisión que produzca un perjuicio en infracción a él [380], requisitos que evidentemente se dan en los supuestos de responsabilidad hoy en análisis, aun a falta de norma expresa que así la establezca.

Coincidimos, pues, en ello, con algunos autores, como el desaparecido tratadista uruguayo Sayagués Laso, o con Cueto Rúa, aunque ambos limitan su referencia exclusivamente a la responsabilidad del Estado por error judicial [381].

Señala así este último, sobre la base de la construcción francesa de la *"faute du service"*, que "el error judicial se produce generalmente por una concatenación fatal de circunstancias que se traduce en la condena injusta, y sin que sea posible señalar en determinado o determinados funcionarios o empleados una conducta negligente o culpable. Ha habido un vicio, una imperfección, un defecto, una falta, en el mecanismo procesal. ¿Podemos en este caso establecer la responsabilidad del Estado? La respuesta debe ser afirmativa. Ha habido una falta del servicio. Estamos frente a una culpa propia de la Administración judicial, y habiendo ocasionado un daño, debe indemnizar a quien lo ha sufrido" [382].

La existencia de una norma positiva que contemple la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños co-

[379] Idem: C.N.Fed., Sala I Civil y Com., "Casanova, José, y otra c. Estado Nacional", "E.D.", 71-331.

[380] Ver: López Olaciregui, *Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", I, IV, p. 61.

[381] Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 671. Idem: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 770.

[382] Cueto Rúa, *La responsabilidad del Estado por los errores judiciales en las causas criminales*, en *Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual*, I, La Plata, ps. 339 y ss.

metidos durante el ejercicio de la actividad judicial, parece, pues, irrelevante. Es que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños cometidos en este ámbito no puede diferenciárselo de la que pudiera resultar de la producida en otros ámbitos del Estado [383]. No se trata sino de una consecuencia directa de la vigencia del principio de legalidad, rasgo característico del Estado de derecho. Así lo ha admitido un importante sector de nuestra doctrina [384] y jurisprudencia [385].

En el mismo sentido, aun cuando carece nuestro derecho positivo de normas de la precisión de las de los arts. 121 de la Constitución española y 292 y ss. de la L.O.P.J. de 1985 o del art. 11 de la ley francesa 72-626, del 5 de julio de 1972, nada obsta al reconocimiento de tal responsabilidad en virtud de los arts. 33, 43, 515, inc. 4 [386], 1109, 1112 y 1113 del Código Civil, en su redacción actual [387], o incluso

[383] Idem: Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 76, aunque limitando su afirmación al error judicial que deriva en la privación, en sede criminal, de la libertad de un inocente.

[384] Ver, en sentido similar: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., ps. 698 y ss., en especial ps. 702 y 770; Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, II, ob. cit., p. 1104.

[385] C.N.Civ. y Com. Federal, Sala III, "Andreotti, Guerrino, c. Luchetta, Leonardo A., y otro", 18/10/84, "Rep. E.D.", 20-A-513, nº 88.

[386] En contra: Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, IV, ob. cit., p. 772, para quien "dicha norma no puede mencionarse como supuesto de recepción de la responsabilidad del Estado-juez, pues fundamentalmente sólo regla las relaciones de los administrados entre sí, considerados como partes en una contienda civil".

[387] Cabe destacar, sin embargo, que la utilización de los arts. 1109 y 1113 para fundar la responsabilidad del Estado han gozado de duras críticas por parte de nuestra doctrina. Señala así Cassagne (*Derecho administrativo*, I, ob. cit., ps. 294 y ss.), al comentar lo resuelto por la Corte en la causa "Devoto" —en la cual basó el más alto tribunal su resolución en dichas disposiciones—, que "si bien la invocación al art. 1113 del Código Civil puede justificarse en orden a la responsabilidad de las personas jurídicas privadas (eludiendo así el art. 43 de dicho Código), carece de sentido tratándose del Estado, al cual no se lo puede equiparar al «dominus» o patrón, dado que los agentes públicos son órganos de la persona pública estatal... Pero el error más grande está en haber acudido al art. 1109 del Código Civil, que consigna la responsabilidad sobre la base de la noción de culpa en lugar de utilizar la figura de «falta de servicio», con fundamento en un principio de derecho administrativo de base

directamente de numerosas previsiones de nuestra Constitución nacional, especialmente de sus arts. 14, 16, 17, 19 y 100.

En tal sentido, expresó acertadamente la Cámara Nacional Civil, en el caso "Klyck", que "si bien en nuestro ordenamiento no hay una norma específica que consagre la responsabilidad estatal en forma explícita, el fundamento específico reposa en la Ley Fundamental..., que garantiza la igualdad ante la ley (art. 16), la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 17 y 14), el afianzamiento de la justicia... Y toda ofensa a tales derechos adquiridos y reconocidos, aun por la actividad del mismo Estado, origina la obligación de repararlos, sin que sea necesaria la existencia de una ley concreta que reconozca el derecho a la indemnización" [388].

Por similar interpretación se pronunció en su momento —al referirse a la responsabilidad del Estado en forma genérica— Fiorini, al expresar que "después de la sanción de la ley 17.711, modificatoria del Código Civil, la responsabilidad estatal se sustenta en una norma, como es el art. 43, con proyecciones de derecho público. La circunstancia de que ésta se encuentre en uno de los capítulos del estatuto privado denominado Código Civil, no es causal para que se la considere como norma de derecho privado. La ubicación de un artículo en un cuerpo denominado Código Civil

constitucional, cual es el de que no es justo que los administrados soporten los daños causados por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio o función pública, dado que de lo contrario se alteraría la igualdad ante las cargas públicas". A pesar de tales críticas, la invocación por parte de nuestros tribunales de los arts. 1109 y especialmente 1113 del Código Civil como basamento de la responsabilidad estatal constituyen todavía una constante. Ver, en tal sentido, C.S.J.N., "Serú, Liliana E., c. Provincia de Buenos Aires", "Fallos", 300-867; C.N.Civil, Sala C, "Guiffre, Lázaro C., y otra c. Gobierno Nacional", 5/10/82, "E.D.", 102-777. En contra, sin embargo, C.N.Fed., Sala I Civil y Com., "Casanova, José, y otra c. Estado Nacional", "E.D.", 71-331, para la cual tal responsabilidad debe basarse en los arts. 33, inc. 1, 43 y 1112 del Código Civil.

[388] C.N.Civil, Sala E, "Klyck S. A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 27/8/85, "E.D.", 117-139 (del voto del Dr. Dupuis).

no destruye la sustancia del contenido del principio que encierra el mencionado art. 43, después de la modificación impuesta por la ley 17.711. Si la forma, según el concepto aristotélico, no destaca sustancia, aun con mayor razón ésta no se crea por la ubicación de una norma dentro de un cuerpo legal" [389].

Así cabe incluso deducirse de algunas normas provinciales argentinas, como la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1962, que señala en su art. 18 que "en la esfera del derecho público, la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables".

c) *Órgano competente para entender frente a las acciones de responsabilidad del Estado por error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia.*

A diferencia de lo opinado por algunos autores [390] creemos que el conocimiento de las actuaciones originadas como consecuencia del daño producido por el mal funcionamiento de la administración de justicia le compete a los órganos judiciales en primera instancia, mas no a la Corte Suprema de Justicia, la cual podrá actuar exclusivamente de resultar competente conforme a las pautas comunes a los litigios ordinarios.

Ello es así, pues no se trata de ninguno de los supuestos de competencia originaria previstos en el art. 101 de

[389] Fiorini, *El servicio militar, el derecho administrativo y daño por "faute du service"*, "L.L.", 152-349, 350, quien considera que la responsabilidad estatal puede deducirse del juego de los arts. 33 y 43 del Código Civil.

[390] Ver, así: Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., ps. 68 y ss.), para quien, en el orden federal, la acción debe ser deducida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

la Constitución nacional, ni existe norma legal alguna que haya establecido tal competencia.

Consecuentemente, al igual que en cualquiera otra materia, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces de primera instancia especializados en la materia, en principio, respecto a la responsabilidad del Estado nacional, a los jueces federales, y en la Capital, específicamente a los competentes en materia contencioso-administrativa.

Admitir lo contrario, además de implicar una creación doctrinal de competencia —manifiestamente improcedente—, sería además en extremo peligroso, pues significaría admitir que no resultarían pasibles de reparación judicial aquellos daños producidos como consecuencia del obrar u omisión del más alto tribunal de la Nación.

Olvidan así, a nuestro entender, quienes sostienen la tesis contraria, que no existe relación jerárquica entre los distintos tribunales de justicia [391], ni consecuentemente poder de mando o deber de sumisión en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, por lo cual nada impide que el mal denominado tribunal inferior juzgue la responsabilidad que pudiera derivar del obrar del superior. Más allá, obviamente, de ciertos inconvenientes que pudieran derivar en rencores personales o en la necesidad de formar, en su caso, un tribunal de conjueces, a efectos de la revisión de la decisión del tribunal de primera instancia.

Del mismo modo, improcedente parece el atribuír, como hace Izquierdo, competencia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a efectos de juzgar en los supuestos de responsabilidad del Estado por error judicial cuando éste

[391] Ello es claramente observable en Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 69), quien señala, a nuestro entender erróneamente, que "no parece lógico ni congruente otorgar competencia para que entienda el tribunal de primera instancia con sede en el asiento de la cámara aludida. Ello es así porque, bien que reconociendo que los magistrados son independientes en sus pronunciamientos, *existe una alteración jerárquica al pretender que el presunto error de un organismo superior sea juzgado por el inferior*. El mismo a quien esa Cámara le revisa, confirma, anula y revoca sus pronunciamientos".

se ha producido en el ámbito de un superior tribunal provincial.

Ello es así, pues además de atribuír erróneamente de esta manera una jerarquía mayor —inexistente— al más alto tribunal federal, omite tener en cuenta dos factores fundamentales.

En primer lugar, que no se trata de una cuestión federal que permita la intervención de la Corte de conformidad a los arts. 100 y ss. de la Constitución nacional. Segundo, que tal reconocimiento implicaría un menoscabo de nuestro régimen federal al atribuírle al Estado nacional la posibilidad de resolver típicas controversias en las cuales la justicia provincial resulta competente por ser de aplicación el derecho común —en la especie administrativo de carácter local—, en menoscabo de las facultades originarias que se reservaron las provincias en virtud del art. 104 de la Constitución nacional [392].

XI. EFECTO CORRELATIVO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA MATERIA.

El reconocimiento de esta especie de responsabilidad estatal, rechazado o limitado en general en nuestro país al supuesto del error judicial producido en sede penal, cumple varias finalidades dignas de destacar.

La primera y obviamente principal —ya que sin ella resultaría imposible justificar su reconocimiento— es la de posibilitar la reparación del perjuicio evaluable económicamente que la actividad u omisión de la Justicia ha causado en la esfera de los particulares.

La segunda finalidad —de carácter mediato— que

[392] En ese sentido, Cassagne (*Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 270) señala que "si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito del derecho público, pertenece al derecho administrativo, que por su naturaleza es local o provincial (art. 104 de la Const. nacional)".

tal reconocimiento alcanza es, al igual que la aceptación de la responsabilización civil de magistrados y funcionarios [393], de índole preventiva, contribuyendo a un mejoramiento en la administración de justicia, al obligar a quienes ejercen las funciones de gobierno a extremar sus cuidados —ante la saludable intimidación que produce sobre los posibles causantes del perjuicio [394]—, tanto en cuanto a la provisión de recursos materiales y humanos para el Poder Judicial —a efectos de evitar la configuración del funcionamiento anormal de la Justicia—, como en lo que a criterios de selección de los magistrados se refiere— nombrados en nuestro país a propuesta del Poder Ejecutivo y con acuerdo del Senado—, evitándose así que ostenten la calidad de jueces de la Nación aquellos profesionales que no gozan del conocimiento necesario para cumplir tan trascendente función social como es la de impartir justicia [395].

[393] Se ha discutido, con razón, respecto a ésta, sobre la conveniencia o inconveniencia en el orden ético de los denominados seguros de responsabilidad civil, pues si bien cubren a la persona de los riesgos que la pudieran afectar, producen invariablemente que adopte una actitud más tranquila o displicente en el ejercicio de sus funciones. Bien conocemos en tal aspecto la repercusión negativa que han tenido éstos, por ejemplo, respecto a los juicios de cuentas y fundamentalmente de responsabilidad sustanciados por el Tribunal de Cuentas de la Nación. Ver al respecto, en general, Biurrun Murillo, *El seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1979.

[394] Idem García de Enterría, *Prólogo a la responsabilidad civil de la Administración de Jesús Leguina*, ob. cit., p. 21. En tal sentido, Cordillo (*Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XX, p. 2) señala, respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos en general, la importancia de su reconocimiento, ya que "la inexistencia de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños".

[395] En tal sentido, señala Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 62), quien reconoce, sin embargo, un ámbito menor de responsabilidad estatal, que "no faltará tampoco quien se alarme ante el reconocimiento de tan amplia responsabilidad, que excede significativamente todo cuanto ha sido doctrina de la Corte —que limita la responsabilidad del Estado por los errores judiciales a la condena penal revisada para dar derecho al resarcimiento de quien ha sufrido la pérdida de su libertad personal—, fundamentalmente, por las consecuencias económicas que nuestra tesis puede producir en el Estado. Esa inquietud debiera desaparecer si se piensa que el

En tal sentido, plenamente aplicable al espectro judicial parece la conclusión a que llegó en otro ámbito la Cámara Civil y Comercial Federal de esta Capital en la causa "Barcellone", al expresar —reconociendo la responsabilidad estatal— que "es deber del Estado velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes, a cuyo fin es también responsable por la elección de los agentes de la fuerza de seguridad y su adecuada preparación técnica y psíquica que les permite actuar en todo momento, aun en los de descontrolado auge de la delincuencia, de acuerdo a las circunstancias y con el aplomo que ellas exijan" [396].

Existe además una tercera finalidad, también mediata e íntimamente relacionada con la anterior, cual es la de fomentar el control político de quienes tienen a su cargo la elección de los jueces y la provisión de los medios para la debida administración de justicia. Esta finalidad ya era reconocida en forma genérica por Rodolfo Bullrich en 1920, al señalar que "así se asegurará también el progreso político del país, porque sabiendo el elector que los errores o las faltas de los que gobiernan, se traducirán en cargas que él mismo ha de soportar, será más cuidadoso en la elección de los candidatos y tomará más interés del que toma en la actualidad en las cuestiones políticas o administrativas que interesan a la marcha de la Nación..." [397].

Estado dispone de medios para hacer que su magistratura judicial se integre con los hombres de derecho más capaces, y no con los amigos del gobernante de turno —que a veces no resultan ser los más capaces—".

[396] C.N.Civ. y Com. Federal, Sala II, "Barcellone, Gustavo C., c. Ejército Argentino", 9/12/82, "E.D.", 103-547 y ss.

[397] Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, ob. cit., p. 7.

"La naturaleza del acto que realiza un juez que viola sus deberes al dictar sentencia, no puede ser puesta en duda; porque siendo condiciones esenciales de la magistratura, la rectitud, la probidad y el conocimiento del derecho, comete sin duda un delito, más o menos grave, el juez que por interés, por amor u odio o por ignorancia juzga mal, resuelve contra derecho y atenta contra la justicia" (*Obras completas del doctor José María Moreno*, I, Buenos Aires, 1883, p. 437).

XII. Notas características de la responsabilidad civil.

a) Bases para su reconocimiento.

Dos han sido las esferas o ámbitos tradicionalmente reconocidos en el campo de la responsabilidad civil, desde antaño, como lo puso de manifiesto expresamente nuestro codificador en el art. 1107 del Código Civil [398].

La primera, de responsabilidad civil contractual, se basa a su vez en lo dispuesto por el art. 512 del Código Civil [399], estrechamente emparentado con los arts. 1101 y 1104 del

[398] Expresa así éste —adoptando la distinción a que a continuación haremos referencia— que "los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidas en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal".

[399] Que expresa: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Código Civil español [400] y 1146 del Código Civil francés [401].

La segunda, de responsabilidad civil extracontractual, encuentra su sustento en nuestro país en el art. 1109 del Código Civil [402], de marcada similitud con los arts. 1902 de su similar español [403], 1382 y 1383 del Código Civil francés [404], 1153 del antiguo Código italiano [405] y los arts. 487 del Código Civil portugués y 41 del Código de las Obligaciones suizo.

No existiendo vínculo contractual alguno en el ámbito que nos ocupa, como se verá, entre el magistrado o funcionario judicial presuntamente responsable del perjuicio causado y el damnificado, será en este último espectro, es decir, el de la responsabilidad extracontractual, en que se regirá la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales.

[400] Que expresan: "1101. Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla". "1104. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

[401] Que señala: "Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a lassé passer".

[402] El célebre art. 1109 expresa, en tal sentido, que "todo el que ejecuta un hecho, que por culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil".

[403] Que expresa: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

[404] Que expresan: "1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". "1383. Chacun est responsable du dommage qu'il causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

[405] Que —similar al art. 2042 del Código actual de 1942— expresaba: "De igual forma cada uno está obligado no sólo por el daño causado por hecho propio, sino también por los ocasionados por personas de las que se debe responder, o por las cosas que se tienen bajo guarda".

De las previsiones existentes en el ordenamiento de fondo, ha deducido principalmente la doctrina, y en menor medida la jurisprudencia, una serie de requisitos considerados esenciales para la procedencia, en general, de la responsabilidad civil, en el ámbito extracontractual.

Éstos son:

a) la existencia de una acción u omisión antijurídica [406] del agente;

b) que ella sea imputable a culpa o dolo de él, salvo en aquellos supuestos en que se prescinda de la consideración del factor subjetivo;

c) que haya producido un daño; y

d) que exista una relación causal efectiva entre la acción u omisión y el daño producido [407].

Habiéndonos referido anteriormente —al tratar el tema de la responsabilidad estatal— a los restantes requisitos de admisibilidad de la responsabilidad civil, comunes a todo tipo de responsabilidad, nos referiremos a continuación a la denominada antijuridicidad subjetiva, es decir, a la existencia de dolo o culpa en el obrar u omisión dañosa; rasgo característico y fundamento, éste, todavía esencial para su reconocimiento [408], a pesar de la posición sostenida en sentido contrario por el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial —al cual ya nos referimos— y del carácter eminentemente objetivo de la responsabilidad estatal.

[406] Tribunal Supremo español, sentencias del 26 de febrero de 1942 y 24 de junio de 1965.

[407] En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en sus sentencias del 12 de mayo y 29 de diciembre de 1964, 10 y 25 de octubre de 1968, etc. Idem, en la jurisprudencia francesa, Civ. 2*e*, 9 de mayo de 1960, "D.", 1961, 17; en nuestro país, Belluscio, *Código Civil comentado...*, II, Buenos Aires, 1979, p. 617; Alterini, Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, I, Buenos Aires, 1978, p. 168; Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 81; Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario*, "L.L.", 67-883; Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, ob. cit., 611; S.T. Jujuy, Sala I, "Andrade, Lisandro D., y otra c. Artaza, José H.", 1/3/84, "E.D.", 108-670 y ss.

[408] Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. II, ob. cit., p. 29; Carbonnier, *Derecho civil*,

b) La antijuridicidad subjetiva. Los conceptos de dolo y culpa.

Reconocida su exigencia ya en el derecho romano por medio de la ley Aquilia [409], la necesidad de una imputación subjetiva para obtener la responsabilidad de quien causó el perjuicio, se mantuvo invariable hasta finales del siglo XIX, en que se produjo el surgimiento y paulatina consolidación de la teoría del riesgo [410].

De tal modo, aunque esencial resulta el factor subjetivo en el ámbito de la responsabilidad contractual —al sólo proceder tal responsabilidad en caso de existencia de dolo o culpa [411]—, no ha ocurrido siempre lo mismo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde se exceptuó su utilización en importantes supuestos, sobre la base de las responsabilidades objetivas que en nuestro ordenamiento jurídico adoptó especialmente el art. 1113 del Código Civil [412].

En lo que respecta al concepto de culpa —originario, como acabamos de mencionar, del derecho romano, donde se lo introdujo en la Ley Aquilia [413], y adoptado, entre otros

t. II, vol. II, Barcelona, 1960, ps. 53 y ss.; Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, nº 164; Tribunal Supremo español, sentencias del 9 de abril y 10 de mayo de 1963, 12 de mayo y 7 de noviembre de 1964, 3 de mayo y 18 de junio de 1968, etc.; Colombo, *Culpa aquiliana*, ob. cit., p. 289; Díaz de Guijarro, *La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error*, "J.A.", 61-530; etc.

[409] Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, II, Buenos Aires, 1973, p. 192.

[410] Belluscio, *Código Civil anotado...*, II, ob. cit., p. 613.

[411] C.N.Civ., Sala D, 18/10/77, "L.L.", 1977-D-669; C.N.Fed., Civ. y Com., Sala II, 29/8/77, "L.L.", 1978-A-73; etc.

[412] Ver, asimismo, lo expresado respecto al proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, todavía hoy en debate en nuestro Congreso.

[413] Se desprende así también de Instituciones (IV, 3, 7), en supuesto referido a la responsabilidad médica ("También la impericia se considera culpa. Es el caso del médico que no operó bien a su esclavo o le recetó mal, originando con ello su muerte").

textos, por las Partidas [414]—, su determinación precisa no ha resultado en modo alguno simple, habiéndose expresado que ésta se produce "cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria" [415].

Ante la imposibilidad de determinar en forma precisa cuál es "la tensión de las facultades mentales" jurídicamente exigible, se ha recurrido a la utilización de parámetros comparativos; utilizándose, en la especie, y respecto a la medida de comportamiento adecuado en aquellos supuestos de obligaciones que no tengan establecido otro especial —en forma analógica—, a la figura del buen padre de familia.

Por dolo se ha entendido, por su parte, a aquella actuación voluntaria y deliberada con intención de dañar [416], aun cuando en general la precisión de ambos conceptos se ha efectuado mediante la contraposición entre ellos.

Se ha señalado así que tanto el dolo como la culpa constituyen estados anímicos reprobables, pero en intensidad decreciente del primero a la segunda; teniendo en común la voluntariedad del hecho productor y diferenciándose por el hecho de que mientras en el dolo hay voluntad de dañar, en el caso de la culpa, la voluntariedad se alcanza por una negligencia o imprevisión [417].

En nuestro país, Colombo definía la culpa, en su célebre trabajo, como "la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa

[414] Se expresaba así en el título XV de la 7ª Partida: "Daño es compcoramiento o menoscabo, o destrymento que ome rescibe en sí mesmo, y en sus cosas por culpa de otro".

[415] De Cupis, *El daño*, ob. cit., p. 187. El Tribunal Supremo español, por su parte, la ha definido en su sentencia del 9 de junio de 1969 como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

[416] De Ángel, *Lecciones...*, ob. cit., p. 50.

[417] De Cupis, *El daño*, ob. cit., ps. 185 y ss.

que debe y puede evitarse" [418]. Tal concepto incluye un doble elemento subjetivo: el carácter voluntario de la acción y la omisión de aquellas precauciones o cuidados necesarios para evitar el perjuicio.

Sin embargo, en modo alguno resulta simple diferenciar el dolo de la culpa, ya que para poder determinar la existencia de uno u otro en el caso concreto hay que adentrarse "en la esfera íntima del sujeto, en los arcanos del acto volitivo de difícil indagación, ha de colegirse del frondoso acervo de datos físicos, objetivos y circundantes, ya previos, concomitantes o subsiguientes a la acción delictiva" [419]. La diferencia residirá, esencialmente, no sólo en la voluntad de producir el efecto lesivo, sino en la intención o propósito de que él se produzca [420].

Así, mientras que la culpa implica el no haber tomado todos los cuidados necesarios para evitar el perjuicio [421], para que exista dolo no bastan "tan sólo los sentimientos de indiferencia ante el resultado..., sino que se exige un *aliud* estrictamente volitivo, constituído por la aceptación o ratificación del evento representado como seguro en la mente del procesado" [422].

En el campo de la responsabilidad extracontractual, la distinción entre dolo y culpa ha dado lugar al reconocimiento de las figuras del delito y cuasidelito, originadas en el derecho romano y que recogidas por Pothier fueron posteriormente adoptadas por el Código Civil francés y el Código Civil italiano de 1865, por medio de los cuales llegaron a integrar nuestra normativa de fondo, como surge del libro II, sección II, título IX de nuestro Código Civil [423].

[418] Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 4.

[419] Tribunal Supremo español, sentencia del 16 de octubre de 1986.

[420] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 99.

[421] No se trata en realidad sino de una omisión de diligencias. Conf.: Lafaille, *Obligaciones*, I, ob. cit., p. 175; Llambías, *Obligaciones*, I, ob. cit., p. 174.

[422] Tribunal Supremo español, sentencia del 4 de julio de 1980.

[423] A diferencia del ordenamiento español, que —como bien señala Fernández Hierro (*Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 43)— no adopta tal distinción.

XIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES.

a) Antecedentes. Su recepción actual.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal objetiva y directa antes descrita, no implica, obviamente, el desconocimiento de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido por dolo o culpa tanto magistrados como funcionarios judiciales [424], y que como tal podrá ser objeto de una acción resarcitoria por parte de los particulares damnificados [425].

Su aceptación no ha sido, sin embargo, en modo alguno pacífica. Se ha sostenido, en tal sentido, la inconveniencia de su reconocimiento tanto en virtud del principio de cosa juzgada ya mencionado, como de la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad de los magistrados, por el temor a las consecuencias que pudieran derivar de su accionar [426]. Se ha considerado asimismo improceden-

[424] La distinción entre éstos ha sido expresamente adoptada en nuestro país por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su acordada del 17 de diciembre de 1952, incorporada al Reglamento para la Justicia Nacional, al señalar en su art. 1 que "en el presente reglamento se llama «magistrados» a los jueces de todos los grados; «funcionarios» a los secretarios de primera y segunda instancia y los demás empleados de los tribunales nacionales que perciben igual o mayor sueldo, y «empleados» al resto del personal".

[425] Como bien señalaba Bielsa (*Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, Buenos Aires, 1947, p. 252), tres son los tipos de responsabilidades a que están sometidos los funcionarios públicos: civil, penal y administrativa. La sanción civil —que es la única que hoy nos interesa— es aquella que alcanza al funcionario en su patrimonio. Ídem, Linares, *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público*, "L.L.", 153-601.

[426] Expresa Vicent (*Procédure civile*, Paris, 1976, p. 205): "On aurait gravement compromis l'indépendence des juges si on les avait exposés, suivant les règles du droit commun, à une action en responsabilité de la part du

te el examen de la responsabilidad de los magistrados o funcionarios judiciales en tanto estén en ejercicio de su función [427], o se ha llegado incluso a señalar que de tratarse de una sentencia definitiva, la acción de responsabilidad civil contra un juez sería improcedente, pues la ley "es lo que los jueces dicen que es" [428].

A pesar de ello, aunque no se reconoce todavía en forma mayoritaria, en todos los sistemas jurídicos, la responsabilidad estatal a que hicimos referencia en los capítulos anteriores, el reconocimiento de la responsabilidad civil o personal de los magistrados y funcionarios judiciales —de típica naturaleza extracontractual, al igual que la de los funcionarios públicos en general [429]— ha gozado tradicionalmente de mayor acogida.

Así, ya se la reconocía en el derecho romano en caso de dolo o imprudencia, al igual que en las leyes 19, título 1º, libro II del Fuero Juzgo; 2ª, título 2º, libro II del Fuero Real [430]; y 24, título 22 de la 3ª partida [431].

plaideur mécontent. Au rest, la collégialité redant la sentence anonyme, empêche normalement de savoir si l'un des juges a manqué à ses devoirs; de plus, l'exercise des voies de recours est souvent plus resourables que ne serait une action fondée sur l'article 1382 du Code Civil. Il a paru nécéssaire cependant de permettre aux justiciables dans les cas graves, de mettre en cause un magistrat ou un tribunal et de leur démander réparation du préjudice causé".

427 Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones,* IV-B, ob. cit., ps. 125/6.

428 Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones,* II, 4ª ed., Buenos Aires, 1976, nº 1650.

429 Idem: Sáenz, *La responsabilidad civil del funcionario,* "L.L.", 67-886.

430 Que expresaba: si "el alcalde juzgó tuerto, o mandó tomar alguna cosa por su negligencia, que lo no entiende, jure que non lo fizo por ruego, ni por amor ni por precio, e no vale lo que juzgó, ni el que no haya ninguna pena".

431 "Mas si por ventura judgasse tortizeramente de su oficio por necedad, o por non entender el derecho, si el juyzio fuese dado en razón de los pleytos que de suso diximos, non ha otra pena, si non que deue pechar, a bien vista de la Corte del Rey a aquel contra quien dio el juyzio, todo el daño o el menoscabo que el uvo razón del. E sobre todo se deue saluar, jurando que aquel juyzio non lo dio maliciosamente; mas por yerro o por su desentendimiento, no sabiendo escoger el derecho". Idem: Moreno, *Responsabilidad de los magistrados,* en *Obras completas del doctor José María Moreno,* I, Buenos Aires, 1883, ps. 451 y ss.

También aceptaban esta responsabilidad, en tiempos más modernos, en España, la primera Constitución española —la de Cádiz [432]— y las de 1845 [433], 1856 —que no hizo sino reproducir la disposición de 1845—, 1869 [434] y 1931 [435]; la Ley Orgánica del Poder Judicial del 18 de setiembre de 1870 [436] y la Ley de Enjuiciamiento Civil [437].

Y la adopta en forma expresa la actual L.O.P.J. española, al prever en su art. 297 que "lo dispuesto en los artículos anteriores" —referidos a la responsabilidad estatal

432 Que señalaba en su art. 254: "Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los jueces que la cometieran".

433 Que expresaba en su art. 70: "Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan".

434 Que disponía —dentro de la misma tónica— en su art. 98: "Los jueces son personalmente responsables de toda infracción de ley que comentan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial. Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces o magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo".

435 Al prever en su art. 99 que "la responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los jueces, magistrados y fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo con intervención de un jurado especial, cuya designación, capacidad e independencia regulará la ley. Se exceptúa la responsabilidad civil y criminal de los jueces y fiscales municipales que no pertenezcan a la carrera judicial".

436 Que señalaba en su art. 260: "La responsabilidad civil de los jueces y magistrados estará limitada al reconocimiento de los daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia e ignorancia inexcusables". Y expresaba en su art. 262: "Se tendrán por inexcusables la negligencia o la ignorancia cuando, aunque sin intención, se hubiere dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad, mandada observar por la misma, bajo pena de nulidad".

437 Al disponer en su art. 903 que "la responsabilidad civil en que puedan incurrir los jueces y magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella".

por error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia— "no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta ley", disponiendo a su vez, en su art. 411, que "los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa".

Acepta también esta especie de responsabilidad, en el ámbito del derecho comparado, el Código de Procedimientos Civil italiano al considerar, en su art. 55, civilmente responsable a los magistrados cuando en el ejercicio de sus funciones sean culpables de dolo, fraude o concusión, así como cuando, sin justo motivo, rehusaran, omitieran o retardaran el proveer a las peticiones o instancias de las partes, y "en general al realizar un acto de su ministerio", adoptando así la responsabilidad tanto por accionar doloso como culposo.

Y lo hace, asimismo, respecto a la responsabilidad civil de los magistrados el Código de Procedimientos francés, en los supuestos de dolo, fraude, concusión o grave falta profesional [438], aceptando en forma subsidiaria la responsabilidad del Estado [439], a pesar de la cláusula contenida en el art. 75 de la Constitución francesa del año VIII —del 13 de diciembre de 1799—, que preceptuaba la indemandabilidad del funcionario —en sentido lato— por los actos cometidos en el desempeño de sus funciones de no existir venia previa por parte del Consejo de Estado, dejada posteriormente sin efecto a la caída de Napoleón III por el decreto del 19 de setiembre de 1870 [440].

A pesar de resultar ampliamente conocida la tendencia del derecho anglosajón al reconocimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos en general, y la aplicación a ellos de las mismas reglas que a los particulares [441], por considerarse —como lo señaló el profesor Harold Laski— que el principio de la responsabilidad personal constituye "la principal salvaguarda contra los vicios de la burocracia" [442], no ha ocurrido lo mismo en el caso de los jueces o funcionarios administrativos que ejercen funciones asimilables a la de éstos [443]; habiéndose llegado a señalar que de no resultar los magistrados inmunes por sus errores, "ningún ser humano, más que un mendigo o un tonto, sería juez" [444].

Expresó así en su momento el *Chief Justice* Kent que "en toda ocasión que sometemos a los tribunales de la tierra (*courts of the land*) a la degradación de la prosecución privada, limitamos su independencia y destruímos su autoridad" [445].

Y señaló en igual sentido, en recordado fallo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el voto del *Justice* Field,

[438] En cuanto a la precisión de su determinación, ver, en la jurisprudencia francesa, Civil, 1e., 10/12/69, "D.", 1971, 226; Civil, 1e., 20/2/73, "D.", 73, S. 95.

[439] Arts. 505 a 516.

[440] Schwartz, *French administrative law*..., ob. cit., p. 256.

[441] Ver: Goodnow, *Comparative administrative law*, II, 1893, p. 163. Es que como señaló en su momento Dicey, "en Inglaterra" —al igual que en el resto de los países que adoptaron el sistema del *common law*— "la idea de la igualdad jurídica, o de la sujeción universal de todas las clases a un solo derecho, administrado por los tribunales ordinarios, ha sido empujado hasta sus más lejanos límites. Entre nosotros, cualquier funcionario, desde el primer ministro hasta el policía o el recaudador de impuestos, se encuentra bajo la misma responsabilidad por sus actos sin justificación legal que cualquier ciudadano". Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 9ª ed., 1939, p. 193. Ver así lo resuelto por el Superior Tribunal de Massachusetts en el célebre caso "Miller *v.* Horton" (152 Mass. 540 [1891]), según la opinión del recordado Oliver Wendell Holmes, posteriormente *Justice* de la Corte Suprema norteamericana, donde se responsabilizó a funcionarios del servicio de sanidad estadual que contando con facultades legales para sacrificar animales con enfermedades contagiosas, lo habían hecho con un equino que se probó no estaba en realidad enfermo.

[442] Laski, *The responsibility of the State in England*, 32 "Harvard Law Review" 447, 458 (1919).

[443] Schwartz, *French administrative law*..., ob. cit., p. 253.

[444] "Miller *v.* Hope", 2 "Shaw. H.L." 125 (1824), citado en nuestro trabajo *La responsabilidad extracontractual del Estado*..., ob. cit., p. 673, nota 184.

[445] "Yates *v.* Lansing", 5 "Johns. R." 282, 298 (N.Y. 1810).

que "resulta un principio general de suprema importancia para la apropiada administración de justicia que un funcionario judicial resulte, en ejercicio de la autoridad que le ha sido conferida, libre para actuar conforme a sus propias convicciones, sin aprehensión por las consecuencias personales que pudieran derivar para él. La responsabilidad a efectos de responder frente a cada uno que se pudiera sentir agraviado por la acción del juez, resultaría inconsistente con tal libertad, y destruiría la independencia sin la cual ninguna judicatura puede ser ni útil ni respetable" [446]. Cabe reconocer, sin embargo, que ha habido ciertas excepciones [447].

En este aspecto, la inclinación general en la Argentina ha sido a la recepción de la vertiente europea.

Así, a pesar de no haberse admitido siempre en nuestro país la responsabilidad estatal en este ámbito, mayor reconocimiento gozó desde antaño la responsabilidad del magistrado o funcionario [448].

[446] "Bradley v. Fisher", 13 "Wall." 335, 347 (U.S. 1871). Nótese la gran similitud entre ésta y la opinión vertida en Francia por Vicent a que hicimos referencia en la nota 426.

[447] Ver, así, "Picking v. Pennsylvania R.R.", 151 F. 2d. 240 (3d. Cir. 1945), citado en nuestro trabajo *La responsabilidad extracontractual del Estado...*, ob. cit., lug. cit.

[448] Se han dado, excepcionalmente, sin embargo, algunas interpretaciones en sentido contrario. Entre éstas cabe destacar la esbozada por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo en "Duhalde, Luis J., c. Gobierno Nacional" (12/4/83, "L.L.", 1983-C-496), donde expresó el tribunal que "en el *sub lite* se demanda al Estado nacional —en el caso representado por el ministro de Justicia— por resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían ocasionado a la actora por la actuación de funcionarios, magistrados y empleados del Estado, y por los hechos realizados o cometidos por éstos como agentes del gobierno... En consecuencia, se está en el campo de la responsabilidad que pudiera caber al Estado en la órbita del derecho público por el daño que habría irrogado a un particular en el cumplimiento de sus funciones, actuando específicamente a través de uno de sus departamentos de gobierno. Éstos no son terceros respecto al Estado, ya que a través de ellos debe inexcusablemente obrar, expresando su voluntad y su acción. No son, en consecuencia, sujetos distintos del Estado, sino, por el contrario, órganos suyos... De lo expuesto se sigue la improcedencia de traer al pleito, en calidad de tercero, al juez que intervino en el proceso penal de cuyas consecuencias se queja el actor, por cuanto será el análisis de las respectivas cons-

En tal sentido, aunque algunos trabajos, como el ya clásico de José María Moreno, limitaban la responsabilidad de los magistrados a la que pudiera resultar de plantearse previamente la existencia de responsabilidad penal en sede criminal [449], el reconocimiento de la responsabilidad civil autónoma de los magistrados y funcionarios judiciales no admite desde hace tiempo duda alguna en nuestro país.

Expresaba así Bielsa —negando, sin embargo, la responsabilidad estatal— que "las resoluciones de los tribunales pueden ser injustas o arbitrarias, y lo son cuando se apartan abiertamente de la ley. Un acto de tal naturaleza entraña, desde luego, responsabilidad para el funcionario judicial autor de la decisión; en consecuencia, las leyes penales y las civiles sancionan, respectivamente, para el funcionario, una pena y la obligación de indemnizar los daños causados por el acto ilegal. Esto evidencia que la responsabilidad es puramente personal; es decir, que afecta al magistrado, y no al Estado" [450].

b) Fundamento normativo de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales.

El hecho de que la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales no esté contemplada, salvo contadas excepciones [451], en forma específica en nuestro de-

tancias agregadas a éste lo que permitirá concluír si en el caso medió o no responsabilidad estatal causante de un daño resarcible, y no el replanteo de la actuación procesal del magistrado, que obviamente ha quedado plasmada en el juicio de marras".

[449] Moreno, *Responsabilidad de los magistrados...*, ob. cit., ps. 437 y ss., en especial ps. 439/40.

[450] Bielsa, *Compendio del derecho público...*, II, ob. cit., ps. 175 y ss.; ídem, Bielsa, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, II, ob. cit., p. 363. Cabe señalar, sin embargo, que a la época de tal afirmación estaba todavía vigente el art. 43 del Código Civil en su redacción originaria, que resultaba —como hemos señalado— el mayor impedimento para reconocer la responsabilidad estatal.

[451] Como la del art. 219 de la Constitución de la provincia de Catamarca del 28 de enero de 1966, que establece que "los jueces de tribunales serán

recho positivo —a diferencia, por ejemplo, del sistema español, que la reconoce en el ya mencionado art. 411 de la L.O.P.J.—, no obsta, obviamente, a su reconocimiento, ya que los conceptos de dolo y culpa son similares a los utilizados en el derecho común.

En tal sentido, la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales encuentra su basamento, al igual que lo que acontece respecto a los restantes funcionarios públicos, en los arts. 1109 y 1112 del Código Civil [452]. Es que al igual que éstos, el magistrado o funcionario judicial no es más que "un simple particular tanto desde el punto de vista de su responsabilidad, como de cualquier otro que se le mire" [453]. En este sentido, su responsabilidad —a diferencia de la estatal— se limitará, al igual que la de los restantes funcionarios públicos, a los daños que pudiera haber causado como consecuencia de su obrar irregular [454].

Indiscutible resulta en este aspecto la posibilidad de aplicar, en la especie, lo dispuesto por el art. 1109 del Código Civil, en cuanto establece el principio general en materia de responsabilidad civil extracontractual. Así, a pesar de haber sostenido en su momento Machado que el art. 1112 se refiere a individuos no comprendidos en el art. 1109, tal postura ha sido rechazada en forma terminante, habiéndose observado que de no existir el art. 1112, la responsabilidad de los funcionarios públicos se basaría sin discusión en el art. 1109 [455].

responsables personalmente de los daños y perjuicios causados por los errores que cometan. La ley reglamentará los casos y el procedimiento a seguir para sustanciar esa responsabilidad".

[452] Ver, sin embargo, la manifiesta tendencia a la recepción de una posición objetiva respecto a la responsabilidad civil en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en López Cabanas, ob. cit., lug. cit.

[453] Mayer, *Derecho administrativo alemán*, I, trad. esp. de Heredia y Krotoschin, Buenos Aires, 1949, p. 304.

[454] Idem: C.1ªC.C. Bahía Blanca, Sala II, "Modesti, Pablo A., c. Municipalidad de Coronel Rosales y otro", 29/11/84, "E.D.", 116-406.

[455] Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, V, ob. cit., p. 411.

En cuanto al art. 1112 [456], aun cuando propugnada su utilización por la doctrina mayoritaria, ésta ha sido cuestionada por algunos autores [457]. Así, si bien para ciertos autores, dicho artículo —tomado por Vélez de Aubry y Rau [458], a pesar de su parentesco inconfundible con el viejo art. 839 del Código Civil alemán [459]— adopta la responsabilidad civil de los funcionarios públicos en forma genérica [460], por lo que sería la disposición aplicable por excelencia [461]; para otros, esta disposición contempla en realidad la responsabilidad directa del Estado por la falta de servicio, pero bajo ningún concepto la del funcionario, que no deberá responder por ella, limitándose su responsabilidad civil a la existencia de falta personal, es decir, del dolo o culpa a a que se refiere el art. 1109 [462].

[456] Que señala: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título".

[457] Ver al respecto el estudio de Viviana Bonpland, *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil*, "L.L.", 1987-A-779 y ss.

[458] La discusión respecto del alcance del art. 1112 se basa, en gran medida, sobre cuál ha sido el párrafo de la obra de Aubry y Rau que sirvió como antecedente a Vélez. Mientras que algunos autores, como Llambías (*Tratado de derecho civil. Obligaciones*, IV-B, ob. cit., p. 114, nota 1), Boffi Boggero, Sáenz y Marienhoff se inclinan por el § 446, otros, como Linares (*En torno a la llamada...*, ob. cit., p. 604), lo hacen por el § 447. Ver, al respecto, Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración pública*, "E.D.", 116-398 y ss.; Bonpland, *Responsabilidad extracontractual...*, ob. cit., ps. 782 y ss.

[459] Que señalaba: "El funcionario que con intención o negligencia viole el deber profesional que le compete respecto de un tercero, deberá reparar el daño causado a éste. Si el funcionario fuere solamente culpable de negligencia, será responsable, únicamente, de no poder obtener el perjudicado reparación de algún otro modo".

[460] A cuya recepción Segovia calificó como "un dogma del gobierno libre". Ver: Segovia, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, I, Buenos Aires, 1881, nota 10 del art. 1113.

[461] En tal sentido, entre otros: Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, IV-B, 1980, p. 114; Gordillo, *Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XXI, p. 1; etc.

[462] En este sentido se pronuncia Cassagne, *Derecho administrativo*, I, ob.

Algunos autores, como Linares, consideran, a su vez, que el propósito de Vélez al redactar el art. 1112 del Código Civil fue el de reglar la responsabilidad del Estado por las faltas de servicio del funcionario, pero bajo ningún aspecto la responsabilidad directa de los funcionarios frente a los administrados, por lo que la acción prevista en dicho artículo no resulta de aplicación directa por parte de los particulares en contra del funcionario que causó el acto dañoso, ya que ello implicaría el que la justicia pudiera resolver una cuestión en materia contencioso-administrativa sin obtenerse el pronunciamiento previo de la Administración. Consiguientemente, este tratadista entiende que la acción de los particulares deberá ser dirigida siempre contra el Estado y que podrá éste posteriormente, en su caso, repetir lo pagado contra el funcionario causante del daño [463].

A pesar del respeto que nos merece tan distinguido autor, creemos que tal posición no reviste hoy en día posibilidad de mayor análisis.

En primer lugar, pues no se trata en este supuesto de la responsabilidad del Estado regida por el derecho público, sino la del funcionario que cometió el perjuicio, regida, al igual que el de cualquier profesional, por el derecho privado. Como consecuencia de ello, no resultan aplicables los principios de derecho administrativo, y especialmente el requerimiento de la *"décision préalable"*. Consecuentemente, no resulta competente para entender en tales supuestos no sólo la justicia contencioso-administrativa, sino tampoco el fuero federal.

En segundo lugar, y aunque así fuera, tal posición implicaría una interpretación extrema del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que como tal debe ser de plano rechazada [464]. Así lo ha admitido en forma expresa el legislador, al incluír en el art. 32, inc. *d*, de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, como excepción al reclamo administrativo previo —y, por ende, al requerimiento de la decisión previa—, a las acciones en las cuales "se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado". Con mayor razón —aunque pareciera indiscutible al estar fuera del campo del derecho administrativo—, de no requerirse, como ocurre, contra el Estado, no se podrá exigir la existencia de tal reclamo previo cuando la acción que se persigue es de responsabilidad civil del funcionario o, en este caso, del magistrado.

Tercero, pues como bien señala Belluscio, "nada hace pensar que el art. 1112 no ampare a los administrados y sí únicamente al Estado. Muy por el contrario, su ubicación en el Código Civil es clara en el sentido de que está destinada a todos los perjudicados que no estuvieron unidos al funcionario por vínculos convencionales de los cuales provengan los daños causados. Los antecedentes históricos de la norma también avalan esta interpretación. Mientras el Estado tiene muchos medios (disciplinarios, penales, administrativos, etc.) para protegerse contra los perjuicios de sus agentes, no lo tienen en cambio los particulares, que se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente al aparato que los funcionarios integran; de ahí la necesidad de conceder esta acción. No se advierte cuál es la razón jurídica —desde el ángulo de la responsabilidad civil— por la cual el damnificado no pueda actuar directamente contra el autor del daño" [465].

Sea cual fuere la interpretación más adecuada, poca duda cabe de que reconociéndose la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, también están sujetos a responsa-

cit., p. 330; ídem, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*, ob. cit., ps. 215 y ss.

[463] Linares, *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público*, "L.L.", 153-601 y ss.

[464] Ver: Tawil, *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial*, ob. cit.

[465] Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, V, Buenos Aires, 1984, ps. 408/9.

bilidad civil los magistrados y funcionarios judiciales [466]. Tal era, sin duda, también la posición del codificador, como lo puso de manifiesto en la nota al art. 1112 del Código Civil, al expresar: "de los jueces y oficiales del ministerio público... y de todos los empleados en la Administración del Estado".

Así, a pesar de haberse sostenido la inconveniencia práctica de posibilitar a los perjudicados por una decisión judicial que promuevan una acción contra los magistrados o funcionarios judiciales intervinientes en ella [467], el reconocimiento de su responsabilidad civil parece hoy en día —como hemos visto— indiscutible.

c) *Carácter solidario de la responsabilidad del Estado y civil de los magistrados y funcionarios judiciales.*

Como se podrá observar, no obstante ser materia en general propia de estudio del derecho civil o eventualmente

[466] En tal sentido, Gordillo (*Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XXI, p. 7) expresa que "la doctrina nacional es uniforme en no admitir restricción alguna en lo que respecta a quiénes están sujetos a la responsabilidad del art. 1112; todo el que permanentemente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendida en la disposición mencionada".

[467] Señalaba en ese sentido Sáenz (*La responsabilidad civil del funcionario*, "L.L.", 67-886), siguiendo a Salvat, que "la indiscutible independencia del Poder Judicial plantea la cuestión de si es aplicable a los jueces la regla del art. 1112... Serios inconvenientes podrían presentarse en la práctica si a los perjudicados por las sentencias se les acordara, en todos los casos, el derecho a promover juicios en su contra por indemnización del daño que ellas les causa. Si bien, en principio, admitimos que dicha norma debe aplicarse a los jueces, compartimos la tesis que al respecto sustenta Salvat, según la cual deben hacerse distinciones según las circunstancias. En el caso de actos judiciales concretamente contrarios a las obligaciones emanadas de la ley y que revelan mala fe del funcionario, la responsabilidad de los jueces debe ser admitida, aplicando el artículo que tratamos. Pero en el caso de actos judiciales dictados por error, es improcedente la acción de daños y perjuicios, por cuanto... tales errores deben ser remediados por los correspondientes recursos legales, y si ellos no prosperan, quiere decir que se trata de interpretaciones individuales del damnificado contra las que se levanta la presunción absoluta de verdad de la cosa juzgada: *res judicata pro veritate habetur*".

del procesal, el análisis —aunque más no sea somero— de esta responsabilidad no puede ni debe ser omitido en un estudio de estas características.

A pesar de reconocerse la existencia de una opción para el particular damnificado entre iniciar la acción por responsabilidad civil del magistrado o funcionario o por responsabilidad del Estado basada en la culpa o dolo del magistrado o funcionario, la doctrina se ha manifestado en general reacia —en el campo del derecho comparado— a la acumulación de ambas acciones.

Aunque coincidimos con Goded Miranda en que a pesar de la expresión "no obstará" del art. 297 de la L.O.P.J., no resultará posible ejercer una acción después de perdida la otra, ya que "el ordenamiento reconoce al particular la facultad de optar entre dos procedimientos para obtener la satisfacción de su derecho. Pero aun cuando esta facultad se agota con su ejercicio de modo que no cabe dirigirse contra el funcionario al haberse perdido el litigio contra el Estado, o viceversa" [468], no encontramos en principio objeción alguna para que se demande en forma solidaria al Estado o al magistrado o funcionario culpable del obrar dañoso [469], a pesar de la existencia de algunas normativas provinciales que parecieran otorgar a la acción de responsabilidad del Estado un carácter subsidiario [470].

[468] Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 105.

[469] Ídem, en nuestro país, respecto a la responsabilidad del funcionario en general, C.S.J.N., "Nación Argentina *v.* Provincia de Córdoba y otro", "Fallos", 255-321, 325 (1963); Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, II, Buenos Aires, 1979, p. 444; y Aguiar, *Tercera Conferencia Nacional de Abogados*, ob. cit., p. 195; respecto a la responsabilidad de los magistrados judiciales, Izquierdo, *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 65. En contra, Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 261, para quien el Código Civil no admite la solidaridad en materia cuasidelictual. Ídem: Gordillo, *Tratado...*, 2, ob. cit., cap. XXI, p. 28, quien refiriéndose a la responsabilidad del Estado y del funcionario público se inclina por considerarla simplemente mancomunada. Ver, sin embargo, al respecto, la crítica que formulan a esta última postura Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, V, ob. cit., ps. 418 y ss.

[470] Expresaba así el art. 47 de la Constitución de la provincia de Cata-

Inadecuada parece en este sentido la crítica de Reyes Monterreal a tal posibilidad, basada en que la admisión de la acción conjunta pueda llevar a la obtención de una doble indemnización por un sólo hecho delictivo, configurando así un enriquecimiento sin causa [471], ya que, obviamente, la obtención de una reparación excluirá a la otra, sin perjuicio de la acción de regreso que podrá —en su caso— tener el Estado contra el magistrado o funcionario culpable.

Por nuestra posición se ha pronunciado también un importante sector de la doctrina francesa [472], así como de la jurisprudencia española [473], al entender que entre los deudores delictuales, es decir, aquéllos cuya obligación deriva de un hecho ilícito, existe una obligación *in solidum*.

d) La conducta reprochable en el caso de los magistrados y funcionarios judiciales. Su dolo y culpa. El patrón comparativo.

Basado todavía hoy en día el reconocimiento de la responsabilidad civil en la existencia de dolo o culpa, irrelevante resultará, sin embargo, el carácter penal o civil del dolo o culpa en que pudieran haber incurrido los magistrados o funcionarios imputados, pues lo que se tiene esencialmente en cuenta es la necesidad de remediar la lesión que por una u otra causa hubiera resultado del obrar de ellos [474].

La existencia de dolo o culpa en los magistrados y funcionarios implicará no sólo su responsabilidad civil personal frente a los particulares, sino, además, la posibilidad de que engendrando también ello responsabilidad del Estado [475], deban responder los magistrados y funcionarios —aun a falta de la promoción de una acción de responsabilidad civil contra ellos por el particular damnificado— frente al Estado ante la interposición por parte de éste de una acción de repetición [476].

Ésta tendrá generalmente su basamento, en nuestro derecho, en los arts. 1122 y 1123 del Código Civil; así como en los arts. 90, 114 y 116 del decreto 23.356/56 [477]; habiéndose previsto también especialmente esta acción en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en el art. 1112 del nuevo Código Civil, al sujetar la acción de regreso a la determinación, por parte de la sentencia que condene al Estado, de si existió o no falta personal del agente [478].

A pesar de la pretendida inmunidad que algunos autores confieren a los magistrados y funcionarios judiciales, debe rechazársela de plano, ya que si cabe exigirle de por sí cuidados y diligencia a los funcionarios públicos en general,

marca de 1966, que "no obstante la responsabilidad personal del agente, la Provincia responde subsidiariamente por el daño ocasionado por sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o del servicio prestado". En contra de tal carácter subsidiario se pronuncia acertadamente Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios...*, ob. cit., p. 406.

[471] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 105.

[472] Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, ob. cit., t. II, vol. II, p. 594.

[473] Ver, en tal sentido, las sentencias del Tribunal Supremo español del 31 de octubre de 1979 y 29 de marzo de 1980.

[474] Idem: Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 98.

[475] Ver el art. 296 de la L.O.P.J. de España ya mencionado.

[476] En este supuesto, el Estado —al decir de Reyes Monterreal (*La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 95)— "da la cara, sin perjuicio de que luego ajuste sus cuentas con el juez o magistrado culpable reclamando de éstos los efectos de una responsabilidad que, sin propiamente tenerla, hubo de afrontar. Porque no era, precisamente, que la Administración de Justicia, como apartado estatal, hubiera ocasionado un mal, sino que éste no se hubiera producido de no mediar la mala conducta de quienes están encargados de administrarla".

[477] Idem: Guastavino, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración pública*, "E.D.", 116-411.

[478] Señala así éste que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título. A los fines de las acciones subrogatorias o de regreso en los casos de condena judicial contra el Estado por los hechos u omisiones imputables a sus funcionarios o agentes, la sentencia respectiva determinará si medió falta personal de los mismos por las que deben responder hacia aquél".

mayor debe ser tal exigencia respecto a los magistrados y funcionarios, en cuanto representan éstos al órgano encargado de impartir justicia [479]. Así lo han entendido distinguidos autores, e incluso magistrados —demostrando así una loable objetividad—, al propugnar la imposición de una responsabilidad aún más intensa, ya que "la fiabilidad humana puede tener sus correctivos o mitigaciones. Pero la deliberada e inexcusable conculcación de la ley, tan acusada como manifiesta, exige que el juez responda ante la sociedad del grave quebranto de la confianza en él depositada" [480].

En el caso de los magistrados y funcionarios judiciales, el patrón comparativo a efectos de reconocer la existencia o no de culpa en el ejercicio de sus funciones resulta, incluso —al igual que en el del resto de los profesionales—, más estricto que el del paterfamilias utilizado respecto de los particulares en general.

Como lo expresó el Tribunal Supremo español —respecto a la responsabilidad de un arquitecto— en su sentencia del 29 de marzo de 1966, "por otra parte hay que avanzar también en orden a la diligencia debida, que la normal previsión exigible al arquitecto-director de la obra, no cabe confundirse con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquélla obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida...".

[479] Señalaba así Maurice Hauriou (*La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, I, Paris, 1929, p. 649), respecto a la importancia de responsabilizar a los funcionarios en general, que "no hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si desde un punto de vista administrativo puede resultar ventajoso que aquel que sufre un perjuicio intente demandar a la Administración antes que al funcionario público, desde un punto de vista constitucional uno podría todavía desear que la práctica de demandar personalmente a los funcionarios no resulte totalmente abandonada, ya que la posibilidad de la responsabilidad personal es todavía el mejor método que se ha encontrado para prevenir el obrar inapropiado de los funcionarios públicos".

[480] Soto Nieto, *Responsabilidad penal de jueces y magistrados*, "L.L." (España), 1987-1-93.

El patrón comparativo utilizable deberá ser, pues, el del buen profesional, exigiéndosele al presunto responsable el normal y usual grado de conocimientos de un profesional del derecho; en su caso, de un magistrado.

Se ha señalado así que culpa profesional sería aquella en que incurre quien ejerce una profesión, al faltar a los deberes que ella le impone [481]. Poca duda cabe así de que "todo individuo que ejerce una profesión, está obligado a poseer los conocimientos teóricos y prácticos de ella, debiendo poner en su conducta la previsión y la diligencia necesarias, pues de lo contrario responde de los daños y perjuicios que causare, sin que esta responsabilidad profesional civil pueda ser un obstáculo al progreso de la ciencia o la iniciativa, siempre que en la apreciación de la existencia de la culpa se tengan en cuenta las necesidades de la actividad y de los usos" [482].

En el caso de los magistrados con competencias especializadas, el conocimiento exigible es el del buen profesional de la rama de que se trate. No resultará aceptable, así, el desconocimiento por parte de un juez comercial de las disposiciones de la Ley de Concursos, o de un magistrado en lo contencioso-administrativo de lo preceptuado por la Ley de Procedimiento Administrativo. Obviamente, también deberá conocer las normas y reglas fundamentales de las ramas jurídicas ajenas a su actividad ordinaria.

Refiriéndose a la responsabilidad profesional en general, expresaba así Colombo que "la responsabilidad no nacerá del error en el método empleado o en la elección de los proce-

[481] Trigo Represas, *Responsabilidad civil*, citado por Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, II, ob. cit., p. 659.

[482] C.N.Civil, Sala C, "Malvassi, Norberto, s/suc.", 22/12/77, "E.D.", 81-718.

dimientos escogidos; nacerá, sí, de la ignorancia de los principios básicos que condicionan la respectiva ciencia o arte, como de la incapacidad revelada para discernirlos convenientemente, adaptándolos al caso concreto. El desconocimiento de las reglas esenciales, fundamentales o axiomáticas, pondrá de relieve que el profesional no ha dedicado a sus estudios el indispensable empeño para actuar prudentemente, sin daño para quienes requiriesen sus servicios" [483].

En el caso del magistrado o funcionario, sin embargo, el error en el método o en el procedimiento empleado implicará justamente el supuesto típico de ignorancia imputable.

En lo que al grado de culpabilidad exigido se refiere, aun cuando durante largo tiempo la tendencia predominante fue al reconocimiento de esta responsabilidad sólo excepcionalmente [484], notable resulta la evolución manifestada en los últimos años en el derecho comparado [485], habiéndose llegado a reemplazar la exigencia de dolo o culpa inexcusable por la del dolo o culpa simple [486].

Destacable resulta en este aspecto el avance producido en algunos sistemas jurídicos, como el español, donde se ha admitido en forma expresa la responsabilidad indirecta

[483] Colombo, *Culpa aquiliana*, I, ob. cit., p. 232.

[484] Señalaba así la sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de junio de 1928, que "sin que el error de concepto, doctrina e interpretación, aunque lo hubiere, origine responsabilidad civil exigible mientras no se demuestre la manifiesta infracción concreta y determinada de una disposición legal de que conocidamente hubiera prescindido, porque dada la importancia de la función ejercida por el organismo judicial, lo limitado y falible que es el entendimiento humano, la falta a veces de claridad de las leyes que no pueden ser ni son un obstáculo a la unidad de criterio, el legislador no ha querido someter a la responsabilidad de que se trata, más infracciones que aquellas que por negligencia o ignorancia prescinden de sus preceptos claros y terminantes y que debieron tenerse presentes como se ha dicho hasta tal punto, que la doctrina siempre respetable, formada por este tribunal, no está comprendida en la disposición básica de la materia...".

[485] Ver así la sentencia del Tribunal Supremo español del 27 de abril de 1965.

[486] Así ha ocurrido, por ejemplo, en España, al reemplazar el art. 411 de la L.O.P.J. de 1985 a los arts. 260 y 262 de la normativa anterior de 1870.

de los magistrados y funcionarios judiciales, al señalar, por ejemplo, el art. 75 del decreto del 2 de mayo de 1968 (España), que "sin perjuicio de la responsabilidad directa del personal auxiliar de la Secretaría en su calidad de funcionarios públicos por faltas u omisiones en el ejercicio del cargo, será responsable el secretario, en términos generales, del normal desenvolvimiento del servicio cuya jefatura se le encomienda".

La obtención del reconocimiento de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios no resultará, sin embargo, siempre posible. Pero ello podrá derivar, en ocasiones, no de su falta de responsabilidad, sino de la circunstancia de que aun existiendo dolo o culpa en un magistrado o funcionario, la legislación vigente no permita actuar contra él [487] por las características especiales de su profesión. En tales supuestos, nada obstará a la promoción de una acción de responsabilidad del Estado, frente a la cual cualquiera prohibición resultará improcedente por inconstitucional.

e) La carga de la prueba.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad del Estado —que por su carácter objetivo implica, en cierta medida, una presunción *iure et de iure* de culpabilidad estatal de darse los restantes requisitos de responsabilización—, en el supuesto de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios, incumbe a quien la alega probar la existencia de dolo, culpa o negligencia en el obrar u omisión de los presuntos responsables [488].

En este aspecto, la solución resulta en principio idéntica a la predominante hasta ahora en los supuestos de responsabilidad subjetiva en el campo del derecho privado.

Interesante aparece en este aspecto lo señalado por Fer-

[487] Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 49.

[488] Almagro Nosete, *Responsabilidad judicial*, Córdoba (España), 1984, p. 53.

nández Hierro ante posiciones que propugnaban, en estos supuestos, la inversión de la carga de la prueba al expresar que "debemos tener en cuenta la peligrosidad de tal principio cuando se trata de una exigencia de responsabilidad civil a jueces y magistrados que podría hacer arriesgar la imparcialidad judicial con amenazas reiteradas de ulteriores procesos de un litigante rencoroso y temerario; esta situación, que entiendo no se produciría por el simple hecho de la admisión del principio de responsabilidad civil, sí puede darse cuando la facilitamos por la inversión de la carga de la prueba en el procedimiento. Por supuesto que no ocurre lo mismo cuando se trata de responsabilidad civil del Estado como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional: la responsabilidad del mismo se presume... y con una presunción *iuris et de iure*, por lo que ni siquiera es necesario abordar la problemática de la inversión de la carga de la prueba al estar acreditada con tal tipo de presunción que no deja espacio a la posible prueba en contrario" [489].

A pesar de resultar ésta la posición tradicional en la materia, el art. 1625 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial —con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación y a consideración de la Cámara de Senadores al tiempo de redacción del presente trabajo— introduce, sin embargo, una modificación de importancia a este respecto, al establecer que queda a cargo del profesional el probar, en casos de controversia, que ha actuado sin culpa [490].

[489] Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 65.

[490] Expresa así el art. 1625 del Proyecto: "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas: 1) Se aplican a ellas lo dispuesto en los arts. 625 y 626. 2) En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado «sin culpa» en los términos del art. 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena. 3) La utilización de técnicas que se encuentran en estado de experimentación debe ser consentida expresamente por aquel a quien se preste el servicio".

Aun cuando resulta todavía materia de análisis legislativo, destacados autores se han pronunciado ya en contra de una interpretación literal de este precepto, sosteniendo que en realidad la intención del legislador no ha sido la de invertir totalmente la carga de la prueba, sino la de "consagrar una pauta o vía legal de cooperación para mejor atender la carga de probar", privilegiándose la posición del más necesitado, por estar en peores condiciones para arrimar las probanzas correspondientes, consagrando así un deber específico de colaboración por parte del profesional [491].

A pesar de la asimilación efectuada entre la responsabilidad de los magistrados y funcionarios judiciales con la de los profesionales, creemos, sin embargo, que en este supuesto, aun de ser sancionado el proyecto de unificación, la inversión de la carga de la prueba respecto a los magistrados y funcionarios judiciales no será de aplicación. Ello es así, pues la asimilación se debe limitar a los patrones de evaluación, mas no a las disposiciones específicas que regulan responsabilidades típicas, como en este supuesto ocurre evidentemente con el mencionado art. 1625, referido a "las tareas de los profesionales liberales" e incorporado a un capítulo titulado de la locación, obviamente ajenos a los magistrados y funcionarios judiciales, dada la naturaleza de la función por ellos desempeñada.

Creemos, por consiguiente, que aun de ser sancionado el muy promocionado proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, el principio general seguirá siendo —en este caso concreto— que aquel que invoca el dolo, culpa o negligencia de un magistrado o funcionario judicial deberá correr, asimismo, con la carga de su prueba.

[491] Morello, *La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa*, "L.L." del 4 de noviembre de 1988, p. 1.

f) Causales de exclusión o justificación de la culpabilidad. Remisión.

Entre las causales de justificación generalmente admitidas en este campo, se destacan, sobre todo, el caso fortuito y la fuerza mayor; la culpa del litigante; el consentimiento del ofendido [492], y en algunos supuestos el ejercicio del derecho, por considerarse que quien utiliza su propio derecho no resulta responsable por el daño que pueda producir a otros individuos [493].

Mientras que en el supuesto de responsabilidad del Estado, el caso fortuito o la fuerza mayor resultarán sólo excepcionalmente aplicables como causal de exclusión de la responsabilidad —por su carácter objetivo—, no ocurrirá lo mismo en el supuesto de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios, basada nítidamente todavía hoy en día en la existencia de dolo, culpa o negligencia de ellos.

Así, el retraso injustificado en la resolución de los expedientes debido a la falta de medios físicos o materiales, podrá ser imputable al Estado, pero no al magistrado competente para resolver la controversia, en tanto éste hubiera hecho conocer la imposibilidad o dificultad a las autoridades competentes para solucionar en debida forma el impedimento [494].

Contrariamente a lo que ocurre en el supuesto de responsabilidad del Estado, en el caso de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios, la existencia de culpa en el obrar del damnificado juega de modo distinto.

[492] De Ángel, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 48.

[493] De Ángel, *Lecciones...*, ob. cit., p. 48; Santos Briz, *Responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 31.

[494] En cambio, como señala Fernández Hierro (*Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 67), "ciertamente que tal circunstancia no podrá predicarse del Estado en cuanto organizador de la justicia como servicio público; pero para tales supuestos es para lo que se ha creado la nueva acción de responsabilidad contra el Estado que, en mi opinión y como queda dicho, deberá ser objetiva e indemnizar a la víctima de los perjuicios causados con ocasión del funcionamiento de la justicia como servicio".

Así, a diferencia de lo que señalamos al referirnos a la responsabilidad estatal, plenamente aplicables resultarán en este ámbito las reglas del derecho privado en lo que a la culpa concurrente se refiere, cuando en la producción del evento dañoso hubieran contribuído no sólo la desidia de la víctima, sino también la culpa o negligencia del magistrado o funcionario judicial. En estos supuestos, la indemnización se fijará según el grado en que la culpa de cada interviniente haya contribuído a la producción del resultado dañoso [495].

En este supuesto, la actuación de un tercero al damnificado y al magistrado o funcionario en la producción del perjuicio, también tendrá un efecto distinto del presupuesto de responsabilidad estatal. Mas no será el de exclusión de culpabilidad sino, esencialmente, y ante el carácter subjetivo de la responsabilidad, de inexistencia o ruptura de la relación de causalidad [496].

g) El daño indemnizable.

En lo que al perjuicio indemnizable se refiere, la reparación debe ser plena, resultando de aplicación las normas y construcciones clásicas del derecho privado.

Así, resulta indiscutible que en el supuesto de responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales, deberán responder éstos no sólo por el daño material producido, sino también por el perjuicio moral causado, en la misma forma que acontece en el derecho privado [497], al no tratarse sino de un supuesto de responsabilidad propia del derecho civil, aun cuando aplicable a quienes ejercen una función pública de claras connotaciones sociales.

[495] Tribunal Supremo español, sentencia del 30 de abril de 1969.

[496] Idem: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 69.

[497] Ver así los arts. 47 y 49 del Código de las Obligaciones suizo; 2059 del Código Civil italiano de 1942. Así lo ha admitido la jurisprudencia norteamericana. Ver "State Rubish Collectors Association *v.* Siliznoff", 38 Cal. 2d 330 (1952).

La reparación debe ser además integral, es decir, abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante [498], aunque se ha entendido que no basta la simple posibilidad de obtener una ganancia, sino que ha de existir una cierta posibilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas, así como también de las circunstancias especiales del caso concreto, incumbiéndole al reclamante el probar que se ha dejado de percibir ganancias, sin que éstas hubieran sido dudosas o contingentes y producto tan sólo de la esperanza" [499].

El perjuicio deberá ser, además, cierto y demostrable por el actor como base para su reparación, así como propio de la persona que la reclama [500], a pesar de haberse admitido en ocasiones la procedencia de la acción interpuesta por los familiares de la víctima [501].

h) Requerimientos específicos.

Aun cuando no previstos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, existen algunos requisitos cuyo cumplimiento pareciera ineludible por parte de quien busca obtener la reparación de los daños causados por el obrar u omisión de los magistrados y funcionarios judiciales.

Tales requisitos, estrechamente emparentados con la naturaleza de la función judicial, son:

a) que el expediente en que se haya cometido supuestamente la lesión o perjuicio haya culminado con sentencia o resolución firme; y

b) que el presunto damnificado haya utilizado en tiempo propio los recursos existentes en el ordenamiento jurídico contra la resolución, obrar u omisión que hubiera causado el agravio o haya reclamado oportunamente en el juicio de haber tenido la oportunidad de hacerlo [502].

[498] Ver en este sentido los arts. 1149 del Código Civil francés y 1106 del Código Civil español.

[499] Ver Tribunal Supremo español, sentencia del 22 de junio de 1967.

[500] Ver en este sentido el art. 412 de la L.O.P.J. (España).

[501] Así lo ha entendido, por ejemplo, la jurisprudencia francesa. Ver Crim., 6/6/52, "S.", 153.1.51.

El primero de estos requerimientos, contemplado en los arts. 904 de la ley española de Enjuiciamiento Civil y 413, 1, de la L.O.P.J., encuentra su razón de ser en la imposibilidad de determinar con precisión el alcance y consecuencia de un obrar u omisión judicial hasta tanto la cuestión esté dirimida en forma definitiva.

Aunque lógica, la exigencia en el cumplimiento de este requisito no debiera ser demasiado rígida. Así, pareciera conveniente el considerar formalmente procedente la acción de responsabilidad civil —a pesar de no estar resuelta en forma definitiva la cuestión que dio lugar al obrar u omisión judicial dañosa— cuando de la naturaleza del accionar doloso o culpable y de la cuestión pendiente de resolución, surgiera con manifiesta claridad la imposibilidad de reparar el perjuicio causado [503].

Lo contrario sería exigir a quien ha sido víctima de un obrar ilícito el tener que aguardar la culminación de un trámite, cuya duración —dado lo arcaico de nuestro sistema jurídico— se puede llegar a contar en ocasiones por lustros, y lo que es aún peor, cuya prolongación podrá llegar a depender del obrar del mismo sujeto eventualmente pasivo de responsabilidad, lo que obviamente no admite justificación.

El segundo, previsto también en los arts. 906 de la ley española de Enjuiciamiento Civil y 413, 1, de la L.O.P.J., encuentra también su razón de ser en la necesidad de evitar que quien actúa dolosa o culposamente, pueda obtener un beneficio como consecuencia de un obrar u omisión dañoso que de haber obrado con prudencia se podría haber evitado o subsanado.

Al igual que en el supuesto del requerimiento anterior,

[502] Ver en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo español del 21 de febrero de 1958.

[503] No se ha previsto tal eventualidad, en cambio, en el sistema español. Ver, así, Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 197.

la interpretación de esta exigencia debe ser flexible, evaluándose con prudencia si el recurso o reclamo omitido resultaba realmente apto para evitar la consolidación del perjuicio, y, en su caso, en qué grado lo hubiera hecho.

Lo contrario implicaría un formalismo innecesario. No cabría, así, rechazar por improcedente un reclamo por responsabilidad civil judicial contra un auto que además de incurrir en graves errores de fondo, lo hace en cuestiones de forma, objeto de un recurso de aclaratoria, por no haberse interpuesto en término éste, aunque el estricto cumplimiento de las disposiciones procesales en poco hubiera variado las consecuencias dañosas del obrar doloso o culpable.

XIV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES EN CIERTOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS.

La compleja organización de la Justicia tanto en nuestro país como en el extranjero, y la diversidad de las funciones que cumplen los magistrados y funcionarios judiciales, torna necesario el formular ciertas aclaraciones, según el magistrado, funcionario o tribunal en que se centre el análisis.

1. *Magistrados de los tribunales colegiados.*

En el caso de los integrantes de los tribunales colegiados —en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los superiores tribunales provinciales y las cámaras de apelaciones tanto en la esfera nacional como provincial—, su responsabilidad no difiere de la ya señalada respecto de los restantes magistrados judiciales, debiendo existir para su configuración dolo, culpa o negligencia en ellos.

Cabe destacar, sin embargo, una peculiaridad propia de la organización de estos tribunales. El hecho de que en

los autos que así lo requieren —como, por ejemplo, la resolución de los recursos interpuestos contra las sentencias definitivas a que se refieren los arts. 271 y 272 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto a las cámaras de apelaciones [504]— exista un ponente, votante o vocal preopinante, no exime de responsabilidad a los restantes integrantes del tribunal [505], que en cuanto han suscrito el acuerdo se han colocado en la misma situación de quien con su voto haya incurrido en responsabilidad.

En los supuestos en que no se requiera la presencia de todos los integrantes del tribunal para la adopción de una decisión, sólo serán responsables los presentes en ella.

No ocurre, sin embargo, lo mismo con los magistrados que votaran en disidencia, en tanto ésta se refiera en forma terminante al hecho, derecho o circunstancia que generara la responsabilidad o, aunque así no fuera, si de haberse adoptado la solución por la cual ellos se inclinaron, el perjuicio no se hubiera producido o el dolo o culpa no hubiera existido.

Aun cuando debe suscribir asimismo el acuerdo [506], no resulta en modo alguno imputable de responsabilidad por el dolo o culpa en que se incurriera en la decisión, el secretario del tribunal —en tanto y en cuanto no sea, como ocurre con las cámaras de apelaciones en nuestro país, uno de los jueces integrantes de él—, por limitarse su función a la certificación de la veracidad y votación efectuada en el

[504] Que dispone: "271. El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del tribunal y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios". "272. Concluído el acuerdo, será redactado en el libro correspondiente suscrito por los jueces del tribunal y autorizado por el secretario. Inmediatamente se pronunciará la sentencia en el expediente, precedida de copia íntegra del acuerdo, autorizada también por el secretario".

[505] Idem: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 138.

[506] Ver art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

acuerdo. Sin embargo, podrá ser responsabilizado por el perjuicio causado por algún defecto formal de la decisión imputable a dolo, culpa o negligencia, y que como tal pudiera haber caído dentro de sus competencias su subsanación.

2. *Ministros de la Corte Suprema y demás tribunales superiores.*

A pesar de que no se debiera, en apariencia, reconocer diferencia alguna entre la responsabilidad que les cabe a éstos y a los restantes magistrados integrantes de tribunales colegiados inferiores, no siempre ha sido ello entendido así, especialmente cuando la función revisora de tales tribunales resulta eminentemente de casación.

Así, en Gran Bretaña se ha considerado que "resulta un principio de nuestro derecho que no existirá acción contra un juez de uno de los tribunales superiores por actos judiciales, aun cuando se alegara que ha actuado maliciosa o corruptamente" [507]. A diferencia de ello, en el supuesto de los magistrados de los tribunales inferiores, su responsabilidad es aceptada en el caso de haber actuado éstos fuera de su jurisdicción [508].

En sentido similar, se rechazó hace ya un siglo, en España, la posibilidad de responsabilizar civilmente a los integrantes del Tribunal Supremo con el siguiente argumento:

"¿Procederán estos recursos por las sentencias que se dicten en los de casación? El de responsabilidad criminal, sí, siempre que dichos magistrados incurran en delito que la determine, como ya se ha dicho; el de la civil, cuando no nace delito, no, en ningún caso. Así lo ordena clara y explícitamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer,

[507] "Fray *v.* Blackburn", 3 B. & S. 576, 578 (1863), al intentarse accionar contra el *Justice* Blackburn. Idem: "Anderson *v.* Gorrie", 1 Q.B. 668 (1895), citados por Wade, *Administrative law*, 5ª ed., Oxford, 1986, p. 674.

[508] Ver la opinión de lord Denning en "Sirros *v.* Moore", Q.B. 118, 132 (1975); "Clark *v.* Woods", 2 Ex 395 (1848), citados también por Wade, *Administrative law*, ob. cit., ps. 674/5.

en su art. 306, que "contra todas las sentencias en que se declare haber o no lugar al recurso de casación, o a la admisión del mismo, no se dará recurso alguno". Y no se diga que esto se refiere a los recursos dentro del procedimiento, para darlo por terminado definitivamente: lo ordena la ley a renglón seguido de haber declarado en el artículo anterior que queda a salvo el de responsabilidad respecto de las demás resoluciones del Tribunal Supremo, contra las cuales no se da ulterior recurso dentro del procedimiento, lo cual demuestra que se hizo intencionada y deliberadamente la declaración del art. 406, como es lo cierto, para excluír el de responsabilidad civil por las sentencias que se dicten en casación. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus arts. 892 y 904, declara que contra dichas sentencias no se da recurso alguno" [509].

A pesar de la referencia efectuada a una legislación específica —la Ley de Enjuiciamiento Civil española—, la observación de Manresa no debe ser perdida de vista tampoco en nuestro derecho, ante la existencia de opiniones similares en nuestro país [510] y por la posible aplicabilidad del mismo razonamiento en el supuesto del denominado recurso extraordinario.

Desde tal perspectiva debemos decir, al igual que ocurrió con un importante sector de la doctrina española [511],

[509] Manresa, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, p. 334, citado por Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 139.

[510] En ese sentido, Izquierdo (*La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 65) señala que se debe excluír de responsabilidad a los cometidos por miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues "*a*) esos funcionarios judiciales son los únicos y últimos que deben entender en los juicios de responsabilidad del Estado por errores judiciales cometidos por el resto de los magistrados; y *b*)... porque constituyen la instancia máxima judicial del Estado, frente a cuyas decisiones no existe otro órgano jurisdiccional legítimo al que recurrir. Es decir que esta exclusión no significa sostener la «irresponsabilidad del Estado» en esta instancia máxima, como un «hecho del príncipe», sino porque el error —si existiera— no podrá ser determinado".

[511] Ver así, entre otros, Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., ps. 139 y ss.

de ver todas las cosas en su punto, no es propio del hombre, sino de Dios»" [514], no se podrá responsabilizar civilmente a los magistrados por el cambio en la doctrina legal o por una interpretación incorrecta o dudosa de la ley [515].

Sin embargo, como lo expresó un tribunal argentino, "la responsabilidad profesional no existe cuando median errores de carácter científico, aun cuando las teorías sean controvertidas, pero subsiste, si se dan los supuestos de impericia o negligencia, olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe o de las reglas admitidas por todos como ciertas" [516].

En el mismo sentido se han pronunciado distinguidos civilistas —en obra dirigida justamente por un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— al señalar que "si bien los jueces tienen una posición muy especial (recuérdese, p. ej., que mientras los abogados tienen la libertad para elegir pleitos, los jueces tienen la obligación de juzgar —art. 273 del Cód. Penal y art. 15 del Cód. Civil—), sin que por ello dejen de ser funcionarios públicos, con todas

[514] Moreno, *Responsabilidad de los magistrados...*, ob. cit., ps. 443/4.

[515] Señaló en tal sentido el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 20 de enero de 1972, que "el criterio del juzgador puede ser más o menos acertado, según sea su entendimiento, pero sin que el error de concepto, doctrina o interpretación, aunque lo hubiere, origine responsabilidad civil exigible mientras no se demuestre la manifiesta infracción concreta y determinada de una disposición legal de que conocidamente hubiere prescindido, porque dada la importancia de la función ejercida por el organismo judicial, lo limitado y falible que es el entendimiento humano, la falta a veces de claridad de las leyes que no pueden ser ni son un obstáculo a la unidad de criterio, el legislador no ha querido someter a la responsabilidad de que se trata más infracciones que aquellas que por negligencia o ignorancia prescinden de sus preceptos claros y terminantes y que debieron tenerse presente, lo que supone, como ya señaló la sentencia del 10 de diciembre de 1927, la existencia de un precepto legal claro y preciso, que no pueda ofrecer dudas ni dificultades de interpretación, no pudiendo discutirse en este proceso más que la declaración de la procedencia o improcedencia de la responsabilidad civil postulada por el recurrente, sin que como precisa la sentencia del 30 de abril de 1920, pueda volverse sobre las cuestiones de fondo del anterior proceso del que quiere derivarse la responsabilidad".

[516] C. N. Civil, Sala C, "Malvassi, Norberto, s/ suc.", cit., "E.D.", 81-716.

las responsabilidades (políticas, administrativas, penales y civiles) que esa función les importa. Es verdad que en derecho muchas cuestiones son opinables, pero si puede acreditarse que en el juzgamiento ha existido una verdadera negligencia, impericia, etc., no se advierte por qué el juzgador no debe reparar estos daños" [517].

3. *Jurados.*

Aun cuando a más de 130 años de la sanción de nuestra Constitución nacional, el Congreso no ha legislado sobre el establecimiento del juicio por jurados [518], la importancia de la función que ejercerían éstos en el plano hipotético de legislarse en el futuro sobre ello, torna de interés el formular aunque más no sea una breve consideración.

A pesar de que nada obsta a la responsabilización civil de quien se pudiera desempeñar como jurado —cualquiera que sea la materia del pleito— bajo los arts. 1109 y 1112 del Código Civil —este último de considerárselos como funcionarios, encuadramiento qne no nos convence—, las limitadas atribuciones con que cuentan en la práctica en los sistemas jurídicos donde el juicio por jurados se halla establecido, torna sumamente difícil suponer supuestos que pudieran dar lugar a la responsabilidad civil de ellos.

Esto es así, pues tanto en los Estados Unidos, como en la mayor parte de los sistemas jurídicos, la labor del jurado se halla limitada a la apreciación de los hechos controvertidos, quedando a cargo de los magistrados la aplicación del derecho y la imposición de las penas.

No implica lo expuesto el negar tal posibilidad, sino la dificultad existente en poder demostrar en la práctica el dolo, culpa o negligencia que dé lugar a responsabilidad.

[517] Belluscio y otros, *Código Civil anotado...*, V, ob. cit., p. 406.

[518] A pesar de haber establecido el art. 24 de la Constitución nacional que "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados".

Así, no se podría discutir que de comprobarse el pronunciamiento doloso de un jurado —por cohecho, enemistad personal oculta, etc.—, además de su responsabilidad penal, debiera ser responsabilizado éste civilmente [519].

4. *Secretarios judiciales.*

A diferencia de lo que ocurre en España, donde sus funciones están reguladas por la Ley Orgánica del 16 de noviembre de 1981, la ley del 18 de marzo de 1966, algunos preceptos de las leyes de Enjuiciamiento Civil y Orgánica del Poder Judicial y esencialmente por el Reglamento Orgánico promulgado por el decreto del 2 de mayo de 1968, la labor de los secretarios judiciales en nuestro país está reglamentada en forma muy dispersa, resultando las disposiciones esenciales en la materia las previstas en el decreto-ley 1285/58, en algunas acordadas de la Corte Suprema [520] o cámaras de apelaciones, y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [521].

En cuanto a sus funciones esenciales, éstas varían según el sistema jurídico de que se trate. Así, éstas son en general el ejercicio de la fe pública judicial [522]; el auxiliar a

[519] Ídem: Fernández Hierro, *Responsabilidad civil judicial*, ob. cit., p. 143.

[520] Como la 25/76, del 20 de julio de 1976 (publicada en "Fallos", 295-246), que bajo el título de "Funciones de los secretarios", señala tan sólo en su art. 135 que "los secretarios de los juzgados nacionales desempeñarán las funciones que por ley les correspondan y, además, las auxiliares que les confíe el magistrado de quien directamente dependan".

[521] Detallados especialmente —en el orden nacional— en el art. 38 de este cuerpo normativo.

[522] Dispone así el art. 38, inc. 2, del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, que es deber de los secretarios judiciales "extender certificados, testimonios y copias de actas". Ídem, art. 116. Expresa en sentido similar el art. 473, 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (España) que "1) los secretarios judiciales ejercen la fe pública judicial y asisten a los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta ley y en las leyes procesales". En igual sentido, el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que "las actuaciones deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto".

los magistrados en el despacho de los asuntos ante ellos planteados [523], dictando, por ejemplo, providencias simples [524]; la jefatura del personal del tribunal [525], así como la guarda de la documentación y conservación de los bienes afectados al tribunal [526].

De tales funciones, quizá sea la de jefe de personal de su secretaría la más peculiar que desempeña, al generar un tipo de responsabilidad específica, similar a la reconocida por la jurisprudencia francesa en el ámbito de la construcción respecto del arquitecto, al considerarlo como "el "director de la orquesta" [527], o en España, respecto de la responsabilidad del médico por la actuación de personal sanitario a su cargo.

Señala respecto a ésta, en España, el art. 75 del decreto del 2 de mayo de 1968, que "sin perjuicio de la responsabilidad directa del personal auxiliar de la secretaría en su calidad de funcionarios públicos por faltas u omisiones en el ejercicio del cargo, será responsable el secretario, en términos generales, del normal desenvolvimiento del servicio cuya jefatura se le encomienda".

En lo restante, la inexistencia de un régimen especí-

[523] Ver los incs. 1, 2, 3 y 4 del art. 38 de nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los arts. 78, 79 y 80 del decreto del 2 de mayo de 1968 (España).

[524] Ver C.P.C.C., arts. 38, incs. 3 y 4, y 160.

[525] Dispone así el art. 473, 2, de la L.O.P.J. que "2) les corresponde ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de jueces y presidentes". Y el art. 73 del decreto del 2 de mayo de 1968, que "compete a los secretarios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la superior inspección del presidente del tribunal o del juez de primera instancia o instrucción, distribuír, ordenar y dirigir el trabajo del personal de oficiales y auxiliares adscritos a la Secretaría y dar las instrucciones para la buena marcha del servicio".

[526] Expresa el art. 473, 3, de la L.O.P.J. que "3) a los secretarios corresponde la guarda y el depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responden del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan".

[527] Ver: Fernández Hierro, *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1976, p. 114.

fico de responsabilidad para estos funcionarios, tanto en el orden normativo como en el jurisprudencial o doctrinal, tornan de aplicación el régimen de responsabilidad civil común, previsto en nuestro país en los arts. 1109, 1112 y concordantes del Código Civil.

XV. CONCLUSIONES.

La responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de las funciones judiciales no ha sido ni es aceptada en forma mayoritaria en nuestro país. En menor medida, se podría afirmar lo mismo de la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales.

La escasa elaboración doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia, así como el vacío normativo —a pesar de menciones aisladas como la efectuada en el orden nacional por el art. 515 del Código Civil o las previsiones, sin duda limitadas, de la legislación provincial—, han impedido entender que el reconocimiento de la responsabilización plena tanto del Estado como de los magistrados y funcionarios judiciales en este ámbito resulta cada día más una necesidad ineludible.

Pocos son, sin embargo, lamentablemente, los supuestos en que se intenta obtener una reparación como consecuencia de un error judicial [528]. Ninguno o casi ninguno son los casos en que el reclamo reconoce como fundamento el funcionamiento anormal de la administración de justicia, posibilidad ni siquiera debatida en nuestro país.

Y no es justamente ello por la magnífica labor de nuestros magistrados o funcionarios o el sublime funcionamiento de nuestra administración de justicia.

No se trata de buscar la responsabilidad porque sí —por tener tan sólo, como señaló Josserand, "sed de justicia" [529]—,

[528] Idem: Izquierdo, *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, ob. cit., p. 2.

[529] Expresaba así Josserand (*Évolutions et actualités*, 1936, citado por

de intentar extraer recursos de nuestro alicaído fisco o preocupar aún más a nuestros injustamente sufridos magistrados y funcionarios.

Pero resulta indudable que desde el estricto punto de vista jurídico, tal situación debe —como tantas otras en el campo de nuestro derecho administrativo— llegar a su fin.

Es que aun cuando no parece haber sido siempre entendido así, no cabe duda de que al igual que acontece respecto de los particulares, el principio de legalidad exige el reconocimiento de la responsabilidad de todo aquel que causa un daño, sean éstos magistrados, funcionarios judiciales o el Estado en cualquier ámbito de su actividad [530].

Se debe atribuír cierta razón a lo señalado hace ya más de un siglo por José María Moreno, citando las palabras que un célebre abogado dirigía a los jueces, en el sentido de que "aquel que se consagra a la defensa de la justicia contra las pasiones de los hombres, no espere jamás su reconocimiento; que no se alucine con la engañosa quimera de ver alrededor suyo a los ciudadanos a quien protege, formando un concierto de dulces aclamaciones, alentarlo en sus trabajos al bendecirlo, arrancar de su alma por el espectáculo de su dicha, los disgustos de un estudio penoso, expresar en fin a sus ojos, en el movimiento de su alegría, que las fatigas que lo apartan del reposo de la noche, aseguran la tranquilidad de sus días: que borre de su imaginación ese cuadro fantástico si no quiere verse cruelmente engañado; que sepa que tiene por enemigos a todos aquellos

Borda, *Fundamento de la responsabilidad...*, ob. cit., p. 829, nota 6) que "tenemos sed de justicia, esto es, de equilibrio jurídico y cuando sucede un desastre buscamos el responsable; ya no aceptamos dócilmente los golpes del destino, sino como un acto directo o indirecto del hombre. Si la palabra no fuere un poco fuerte, diría con gusto que secularizamos la responsabilidad, que la hacemos un caso de pura justicia humana, para que se verifique en el cuadro de la comunidad social, en la conformidad del equilibrio de los intereses y de los derechos y para satisfacción de nuestra conciencia jurídica".

[530] Ídem: Bidart Campos, *Derecho constitucional*, I, ob. cit., 1968, p. 746.

a quienes condena, que aquellos cuyos derechos reconoce, sólo le pagan con su indiferencia, o llevan su ingratitud hasta el punto de atribuír a motivos vergonzosos la decisión que los favorece; o no viendo en la sentencia del juez, sino el cumplimiento de un severo deber, se creen dispensados de ser justos para con él, porque él lo ha sido para con ellos" [531].

Pero, a pesar de ello y del malestar evidente que la revisión de su actuación parece generar desde antaño a algunos de nuestros tribunales, es indudable —como lo señaló un magistrado del Tribunal Supremo español— que "los jueces no sólo están obligados a soportar la información y la crítica de su actuación profesional, como pública que es, sino también vivamente interesados en que sobre ella se informe y se comente; porque ello puede demostrar su posible malhacer y estimularles para que remedien sus ligerezas o desaciertos" [532].

Así lo señaló con acierto, en nuestro país, un tribunal de enjuiciamiento provincial al expresar que "íntimamente ligado al respeto que se debe a los magistrados judiciales, está la posibilidad de examinar sus conductas cuando ellas son cuestionadas. De otra forma, se estaría consagrando la omnipotencia de los jueces, en una suerte de dictadura intelectual" [533].

Loable resulta, en este aspecto, la evolución acaecida en otros sistemas jurídicos, como el francés y, especialmente, a partir de la Constitución de 1978, el español, emparentado con el nuestro no sólo por la lengua o fuentes jurídicas comunes, sino por la similar idiosincrasia y problemática económico-social, a pesar de que el constante avance de aquella nación —y nuestro estancamiento— torne cada día más difícil la comparación.

[531] Moreno, *Responsabilidad de los magistrados...*, ob. cit., p. 444.

[532] Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 23.

[533] Tribunal de Enjuiciamiento de la provincia de La Rioja, "G., J. C., y G., S. A.", 7/10/82, "E.D.", 116-398, nº 82.

Sin llegar al extremo de antaño —en que más de uno de nuestros administrativistas se limitó a intentar traspolar sin más los sistemas francés o español a nuestra distinta realidad—, mayor debiera ser la atención prestada en este aspecto —a pesar de cierto recelo [534]— a otros sistemas jurídicos, en vez de repetir sin más, como si fueran verdades inexorables, consignas superadas hace ya largos años.

Si bien se debe reconocer en nuestro país —como se ha hecho en España— la evidente insuficiencia de medios de que adolece la Justicia, que "dotada de medios infinitamente inferiores a otros servicios del Estado, gracias al esfuerzo de todo el personal a ella adscrito, alcanza unos resultados inigualables en otras dependencias", así como que resulta intolerable "que para ocultar las verdaderas causas de la situación, se haga aparecer a los jueces como únicos o principales responsables" [535], no es menos cierto, como lo reconoció el mismísimo Tribunal Supremo español, que la aceptación de la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial resulta "totalmente necesaria, sin más que lamentar el retraso con que se ha producido", ya que responde "a principios éticos fundamentales, y porque la ética, y no el puro tecnicismo, es, como ha dicho un ilustre jurista, el alma del derecho y la que más puede contribuír a que sus

[534] Como el manifestado notablemente en su momento por Orgaz respecto a la doctrina francesa, al señalar en *El acto ilícito* (ob. cit., p. 119) que "la doctrina francesa, en punto a la responsabilidad civil, no es fácil de seguir por un autor medianamente exigente de las virtudes de orden y precisión. La famosa claridad francesa, al menos en esta materia, es solamente de superficie. En cuanto se penetra un poco más abajo, se advierte la falta de rigor en los razonamientos y aun en el empleo de términos esenciales, la proliferación de argumentos dispares..., la extrema sutileza de los fundamentos con el fin ostensible de llegar al resultado práctico que se desea, sin mayor respeto por los textos legales o la integridad de los principios... la doctrina francesa es fundamentalmente francesa... Por esto mismo, ella tampoco es exportable, al menos en su conjunto".

[535] González Pérez, *Servidumbre y grandeza de los jueces*, diario "ABC", Madrid, 5/5/87, citado por Reyes Monterreal, *La responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 34.

intérpretes se sientan orgullosos de la misión que se les tiene encomendada" [536].

Por ello, y sin que esto implique en modo alguno el desconocer la importancia que reviste la posibilidad —certeramente destacada en su momento por Hauriou— de poder responsabilizar directamente al funcionario que causa el perjuicio [537], poca duda nos cabe, pues, de la necesidad de alcanzar la responsabilización plena del Estado en el ejercicio de la función judicial.

No se debiera olvidar, en este sentido —como lo expresó Ardant—, que la responsabilización estatal no sólo resulta posible, sino claramente necesaria, en especial cuando, en tales supuestos, los daños causados a los particulares tienen una gravedad aún más condenable en cuanto que deben ser soportados en nombre de la Justicia [538].

[536] T.S.E., sentencia del 5 de febrero de 1986.

[537] Señalaba así el gran maestro francés (Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, I, ob. cit., p. 649) que "si desde un punto de vista administrativo puede resultar ventajoso que aquel que sufre un perjuicio intente demandar a la Administración antes que al funcionario público, desde un punto de vista constitucional uno podría todavía desear que la práctica de demandar personalmente a los funcionarios no resulte totalmente abandonada, ya que la posibilidad de la responsabilidad personal es todavía el mejor método que se ha encontrado para prevenir el obrar inapropiado de los funcionarios públicos". Expresaba en el mismo sentido Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, III, ob. cit., p. 295) que "el medio más adecuado de controlar a los funcionarios públicos, de inspirar en ellos un sentido de deber, resulta el advertirles que existe un cierto punto frente al cual pierden su *status* de engranaje impersonal de un servicio público, y se trasforman en seres humanos con deberes y responsabilidades, y que como tales, se encuentran frente al ciudadano común ante el cual serán declarados personalmente responsables". En posición francamente minoritaria ha señalado, en cambio, en nuestro país, Linares (*En torno a la llamada responsabilidad...*, ob. cit., p. 606) que "si el Estado es solvente, siempre también el particular está protegido contra los daños que sufra por incumplimiento ilegítimo de sus funciones, con falta personal, por parte del empleado público. La posibilidad de responsabilizar directamente a éste, solidaria o mancomunadamente con el Estado, por actos ilegítimos que no sean actos inexistentes, es decir, vías de hecho o por delitos criminales, tiene más las características de una venganza o revancha que la de una distribución de justicia".

[538] Ardant, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, 1956, p. 280.

ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS (ELEMENTOS)

Prólogo del Dr. FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

DEPALMA ABRIENDO SURCOS

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

1993

Capítulo II

RESPONSABILIDAD CIVIL. TEORÍA GENERAL DE LA REPARACIÓN. DERECHO DE DAÑOS. UNIDAD DEL FENÓMENO RESARCITORIO

1. *Sobre la inconveniencia de adelantar una definición de la responsabilidad civil.*

En el capítulo anterior intentamos describir los cambios que se han operado en la ciencia jurídica en los últimos años, en especial las trasformaciones habidas en materia de responsabilidad civil. Fue así que describimos algunas nuevas características de este sector del derecho y cuya comprobación está al alcance de cualquier jurista que dedique atención al tema. Advertimos que algunos de esos cambios tal vez no sean propios de la responsabilidad civil, o, dicho de otro modo, quedarían al margen de nuestro estudio si enfocamos la materia como una "Teoría pura de la responsabilidad civil". Así, por ejemplo, lo referido a la prevención del daño, tema que si bien resulta de suma importancia, tenemos nuestras dudas —en un primer pensamiento— de incluirlo como subcapítulo de la responsabilidad civil, aunque no tal vez dentro de una teoría general del daño.

Lógicamente, todas estas nuevas cuestiones inciden en el propio concepto de responsabilidad civil, porque a la luz de los grandes cambios operados, la noción o definición de esta materia no puede ser la misma hoy en día que hace un siglo atrás.

Justamente la tarea que ahora debemos emprender es la de buscar una definición acerca de la responsabilidad que encierre todos estos nuevos enfoques y que le dé una nueva sistemática a la materia. En esta labor podemos optar por tres opciones:

A) no dar ninguna definición;

B) copiar definiciones clásicas;

C) elaborar nuestra definición conforme a las nuevas orientaciones en la materia, y sin apego a viejos formulismos.

A) Tal vez la solución más fácil sea la primera, esto es, no dar ninguna definición de responsabilidad civil. Y no se crea que ésta es una actitud cobarde; al menos pareciera que no lo es si comprobamos que la mayoría de los autores que han estudiado la responsabilidad civil lo han hecho sin definirla previamente. Ya hace tiempo los Mazeaud y Tunc decían que "si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo es, desde luego, el de la responsabilidad civil"[1].

Hace muy poco Brebbia ratificaba esta idea al expresar que existe una resistencia general por parte de los autores para formular una definición de la responsabilidad civil[2].

Las razones de esta actitud simplista las explica muy bien Pizarro[3], y nosotros podemos sintetizarlas en el hecho de las profundas divergencias que existen en la doctrina y el apego a clásicos criterios, elevados a extremos tales que impiden a los autores brindar una definición comprensiva de todos los fenómenos resarcitorios sin traicionar esas viejas concepciones.

Pero nosotros renunciamos a esta primera opción de no definir, por considerar que si somos sinceros con nuestras ideas reconociendo el estado actual de la materia, debemos seguir en la búsqueda de un concepto acorde con estos nuevos contornos.

B) La segunda opción es la de copiar definiciones formuladas anteriormente por la doctrina. Es una tarea que tampoco exige esfuerzo intelectual alguno, aunque supone un paso más con respecto a la anterior. El inconveniente es que estas definiciones pueden resultar insuficientes y, por ende, no dan una idea acabada del tema abordado.

A solo título ejemplificativo trascribimos algunas definiciones. Así, para Díez Picazo y Gullón "la responsabilidad significa la

[1] Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, en *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 1. Nótese lo curioso de que justamente con la frase trascrita comienza una de las obras más importantes que se han escrito en esta materia en el derecho comparado.

[2] Roberto Brebbia, *Responsabilidad precontractual*, Ed. La Rocca, 1987, p. 23.

[3] Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Ed. Universidad, 1985, ps. 1-6.

sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de resarcir el daño producido"[4]. Por su parte, Bonasi Benucci, con cita de Carnelutti y De Cupis, la define como "la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso"[5]. Últimamente Brebbia afirma que hay responsabilidad civil cuando un sujeto, actuando antijurídicamente, ocasiona un daño a otro, y en mérito a la atribución que de tal resultado hace el ordenamiento jurídico al imputado —sea a título de culpa o por factores ajenos en principio a esa idea— tiene la obligación de reparar el daño causado[6].

Las pocas definiciones que es dable encontrar en la doctrina adolecen de serios defectos. Las tres que hemos trascrito, pese a todo, tal vez sean de las que más se acercan a una descripción exacta del problema.

Pero en general los autores al intentar definir a la responsabilidad civil incurren en diversos errores. Así, muchas veces se define sólo un aspecto del fenómeno, esto es, la responsabilidad extracontractual, olvidando que también estamos frente a supuestos de responsabilidad cuando ésta tiene su origen en el incumplimiento de una obligación jurídica preexistente[7]. Así es como sólo se define la responsabilidad emergente de actos ilícitos.

Otro error que se repite es que en la definición de responsabilidad civil, o al menos en su conceptualización, se incluye la

[4] Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. II, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 612.

[5] Eduardo Bonasi Benucci, *La responsabilidad civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.

[6] Brebbia, *Responsabilidad precontractual*, ob. cit., p. 33.

[7] Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987. Este autor hace un estudio sumamente actualizado, con especial referencia al derecho español e italiano, de este sector de la responsabilidad. Jordano Fraga se desprende de las elaboraciones tradicionales en las cuales se acepta acríticamente el postulado de que la responsabilidad del deudor requiere como regla general la culpa de él, la que así se convierte en fundamento único de la responsabilidad contractual. Para el profesor español el verdadero fundamento de esta responsabilidad está en el propio incumplimiento. Sobre las opiniones de este autor volveremos a lo largo de este trabajo, sin perjuicio de señalar que entiende por responsabilidad contractual a "la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de la responsabilidad, cualquiera que sea su fuente. Es decir, en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivante de las obligaciones ya constituídas, aunque no tengan su origen en un contrato" (p. 28 de la obra citada).

culpa como su único fundamento, dando la idea de que la responsabilidad civil funciona como sanción que sólo puede tener lugar cuando se puede reprochar la conducta del autor del daño. Lo que conocemos como responsabilidad objetiva queda en realidad fuera de la responsabilidad siguiendo estas ideas, para entrar en la esfera de una simple obligación legal de reparar un mal.

Coherente con lo señalado en el párrafo anterior, los autores en su intento conceptualizador enfocan toda la problemática pura y exclusivamente desde el punto de vista del dañador, olvidando que hoy en día la cuestión debe centrarse en el daño y en la víctima.

Con respecto a la definición dada por Brebbia, si bien en ella contempla los factores de atribución subjetivos y objetivos, el profesor rosarino hace referencia a una actuación antijurídica por parte del autor del daño, lo que de por sí descarta toda la problemática de la responsabilidad por actos lícitos, siendo así tal definición insuficiente por cuanto está referida a la ilicitud de la conducta, olvidando que a veces la ilicitud es propia del daño.

Estos desvíos puestos de manifiesto hacen que también rechacemos el adoptar definiciones anteriores, y así en definitiva pasamos a la tercera opción.

C) A la luz de todo lo dicho y no estando totalmente convencidos de las definiciones que hemos encontrado, corresponde que tratemos de elaborar nuestra propia conceptualización.

De más está decir que en nuestro concepto debemos tener en cuenta cómo ha ido evolucionando el fenómeno resarcitorio, desprendiéndonos de concepciones clásicas que han favorecido toda una corriente de opinión cuya impugnación parece tarea imposible.

Pero para llegar a nuestra definición del problema estudiado en este trabajo utilizaremos el método que emplea Giorgianni para definir a la obligación. En su clásica obra el catedrático italiano señala que "la definición de una institución debería por ello ser en todo caso el resultado, expuesto en síntesis de toda la investigación dirigida a la determinación de los elementos fisonómicos de la misma institución, como resulta del examen de las normas que lo regulan"[8]. Somos concientes que esta actitud

[8] Michele Giorgianni, *La obligación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 22. Continúa diciendo: "Creemos oportuno seguir un método diverso, renunciando por el momento a dar una definición apriorística de la obligación (nosotros diríamos de la responsabilidad civil), buscar sobre las bases de las disposiciones dictadas por la ley cuáles son los elementos que pueden servir para individualizar el concepto de la misma".

postergadora puede dar la idea de alguna inseguridad sobre nuestro concepto, pero nada más falso que ello. Si utilizamos este camino es sólo por una cuestión de método. Se trata de reproducir en el papel una elaboración preconcebida intelectualmente. Nada nos hubiera impedido dar nuestra definición a esta altura y si así no lo hacemos es porque queremos que al arribar a ella, ésta sea una consecuencia natural del esquema de pensamiento antes trazado.

En consecuencia, podríamos tranquilamente y justificadamente postergar nuestra definición para el último capítulo de este trabajo, es decir, una vez agotado el tratamiento del contenido de la definición. No llegaremos a ese extremo de postergar tanto nuestro concepto. Pero lo que sí haremos es un repaso evolutivo de la responsabilidad civil poniendo el acento en aquellos elementos que inciden en un concepto actualizado del tema. En este análisis veremos que será necesario incluso reemplazar parte del vocabulario comúnmente utilizado para evitar caer en conclusiones que nada tienen que ver con la realidad y que como dijimos sólo responden a un apego de viejas concepciones. Concepciones que si bien no han venido a ser absolutamente reemplazadas, al menos han tenido que compartir su lugar de privilegio exclusivo con nuevos aportes propios de los tiempos actuales.

Porque en última instancia, y a riesgo de ser simplista, la responsabilidad civil se reduce a la determinación de quien debe soportar un daño, cuestión distinta de saber quién es el responsable.

2. *Idea de responsabilidad.*

Hablar de responsabilidad civil implica partir de la base de que se tiene una idea sobre el significado de la responsabilidad en general y de la responsabilidad jurídica en particular.

Casiello, citando a Jolivet, señala que "la responsabilidad es una condición del hombre como tal, en cuanto persona inteligente y libre. Propiedad del ser libre en virtud de la cual debe responder de sus actos [...], responsabilidad es la necesidad que el hombre tiene de recoger los beneficios y los daños resultantes de su conducta"[9].

[9] Juan José Casiello, *Notas sobre el concepto de responsabilidad civil*, en libro homenaje a la profesora Dra. María Antonia Leonfanti, PUCA, Rosario, 1982, p. 132.

Así la responsabilidad importa la necesidad de que el ho
dé cuenta de sus actos, implica una rendición de cuentas d
obrar, que ante un juicio negativo trae aparejada alguna form
sanción.

Ahora bien, ese responder puede obedecer a distintas raz
o por distintos órdenes a la luz de los cuales se juzgar
conducta, y a su vez la sanción consecuente puede ser de dist
naturaleza y por supuesto será preciso determinar ante quién
responde. Estas distinciones nos llevan a diferenciar la respo
bilidad jurídica de la moral[10].

No hay obra jurídica de carácter general que no haga men
de esta distinción, habiendo sido enfocado el tema con m
profundidad por los jusfilósofos[11].

[10] Cabe advertir que entre ambas responsabilidades —o, si se quiere, e
el derecho y la moral— se da una coherencia necesaria. Es decir que si bie
trata de dos órdenes distintos, ambos tienen como objeto el obrar humano y
es posible, por ende, una contradicción o disparidad bajo este aspecto, po
dándose en ambos supuestos normas del obrar, éstas se integran recíproca
y tienen un único fundamento. Sobre las relaciones constantes y coherencia e
moral y derecho se puede consultar a Giorgio Del Vecchio, en *Filosofía del der*
9ª ed. española, Ed. Bosch, 1969, p. 327.

[11] Ver: Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ed. Ast
1977, p. 87. En el *Diccionario de derecho privado* de Editorial Labor S.A.,
celona-Madrid, 1950, en la voz "Responsabilidad" se da la siguiente defini
"*Responsabilidad jurídica y responsabilidad moral*: La cuestión de la respon
lidad moral se enlaza con la del pecado: el creyente responde moralmente de
actos y abstenciones ante Dios; el no creyente ante su conciencia. Ahora bien,
Dios ni la conciencia reprochan nada a quien obra de buena fe, no hay enton
responsabilidad. La responsabilidad moral es, pues, una noción subjetiva, e
determinación exige el análisis del estado de ánimo del agente. Desde el mom
en que se ha pecado, existe la responsabilidad moral, importando poco que
acción no haya tenido consecuencias, que no haya causado daño alguno, o que
perjudicado sea sólo quien realiza el acto; la responsabilidad moral es independ
te de su resultado; un simple pensamiento puede bastar. Por el contrario, e
terreno escapa a la acción del derecho. Las reglas jurídicas no tienen otra finali
que la de asegurar la armonía necesaria para el libre desarrollo de las relacio
sociales. En el campo jurídico no cabe hablar de responsabilidad sin daño. Lo
sucede en el interior de la conciencia pertenece sólo a la moral. Lo cual
significa, naturalmente, que el derecho y la moral sean disciplinas extrañas e
sí, sino que, por el contrario, los principios establecidos por el legislador
materia de responsabilidad deben estar —como todos los del derecho positivo
acuerdo con los de la moral".

Ver, también: Raymundo Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*, P
general, t. 1, p. 3, 9ª ed., 1950, Ed. TEA. "Es necesario, por consiguiente,

Siguiendo a Dorantes Tamayo, podemos afirmar que fue Christian Thomasius el primero que abordó sistemáticamente la cuestión de distinguir el derecho y la moral, poniendo el acento en que los deberes morales se refieren al fuero interno del individuo, mientras que los deberes jurídicos se relacionan con la conducta exterior de él. Por otra parte, sostiene Thomasius que la moral es incoercible, es decir, no aplicable por la fuerza, mientras que una de las características fundamentales del derecho es su coercibilidad, atento a que puede ser impuesto por la fuerza[12].

Una investigación a fondo de las diferencias que los autores creen encontrar entre estos dos sectores, nos llevaría a una extensa enumeración en la cual encontraríamos algunas contradicciones y también repeticiones. Por nuestra parte, y dada la naturaleza de esta obra, no profundizaremos en la cuestión, y por ello nos limitamos a marcar las características que a nuestro entender son más salientes y que comenzaron a delinearse en el siglo XVIII con las ideas de Thomasius. Para este pensador, ya dijimos, la moral se refiere sólo a lo interno (*forum interno*), mientras que el derecho se dedica a lo externo (*forum externum*). Hasta ese momento, en los períodos históricos anteriores la confusión entre moral y derecho era casi absoluta. Así, por ejemplo, bajo la influencia de la Patrística y la Escolástica la moral asumió directamente la naturaleza jurídica, legalizándose[13]. De ahí es que a partir de Thomasius las diferencias se hacen más nítidas hasta llegar a un extremo con Kant y Fichte. Este último filósofo encuentra una contradicción entre los principios de la moral y del derecho. Dato, este último, erróneo por cuanto si bien hay distinción entre ambos órdenes, no hay separación y mucho menos contradicción.

tinguir el derecho de la moral, porque si bien estas dos ciencias prescriben reglas destinadas a regir las relaciones del hombre en sociedad, cada una de ellas tiene un dominio diferente". Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil argentino, Parte general*, t. 1, ps. 12 y ss., 5ª ed., Ed. Perrot.

[12] Luis Dorantes Tamayo, *Qué es el derecho. Introducción filosófica a su estudio*, Ed. Uteha, México, 1ª ed., p. 116.

[13] No es casual que justamente en este período sea en el cual la culpa se convierte en único fundamento de la responsabilidad civil, confundiéndose a ésta con la responsabilidad moral. En ambas estaba latente la idea de pecado. Ver: Alberto J. Bueres, *El acto ilícito*, Ed. Hammurabi, 1986, p. 71, en particular cita 97 al pie de página.

Entonces, a esta altura podemos señalar que una misma norma de conducta puede imponer una obligación o deber moral o una obligación o deber jurídico. Es decir que si una misma conducta puede ser aprehendida por ambos órdenes, el criterio de actos internos (moral) y actos externos (derecho) nos resulta insuficiente[14]. Por ello será preciso más bien determinar la naturaleza de la norma infringida. Esto sí nos dará otras pautas, aunque pueda resultar difícil establecer la naturaleza de esa norma[15].

Pero una distinción más profunda es la siguiente. La norma moral, al indicar un deber, por más que éste pueda manifestarse externamente, juzga esa conducta tan sólo desde el punto de vista de su autor. El derecho, por su parte, al determinar un comportamiento lo hace en relación o frente a otro sujeto, imponiendo así a uno un deber y frente a éste dotando a otro de una facultad.

Y así aparece el elemento más caracterizador del derecho, cual es la bilateralidad o alteridad al decir de Santo Tomás de Aquino. El derecho, por lo dicho, siempre se refiere a la relación de un sujeto frente a otros, mientras que la moral juzga la conducta frente a Dios si se es creyente, o frente a la propia conciencia de ser ateo. Y aquí sí cobra importancia para la moral el aspecto interno, subjetivo del individuo, la intención, por cuanto es en la conciencia subjetiva donde se hace el juicio de reproche.

También se desprende de lo dicho otra característica del derecho, que es la coercibilidad o posibilidad de constreñir al cumplimiento del mandato jurídico o, caso contrario, de imponer un

[14] Sin perjuicio de señalar que los actos puramente internos del sujeto escapan al control jurídico por imperativo constitucional. Así, el art. 19 de la Constitución nacional establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". En consecuencia, actos de esta naturaleza sólo pueden importar responsabilidad moral. Sobre la ubicación jurídica o ajurídica de las acciones privadas remitimos al interesante trabajo de Néstor Pedro Sagüés, *Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delito de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad*, en "J.A.", semanario del 31/12/86.

[15] Sobre la distinción entre norma jurídica y norma moral ver Roberto José Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1972, ps. 119 y ss. Este autor entiende que la distinción no pasa por el aspecto lógico gramatical externo ni por el contenido o materia que regule. La distinción surge más bien de los procedimientos de creación y su utilización como técnica de motivación.

comportamiento exterior sucedáneo del primero. En los deberes morales, al contrario, no puede haber coacción externa[16].

A esta altura estamos en condiciones de afirmar que la responsabilidad, si bien implica siempre un deber de explicarse, de responder por un acto propio, ese deber en la responsabilidad moral se da sólo frente a Dios o la propia conciencia, mientras que en la responsabilidad jurídica se responde frente a los demás, frente a otros sujetos, estando éstos facultados para exigir un determinado comportamiento al sujeto responsable.

Y no nos cansamos de repetir que la norma moral puede coincidir con la norma jurídica, y de hecho casi siempre coinciden, estando la diferencia en el juicio de reproche que en un caso es sólo interno, mientras que en el otro es externo y apareja coercibilidad[17].

Pero lo cierto es que esta distinción entre ambos órdenes aparece en tiempo cercano, por lo que las influencias de uno hacia otro han sido intensas. Así, durante mucho tiempo la confusión entre los dos órdenes fue total, perdurando en la actualidad muchas de sus consecuencias. De ahí que la culpa como falta o pecado haya sido por mucho tiempo el fundamento de la responsabilidad civil, y ésta entendida como una forma de sanción al infractor[18].

La propia definición que encontramos en los diccionarios pone el origen de la responsabilidad en la falta. El diccionario de la Academia Española define la responsabilidad así: "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. — Cargo u obligación

[16] A lo sumo se podría hablar de una coacción social difusa, pero siempre el sujeto será libre de determinar su conducta sin exponerse a reacciones exteriores imperativas.

[17] Bielsa da el siguiente ejemplo: "El que se arroja al agua o al fuego para salvar un semejante es recompensado por la conciencia moral dominante, inclusive convertido en héroe; pero si el que hace eso es un bañero o encargado de esa tarea en una playa, o un bombero, ese acto le es obligatorio; no hace más que cumplir un deber legal. Sin duda, la ley moral lo aprueba también, pero no como aquel que no estaba obligado a hacerlo. Si el bombero o el bañero no realizan ese acto, eso implica incumplimiento de obligación legal, y puede tener sanción penal o disciplinaria, pero no hay sanción respecto de aquel que no está obligado y su conducta será juzgada por los demás según las circunstancias". Rafael Bielsa, *Derecho constitucional*, Edit. Roque Depalma, Bs. As., 1959, 3ª ed., p. 22.

[18] Alterini, *Responsabilidad civil*, ob. cit., p. 15.

moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado"[19].

Señalemos nuevamente la gran diferencia entre la responsabilidad moral y la jurídica. En esta última existe la coercibilidad y reacción exterior del derecho por la cual se obliga o impone determinada conducta al responsable. En la responsabilidad moral sólo interesa el fuero interno, porque es allí donde se hará el juicio de reprochabilidad, siendo indiferente el resultado externo de la conducta.

La confusión entre moral y derecho —y, por ende, entre ambas responsabilidades— hizo que por mucho tiempo no se conciba a la responsabilidad civil sin responsabilidad moral. Era requisito para responder la existencia de culpa, "porque hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento de alguien, lo que justifica la imposición de una sanción al responsable, es decir, aquel a quien se exige responsabilidad"[20].

Hoy en día, como lo demostraremos, puede haber responsabilidad jurídica o civil sin responsabilidad moral, y viceversa.

Pero lo cierto es que a partir del nominalismo medieval y de la escuela racionalista de derecho natural, la confusión entre moral y derecho fue casi total, originándose así el concepto de responsabilidad-castigo. Castigo que por supuesto va dirigido al responsable, por su falta, desinteresándose de la situación de la víctima. Es por ello que ésta, en muchas oportunidades, debía soportar el daño como hecho de la fatalidad al no poder ser imputado culpablemente a persona alguna.

Toda esta cuestión es muy bien sintetizada por Bueres cuando dice que "en el asunto tuvieron incidencia los moralistas que predicaron durante varios años la necesidad de obediencia a la ley divina. Entre quienes influyeron por medio de semejantes ideas en el orden social cabe mencionar a la Patrística, las Penitenciales, las Sumas de los Confesores, cierto Derecho Canónico, el Decreto de Graciano y las obras de casuística del siglo XVI. La noción moral con el tiempo se desacraliza y viene a ser filosófica. Surge así la ley natural emanada de la razón, al conjuro de la escuela racionalista del derecho natural [...]. El viejo principio de reparación por falta de los moralistas tuvo su cenit en el Tratado

19 19ª ed. del *Diccionario* de la Real Academia Española, Madrid, 1970.
20 Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, ob. cit., t. III, p. 523.

de la Guerra y la Paz de Hugo Grocio, pues allí se consideró la necesidad de plasmarlo en normas jurídicas. Precisamente uno de los axiomas a los cuales se reduciría el derecho propiamente dicho comprendía el mentado principio. Estas premisas gobernaron la reparación del daño durante el siglo pasado y parte del presente [...] sostenidas por las tendencias individualistas, y muchas veces tradicionalistas [...]. Mosset Iturraspe utiliza el giro *pecado*, cuando expresa que la responsabilidad individualista se basa en la libertad y el pecado —la culpa—"[21].

Dentro de la responsabilidad jurídica en general, se halla la responsabilidad civil propiamente dicha y que importa un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado: "la responsabilidad, que es la consecuencia de la imputabilidad, consiste en la obligación de reparar el perjuicio resultante de un hecho del cual somos autores"[22].

Este estado de cosas, la responsabilidad-castigo fundada en la culpa, era la idea imperante al momento en que Vélez Sarsfield elaboró nuestro Código Civil[23]. Es la época del reinado del principio "*pas de responsabilité sans faute*", consagrado en el Código Civil francés de 1804. La propia doctrina nacional era acorde en sostener que en el Código de Vélez Sarsfield era indispensable, para que exista responsabilidad, no sólo la infracción al orden jurídico, sino también que medie una voluntad reprochable a la cual sea dable calificar como culpable.

Pero todo este esquema, a finales del siglo pasado sufrió un sacudón producto de los grandes cambios sociales y avances tecnológicos. Apareció un nuevo enfoque cuyo epicentro ya no era la conducta reprochable sino el daño causado[24].

21 Alberto J. Bueres, *El acto ilícito*, Ed. Hammurabi, p. 71.
22 Henoch Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, II-I, p. 207, Ed. Tea, 1950.
23 Sobre la evolución histórica de la responsabilidad civil se puede consultar *Introducción a la filosofía del derecho*, Edit. Tea, Bs. As., 1972, ps. 97 y ss. Sobre la formación e ideas que influyeron en nuestro codificador, ver *Historia de Vélez Sarsfield* de Abel Chaneton, Ed. La Facultad, Bs. As., 1938.
24 "De otra parte, la revalorización de daño en la estructura del acto ilícito —contractual o extracontractual, se entiende— obedece al hecho de que el sostén de la responsabilidad civil moderna ya no es el de siglos anteriores. El voluntarismo y el nominalismo medievales, la prédica de los moralistas —entre los que cabe ubicar a los expositores de la Patrística, las Penitenciales, las Sumas de los Confesores, cierto Derecho Canónico, el Decreto de Graciano y las obras de casuística del siglo XVI— difundieron con argumentos filosóficos no siempre esclarecidos la idea de culpa-castigo. Se entremezclan, pues, de forma impropia unos principios

3. *De la responsabilidad a la reparación.*

Nos permitimos ahora reproducir con mayor detenimiento a gunas ideas esbozadas en el capítulo anterior. La concepción de la responsabilidad civil como reproche-sanción a una conduc antijurídica-culpable se adaptaba perfectamente al sistema econ mico-social imperante hasta el momento en que aparecen l primeras codificaciones. En aquellos tiempos de economía agrop cuaria, en los cuales se desconocía el fenómeno del maquinis y el desarrollo industrial, los supuestos generales de daños ob decían a una conducta ilícita y culpable del "responsable". Así, acto ilícito era la única fuente de responsabilidad civil. Si falta alguno de sus requisitos, la víctima soportaba el daño como hec de la fatalidad —y así era la realidad generalmente—.

Pero la base fáctica cambió y el derecho reaccionó a tiemp Hasta finales del siglo pasado la ausencia de cosas riesgosas peligrosas hace muy difícil imaginar ejemplos de daños que no tengan su origen en un comportamiento culposo de alguna pers na —ya sea del responsable o de la propia víctima—. Y si el daño no tenía ese origen no se encuentra fundamento para cargarlo alguien que no sea la propia víctima.

A fines del siglo XIX apareció la máquina, la industria, l concentración de capitales y aparecieron también nuevos daños nuevas víctimas, pero faltaba algo. A simple vista se apreciaba

morales y religiosos con los principios jurídicos puros. Con el surgir de la escue racionalista de derecho natural (Grocio, Puffendorf, Bentham), el añejo significado de falta de los moralistas cobra vigor, a un punto que en el Tratado de la Guerra y la Paz de Hugo Grocio, se considera la necesidad de plasmarlo en normas jurídicas y se lo encarna en uno de los tres axiomas a los cuales se reduciría todo el derecho (Villey). La idea pasa al Código francés de 1804, el que inspir numerosos cuerpos de leyes de la época, y es citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 1109. De tal suerte, el "*pas de responsabilité sans faute*", defendido ar dorosamente por los positivistas, continúa siendo el fundamento de la responsa bilidad civil en el siglo pasado, y en parte del presente [...], o sea, la afirmación de la culpa como pena —o castigo—, como reproche de conciencia, como juicio de vituperabilidad, o, en fin, como pecado. Y por este camino se llega a afirmar que el sentimiento de culpa está arraigado en el hombre dotado de voluntad —exal tación del voluntarismo—, quien es capaz de recibir una sanción represiva "y aun capaz de impetrar el perdón generoso...". Alberto J. Bueres, en el prólogo al libro *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo*, de Roberto A. Vázquez Ferreyra, de Ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1968, ps. 12 y 13.

que estos nuevos daños ya no podían ser atribuídos a la fatalidad, pero tampoco se los podía imputar a responsable alguno porque no tenían su origen en un comportamiento culposo. Resultaba, así, que un imperativo de justicia exigía revisar todas las ideas imperantes hasta ese momento, para encontrar nuevas formas de repartir daños y riesgos. La culpa entonces resultaba insuficiente como único fundamento de la responsabilidad civil. Había nuevas víctimas a las cuales el derecho ahora dirigía su mirada; así lo reclamaba la justicia.

Resultaría sobreabundante ahondar a esta altura sobre el fenómeno del maquinismo y su influencia en los accidentes del trabajo. Recordemos simplemente que fue en el derecho laboral donde se dieron las primeras reacciones contra el principio de la culpa, hasta llegar a la teoría del riesgo elaborada por Saleilles y Josserand. Dice bien Pizarro que "el hombre de derecho advirtió que el sistema subjetivista se mostraba notoriamente insuficiente cuando el daño era causado por el hecho de una cosa; una caldera explota y lesiona gravemente al operario que la accionaba [...]"[25]; en estos casos no había culpa del empleador dueño de la máquina y, por tanto, no resultaba responsable, pero dicha solución no era justa a la luz de la víctima del daño. Una elemental razón de justicia decía a los juristas de la época que se debía buscar una nueva solución. Apareció así la responsabilidad objetiva, que cada vez se ensanchaba más porque recién aparecida para los accidentes del trabajo, debía ampliar sus fronteras frente a la invención del automotor, de los grandes buques, aeronaves, energía eléctrica y nuclear. Entonces la responsabilidad objetiva dejó de ser de excepción y se fracturó todo el sistema tradicional.

Hasta ese momento la responsabilidad civil estaba impregnada de la idea de falta, de reproche moral, y en ese reproche nacía la sanción. No existía la idea resarcitoria, toda la responsabilidad civil tenía naturaleza sancionatoria, guardando semejanza absoluta con la responsabilidad penal. Interesaba castigar al infractor que no se había comportado diligentemente y se le imponía la obligación de pagar por el daño causado. La finalidad de la responsabilidad no era tanto reparar a la víctima como de castigar al ofensor.

Pero a partir de las nuevas ideas por las cuales la culpa ya no era el centro de la cuestión, la responsabilidad pierde en parte

[25] Pizarro, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, ob. cit., p. 22.

su naturaleza sancionatoria y pasa a ocupar su verdadero lugar. Ahora sí se interesa por la víctima, lo importante es reparar el daño injusto. El primer gran paso fue justamente separar la responsabilidad penal de la civil, pero ésta seguía inspirada en la culpa. Era el criterio —el de la culpa— más justo para esa época porque el daño debía necesariamente ser resultado de una conducta imprudente o negligente de la víctima o del victimario, o bien proveniente de un caso fortuito. En el primer y tercer supuesto lógicamente el perjudicado debía cargar con el menoscabo[26]. Era este sistema también el más acorde con los principios filosóficos de esa época, en que se hacía un enfoque individualista y voluntarista del derecho que daba a la obligación de responder una naturaleza moral impartida a título de castigo[27]. De ahí la afirmación de que "no basta la pura atribución material del daño para originar la responsabilidad del agente, porque el derecho no considera al individuo humano como mera fuerza física, sino como persona, esto es, como ser capaz de conducta; en otros términos, de actos en que se traduce su esencia espiritual"[28].

Pero como lo señalamos, la realidad social cambió y las bases de la teoría de la culpa variaron. Por un lado, nuevos daños que no tenían su origen en culpa alguna y que a primera vista no encajaban tampoco en la idea de hecho fortuito como para atribuírlos a la fatalidad. Y por otra parte se produce un apartamiento de la concepción voluntarista del derecho. La nueva propuesta, al decir de Hernández Gil, es la preocupación por la persona en su plenitud, algo muy distinto del individuo esquematizado en la voluntad[29]. Conforme a estos nuevos postulados, la responsabilidad civil ya no puede quedar ligada exclusivamente a la idea de libertad y responsabilidad moral rigurosamente individual y subjetiva[30].

26 Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico...*, ob. cit., t. 1, vol. 1, p. 88.

27 Bueres, *El acto ilícito*, ob. cit., p. 45.

28 Alfredo Orgaz, *La culpa*, Ed. Lerner, Bs. As., 1970, p. 16.

29 Antonio Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1983, p. 234.

30 Sobre el voluntarismo jurídico y la concepción voluntarista dice Roscoe Pound en *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Tea, ob. cit., p. 106 que "durante el siglo XIX la idea de que la responsabilidad dependía de la intención se encaró metafísicamente más bien que en sentido ético. El derecho era la realización de la idea de libertad, que existía para producir la mayor libertad individual posible. La libertad era la voluntad individual en acto. De ahí que

Se trata, entonces, como ya lo hemos descrito, de asentar la responsabilidad sobre bases más amplias que las del estrecho marco de la culpabilidad. Aparece ya con las teorías objetivas una nueva sistematización de la responsabilidad civil. Si bien se pudo explicar a la culpa como fundamento exclusivo de la obligación sancionatoria en el contexto de una sociedad individualista y en un marco voluntarista, dicho criterio resultó insuficiente en una sociedad tecnificada como la actual. Bien señala Jordano Fraga que "al consolidarse del desarrollo industrial (que hace venir a manos la necesidad de protección de la industria), la vigencia de un amplio sistema de aseguración y un mayor sentido de solidaridad social, han conducido a una fractura del sistema unitario de la responsabilidad civil, de manera que el criterio de la culpa es parcialmente sustituído por criterios de imputación objetivos de la responsabilidad"[31]. La culpa pasa así a ser un criterio más de atribución o fundamento de la responsabilidad civil junto a nuevos factores atributivos. Es el nacimiento de las teorías francesas sobre responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad sin culpa que en épocas históricas era la consecuencia de una cultura jurídica subdesarrollada, hoy viene a ser la exigencia de una nueva sociedad tecnificada y masificada en la cual el derecho trata de lograr una igualdad efectiva de los hombres. Los nuevos daños ya no encuentran siempre su origen en un hecho ilícito propiamente dicho, lo que trae aparejado la siguiente premisa: "*La teoría del*

corresponderá al ordenamiento jurídico dar la máxima validez a la voluntad declarada y su imponer deberes, a no ser con el fin de ejecutar la voluntad, coordinando la voluntad de uno con la de los demás en virtud de una ley universal. Lo que había sido una teoría positiva y creadora del desarrollo de la responsabilidad sobre la base de la intención se trasformó en una teoría negativa, restrictiva, de la acusada de responsabilidad si no se sustentaba en la intención. La responsabilidad solamente podría resultar de una conducta culpable o de deberes acordados. La voluntad abstracta del individuo era el núcleo de la teoría de la responsabilidad. Si alguien no era culpable en la realidad, y sin embargo unos principios legales que no se negaban lo tenían por tal, era porque se lo estimaba culpable, siendo la responsabilidad legal histórica la prueba de la culpabilidad [...]. Los fundamentos de la responsabilidad eran la conducta culpable y la transacción legal, que llegaban a la raíz última de la voluntad. La concepción fundamental de la responsabilidad legal fue la de un acto, es decir, de una manifestación de la voluntad en el mundo exterior".

31 Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, ob. cit., p. 58.

responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino la acto dañoso, o, si se quiere, la teoría del daño civil"[32]. El respo civilmente ya no tiene esencia sancionatoria sino reparat distributiva.

En estos nuevos enfoques que obedecen a nuevos requerim tos y aspiraciones del hombre imbuídos de un humanismo s ble a los perjuicios, es precisamente el daño el presupuesto torno del cual se va a centrar el fenómeno resarcitorio. Esto que produce ese traspaso de la responsabilidad a la reparabili La primera fundada en la culpa-castigo, la segunda en el d injusto.

Esta fractura del sistema tradicional nos impone la obliga de buscar una nueva construcción. Desde ya descartamos el ca no de las ficciones, de recurrir a presunciones de culpa, com hace comúnmente en aras de no traicionar criterios que con ramos superados. Tampoco creemos que estas nuevas forma responsabilidad sean supuestos de excepción que por escapar a reglas generales no importen cambios en la estructura tradicio Por ello buscamos un esquema diverso que sea capaz de aglut las novedosas aristas de esta materia.

Y no nos cansamos de insistir: "la doctrina clásica mira problema de la responsabilidad civil por hechos ilícitos desde ángulo del autor del hecho"[33].

"Mientras más se multipliquen los mecanismos complicados susceptibles de actuar a distancia, más los hombres son presio dos los unos con los otros y aproximados a esas máquinas p grosas, y más difícil se hace establecer la verdadera causa accidente y establecer la existencia de culpa. Por ello el dere moderno mira el problema de la responsabilidad del lado de víctima, no del autor del hecho"[34]. En la nueva sociedad, la de culpa, por su insuficiencia, es sustituída o ampliada por nue aportes. No se trata de reemplazar el sistema de la culpa sino

[32] José María López Olaciregui, *Esencia y fundamentos de la responsabili civil*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Ed. Depalma, 19 nº 64, p. 941.

[33] Guillermo A. Borda, *Fundamentos de la responsabilidad*, en *Temas responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto Mario Morello*, Ed. Platense, Plata, 1981, p. 3.

[34] Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit moderne*, París, 1 nº 169.

enriquecerlo con nuevos criterios de atribución que den fundamento justo a la obligación de reparar un daño. Es un hecho real que la exigencia de la culpa en el causante de un daño puede, en determinadas situaciones, hacer excesivamente gravosa la posición del perjudicado, que se hallaría constreñido a probar aquel requisito.

Todo este proceso de trasformación es muy bien sintetizado en la conocida frase de Ripert que reza: "allí donde antaño se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño".

Y conviene ahora detenernos en una cuestión que si bien parece meramente terminológica, esconde tras de sí todo un significado que busca desprenderse de concepciones superadas por insuficientes.

Se trata nada menos que del término "*responsabilidad civil*". Tal denominación resultaba acorde con el auge de la responsabilidad-castigo fundada en la culpa. Pero hoy en día, en que nos hallamos frente a supuestos de responsabilidad objetiva y hasta incluso de responsabilidad por actos lícitos, ese nombre resulta poco apropiado. Estamos acordes en que hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, de sanción, que se hace sobre el comportamiento de un sujeto que ha obrado culpablemente[35].

Por nuestra parte, creemos que se parte de una premisa falsa. En primer lugar se confunde la finalidad del derecho civil en materia de daños con la finalidad propia del derecho penal o de la moral.

Frente a un daño, el derecho puede reaccionar imponiendo a su autor una pena, o bien obligándolo a reparar el perjuicio causado. "La pena se dirige al sujeto que ha trasgredido el precepto normativo y lo sanciona infligiéndole un mal, que puede recaer en su persona propiamente dicha o en sus bienes patrimoniales. Este medio específicamente sancionatorio es el que emplea el derecho cuando entiende que el agravio sufrido por una o varias personas determinadas como consecuencia de un hecho contrario a la norma, excede la esfera jurídica personal para convertirse en un ataque a las condiciones fundamentales de vida social. Por

[35] Jorge Mosset Iturraspe, *La responsabilidad por riesgo*, en "J.A.", Doctrina, 1970, p. 718.

ello, la pena es el medio tutelar característico del derecho pe que busca mediante la misma restablecer el equilibrio so vulnerado. La reparación, en cambio, que es el medio tut empleado predominantemente en el derecho privado, tiene cuenta prevalentemente la persona del damnificado y trata restablecer al mismo, en la medida de lo posible, al estado cosas anterior a la comisión del hecho"[36].

El derecho civil, si bien no debe dejar de tener en cuenta fines sociales, ni apartar sus ojos totalmente del causante daño, se interesa preferentemente por el particular perjudicado ello lo consigue mediante la reparación, entendida ésta co indemnización equivalente al daño causado.

En el sentido expuesto dicen los Mazeaud: "La sociedad de defenderse contra todos los hechos que le causen un daño, o que amenacen al orden social [...]. La responsabilidad penal ap rece así como una sanción, sanción que será más severa cua mayor sea la perturbación social. Pero para sancionar a un in viduo hace falta, además, que su conciencia le reproche el a cometido; en principio la responsabilidad penal exige, pues, responsabilidad moral y, en consecuencia, un análisis subjet del estado espiritual del agente; y cuanto mayor sea la respon bilidad moral, más severo deberá ser el castigo [...]. La respon bilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño p vado. Por eso, ya no es cuestión de penar, sino de repar Mientras que la responsabilidad civil es una reparación, responsabilidad penal constituye una sanción. Así, pues, no mide, en principio, por la culpabilidad del autor del daño, sino p la importancia de ese daño"[37].

[36] Roberto Brebbia, *El daño moral,* Ed. Orbir, 1967, p. 19. En igual sent Jorge Bustamante Alsina, en *Teoría general de la responsabilidad civil,* Abeledo-Perrot, p. 52. "Cuando la conducta no se ajusta a la previsión norma se impone una sanción que consiste fundamentalmente en un deber de obra el sentido querido por aquélla y no respetado por el infractor: es decir, en el de de reponer las cosas al estado anterior al acto ilícito. Ésta es la sanción resc toria que obliga a la reparación restableciendo la situación anterior en cu fuere posible [...]. Como la justicia no se satisface solamente con volver las co al estado anterior, también impone a veces una sanción ejemplar para que e hechos no se repitan, haciendo sufrir al autor un mal por el mal causado. es la sanción represiva propia del derecho penal [...]. La idea de pena sustitu por la de reparación del daño causado es el resumen de los progresos realiz a través de muchos años.

[37] Henri, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil,* parte II, vo Ed. Ejea, ps. 8 y 9.

De lo dicho es que, como ya apuntamos, el derecho de daños dirige su mirada a la víctima del daño, y no al responsable. En otras palabras, le interesa más reparar un daño que sancionar un culpable. Este principio tan sencillo de enunciar y fácil de comprender, ha sido duramente criticado y hasta calificado de inmoral en cuanto cosifica la conducta humana[38]. Dice Bonasi Benucci, en su obra ya citada, que "esta innegable tendencia hacia una gradual eliminación o limitación del principio de la culpa no ha dejado de suscitar reacciones y críticas por parte de muchos juristas que han visto en ella una regresión hacia las formas más primitivas del derecho, hacia estadios más atrasados en el desenvolvimiento de la sensibilidad jurídica".

En cuanto a ese señalado desprendimiento del derecho y de la moral que cosifica la conducta humana, que despersonaliza el derecho, nosotros nos preguntamos dónde está la moral frente a una persona que sufre un daño y que debe resignarse a soportarlo como si fuera obra de la fatalidad, cuando en realidad ese perjuicio es consecuencia de la acción de otra persona, pero que por no ser culpable no puede ser responsabilizada.

Pensamos que la moral indica todo lo contrario, que el derecho, en cuanto regulador de conducta humana, debe también dar protección a todos aquellos que injustamente sufren daños y tratar, por ello, de buscar una justa reparación, la que no se debe a título de sanción sino de resarcimiento.

Lo cierto es que, como ya lo describimos en el primer capítulo, la responsabilidad civil ha desbordado los límites que conoció hasta el siglo pasado. Y ya no sólo se ve trasformada por la aparición de nuevos factores de atribución objetivos, sino que hasta incluso comienza a aparecer una responsabilidad por conductas lícitas que desembocan en daños injustos.

Frente a estos cambios, los juristas apegados a concepciones clásicas dicen que en realidad no estamos frente a supuestos de responsabilidad, sino que se trata de obligaciones de reparar a título legal o en razón de la equidad, etc. Hablan de reparación de daños sin responsabilidad, y por ello limitan toda obligación de reparar un daño que no encuentre como antecedente una conducta culpable.

[38] Jorge J. Llambías, *El derecho no es una física de las acciones humanas,* "L.L.", t. 107, p. 1015.

Creemos que por un lado es cierto que hoy en día, tal vez, ya no sea adecuado hablar de responsabilidad civil, porque, como hemos visto, tal alocución da la idea de que el centro de la cuestión es el responsable, dando primacía también al elemento subjetivo que fundamenta el reproche. Pero el error está en mirar con disfavor cuando se atribuye responsabilidad sin culpa. En realidad, el presupuesto central de la responsabilidad se ha trasladado al daño y éste se ha trasformado en el eje en torno del cual gira el fenómeno resarcitorio. Lo fundamental radica en establecer si un daño merece o no ser indemnizado; ahí está la clave. A veces ese daño deberá ser reparado por haber sido causado culpablemente y entonces interesará la persona del responsable, pero en otras oportunidades poco va a importar la voluntariedad del agente que causó el daño, porque la reparación estará fundada en otros criterios atributivos. Resumiendo, a veces habrá que indemnizar un daño sin que a su autor se le pueda reprochar la conducta que ha desplegado.

Es por lo que venimos diciendo que para nosotros la expresión "responsabilidad civil" (que apareja la idea de reproche) resulta inadecuada, y por ello estimamos conveniente reemplazarla por otra que podría ser *"teoría general de la reparación del daño"* o *"derecho de daños"*.

En sentido semejante, sostiene Atilio Alterini que "en pureza terminológica no puede decirse responsable a quien se imputa el deber de reparar prescindiendo de su culpabilidad, porque estrictamente la responsabilidad presupone la voluntariedad, y pretender armarla con esa base se asemeja a un hombre sin cabeza, un automóvil sin motor o un silogismo sin premisas, en el decir de Esmein. Se trata de supuestos en los cuales tan sólo se imputa normativamente a un sujeto la obligación de reparar"[39].

Como se desprende enseguida, con esta nueva denominación la mirada está puesta en el daño, y no en su autor, aunque se debe dejar aclarado que nunca dejará de ser relevante al derecho la situación personal de éste. Esta nueva forma de llamar a la vieja teoría de la responsabilidad civil no es sólo un formalismo terminológico, sino que permite desprenderse de prejuicios, para así de una vez por todas abrir los ojos a la realidad y elaborar toda una nueva teoría cuyo epicentro será el daño.

[39] Alterini, *Responsabilidad civil*, Edit. Abeledo-Perrot, ob. cit., p. 107.

Y en este camino creemos que no estamos solos, y no podría ser de otra manera, por cuanto una sistematización del fenómeno resarcitorio permitirá que se estudie sus elementos en común, facilitando la tarea investigativa, dando un enfoque científico y global a la materia, partiendo de la unicidad del fenómeno, que contemple todas las situaciones en las cuales existe una atribución del daño por el ordenamiento jurídico que impone el deber de resarcirlo, tal como fue recomendado por la Comisión V de las Quintas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en setiembre de 1971.

Uno de los autores que se ha ocupado también de sistematizar la teoría general de la reparación es Carlos Ghersi, inspirado en los trabajos de Boffi Boggero. El mencionado autor señala que en primer lugar se debe cambiar la óptica, el núcleo de estudio, desplazarlo de la responsabilidad a la reparación[40].

También en favor de una teoría unitaria del derecho de daños se ha dicho: "En nuestro criterio la unidad de la teoría del responder es una consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico"[41].

Esta teoría general de la reparación sería omnicomprensiva de todo el fenómeno resarcitorio, es decir que no sólo al adoptar esta nueva fórmula se pone el acento en la idea de reparación —y no de responsabilidad—, sino que vamos más allá. Al llamarla "teoría general", queremos comprender todos aquellos supuestos en que

[40] Carlos A. Ghersi, *Juicio de automotores*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1985, ps. 65 y 141; *Reparación por incumplimiento*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983; *Teoría general de la reparación, ensayo para la enseñanza del derecho*, "L.L.", 1985-D-1153; *Responsabilidad por prestación médico-asistencial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987.

[41] *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial*, por Aída Kemelmajer de Carlucci y Carlos A. Parellada, en el libro *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, en conjunto con Jorge Mosset Iturraspe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1986, p. 24: "Prescribir quién ha de soportar el daño no es necesariamente castigar sino elegir quién ha de cargar con ellos. El derecho dispone, ya sea activa o pasivamente, la distribución del daño. Si nada dice es soportado por quien lo sufre; pero si se dispone que lo cargue alguien distinto de quien lo sufre, estamos en la teoría de la responsabilidad. Estimamos, en consecuencia, superado el criterio que conceptualiza a la responsabilidad como una sanción; la teoría del responder, no solamente comprende los daños injustamente causados (imputables a dolo o culpa) sino todos. En suma: cada vez que el ordenamiento dispone la reparación del perjuicio estamos enfrentados a un problema de responsabilidad, siendo inoficiosas las distinciones terminológicas pretendidas por ciertos sectores que reservan esta palabra a los daños antijurídicos" (p. 20).

estamos frente a un daño y que, por tanto, el derecho reaccionará para lograr su indemnización. Es decir que este nuevo sector de la ciencia jurídica tendrá su epicentro en el daño, a partir del cual comenzará la investigación de la relación causal, se preguntará si es justo que la víctima soporte ese daño, cuál es el origen de ese daño, si importa la trasgresión de la ley, o de un contrato o de cualquier otra norma jurídica, o incluso si es el resultado de una conducta lícita, para finalmente, y ya en el terreno del fundamento del deber de reparar, preguntarnos si es o no justificado y, en su caso, a quién atribuír la carga de indemnizar el perjuicio.

Quedan enmarcados dentro de esta teoría general, entonces, todos los supuestos de daño injusto que merecen ser indemnizados, provengan de una violación de la ley, del incumplimiento de un contrato, e incluso de una conducta justificada por el derecho, tengan su antecedente en una conducta culposa o no, y más allá de quién pueda llegar a ser el responsable —persona pública o privada, individual o colectiva—.

A esta construcción llegamos, porque como lo apuntamos, ya no se busca un responsable, sino que se busca un daño injusto para reparar, y siendo ese daño único, guardando en todos los casos una misma naturaleza, dada por la idea de perjuicio o menoscabo sufrido por una víctima, no tiene razón de ser que estemos ante distintas responsabilidades.

Es cierto que el daño puede tener su origen en un hecho o acto ilícito, pero ello no es requisito *sine qua non* para su reparación; es cierto que puede tener su origen en un comportamiento culposo y hasta doloso; pero ello tampoco es requisito indispensable para que el menoscabo sea indemnizado. Entonces toda la cuestión queda en determinar cuándo ese daño debe ser reparado, y he allí el meollo de esta teoría.

Teoría que por ser general, responderá a principios comunes, que nos llevarán a precisar cuáles son los presupuestos de la obligación indemnizatoria, sin perjuicio de las particularidades de cada supuesto concreto. Pero, repetimos, siendo siempre el daño el mismo, los caminos para su reparación serán iguales.

Esta concepción generalizadora nos llevará también a plantear la unidad del sistema contractual y extracontractual, tal como fue proyectado para la reforma integral del derecho privado argentino aprobada por la Cámara de Diputados de la Nación en 1987. Porque como lo venimos repitiendo con insistencia, ¿qué diferencia cualitativa o cuantitativa existe, por ejemplo, en el daño sufrido por la pérdida de un animal cuando éste muere a causa de ser atropellado por un automovilista (responsabilidad extracontractual) o cuando muere por incumplimiento de aquel con quien contrate para que lo alimente y no lo hace? ¿Acaso en uno y otro supuesto el patrimonio del perjudicado no experimenta el mismo menoscabo? Y agregamos: si el animal es sacrificado por orden del Estado en aras de un determinado "bien público" al cual es ajeno el propietario, ¿es justo que por un principio de igualdad, éste reciba una justa indemnización para que la pérdida del animal sea soportada por toda la comunidad? Y en este último caso, ¿no estamos también ante un supuesto de daño exactamente igual a los dos anteriores? Y no podríamos hablar acá de la presencia de un responsable. Pensamos que el daño tal vez deberá ser reparado, pero no a título de responsabilidad sino justamente de reparabilidad. Advirtamos que el sacrificio del animal puede estar perfectamente justificado; lo que no estará tal vez justificado sea que el propietario sea el único que soporte la pérdida.

Vemos, entonces, cómo se pueden dar supuestos innumerables de daños, frente a los cuales el derecho reaccionará para determinar si corresponde o no indemnizarlos. Ahí la temática central de la teoría general de la reparación. Frente a la unicidad del daño, planteamos la unicidad del fenómeno resarcitorio.

El primer paso a dar en esta teoría será el de precisar cuáles son en cada caso los presupuestos de la obligación indemnizatoria, tratando de buscar una sistematización aplicable con carácter general a los supuestos individuales.

Pero pensamos, y tal como lo prometimos, que ya estamos en condiciones de presentar nuestra definición o nuestro concepto de la materia. De más está decir que dicho concepto estará referido no ya a la responsabilidad civil, sino a la teoría general de la reparación.

4. *Concepto de la teoría general de la reparación.*

Habíamos comenzado este capítulo prometiendo llegar a una definición de la responsabilidad civil, pero dimos nuestras razones para hacer un desarrollo previo de las cuestiones a ella atinentes, a efectos de que tal definición responda a los contornos actuales de la materia.

En este desarrollo previo hemos puesto el acento en ese cam-

bio en cuanto al punto de vista del derecho, que ya no se interesa en castigar a un culpable e imponerle responsabilidad, sino en reparar todo daño injusto. Advertimos también que llamar a la materia "responsabilidad civil" resulta inadecuado, por cuanto dicha denominación no responde a esta nueva concepción. En tal sentido, proponemos reemplazar la vieja denominación por la de "teoría general de la reparación" o "derecho de daños", en razón de que con esta nueva terminología nos desprendemos de los conceptos clásicos y ponemos el acento en aquello que creemos es el centro de la cuestión: la reparación de todo daño injustamente causado, o bien, injustamente sufrido.

Asimismo, señalamos que dentro de esta teoría generalizadora incluímos todos los supuestos de daños que merecen reparación, cualquiera que sea su origen.

En consecuencia, hemos llegado al momento en que corresponde dar nuestra definición.

Para nosotros, la *teoría general de la reparación* es el sector de la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio de todo lo referido a la reparación de un daño injusto.

Como se puede apreciar, se trata de una definición más que sencilla, porque pensamos que así debe ser toda definición, es decir, dar una idea general del objeto de la materia. Podríamos ampliarla diciendo que es aquel sector del derecho que a partir de la comprobación de un daño, verifica si él es injusto y, en su caso, si están reunidos los demás requisitos o presupuestos como para que sea reparado, estableciendo quién o quiénes tienen a su cargo la obligación de indemnizar mencionada.

En intentos de corregir, ampliar o perfeccionar esta definición podríamos llenar páginas enteras, pero pensamos que con lo dicho por ahora resulta suficiente, por cuanto, repetimos, da una idea general de la materia.

En esta definición, como no podía ser de otra manera, se pone el acento en el daño y su reparación, no mencionando siquiera a quien puede ser el obligado a esa reparación, porque, como lo hemos dicho, lo que importa es la reparación del daño. Pero no de todo daño, sino sólo la reparación de un daño injusto (causado injustamente —antijurídicamente— y daños que son injustos *per se* —sin reconocer una causación injusta—).

Por último, en la definición encuadramos a la teoría general de la reparación dentro de la ciencia jurídica, lo que de por sí sólo

no resulta novedad alguna, pero lo hacemos porque es una manera de adelantarnos sobre la autonomía de este sector del derecho.

En la ampliación de la definición, ya dejamos ver cuáles son los fines de este sector del derecho. Lo primero será comprobar la presencia de un daño y determinar si es justo que la víctima lo haya sufrido. Para ello se debe partir del principio de que todo daño resulta injusto, siendo la excepción que la víctima deba soportarlo. Una vez determinada la presencia del daño injusto habrá que precisar qué es lo que causó el daño, y aquí ya entramos en el análisis de la relación de causalidad. Posteriormente se debe analizar si el hecho o acto que causó el perjuicio es un acto ilícito propiamente dicho (que bien puede ser el incumplimiento de un contrato) o un acto lícito, o bien si está contemplado por alguna normativa o estatuto específico que mande la reparación de ese daño. Finalmente queda por determinar quién o quiénes son los obligados a reparar el daño y cuál es el fundamento de esa obligación, es decir, a qué título se impone esa obligación. Y por último corresponde establecer cómo será la reparación, en especie o por equivalente, y en el último caso determinar la cuantía del perjuicio.

Somos concientes de que en la definición, aparentemente, no encuadra un tema que en esta época ocupa notablemente el interés de los juristas. Se trata de la prevención de los daños, de la reducción del número y de la gravedad de los accidentes.

Tampoco se enfoca la temática del daño desde un punto de vista económico, tal como lo hacen los partidarios de la corriente de pensamiento jurídico denominada "análisis económico del derecho", que pone el acento en la distribución de los costes de los accidentes, determinando quiénes están en mejores condiciones de soportar el perjuicio.

Pero estos dos aspectos, si bien quedan fuera de la definición, ello no impide que sean tratados por guardar afinidad con la temática central, la cual, como dijimos, está referida al daño, es decir, tanto en su reparación como en su prevención.

En este subtítulo hemos dado ya un paso adelante. Definimos la materia a la cual le hemos dado una nueva nominación. Hemos señalado cuál es el eje central en torno del cual gira el fenómeno de la reparación, y además hicimos una breve mención sobre la autonomía de la temática. Sobre todas estas cuestiones volveremos a lo largo del presente estudio.