

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DEL LLAMADO “ERROR JUDICIAL” *

*LIABILITY FOR DAMAGES ARISING FROM THE SO-CALLED
“MISCARRIAGE OF JUSTICE”*

*Leonardo Marcellino ***

Resumen: La responsabilidad de los funcionarios judiciales ha sido, por medio de criterios jurisprudenciales y doctrinarios, objeto de una regulación que en los hechos genera un sistema de inmunidad relativa respecto a los daños que aquellos agentes causan con motivo de sus funciones. Ese régimen de inmunidad no tiene respaldo normativo legal y atenta contra principios de índole constitucional como son los de igualdad ante la ley y de reparación plena y es por ello que se justifica una nueva interpretación de esos parámetros o requisitos jurisprudenciales para que se ajusten al régimen normativo que contempla el Código Civil y Comercial para todos los agentes públicos en el art. 1766, dentro de los cuales debe incluirse al personal del Poder Judicial y también a la realidad actual donde se da primacía al derecho a la reparación.

Palabras-clave: Responsabilidad patrimonial - Error judicial.

Abstract: The responsibility of judicial officials has been, through jurisprudential and doctrinal criteria, the subject of a regulation that in fact generates a system of relative immunity with respect to the damages that those agents cause as a result of their functions. This immunity regime does not have legal regulatory support and violates constitutional principles such as those of equality before the law and full reparation and that is why a new interpretation of these parameters or jurisprudential requirements is justified so that they adjust to the regime regulations contemplated by the Civil and Commercial Code for all public agents in art. 1766, within which the personnel of the Judicial Branch must be included and also the current reality where primacy is given to the right to reparation.

* Trabajo recibido el 31 de julio de 2023 y aprobado para su publicación el 17 de agosto del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba / UNC). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular en la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños) e Investigador, Universidad Siglo 21. Docente Profesor Ayudante en la asignatura Privado VII (Derecho de Daños), Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho Córdoba. E-mail: leonardo.marcellino@unc.edu.ar

Keywords: Patrimonial liability - Miscarriage of justice.

Sumario: I. Introducción. II. Requerimiento vinculado a la configuración del factor de atribución aplicable esta responsabilidad. III. Requerimiento de no haber consentido el daño por el damnificado. IV. Requerimiento del previo desafuero o remoción al agente responsable. V. Conclusiones.

I. Introducción

Un supuesto importante de responsabilidad patrimonial del Estado, aunque es de dificultad encontrar jurisprudencia en que se haga efectiva la misma, la constituye aquella que proviene del anormal funcionamiento de la actividad jurisdiccional, comúnmente llamada por “*error judicial*”, una expresión eufemística utilizada, según Ghersi, para llamar de ese modo a la “*negligencia judicial*”¹.

Explica Bustamante Alsina que lo que se ha dado en llamar “*error judicial*” nada tiene que ver con la ignorancia o el error asociado a la teoría de la voluntad como un vicio del consentimiento (art. 265 y ss. CCCN). “*El “error judicial” es entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar*”². Es un verdadero acto ilícito contrario a la ley, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción³.

El error judicial según Tawil⁴ 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

(1) GHERSI, Carlos A. “Una sentencia importante con argumentos ‘dogmáticos’”, *RCyS* 2012-VII-91.

(2) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Responsabilidad del Estado por ‘error judicial’ (El auto de prisión preventiva y la absolución)”, *LL* 1996-B-311. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9va ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, n°1326, p. 500. Igualmente: BARRAZA, Javier I. - BARRAZA, Luis G. “Responsabilidad del estado por error judicial”, *LL* 2006-B-182.

(3) HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, *LL* 2003-F-1070. El error judicial, indica Maiorano, supone la equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen; puede producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales, pruebas falsas o fraguadas, viciadas por el error, el odio o los prejuicios; por parcialidad o error de los peritos, etcétera. MAIORANO, Jorge L. “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, *LL* 1984-D-983. Para Caputi se incurre en error judicial cuando en la sentencia se arriba a un resultado equivocado, no ajustado a la ley, sea por no aplicar correctamente el derecho, o por establecerse hechos que no se corresponden con la realidad; también se considera configurado aquel error cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, aquella resolución judicial no se ajusta a la verdad, y resulta jurídicamente inadecuada. CAPUTI, María C. “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’)”, *LL* 2000 C-750.

(4) TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Ed. Depalma, Bs.As., 1989, p. 52.

o no de culpabilidad. Implica, por tanto, una violación de la obligación de todo magistrado de dictar sus resoluciones conforme a derecho.

II. Requerimiento vinculado a la configuración del factor de atribución aplicable esta responsabilidad

Esta responsabilidad tiene como protagonista central “*materializando*” la actuación del Estado al magistrado judicial. Este sujeto en cumplimiento de su labor jurisdiccional de brindar una solución legal a la controversia o conflicto sometido a su competencia dicta decisiones judiciales con carácter provisional (medida cautelar) o definitiva (sentencia), a veces con aptitud para provocar perjuicios a las propias partes del proceso y a terceros externos al mismo.

Indica Vanossi, que en lo que hace al cumplimiento de las funciones judiciales “*la amenaza de una posible o eventual responsabilidad personal por supuestos ilícitos culposos o dolosos de naturaleza civil, es algo que configura un cuadro de patología que atenta contra el natural ejercicio de facultades que la Constitución (nacional o provincial) y las leyes y reglamentos ponen a cargo de los jueces*”⁵.

Por ello, es por lo que se justifica también para estos funcionarios públicos un ámbito de protección mayor en lo que hace a la eventual responsabilidad personal que puede caberles por los daños provenientes del ejercicio de su actividad propiamente jurisdiccional. “*En efecto, suponer que la delicada tarea de juzgar pueda desempeñarse sin cometer jamás un error, sería apartarse de la realidad. Pero si cada juez se hallase sujeto al temor de responder patrimonialmente por la más mínima equivocación, solo un mendigo o un tonto aceptaría desempeñar ese cargo*”⁶.

Ese régimen de tutela en su beneficio es fruto de distintas construcciones dogmáticas y fundamentalmente jurisprudenciales realizadas a lo largo del tiempo, cuyos alcances aparecen a su vez supeditado a diversas controversias en torno a las condiciones para ser responsabilizados estos sujetos.

Desde una visión se sustenta y defiende enfáticamente que la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional reviste un carácter excepcional⁷, condición

(5) VANOSI, Jorge R. “La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”, LL 2002-A-373.

(6) VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, n°44, p.177.

(7) CASSAGNE, Juan C. “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites”, LL 2002-A-484. TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p.168 y ss. CAPUTI, María C. “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso “Amiano”)”, LL 2000 C-750. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.178. MAIORANO, Jorge L. “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LL 1984-D-983.

que algunos autores extenderían a la responsabilidad del agente-órgano causante del daño, es decir al juez.

Una consecuencia de ese carácter excepcional es que no cualquier “*error judicial*” -en el sentido de “*obrar culposamente*”- es suficiente para comprometer la responsabilidad del funcionario judicial.

Desde esta perspectiva se sustenta la existencia en el ámbito de esta responsabilidad de un factor subjetivo agravado por parte del magistrado al fallar, concretamente se habla de requerir la presencia de un dolo o culpa grave de su parte. Por tanto, el mero obrar culposamente o equivocación negligente no comprometería su responsabilidad.

Se argumenta que la independencia judicial podría encontrarse seriamente comprometida y crear situaciones insostenibles si se reconociese a los perjudicados por sus resoluciones o sentencias la posibilidad de someterlos sin limitación alguna a juicios de indemnización de perjuicios⁸.

En otras palabras, la mera equivocación culpable no comprometería su responsabilidad patrimonial, debe haber una suerte de “*grave error judicial*”, se suele mencionar la necesidad de “*violación legal grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable*”⁹.

GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p.50.

(8) SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, T.IV, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, 2da ed., Ed. T.E.A., Bs. As., 1958, n°2979, p.308.

(9) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, 14ª ed., actualizada por Guillermo G. Borda, Ed. La Ley., Bs.As., 2013, n°1650, p.513. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, ob. cit., T.IV, n°2979, p.308. HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, LL 2003-F-1070. CORREA, José L. “Responsabilidad del Estado por el actuar judicial”, DJ 31/08/2011, 12, cita online: AR/DOC/1431/2011. Desde esta visión se ha sostenido que la responsabilidad del magistrado “*solo nace en el supuesto de que actúen con intención de beneficiarse, o de perjudicar o beneficiar a un tercero. Es decir que no basta la lesión producida por cualquier acto sino el consciente o voluntario comportamiento dirigido con esos propósitos, y concretamente que éstos se hayan consumado. En la generalidad de los casos se tratará, pues, de un comportamiento delictivo o de extrema negligencia del magistrado*”. COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p.122. Parece también ser esa la postura de la Corte Suprema de Justicia al decir que: “*En la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad alguna, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular*”. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712. CSJN, 13/10/1994, “Román SAC. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia”, Fallos 317:1233. LL 1995-B-440. CSJN, 18/07/2002, “Robles, Ramón Cayetano c. Buenos Aires, Provincia de”, Fallos 325:1855. Aunque en otra resolución también ha referido también a la mera culpa o negligencia al decir que: “*La sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o el sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, ya que resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (art. 1067 del Código Civil)*”. CSJN, 03/12/1996, “Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de”, Fallos 319:2824.

Con una visión diferente a la anterior, se argumenta que, si bien no cabe identificar completamente a la responsabilidad del funcionario judicial con la de cualquier otro agente de la Administración pública, ello no significa que tenga un carácter excepcional o de aplicación restrictiva.

Con énfasis alega Tawil¹⁰ que esta responsabilidad por actividad jurisdiccional en modo alguno debe revestir carácter excepcional, salvo que se intente atribuir ese carácter por la reacia actitud de los magistrados a reconocer la responsabilidad derivada en ocasiones por el obrar o las omisiones de sus pares.

En lo personal entiendo que como regla la responsabilidad de los jueces se emplaça en la disposición especial regulatoria de la responsabilidad de los funcionarios (art. 1766 CCCN ahora y antes art. 1112 CC)¹¹, en cuanto a las condiciones para la procedencia del deber resarcitorio, más allá de presentar algunas particularidades.

De ello se deduce que la legislación vigente no autoriza un requerimiento de culpa agravada en beneficio del funcionario judicial y en desmedro de las víctimas de su actuación irregular.

Se coincide en que cualquier equivocación no es suficiente para generar su responsabilidad, aun cuando se haya ocasionado un perjuicio. La propia función judicial presenta ciertos ribetes o características que requieren un examen de mayor rigurosidad a los fines de evaluar el "error" en la conducta desplegada por el sujeto, con mayor razón si se tratan de cuestiones jurídicas opinables a nivel de doctrina o jurisprudencia

Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia española, señala González Pérez que para haber "error judicial" es necesario que el error sea craso, evidente e injustificado. Por supuesto que no cabe hablar de error judicial cuando existe una interpretación y aplicación razonable de las normas y se trata sólo de una discre-

(10) TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p. 42.

(11) Decía Bustamante Alsina que la responsabilidad del funcionario público investido de la autoridad de magistrado es una responsabilidad que resulta de lo que dispone el art. 1112 CC, que es una norma de derecho privado que regula el derecho del damnificado que ha sufrido un daño a reclamar el resarcimiento de quien lo causó, por no cumplir sino de manera irregular las funciones legales que le están impuestas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit., n°1323, p. 497. Explica Tawil que al igual que el resto de los funcionarios, el magistrado no es más que "un simple particular tanto desde el punto de vista de su responsabilidad, como de cualquier otro que se le mire" TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p. 142. Igualmente: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A. *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial* en obra colectiva de Jorge Mosset Iturraspe - Aída Kemelmajer de Carlucci - Carlos A. Parellada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986 p.19. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El error judicial", *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, p.9 y ss. Tal fue, sin duda, también la posición de Vélez Sarsfield como lo puso de manifiesto en la nota al art. 1112 CC al expresar: "de los jueces y oficiales del ministerio público...y de todos los empleados en la Administración del Estado".

pancia en la interpretación de las normas aplicadas por el órgano judicial, en tanto que la resolución fue suficientemente motivada y respondió a una determinada lógica y confronta con la pretensión de las partes¹².

En ocasiones aun siendo incorrecta jurisdiccionalmente la solución por haber una equivocación en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, si la misma ha sido debida y razonablemente fundamentada, lo que implica que han existido “razones para errar” con arreglo a las circunstancias del caso, puede liberarse de su responsabilidad, ya que ello implicará ausencia de culpabilidad de su parte¹³.

Frecuentemente se habla en estos casos de la necesidad de una ponderación sobre la “excusabilidad del error” en la conducta del juez para su eximición a los fines resarcitorios, en verdad considero que la cuestión se vincula más a la probanza de un obrar diligente o prueba de no culpa de su parte¹⁴.

Como explica Mosset Iturraspe¹⁵ culpa o error son usados con significados equivalentes, aun cuando podamos diferenciar errores culposos de otros no culposos. El desacierto, la equivocación, encierran las mismas ideas: no saber hacer algo que tenemos que realizar o bien que cumplimos sin fortuna. Interesa entonces saber si el error que llevó a la decisión injusta es excusable o inexcusable, si ha habido o no “razón para errar”, en verdad si se le puede o no imputar culpa por la equivocación.

(12) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 8ª ed, Ed. Civitas, Navarra, 2016, p.134/135. Indica también Pizarro que el dictado de “una sentencia, supone una actividad alejada de toda pretensión de exactitud absoluta que requiere de valoraciones de aspectos fácticos que condicionan el razonamiento judicial, cuya introducción al proceso, particularmente en materia civil y comercial, pesa sobre las partes, y de una interpretación del derecho que rara vez es unidimensional y frecuentemente transita por el terreno de lo opinable”. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed. actualizada y ampliada. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, T.II, n°101, p.8. Igualmente, Vázquez considera que: “Es evidente que ninguna ilegitimidad puede ser concebida si la sentencia impugnada es el resultado de una interpretación jurídica opinable o dudosa. No son escasos los actos o pronunciamientos judiciales que se dictan ante circunstancias que toleran más de una interpretación, por lo que es notoriamente improcedente que bajo el pretexto de la existencia de errores en las decisiones, que no traducen otra cosa que la mera discrepancia con los criterios del juez, los particulares presuntamente afectados encuentren medios para revisar pronunciamientos firmes que les resultaron adversos”. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.183.

(13) “...el error judicial puede ser el producto de la culpa o del dolo del magistrado que lo responsabilice criminal o civilmente (arg. art. 515, inc. 4, in fine, del Código Civil), o ser el producto de un acto de juzgamiento hecho sin infracción alguna que no haga al magistrado pasible de responsabilidad alguna. Tal, por ejemplo, lo que puede ocurrir en materia penal, cuando se condena a una persona con base en un material probatorio que luego, por vía de los recursos de revisión pertinentes, resulta desvirtuado por nuevos elementos de juicio, dando lugar a una absolución. En esa hipótesis, no cabe hablar de dolo o culpa del sentenciante, extremo que descarta una responsabilidad personal suya fundada en el art. 1112 del Código Civil”. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712.

(14) PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob. cit., T.II, n°193, p. 524.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El error judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, p.9 y ss.

Ello podría suceder en el caso que existieran razones o motivos suficientes para que el juez en base a las constancias del expediente judicial tuviera por veraces determinados acaecimientos fácticos y en base a ellos justificará la solución proveniente de la aplicación de una determinada norma jurídica, cuando en verdad esos hechos no se sucedieron en la realidad o bien la norma aplicable que debía utilizarse para la solución del caso era una distinta en base a la jurisprudencia mayoritaria de un lugar.

El “*error judicial*” dice Vázquez que aparece “*cuando el acto judicial dictado por el magistrado en ejercicio de su potestad juzgadora, resulta objetivamente contrario a los hechos comprobados en la causa, al derecho y a la equidad; o, si se quiere, cuando entre la confrontación de la solución dada y la que correspondía de acuerdo a la apreciación de la prueba y la ponderación de las normas especialmente aplicables, resulta evidente, manifiesto e inopinable, la existencia de la equivocación productora de un daño cierto*”¹⁶.

Se acuerda entonces que para determinar si hubo “*error judicial*”, o mejor dicho culpabilidad de su parte se requerirá que el juicio de reprochabilidad se realice teniendo en consideración las circunstancias de la causa, en particular los hechos probados y el derecho aplicable.

También deberá ser objeto de consideración, a los fines establecer el estándar de diligencia exigible, la condición de profesional experto que en el ámbito jurídico naturalmente debe poseer un magistrado, en coordinación con el art.1724 y el primer párrafo del art. 1725 CCCN¹⁷.

Ahora bien, una cuestión es sustentar que el análisis valorativo de la culpabilidad en el caso de los jueces presenta ciertas características peculiares a tener en consideración en su evaluación, y otra muy distinta es requerir la presencia de una imputación de segundo grado o reprochabilidad agravada, una suerte de malicia para que se comprometa su responsabilidad particular.

No existe normativa alguna que requiera la presencia de un factor de imputación agravado para comprometer la responsabilidad de la autoridad judicial, basta por tanto para ello la simple culpa¹⁸ con el alcance dado en el art. 1724 CCCN.

(16) VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p. 183.

(17) Asegura Tawil que: “*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*”. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.150.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, 4ª ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1980, n°2814, p.124. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, en BELLUSCIO, Augusto C. (Director) - ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T.5, Ed. Astrea, Bs. As, 1984, p. 406. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El deber de los jueces de reparar el daño causado», *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.119. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°107, p.30. TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, ob. cit., p.171 y ss. BUSTAMANTE

Dice Bustamante Alsina que: *“El juez, como funcionario público, es personalmente responsable de los daños que causare a las partes o a terceros, en el ejercicio irregular de la función de administrar justicia, cuando hubiere actuado con culpa o dolo”*¹⁹.

Reitero que no hay previsión legal alguna en el derecho común que establezca que la mera culpa no pueda responsabilizar al juez por los daños provenientes de su actividad judicial²⁰. Por aplicación de los principios generales de la responsabilidad por el hecho propio es suficiente que exista culpabilidad realizada en ejercicio, con motivo o en ocasión de sus funciones²¹.

Afortunadamente el legislador del Código Civil y Comercial se apartó de la regulación que se había propuesto en el Proyecto de unificación de 1998, estableciéndose en el art. 1686 que: *“Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave... b) Si el daño es causado por errores de jueces o de árbitros en el ejercicio de sus funciones”*.

Reitero que únicamente incumbe al legislador definir el factor de atribución de responsabilidad y no habiéndolo fijado en forma expresa al supuesto de la responsabilidad por error de los magistrados en una previsión legal, será de aplicación la regla residual de culpa contemplada en la parte final del art. 1721 CCCN, cuya prueba incumbirá al damnificado.

Tratándose de un tribunal colegiado la decisión jurisdiccional equivocada, el juez que voto en disidencia estará eximido de responsabilidad, ya que no podrá imputársele causalmente acto judicial alguno y menos aún culpabilidad²².

ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, n°1323, ob. cit., p. 498. ANDRADA, Alejandro D. “Responsabilidad de los magistrados judiciales - Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana”, LL 1998-D-1157. ANDRADA, Alejandro D. “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, LL 2010-E-744. JALIL, Julián E. “Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia”, LL Gran Cuyo 2009-IX-731. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.152. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, ob. cit., p.188. DIEZ, Manuel M. *Derecho Administrativo*, T.V, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1971, p. 128.

(19) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Responsabilidad del Estado por “error judicial” (El auto de prisión preventiva y la absolución)”, LL 1996-B-311.

(20) A diferencia del ordenamiento español que requiere del dolo o culpa grave de la autoridad o funcionario público. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 622. “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”, art. 36.2 Ley 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público).

(21) PIZARRO, Ramón D. “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad del Poder Judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2015, n°1, p. 111.

(22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.125. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.161.

III. Requerimiento de no haber consentido el daño por el damnificado

Cualquiera sea la postura que se adopte en torno al factor de atribución aplicable al juez, en una etapa previa a la indagación sobre la reprochabilidad, existe consenso en que la resolución judicial generadora del menoscabo no debe haber sido consentida por el propio damnificado. Ello implica la carga para el interesado damnificado de haber interpuesto en tiempo oportuno todas las medidas recursivas o impugnaciones legalmente autorizadas por el ordenamiento para subsanar el error en el propio procedimiento judicial²³.

Por ello es que, para tener el damnificado derecho a resarcimiento, con anterioridad al reclamo de daños y perjuicios, deberá haber articulado todas las impugnaciones judiciales a su alcance tendientes a evitar la firmeza de la resolución jurisdiccional que la agravia y que consolida o concreta el perjuicio.

Caso contrario se entiende que él mismo ha consentido la decisión judicial y por ello debe soportar los efectos negativos que de ella se derivan²⁴, en definitiva, la propia víctima ha contribuido con su comportamiento causalmente a la configuración del evento lesivo (art. 1729 CCCN)²⁵.

(23) Si bien la resolución refiere concretamente al Estado, entiendo que la misma es extensible al propio funcionario, ya que en supuestos de actividad ilegítima ambas concurren. *“El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error, y lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”*. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712. CSJN, 19/10/1995, “Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155. CSJN, 17/03/2009, “González Bellini, Guido Vicente c. Provincia de Río Negro”, Fallos: 332:552. DJ 2009-II-1175.

(24) Dice Vanossi que constituiría una grave anomalía que los jueces estuvieran expuestos habitual o permanentemente a responder en forma personal por cada uno de los actos producidos en la órbita de su competencia, para esos supuestos los afectados tienen a mano el arsenal de medidas recursivas que permiten acceder a instancias de revisión o revocatoria que, en casos de error, hagan factible la anulación del acto lesivo. VANOSI, Jorge R. *“La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”*, LL 2002-A-373. Igualmente: PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°103, p.20.

(25) *“Debe confirmarse la sentencia que rechazó la pretensión resarcitoria deducida a raíz del auto de prisión preventiva dictado por el Juez Federal de General Roca al Fiscal actuante en esa sede con fundamento en que el carácter no definitivo de la decisión pudo encontrar remedio en los recursos de la ley adjetiva -cuya omisión tornó aplicable la disposición del art. 1111 del Código Civil”*. CSJN, 04/11/1986, “Garda Ortiz, Enrique c. Nación Argentina”, Fallos 308:2095. Igualmente: LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, ob. cit., n°2814, p.125. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *“El deber de los jueces de reparar el daño causado”*, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.117. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A. *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial*, ob. cit., p.75. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T.5, ob. cit., p.406. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, ob. cit., n°1650, p.514.

El criterio es pacíficamente aceptado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y ha sido utilizado para rechazar acciones resarcitorias con el argumento que: la falta de un pronunciamiento que admita la existencia de un error judicial, lleva a que la pretensión resarcitoria fundada en los daños y perjuicios derivados de aquél resulte prematura, atento que dicho pronunciamiento es un elemento esencial constitutivo del presunto derecho a ser indemnizado y su falta obsta, de por sí, a la procedencia del reclamo²⁶.

Esto no significa asignarle un carácter excepcional a esta responsabilidad personal del magistrado, aunque sí supone para el caso de no haberse opuesto los remedios judiciales recursivos tendientes a rectificar o enmendar el error judicial, un concreto obstáculo para la procedencia del derecho resarcitorio de la víctima, aun cuando la equivocación haya sido culpable de parte del magistrado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado así la regla que la efectividad en la responsabilidad del juez sólo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar que haya error, mientras la misma no haya sido declarada como tal²⁷. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme no previsto ni admitido por la ley²⁸.

Por eso para la procedencia de la acción de daños y perjuicios, el interesado tendrá que previamente demostrar el haber articulado las vías recursivas a nivel ordinario²⁹ tendientes a evitar la firmeza del acto jurisdiccional lesivo para evitar que esa cosa juzgada pueda ser imputable al hecho del damnificado.

(26) *"En síntesis, el impugnante desperdió las oportunidades que le daba el ordenamiento procesal de la provincia para obtener la modificación de aquella resolución, que de ese modo quedó firme"*. CSJN, 05/12/2000, "Rodríguez, Luis Emeterio c. Corrientes, Provincia de (Poder Ejecutivo - Ministerio de Gobierno)", Fallos 323:3973. Igualmente: CSJN, 04/11/1986, "Garda Ortíz, Enrique c. Nación Argentina", Fallos 308:2095. CSJN, 29/10/1996, "Egües, Alberto José c. Buenos Aires, Provincia de", Fallos 319:2527.

(27) *"Sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que al acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error"*. CSJN, 14/06/1988, "Vignoni, Antonio Sirio c. Estado nacional", Fallos: 311:1007, LL 1988-E-225. CSJN, 20/03/2003, "Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 326:820. CSJN, 18/07/2002, "Robles, Ramón Cayetano c. Buenos Aires, Provincia de", Fallos 325:1855. *"El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto"*. CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel A. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990. LL 1996-B-312.

(28) CSJN, 29/10/1996, "Egües, Alberto J. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 319:2527. LL1998-A-116.

(29) Se ha entendido como exagerado requerir agotar la vía extraordinaria. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El deber de los jueces de reparar el daño causado", *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.117.

En caso de devenir firme la resolución judicial, entonces habrá que remover la cosa juzgada por vía de revisión de la sentencia para que se compruebe y declare el error judicial en la misma, como paso previo a indagar sobre la responsabilidad del magistrado³⁰. En tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada no es posible admitir la acción indemnizatoria³¹.

En este caso, indica Hitters³², la acción de revisión sólo procede si el vicio se conoció con posterioridad a la formación de la *res judicata*, ya que este remedio revisorio es subsidiario.

Por ello, si los defectos efectivamente se conocían con anterioridad a ese acontecimiento, por aplicación del principio de preclusión no es posible dejar pasar esa posibilidad impugnatoria para luego atacar la decisión firme mediante la utilización de los medios que se brindan a través de la acción de revisión.

La existencia del error debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia, mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del error³³.

(30) CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155.

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El deber de los jueces de reparar el daño causado", *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.113. Dice Vázquez que "si lo que caracteriza a toda sentencia es la declaración del derecho aplicable con adecuación a los hechos comprobados de la causa, es necesario concluir que, cuando ella alcanza la autoridad de cosa juzgada, el decisorio goza de una presunción absoluta, inmutable y definitiva de corrección, y de que se ha actuado conforme a la ley, extremo que de suyo descarta toda noción de error judicial", la excepción estará dada cuando en un acto jurisdiccional posterior se reconoce que existió error judicial en la sentencia. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, ob. cit., p.181. De igual modo Fiorini resalta que: "Mientras la sentencia mantenga su inmutabilidad como cosa juzgada será imposible aplicar la responsabilidad resarcitoria estatal, menos aún contra el magistrado aunque éste fuera destituido del cargo a través del enjuiciamiento político". FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, T. II, 2ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, p.747.

(32) HITTERS, Juan M. "Responsabilidad del estado por error judicial", LL 2003-F-1070.

(33) "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme -por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión-, pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Ha dicho este Tribunal en recordado fallo que "... si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte, y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un Tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer, por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto, y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía" (Fallos: 12: 134)" CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155. CSJN, 11/04/2000, "Larocca, Salvador R. c. Provincia de Buenos Aires y otro", Fallos 323:750. LL 2000-E-687. CSJN, 03/12/1996, "Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de", Fallos 319:2824. CSJN, 10/04/2003, "Agropecuaria del Sur S.A. c. Neuquén, Provincia del y otro", Fallos 326:1238. De igual modo en el derecho español se requiere que el error judicial para dar lugar al reconocimiento de la indemnización debe

No será posible en base a la doctrina jurisprudencial vigente, calificar de ilegítima la decisión judicial que ha sido tenida por válida en un proceso con efectos de cosa juzgada, si no media otra resolución judicial que declare la existencia de un “*error judicial*”³⁴.

Aclara Kemelmajer de Carlucci³⁵ que este requisito no es exigible cuando el daño está causado en la excesiva dilación de los procedimientos o de la denegatoria de justicia, pues en estos casos el daño no proviene de un acto judicial que es necesario remover, sino de la omisión en el dictado del acto que corresponde. Tampoco es exigible si el daño es invocado por un tercero, que no ha participado en ese proceso y a quien, consecuentemente, no alcanza la cosa juzgada de la resolución dictada que provoca el menoscabo.

Por último, debe advertirse, que como sostiene la Corte Suprema de Justicia “*la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización*”³⁶.

Para que exista “*error judicial*” la resolución judicial debe haber provocado de modo irreparable consecuencias perjudiciales “*que no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento*”³⁷, también debe tratarse de “*grosero error de hecho o de derecho*”³⁸ y además “*resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia*”³⁹.

Obviamente que tampoco prosperará la acción de daños y perjuicios, cuando a pesar de haber quedado suficientemente acreditado el cumplimiento irregular del

ir precedido de una decisión judicial que expresamente lo reconozca y que puede ser una sentencia dictada en recurso de revisión o emanada del Supremo Tribunal. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p.157.

(34) “*No hay error judicial sin ilegitimidad, ni acción de resarcimiento posible sin sentencia previa que declare su existencia, dejando sin efecto el fallo impugnado*”. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, p.183.

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “*El deber de los jueces de reparar el daño causado*”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.115.

(36) CSJN, 13/10/1994, “*Román SAC. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)*”, Fallos 317:1233. LL 1995-B-440.

(37) CSJN, 11/04/2000, “*Larocca, Salvador R. c. Provincia de Buenos Aires y otro*”, Fallos 323:750. LL 2000-E-687. CSJN, 03/12/1996, “*Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de*”, Fallos 319:2824.

(38) GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, ob. cit., n°7, p.94. Desde esta perspectiva sostiene la jurisprudencia española que “*Para que exista error judicial, la resolución no solo ha de ser desacertada, sino infinitamente contraria al derecho jurídico o dictada con arbitrariedad*”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p.135.

(39) CSJN, 03/12/1996, “*Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de*”, Fallos 319:2824.

servicio por parte del personal público, no está acreditada la existencia del daño sufrido, ni la relación causal entre el perjuicio y el acto estatal irregular o antijurídico⁴⁰.

IV. Requerimiento del previo desafuero o remoción al agente responsable

Otra controversia suscitada en torno a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los jueces, se vincula a la necesidad o no de obtener, como condición previa para la acción de daños y perjuicios, la remoción o desafuero del magistrado de su cargo en base al procedimiento político o disciplinario legalmente estatuido para ello.

La Corte Suprema de Justicia desde hace mucho tiempo atrás, ha defendido la doctrina conforme a la cual un magistrado no puede ser sometido a juicio penal o civil, sin previo desafuero por el órgano competente. De este modo, se exige en todos los casos la necesidad de obtener el desafuero del juez, como paso previo a la promoción de cualquier acción civil o penal en su contra, con fundamento en lo prescripto en los arts. 45, 51 y 52 CN⁴¹.

A nivel doctrinario se han pronunciado por la necesidad del desafuero previo, entre otros, Salvat, Borda, Llambías, Andrada y Sagarna⁴². En tanto que Sagües y Linares propiciaron una solución aún más extrema protectoria de la función judicial, para ellos en estos casos habría exclusivamente responsabilidad del Estado frente

(40) CSJN, 05/09/2006, "Andrada, Roberto Horacio y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 329:3806.

(41) CSJN, 1864, "Contreras, José Santos c. Juez Nacional de Mendoza", Fallos 1: 302. CSJN, 12/04/1994, "Irurzun c. Estado nacional-Secretaría de justicia y otro", Fallos: 317:365. LL 1995-A-494. CSJN, 23/05/2006, "Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires y otros", Fallos: 329:1881. LA LEY, 2006-D-345 y RCyS, 2006-515.

(42) SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, T.IV, ob. cit., n°2979, p.309. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, ob. cit., n°1652 p.514. LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, ob. cit., n°2807, p.116. ANDRADA, Alejandro D. "Responsabilidad de los magistrados judiciales - Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana", LL 1998-D-1157. SAGARNA, Fernando A. en BUERES, Alberto J. (Director) - HIGHTON, Elena I. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T.3A, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 461. SAGARNA, Fernando A. en CIFUENTES, Santos E. (Director) - SAGARNA, Fernando A. (Coordinador). *Código Civil comentado y anotado*, T.I, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, p. 885. COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*, ob. cit., p. 122. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.189. Sostiene Fiorini: "Hace a la función judicial que el magistrado puede ser solamente llevado por sus actos a la acción resarcitoria, sea solo o con el Estado, cuando deja la toga magistral. No se trata de la irresponsabilidad sino del necesario procedimiento del retiro de las inmunidades que tiene para el ejercicio de su actividad como magistrado. No se trata -se repite- de la irresponsabilidad resarcitoria sino de un procedimiento institucional previo para poder llevarlo al banquillo de ajusticiado". FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, ob. cit., T. II, p.745.

a la víctima, con sólo una eventual posterior acción de regreso del Estado contra el juez⁴³.

Esta garantía de inmunidad respecto de la responsabilidad civil del magistrado, en la práctica impone a los fines resarcitorios un adicional obstáculo a los mencionados anteriormente, plasmado en la necesidad de remover un obstáculo consistente en la promoción y tramitación de todo un procedimiento constitucional o administrativo disciplinario que resuelva su remoción o desafuero.

El privilegio se asemeja bastante a la “*garantie des fonctionnaires*” del derecho francés del siglo XVII, en virtud de la cual los particulares para demandar judicialmente por responsabilidad civil a los funcionarios públicos por daños cometidos en el ejercicio de sus funciones, requerían de una autorización previa por parte del Consejo de Estado y que logró una completa impunidad de aquéllos, obligando a la derogación del instituto.

Se ha justificado dicha protección de los funcionarios judiciales con el argumento que por el mismo se procura garantizar la independencia judicial creando una suerte de manto protectorio al juez por la función que cumple, la que podría resultar gravemente amenazada, si cualquier particular u otro poder del Estado disconforme con sus decisiones judiciales estuviere habilitado para demandarlo y de ese modo podría presionarlo o influir en su actuación.

Mientras que otra parte de la doctrina sostiene lo contrario. Así Aguiar⁴⁴ afirmaba que el requisito del previo desafuero viola la igualdad de las partes, por lo que resulta injusto e inconstitucional al despojar a la víctima del pleno goce y ejercicio del derecho a su resarcimiento. La misma posición que sustenta la innecesaridad del “*desafuero*” previo a la acción de daños y perjuicios por error judicial ha sido apoyada, entre otros, por Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Márquez, Pizarro y Arazi⁴⁵.

(43) SAGÜÉS, Néstor P. “Sobre la responsabilidad de los jueces”, *Sup. Realidad Judicial*, 23/02/2006, p. 2, cita online: AR/DOC/3687/2005. LINARES, Juan F. “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, *LL* 153-601.

(44) AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, T. II, vol.1, Ed. TEA, Bs. As., 1950 p. 467 y ss.

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.124. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El error judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2010, n°3, p.15 y ss. TRIGO REPRESAS, Félix A. “El “desafuero” previo a la acción de daños por un error judicial”, *LL2013-E-394*. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Responsabilidad de los jueces y del Estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial”, *LL* 2009-C-1002. RCyS2016-XI-239. MÁRQUEZ, José F. “Anotaciones sobre la responsabilidad de los Jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial”, *RCyS* 2006-510. ARAZI, Ronald. “Responsabilidad de los Jueces, del Estado y de los Abogados”, *ED*, 160-743. GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, ob. cit., p.96. Por su parte la Constitución de la Provincia de Córdoba, reformada en 1987, otorga competencia al Tribunal Superior de Justicia para conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: “De las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados

Desde esta visión se considera que la necesidad de remoción por juicio político o jury de enjuiciamiento a los funcionarios judiciales, no es condición necesaria para que proceda la acción resarcitoria.

Es que en verdad dichos procesos disciplinarios o políticos atienden a dilucidar y efectivizar una responsabilidad que es distinta e independiente de la que se origina con motivo de los daños y perjuicios.

Desde esta perspectiva se justifica además que en realidad ninguna disposición constitucional o de índole legal impone expresamente que el funcionario judicial, a diferencia del resto de los mortales, para ser demandados civilmente por daños y perjuicios causados requiera de una remoción o desafuero previo.

Además, dicha exigencia vulnera arbitrariamente la garantía de igualdad constitucional y legal de los funcionarios públicos (art.16 CN). Se consagra *“un privilegio intolerable, que viola el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido por el damnificado, apto para enervar en la mayoría de los casos su tutela efectiva en tiempos acotados. Se crea por esta vía una categoría de dañador privilegiado, que está en pugna con todos esos postulados”*⁴⁶.

A todo ello debe agregarse que tanto el derecho al resarcimiento, como el de tutela judicial efectiva en plazo razonable tienen emplazamiento constitucional (art.8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica) conforme a la jerarquía constitucional brindada a los Tratados de Derechos Humanos, resultando ambos derechos fuertemente degradados o limitados en caso de imponerse la condición de la previa destitución del magistrado, más cuando repito no existe ninguna disposición a nivel constitucional o legal donde pueda tener cabida o soporte legal la inmunidad parcial que se propugna.

A su vez tampoco resulta claro en modo alguno que, con la exigencia del requisito previo de la remoción judicial, se garantice la independencia judicial o que ésta pueda resultar amenazada o afectada de no existir el privilegio.

A todo ello debe agregarse que, respecto de la responsabilidad penal, el impedimento de la remoción previa ha sido eliminada en el año dos mil por la llamada Ley de Fueros (Ley n°25.320) la cual prescribió que cuando se abra una causa penal

y funcionario del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de remoción previa” (art. 165 inc. 1°, apartado d). También el art. 16 de la Constitución de Entre Ríos dispone: *“Los funcionarios y empleados públicos, no sujetos al juicio político ni al jurado de enjuiciamiento, son enjuiciables ante los tribunales ordinarios, sin que puedan excusarse alegando orden o aprobación superior”*. El mismo criterio proponía el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1677: *“Alcances. Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero”*.

(46) PIZARRO, Ramón D. *“La responsabilidad patrimonial del funcionario público”*, *Revista Jurídica de Daños*, n°1, Noviembre, 2011, cita online: IJ-L-748.

en la que se impute la comisión de un delito a un funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión, sólo se limita la posibilidad de dictar medidas de privación de la libertad (se preserva la inmunidad de arresto). En base a ello, no parecen subsistir argumentos de peso alguno para justificar el que se conserve este privilegio judicial únicamente para los juicios civiles, cuando ya no existe para los juicios penales.

Además de lo dicho, Pizarro⁴⁷ y Kemelmajer de Carlucci⁴⁸ agregan acertadamente que la exigencia de previo desafuero conduce inevitablemente a incentivar en la práctica la absoluta impunidad del funcionario, ya que para evitar el obstáculo que dilata la efectividad del resarcimiento de los daños, los particulares damnificados con toda seguridad terminarán demandado exclusivamente al Estado.

También es verdad, como sostienen los autores, que hay supuestos que pueden justificar la responsabilidad patrimonial del magistrado, pero no necesariamente dar lugar a su destitución, lo que, en caso de existir el impedimento de análisis, ello conllevará a impedir absolutamente que el damnificado obtenga la reparación de los daños sufridos al no conseguir el apartamiento del juez a su cargo. Se atentaría en estos casos en forma flagrante contra el derecho de tutela judicial efectiva con la posibilidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

V. Conclusiones

En base a lo reseñado anteriormente, es posible concluir que las sucesivas condiciones que principalmente la jurisprudencia ha impuesto para la configuración de esta responsabilidad personal del juez, la transforman en una verdadera ficción donde la regla es en realidad la irresponsabilidad del magistrado.

Como sostiene Correa refiriendo a la responsabilidad del Estado por detenciones arbitrarias, aunque la misma idea puede extenderse a la responsabilidad personal del juez, el damnificado por un "error judicial" está frente a una verdadera carrera de obstáculos que parece nunca poder ser ganada.

La dificultad de las vallas jurisprudenciales puestas al damnificado hace que en verdad sea casi imposible para la víctima alcanzar la meta de lograr la reparación de los perjuicios sufridos, parece consagrarse una inmunidad casi absoluta del magistrado⁴⁹.

(47) PIZARRO, Ramón D. "La responsabilidad patrimonial del funcionario público", *Revista Jurídica de Daños*, n°1, Noviembre, 2011, cita online: IJ-L-748.

(48) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El deber de los jueces de reparar el daño causado", *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.124.

(49) "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 mayor debe ser tal exigencia respecto a los magistrados y funcionarios, en cuanto repre-

Si uno repasa los recaudos exigibles a cumplir siguiendo la postura más protectoria del funcionario judicial, ello serían: a) acreditar la manifiesta ilegalidad, culpa inexcusable o dolo del magistrado actuante; b) agotar los recursos e instancias pertinentes tendientes a impedir que se tenga por consentida la resolución agravante; c) obtener una resolución judicial que reconozca expresamente la existencia de un “*error judicial*” en el mismo proceso en el que se adoptó la decisión judicial agravante; d) lograr la remoción o el desafuero judicial antes de promover la acción de daños y perjuicios.

Considero que es tiempo de trazar un nuevo camino que conduzca a la búsqueda de un equilibrio más proporcional que garantice a los magistrados el ejercicio de su función jurisdiccional en forma libre y sin presiones, pero al mismo tiempo se resguarde el derecho resarcitorio del damnificado que sufre los daños provenientes de esa actividad.

Un primer paso sería preservar los recaudos legalmente establecido para la procedencia de esta responsabilidad y al mismo tiempo desestimar algunos criterios jurisprudenciales elaborados para incrementar su ámbito de inmunidad.

La responsabilidad de los jueces, por tanto, debe ser encuadrada en el art. 1766 CCCN, al tratarse de un funcionario público y le serán de aplicación las mismas reglas y requisitos de procedencia que son contemplados para el resto de las autoridades públicas, más allá de algunas peculiaridades concretas.

Se trata de una responsabilidad subjetiva y por tanto será suficiente para ser convertido en deudor de la obligación resarcitoria con que se acredite el dolo o culpa de su parte, además del resto de los presupuestos generales de la responsabilidad.

Por ello, además del factor de atribución, tendrá que existir un daño resarcible y el mismo debe ser una consecuencia adecuada que se deriva de una resolución judicial. Para evitar que el hecho lesivo le sea imputable a la víctima y produzca la ruptura del nexo causal será necesario que ella haya interpuesto las vías de impugnación a nivel ordinario⁵⁰ tendientes a subsanar el error y evitar que el daño se concrete.

Por último y en virtud del requisito de la antijuricidad que también debe acreditarse, será necesario que judicialmente se reconozca la existencia de una equivocación judicial. Aunque considero que no hay impedimento para que la declaración del incumplimiento irregular en la prestación del servicio judicial del

sentan estos al órgano encargado de impartir justicia”. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.149/150.

(50) Indica Pizarro que la exigencia se satisface con la articulación de las vías recursivas ordinarias, en donde las posibilidades de revisión son amplias. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°104, p.22. HITTERS, Juan M. *Responsabilidad del estado por error judicial*, LL 2003-F-1070.

funcionario, es decir del “*error judicial*”, se ventile y se declare en el mismo juicio de daños y perjuicios posterior⁵¹, y no necesariamente en el mismo proceso donde se cometió la negligencia judicial, con más razón en caso de resultar manifiesto o flagrante la equivocación.

En definitiva, no será necesario probar una culpa grave o dolo del magistrado, tampoco será imprescindible que la resolución que reconoce el haberse cometido un error judicial sea dictada en el mismo procedimiento en el cual aquél tuvo lugar, ni finalmente obtener el desafuero o remoción del juez en forma previo al proceso de daños y perjuicios⁵².

Sólo así se avanza en la construcción de un sistema que garantice en base a ciertos parámetros, que no son obstáculos imposibles, al damnificado su derecho de concretar la responsabilidad del funcionario judicial y se podrá evitarse una responsabilidad internacional del Estado. Porque, como indica Gordillo⁵³, cuando el Estado a través de uno de sus órganos comete un daño, la responsabilidad internacional que entra en juego no hace distinciones en función de los órganos.

Las posibilidades de resultar condenado el Estado internacionalmente en base al esquema de responsabilidad actualmente vigente aparecen muy próximas frente a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴ que ya ha declarado y condenado al país al entender que las autoridades judiciales no actuaban con la debida diligencia. Esa sola circunstancia determinó que el Estado violara el derecho a las garantías judiciales previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con los arts.17.1 y 1.1 del mismo instrumento.

Agregándose en la misma resolución internacional que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modi-

(51) Nada obsta a que la acción resarcitoria se acumule con la que persigue la declaración de ilegitimidad del acto jurisdiccional, de modo que el tribunal resuelva sobre ambas cuestiones. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°105, p.26. HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, LL 2003-F-1070.

(52) Siguiendo este camino puede destacarse la presencia de normas a nivel provincial en la materia: “El art. 2 del Código Procesal Civil de Mendoza prescribe que: “*Los jueces, funcionarios y empleados judiciales, son personalmente responsables por los daños que causaren por mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre “falta de probidad” en el uso de sus facultades. Los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado*”. Asimismo el art. 830 del Código Procesal Civil de Santiago del Estero prescribe: “*Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, de las cámaras de apelación y de paz, jueces de primera instancia, jueces letrados de instrucción y de paz y jueces de paz letrados que, por malicia, ligereza o negligencia, dicten fallos contra el texto expreso de la Constitución y las leyes o en desconocimiento de sus normas o que se nieguen a dictarlos en el tiempo fijado para cada clase de juicio o simplemente se nieguen a administrar justicia y con ello causen un daño, podrán ser sometidos a la acción privada de responsabilidad civil*”.

(53) GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. II, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2013, XX-36.

(54) CIDH, 11/10/2011, “*Fornerón vs. República Argentina*”, Serie C No. 242.

ficaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. En la Convención Americana este principio es recogido en su art. 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos.

Concluyo citando enseñanzas de Aguiar cuando decía: *“Idea cimental del derecho es la responsabilidad. Sin ésta no se concibe aquél en su plenitud; pero su existencia ha de ser real, efectiva, en el hecho, y no simplemente escrita en la ley porque derecho que ésta acuerda y cuyo ejercicio se obstaculice o se difiera indeterminadamente, reviste los caracteres de una mera expectativa y no los de un derecho adquirido, máxime si al tiempo de reclamarlo ha de llegar por acto de voluntad del presunto obligado -renuncia o abandono del empleo- o por el de un tercero no obligado a realizarlo -destitución por el Senado o por el Jury-”*⁵⁵.

(55) AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, T. II, vol.1, ob. cit., p. 468.

